

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI
JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI

MANUAL DE DIREITO PENAL BRASILEIRO

Volume 1 – Parte Geral

9.^a edição revista e atualizada

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Zaffaroni, Eugênio Raúl
Manual de direito penal brasileiro : volume 1 : parte geral / Eugênio Raúl
Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista
dos Tribunais, 2011.

Bibliografia.
ISBN 978-85-203-3963-3

1. Direito penal 2. Direito penal – Brasil I. Pierangeli, José Henrique. II. Título.

11-00912

CDU - 343(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Direito penal 343(81)


EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS

CAPÍTULO XXV

ANTI JURIDICIDADE E JUSTIFICAÇÃO

I – Antinormatividade e antijuridicidade

■ 314. Ordem normativa e ordem jurídica

AS NORMAS JURÍDICAS configuram uma ordem – ordem normativa, de normas –, mas a ordem jurídica não se esgota nas normas proibitivas, integrando-se também com preceitos permissivos que, colocados numa certa ordem com as normas, conformam a ordem jurídica: *a ordem jurídica é composta pela ordem normativa completada com os preceitos permissivos*.

Até agora temos falado do “bem jurídico”, mas o certo é que não podemos falar de “bem jurídico” em sentido estrito antes de consultarmos os preceitos permissivos. E isto ocorre porque, à luz da ordem normativa, os entes são tutelados provisoriamente, podendo resultar que, mediante um preceito permissivo, a ordem jurídica deixe sem tutela o que, à luz da ordem normativa, parecia tê-la. Daí não ser a tipicidade mais do que um indício da antijuridicidade, porque com a primeira teremos afirmada apenas a antinormatividade da conduta (ver n. 229 a 234).

Assim, por exemplo, a vida é bem jurídico tutelado e afetado pelo homicídio, mas a tipicidade de homicídio nos confirma apenas a afetação de um ente que, presumivelmente, seja um bem jurídico, porque deixaria de possuir tutela jurídica se o homicídio tivesse sido cometido em legítima defesa.

■ 315. O conceito geral de antijuridicidade

Devemos ter presente que *a antijuridicidade não surge do direito penal*, mas de toda a ordem jurídica, porque a antinormatividade pode ser neutralizada por uma permissão que pode provir de qualquer parte do direito: assim, o hotelheiro que vende a bagagem de um freguês, havendo perigo na demora em acudir a

justiça, realiza uma conduta que é típica do art. 168 do CP, mas que não é antijurídica, porque está amparada por um preceito permissivo que não provém do direito penal, e sim do direito privado (art. 1.470 do CC/2002).

A antijuridicidade é, pois, o choque da conduta com a ordem jurídica, entendida não só como uma ordem normativa (antinormatividade), mas como uma ordem normativa e de preceitos permissivos.

O método, segundo o qual se comprova a presença da antijuridicidade, consiste na constatação de que a conduta típica (antinormativa) não está permitida por qualquer causa de justificação (preceito permissivo), em parte alguma da ordem jurídica (não somente no direito penal, mas também no civil, comercial, administrativo, trabalhista etc.).

■ 316. Antijuridicidade formal e material

No começo do século, o campo jurídico era dominado pelo positivismo, ainda que por duas correntes antagônicas: por um lado, o positivismo jurídico (ver n. 141), e, por outro, o positivismo sociológico (ver n. 134). Como resultado dessa oposição, enquanto o positivismo jurídico concebia a antijuridicidade como um conceito legal, o positivismo sociológico a concebia como um conceito sociológico, a que chamou antijuridicidade “material” (em oposição à “formal”, do positivismo jurídico).

A antijuridicidade “material” foi concebida como o socialmente “danoso”, e o defensor desta posição foi VON LISZT (ver n. 139). Não obstante, LISZT sustentava que a antijuridicidade “material” não podia ser considerada sem a passagem prévia pela antijuridicidade “formal” ou “legal”, posto que considerava o direito penal a “Carta Magna” do delinquente. De qualquer maneira, vimos que essas pretensões de estruturar o antijurídico a partir de supostas valorações sociais desembocam, invariavelmente, em um delito “natural” que costuma ser construído ao arbítrio do intérprete.

Embora as coisas não pareçam ter chegado tão longe na Alemanha quanto na Itália, o certo é que, observando detidamente o fenômeno, ocorreu algo semelhante. Se a antijuridicidade pode ser reconhecida como algo “socialmente danoso”, fora e independentemente da lei, primeiro se reconhecerá que esse conceito “material” serve para restringir a antijuridicidade chamada “formal”, e, depois, ele será usado para estendê-la. Assim foi que, do conceito material de antijuridicidade – ou de suas manifestações análogas – surgiu a justificação “supralegal” (as chamadas “causas supralegais de justificação”), e, depois, diretamente um injusto “supralegal”, que foram alimentados por correntes distintas do positivismo sociológico, mas que tinham origem em seus conceitos.

■ 317. A justificação “supralegal” e o injusto “supralegal”

Devido a carências do código penal alemão de 1871, a doutrina alemã entendeu que era necessário construir uma teoria das causas de justificação “supralegais”, particularmente no tocante ao estado de necessidade justificante. Hoje, esta teoria já foi abandonada, e, em nosso país, é totalmente desnecessária, pois nosso Código Penal tem as causas de justificação perfeitamente estruturadas, incluindo o exercício regular de direito (art. 23, III, segunda parte, que implica uma remissão às disposições permissivas encontráveis em outra parte da ordem jurídica). Com estas disposições, não necessitamos recorrer às causas “supralegais”, porque a mesma lei autoriza a decidir “de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Muito mais problemática do que esta desacreditada teoria da justificação “supralegal” foi a criação de um injusto “supralegal”. O problema colocou-se de forma dramática por ocasião do julgamento dos juízes do nacional-socialismo, e, em geral, daqueles que alegavam a obediência devida conforme a esta legalidade. A magnitude dos crimes contra a Humanidade tornava insustentável o ponto de vista do positivismo jurídico, reavivando, então, os ecos do conceito material de antijuridicidade. Na primeira parte desta exposição abordamos alguns dos aspectos que nos podem conduzir a uma ideia mais aproximada desta problemática, correspondendo sua solução ao núcleo problemático mais profundo da filosofia penal e jurídica em geral, mas o que nos interessa aqui destacar – e a isto nos limitamos – é a determinação sobre ser esta concepção de um injusto “supralegal” necessária, no momento atual, em nossa ordem jurídica.

Entendemos que, superados os exageros dramáticos em que a questão foi colocada, a ordem jurídica nacional e internacional oferece, hoje, soluções muito mais simples, tornando desnecessário apelar para a construção de um injusto “supralegal”. A adesão dos Estados à Declaração Universal dos Direitos Humanos e os princípios fundamentais assentados em nossa Constituição Federal evitam esse impasse, podendo solucionar-se todos os problemas sem necessidade de recorrer a conceitos “supralegais”.

■ 318. A politização da antijuridicidade material

Assim como a antijuridicidade “material” foi primeiro usada para a justificação “supralegal”, e, depois, para o injusto “supralegal”, também foi politizada, porque, definitivamente, é um conceito bastante irracional e evidentemente maneável. Em outras épocas, a sua politização correspondeu ao “fascismo”, e foi assim que Rocco manejou com este conceito material da antijuridicidade. Contudo, muitos anos depois, ANTOLISEI afirmava que não era difícil descobrir

a “falta de dano social” nas causas de justificação. Mais tarde, foi na União Soviética que se manipulou o conceito de antijuridicidade politizado, afirmando-se que o fato só era delito se constituísse um perigo para a sociedade socialista, com o que a antijuridicidade foi substituída pela periculosidade social, não do autor – à maneira positivista –, e sim da conduta. Esta periculosidade social (antijuridicidade material da ação) é definida como a “particularidade que tem a ação proibida pela lei penal de causar um dano mais grave à sociedade socialista do que o produzido pela violação da lei não penal” (ZDRAVOMISLOV e outros).

■ 319. Nossa posição

Entendemos que, tanto para a determinação da tipicidade como da antijuridicidade, frequentemente o legislador não tem outro remédio que não o de apelar a valorações de caráter social, o que não significa afirmar que toda a determinação da antijuridicidade se converta num terreno não franqueado a critérios sociológicos de objetividade bastante duvidosa.

Como consequência do que acabamos de dizer, negamos que a antijuridicidade possa ter outro fundamento além da lei, ainda que para sua determinação nos casos concretos, eventualmente, se deva recorrer a valorações sociais. Não cremos que, no plano dogmático, se possa falar de uma antijuridicidade “material” oposta à “formal”: a antijuridicidade é uma, material porque invariavelmente implica a afirmação de que um bem jurídico foi afetado, formal porque seu fundamento não pode ser encontrado fora da ordem jurídica.

II – Antijuridicidade objetiva e subjetiva

■ 320. Antijuridicidade e injusto

Quando se indaga se a antijuridicidade é objetiva ou subjetiva, primeiro devemos nos pôr de acordo acerca do que estamos falando, porque, frequentemente, as respostas antecedem às perguntas, o que acontece sempre que se costuma responder o que não foi perguntado.

Antes de mais nada, deve-se precisar claramente a diferença entre antijuridicidade e injusto. Antijuridicidade é a característica que tem uma conduta de ser contrária à ordem jurídica; injusto penal é a conduta que apresenta os caracteres de ser penalmente típica e antijurídica. A antijuridicidade é uma característica do injusto. Não devemos confundir a característica como o caracterizado.

A partir deste ponto de vista, é claro que, para nós, o injusto de modo algum é objetivo, pelas razões que temos exposto ao longo da análise de todos os elementos do injusto. Resta examinar se é “objetiva” a característica de antijuridicidade que apresenta o injusto.

Se por “objetiva” entende-se a desvaloração que a lei ou a ordem jurídica faz da conduta, e que o juiz traduz mediante um juízo fáctico, comprovando se, efetivamente, ocorreram no caso concreto os extremos exigidos pela ordem jurídica para considerar uma conduta antijurídica, nossa resposta será afirmativa; ou, no mínimo, sempre tentaremos que a antijuridicidade seja a mais “objetiva” possível neste sentido, como meta ideal da segurança jurídica. Mas esta “objetividade” não passa da subtração da antijuridicidade do campo da arbitrariedade subjetiva. Neste sentido, a meta geral da dogmática – consistente em tornar o mais previsível possível as decisões judiciais – tenta dar “objetividade” tanto à antijuridicidade como a qualquer outro caráter do delito.

■ 321. Outros sentidos da “objetividade” da antijuridicidade

Não se esgota aqui a confusão acerca do conteúdo da pergunta sobre a natureza objetiva ou subjetiva da antijuridicidade. Frequentemente, o que se quer significar com “objetividade” é que o juízo de antijuridicidade não recai sobre a totalidade da conduta, mas apenas sobre seu aspecto objetivo. Pelas mesmas razões que consideramos que o injusto é complexo, não podemos sustentar a posição segundo a qual a antijuridicidade recai somente sobre o aspecto objetivo da tipicidade. Esta é a antiga sistemática objetivo-subjetiva do delito.

Noutro sentido, diz-se que a antijuridicidade é “objetiva” porque não se atém às motivações do autor. Não temos dúvida de que as motivações são um problema de culpabilidade, enquanto que o injusto somente se integra com os elementos subjetivos do tipo, que devem ser cuidadosamente distinguidos das motivações (ver n. 269). Neste sentido, a antijuridicidade é “objetiva”.

■ 322. O problema do injusto pessoal

Outras vezes, com a expressão antijuridicidade “objetiva”, se quer indicar que o injusto não é pessoal, mas que permanece independente das características pessoais e de todo dado subjetivo do autor.

Em resumo, essa teoria não tem outro objetivo além de sustentar a tradicional divisão do delito segundo o critério objetivo-subjetivo, e de fazer recair a antijuridicidade somente sobre o aspecto objetivo do delito, reservando todo o subjetivo para a culpabilidade. Desde que se sustente uma teoria complexa do injusto, não resta outra alternativa senão a de afirmar que o injusto é pessoal e que a antijuridicidade de uma conduta depende tanto de características e dados objetivos como subjetivos, sendo arbitrária a retirada dos dados objetivos do campo da antijuridicidade. Dois sujeitos, numa mesma situação subjetiva: pode um agir antijuridicamente, e o outro agir conforme o direito, dependendo de suas respectivas intenções e qualidades. É também perfeitamente admissível que um sujeito

possa realizar uma conduta típica e antijurídica, valendo-se de um instrumento que age conforme ao direito, como no caso daquele que denuncia falsamente, que se vale do juiz e da polícia para privar a outro de sua liberdade pessoal.

Se nesse último sentido opõe-se antijuridicidade “objetiva” a injusto pessoal, não temos dúvida de que a verdade está neste último posicionamento, posto que *o antijurídico é antijurídico para cada qual e não depende exclusivamente de dados objetivos*.

Por outro lado, se alguma dúvida existe a respeito de que nosso ordenamento consagra a teoria do injusto pessoal, basta examinar o regramento da legítima defesa de terceiros, em que as condutas de duas pessoas, na mesma situação de defesa, podem ser uma antijurídica (a do terceiro que provocou a agressão) e outra justificada (a de quem o defende sem ter intervindo na provocação).

III – Os tipos permissivos em geral

■ 323. Estrutura do tipo permissivo

Para sua aplicação, o tipo permissivo pressupõe uma tipicidade proibitiva, porque não se pode pensar em averiguar se uma conduta está justificada, quando ainda não comprovamos a sua tipicidade.

Assim, como o tipo proibitivo individualiza condutas proibidas, o tipo permissivo seleciona, dentre as condutas antinormativas, aquelas que permite. Dado que ambos os tipos – proibitivo e permissivo – individualizam condutas, ambos requerem e efetivamente possuem componentes objetivos e subjetivos.

Há duas posições entre aqueles que negam o injusto pessoal: os que afirmam que o tipo permissivo tem um aspecto subjetivo ao lado do objetivo (posição predominante no causalismo atual), e aqueles que pretendem que o tipo permissivo seja absolutamente objetivo (posição minoritária dentro do causalismo). De nossa parte, e afirmando a qualidade pessoal do injusto, não podemos deixar de sustentar *a estrutura complexa do tipo permissivo, com elementos subjetivos que integram um aspecto subjetivo paralelo ao objetivo*.

Na doutrina nacional, tem prevalecido o critério eminentemente objetivo das causas de justificação, ou seja, dos tipos permissivos, que na doutrina alemã está quase totalmente descartado. Se nos detivermos a analisar brevemente as fórmulas empregadas por nossa lei, veremos claramente que a mesma não adequa ao critério de pura objetividade sustentado doutrinariamente. O art. 24, *caput* do CP diz: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual...”, ou seja, para permanecer dentro da fórmula legal, é mister ter agido “para” salvar, e, para isso, é necessário que tenha reconhecido previamente o perigo atual.

Por outro lado, a admissão dos elementos subjetivos do tipo permissivo é algo que está majoritariamente aceita na doutrina mais moderna. Há divergências a respeito das soluções para o caso em que se configurasse apenas o aspecto objetivo do tipo permissivo, faltando seu aspecto subjetivo. Para os partidários da teoria do injusto objetivo em geral, a solução está em sancionar a conduta cometida nessas situações como uma tentativa, porque consideram que o resultado está justificado. Do nosso ponto de vista, não podemos sustentar a existência de resultados justificados, e sim de condutas justificadas, de modo que não estando justificada a conduta típica, a tipicidade se mantém em toda sua extensão e a antijuridicidade corresponde a um injusto de consumação. De outra parte, a pretensão de punir pela tentativa não pode ser admitida dentro da teoria que sustenta ser a tipicidade um indicio da antijuridicidade, porque a justificação estaria a reverter um passo analítico que já está completo. Pode apresentar-se coerente dentro da teoria dos elementos negativos do tipo (ver n. 229).

Cabe aclarar que a afirmação de que o tipo permissivo (ou causa de justificação) tem um aspecto subjetivo, de modo algum implica que a este pertença o conhecimento de que está agindo conforme o direito, porque tal conhecimento é absolutamente desnecessário para que ocorra a justificação ou tipicidade permissiva. Assim, por exemplo, para que um sujeito possa agir em legítima defesa, basta que reconheça a agressão de que é objeto e o perigo que corre, agindo com a finalidade de defender-se. Estes elementos faltam quando o sujeito dispara contra alguém que, precisamente neste momento, para ele apontava uma arma que tinha escondida sob um jornal, e de cuja existência e manobra não se havia apercebido. Mas deve ficar bem claro que aquele que se defende, para fazê-lo legitimamente, não tem por que saber que está agindo conforme o direito. Por mais que acredite ter agido contra direito e que fuja e se mantenha foragido, supondo que atuou antijuridicamente, isto não assume qualquer relevância.

■ 324. A congruência no tipo permissivo

Assim como o tipo proibitivo requer uma congruência entre seus aspectos objetivo e subjetivo, também ela é requerida no tipo permissivo, nele abarcando aspectos cognoscitivos que são pressupostos necessários dos volitivos. Os elementos particulares dependem de cada tipo permissivo em especial: assim, a legítima defesa requer o reconhecimento da situação de defesa e a finalidade de defender-se; o estado de necessidade requer o reconhecimento da ameaça sobre o bem maior e a finalidade de evitá-lo etc.

Numa mesma ação podem caber várias intenções e também pode uma intenção estar acompanhada por diferentes disposições internas. Aquele que age com o fim de defender-se pode também com isto satisfazer um desejo íntimo de

vingança. Aquele que se vê necessitado de matar um cão do vizinho para salvar sua vida pode lamentar o fato ou ser um sádico que com aquele se diverte. Estas “segundas intenções” e estas “disposições internas” são totalmente irrelevantes para a justificação, bastando apenas o reconhecimento da situação de justificação de que se trate, e o fim requerido no tipo permissivo correspondente.

Quando falta a tipicidade subjetiva exigida de acordo com o tipo permissivo de que se trate, não haverá justificação, ainda que tenham ocorrido todos os elementos requeridos pelo tipo objetivo de justificação ou permissivo. A solução contrária, que rejeitamos, leva a soluções absurdas: imagine-se que um sujeito joga sobre outro um líquido corrosivo, para arruinar sua roupa, ignorando que ele lhe aponta uma pistola. Como se teria que prescindir da finalidade perseguida pelo sujeito, restaria apenas examinar se a conduta é “objetivamente” adequada como defesa. Neste caso não o seria, mas o seria se, ao invés de estragar sua roupa, quisesse jogar o vidro em seu rosto.

Tampouco haverá tipicidade permissiva quando faltem os elementos objetivos da justificação e só existam os subjetivos. Teremos aí um caso de erro, ou seja, uma hipótese denominada “justificação putativa” que, na realidade, é um problema de erro de proibição (ver Capítulo XXXI).

■ 325. O fundamento genérico dos tipos permissivos

Vimos que a natureza última das causas de justificação é a de exercício de um direito. Não obstante, não é qualquer exercício de direitos que configura uma causa de justificação ou tipo permissivo. Os exercícios de direitos que surgem dos tipos permissivos são aqueles referidos no inciso III, segunda parte, do art. 23 do CP, porque os direitos que surgem da Constituição Federal, por exemplo, não necessitam ser aí mencionados, pois, com relação a eles, basta o princípio da reserva legal. Os exercícios de direitos que surgem dos tipos permissivos não são fomentados pelo Estado, mas apenas concedidos ante a impossibilidade de resolver a situação conflitiva de outra maneira.

Qual é o fundamento comum a todas essas permissões? Tentou-se responder a esta pergunta com a chamada teoria do “fim”, segundo a qual não seria antijurídica a conduta que constitui o meio adequado para alcançar o fim de convivência que o Estado regula (GRAF ZU DOHNA-EB. SCHMIDT). Mais que o fundamento comum, esta teoria parece indicar um limite comum, ou seja, seria a indicação do fim de convivência ou, melhor dito, de coexistência, como o limite de tolerância do exercício do direito que surge do preceito permissivo.

É difícil assinalar um fundamento comum a todos os tipos permissivos, ainda que a teoria do “fim” possa ser, talvez, um indicador: o fim de coexistên-

cia demanda que, em certas situações conflitivas, sejam concedidos direitos à realização de condutas antinormativas, os quais têm por limite o próprio fim de que emergem.

■ 326. Classificação dos tipos permissivos

Há tipos permissivos ou causas de justificação que se encontram na parte geral do Código Penal (arts. 23, 24 e 25). Outros estão na parte especial do Código Penal, constituindo as chamadas “justificações específicas”. Os demais encontram-se em qualquer parte da ordem jurídica, como resultado da remissão que o “exercício regular de direito” do art. 23, III, segunda parte, implica. Abordaremos alguns tipos permissivos em particular, mas quanto aos últimos não poderemos fazê-lo, porque demandaria a revisão de toda a ordem jurídica em relação a cada tipo, tarefa cuja investigação cabe particularmente à parte especial.

■ Leituras complementares

É recomendável a leitura de WELZEL, p. 73-83 do *Direito Penal Alemão*, e comparar seu pensamento com o exposto na p. 131 *et seq.* do *Livro de Estudo de Mezger*.

mantêm nitidamente separadas: no estado de necessidade se faz necessário um meio lesivo para evitar um mal maior, enquanto, na legítima defesa, o meio lesivo se faz necessário para repelir uma agressão antijurídica.

Essa diferença faz com que, no estado de necessidade, deva ser feita uma estrita ponderação dos males: o que se causa e o que se evita, devendo ser maior o que se quer evitar. Por seu turno, na legítima defesa não há uma ponderação dessa natureza, porque num dos pratos da balança há uma agressão antijurídica, o que a desequilibra totalmente. Na legítima defesa, a ponderação dos males só pode funcionar como “corretivo”, isto é, como limite. A legítima defesa não pode contrariar o objetivo geral da ordem jurídica – a viabilização da coexistência –, de maneira que, quando existe uma desproporção muito grande entre o mal que evita quem se defende e o que lhe quer causar quem o agride, porque o primeiro é ínfimo comparado com o segundo, a defesa deixa de ser legítima. Desta forma, o uso de uma espingarda para evitar que uma criança se apodere de uma maçã, por mais necessário que seja, como aconteceria no caso em que o proprietário da maçã fosse um paralítico e a espingarda fosse o único meio que tivesse ao alcance de sua mão (exemplo de MEZGER), não pode ser tolerado pelo direito. E assim é, não porque o bem jurídico “vida” tenha hierarquia superior ao bem jurídico propriedade, mas porque a ordem jurídica não pode tolerar que uma lesão à propriedade, de tão pequena magnitude, justifique o emprego de um meio que, ainda que necessário, seja tão grandemente lesivo, como o é um disparo mortal.

No exemplo do paralítico, a conduta de disparar é necessária para defender o bem jurídico agredido injustamente, mas contraria ao objetivo de segurança jurídica como forma de viabilização da convivência.

Essa característica da legítima defesa encontra-se consagrada em nossa lei através do advérbio “moderadamente”. No caso do paralítico, os meios são necessários, mas o seu uso não é moderado. Análoga é a situação nos casos de lesões provocadas por doentes mentais ou crianças, ou de outras agressões de incapazes, quando existe a possibilidade de que o sujeito se retire ou fuja. Normalmente, não se exige que o agredido fuja, como tampouco que suporte o injusto, mas em alguns casos em que não seja desonroso, como os mencionados, a defesa deixa de ser moderada.

II – Características da defesa legítima

■ 329. Bens defensáveis

A defesa pode ser própria ou de terceiros, sendo ambas reguladas pelo art. 25 do CP.

CAPÍTULO XXVI LEGÍTIMA DEFESA

I – Natureza e fundamento

■ 327. O fundamento individual e o fundamento social

ATUALMENTE, a natureza de justificante da legítima defesa é reconhecida com unanimidade, especialmente a partir de HEGEL, que a explicava da mesma maneira que a pena (a negação do delito, que é negação do direito, logo, como a negação da negação é a afirmação, a legítima defesa é uma afirmação do direito).

O problema mais complexo da legítima defesa não é a sua natureza, mas o seu fundamento. É definido pela necessidade de conservar a ordem jurídica e de garantir o exercício dos direitos. Conforme seja acentuado um ou outro dos aspectos deste duplo fundamento, se insistirá em seu conteúdo social ou individual. Na realidade, o fundamento da legítima defesa é único, porque se baseia no princípio de que *ninguém pode ser obrigado a suportar o injusto*. Trata-se de uma situação conflitiva, na qual o sujeito pode agir legitimamente, porque o direito não tem outra forma de garantir o exercício de seus direitos, ou, melhor dito, a proteção de seus bens jurídicos.

Deduz-se dessa afirmação que somos partidários da natureza subsidiária da legítima defesa, isto é, na medida em que haja outro meio jurídico de prover a defesa dos bens jurídicos, não é aplicável o tipo permissivo.

O fundamento individual (defesa dos direitos ou dos bens jurídicos) e o fundamento social (defesa da ordem jurídica) não podem ser encontrados simultaneamente, porque a ordem jurídica tem por objetivo a proteção dos bens jurídicos, e se, numa situação conflitiva extrema, não consegue logrã-lo, não pode recusar ao indivíduo o direito de prover a proteção dos bens por seus próprios meios.

■ 328. Necessidade e defesa

A legítima defesa surge de uma situação de necessidade, o que a vincula a outra causa de justificação: o estado de necessidade. Não obstante, ambas se

A defesa "a direito seu ou de outrem" abarca a possibilidade de defender legitimamente qualquer bem jurídico. O requisito da moderação da defesa não exclui a possibilidade de defesa de qualquer bem jurídico, apenas exigindo uma certa proporcionalidade entre a ação defensiva e a agressiva, quando tal seja possível, isto é, que o defensor deve utilizar o meio menos lesivo que tiver ao seu alcance.

Assim, qualquer bem jurídico pode ser defendido, contanto que a defesa não exceda os limites da necessidade e da moderação. Até mesmo o direito de preferência no estacionamento pode ser defendido legitimamente, mas, é claro, não matando o condutor do outro veículo, e sim paralisando o seu veículo de forma a impedir-lhe de estacionar. Também o direito a repousar em silêncio pode ser defendido contra o bêbado barulhento, mas com um baldaço d'água (STRATENWERTH).

Historicamente, a legítima defesa surgiu unida aos delitos de homicídio e lesões, e assim permanece nos códigos antigos, mas em todas as legislações contemporâneas é aceita a possibilidade de justificar a defesa de qualquer bem jurídico, mesmo que ainda não se encontre penalmente tutelado.

■ 330. A agressão injusta

Tanto a agressão como a defesa devem ser condutas. Não há agressão quando não há conduta, como ocorre quando se trata do ataque de um animal ou de qualquer um despedido de vontade. *Injusta significa antijurídica*, e não pode ser antijurídico algo que não é conduta. Contra esses ataques, que não são condutas, cabe apenas o estado de necessidade.

A agressão deve ser uma conduta, mas também deve ser antijurídica. Basta que seja antijurídica, sequer interessando que seja típica. De outra parte, requer-se que a agressão seja intencional, não sendo admissível a agressão "culposa", pois, em tal caso, é um absurdo pretender que aquele que se vê ameaçado tenha direito a causar um dano sem proporção alguma com a magnitude do mal.

A autoria da agressão antijurídica é o que dá o caráter de sujeito passivo da ação de defesa, porque esta não pode ser dirigida contra outra pessoa que não seja o próprio agressor. Quem, na defesa, atinge um terceiro, com relação a este agirá em estado de necessidade ou simplesmente de forma não culpável, mas não será acobertado pelo tipo permissivo da legítima defesa. Assim, aquele que, para salvar sua vida, joga uma granada de mão que provoca a morte do agressor e de um terceiro cometerá uma conduta típica de homicídio, antijurídica, ainda que não culpável.

O caráter antijurídico da agressão exclui a possibilidade de uma legítima defesa contra uma legítima defesa. Ninguém pode defender-se legitimamente contra quem, por sua vez, se está defendendo legitimamente. É claro que isto é válido sempre que a ação seja defensiva contra o agressor e que não alcance um terceiro alheio à agressão, pois, como já vimos, com relação ao terceiro, a conduta não configura uma legítima defesa. Ninguém pode ser impedido de defender-se em face da agressão ilegítima empreendida por outro, com quem nada tem a ver.

Não é necessário que a agressão antijurídica tenha sido iniciada. A lei diz que a agressão pode ser atual ou iminente. É atual, quando já foi iniciada, e é iminente, quando ainda não começou, mas está prestes a ocorrer. O requisito da iminência é coerente se por tal se entende que o agressor pode levá-la a cabo quando quiser, porque é inequívoca sua vontade de fazê-lo e já dispõe dos meios para isto, mas não deve ser entendida no mero sentido de imediatismo temporal. Assim, não sabemos em que momento vai disparar quem nos aponta uma pistola e nos mantém contra um muro, mas sabemos quais são suas intenções e estamos a sua mercê, mesmo que ele nada nos diga. A situação não muda pelo fato de que demore cinco segundos ou cinco horas para disparar. Algo semelhante acontece com as gravações de conversas comprometedoras, ou as filmagens de cenas da mesma índole, para fins extorsivos. A destruição das fitas ou películas é um ato de defesa, mesmo quando o sujeito não tenha iniciado sua ação extorsiva. Na doutrina alemã, estes casos têm sido chamados de "antecipação da defesa". Dentro da nossa lei, cremos ser equívoca tal terminologia, porque se a admite perfeitamente como consequência do emprego da palavra "iminente".

■ 331. A questão da provocação

Dentre os requisitos legais da legítima defesa (art. 25 do CP), não há qualquer referência à ausência de provocação. Muito embora parte da doutrina tenha afirmado, em várias oportunidades, que a provocação exclui a legítima defesa, tal afirmação não deixa de apresentar dúvidas, em face do texto legal existente e do princípio da legalidade. Trata-se de uma integração analógica da lei penal, ampliativa ou extensiva da punibilidade (por ser restritiva da litude ou justificação). Em tais condições, a única provocação relevante seria aquela em que, por si, ela constitui uma agressão injusta, em razão da não admissibilidade de legítima defesa contra legítima defesa.

A falta de referência, na lei, à provocação, também ocorre na legislação alemã, dado que levou a doutrina a dividir-se. Uma parte dela sustenta não poder o provocador invocar a legítima defesa por ser, na realidade, o verdadeiro agressor, pelo menos quanto à provocação dolosa (JESCHECK). Isto é verdadeiro, mas não em todas as situações, porque nem sempre a provocação constitui uma

agressão injusta: não cumprimentar uma pessoa pode constituir uma provocação, mas tal não constitui a injusta agressão de que fala o art. 25 do CP. Outros autores procuram excluir o provocador da senda da legítima defesa, fundados no conceito de abuso no direito civil, critério que se apresenta, com frequência, na jurisprudência.

Um terceiro grupo de autores (BAUMANN, entre eles), sustenta a existência de uma *actio illicita in causa*, paralela à *actio libera in causa*. De acordo com este critério, o conhecido exemplo do marido que surpreende a mulher com o amante e tenta matá-lo, mas é morto por aquele em defesa de sua vida, tende a ser resolvido como doloso se o amante, intencionalmente, provocou a reação do marido, ou se, tendo previsto a reação, aceitou a produção do resultado, e, como homicídio culposo, nas situações restantes. Esta solução merece as mesmas críticas que formulamos à teoria da *actio libera in causa* (ver n. 289 e 290).

A legítima defesa justifica somente a ação típica, mas não a ação precedente. Este princípio, que é a base da teoria da *actio illicita in causa*, serve para a conclusão, de conformidade com a crítica que fizemos à *actio libera in causa* (ver n. 289 e 290), de que a ação precedente pode ser típica do tipo culposo, mas não do tipo doloso, em razão da atipicidade dolosa da conduta precedente. Mesmo no caso em que a provocação suficiente seja das chamadas “intencionais”, cremos que não resta outra solução além do enquadramento pela via do crime culposo, porque há uma violação ao dever de cuidado. Para maiores esclarecimentos, remetemos à crítica geral da teoria da *actio libera in causa* (ver n. 289 e 290).

332. Necessidade da defesa

Para ser legítima, antes de mais nada a defesa deve ser necessária, isto é, que o sujeito não estivesse obrigado a realizar outra conduta menos lesiva ou inócuo ao invés da conduta típica. Não age justificadamente aquele que, para defender-se de uma agressão a socos, responde com tiros de metralhadora, ou quem, para defender-se dos golpes incertos de um bêbado, revida com um outro que lhe fratura vários ossos. Nesses casos é excluída a legítima defesa, porque a conduta realizada não era necessária para neutralizar a agressão: os socos podem ser respondidos da mesma maneira e o bêbado pode ser repellido com um empurrão.

Estas observações são válidas tanto para a utilização de meios defensivos, como os mencionados, como para os chamados “meios mecânicos”, que muito preocuparam a doutrina. Meios mecânicos são dispositivos físicos de defesa e sua gama vai desde as chamadas *offendiculas* (os cacos de vidro postos sobre os muros divisórios) até uma bomba colocada para explodir quando alguém tentava abrir um cofre, ou uma máquina infernal que aciona um fuzil à queima-roupa,

quando alguém abre a porta do galinheiro (caso do “japones de Rosário” – SOLER), ou a cerca eletrificada em alta voltagem para evitar o furto de flores de um jardim.

O problema dos “meios mecânicos” não é unitário, mas deve ser resolvido com apelo ao mesmo critério de necessidade: as *offendiculas* são necessárias para a defesa, pois não se dispõe de outro meio menos lesivo: a bomba no cofre não é justificada, pois um alarme pode ser colocado; a defesa do galinheiro e das flores também pode ser feita por meios menos lesivos, razão pela qual aí não se reconhece a legítima defesa.

A necessidade deve sempre ser valorada *ex ante*, isto é, do ponto de vista do sujeito no momento em que se defende: quem dispara sobre quem lhe aponta um revólver, defende-se legitimamente, ainda que depois se venha a descobrir que o agressor usava uma arma descarregada, ou de brinquedo.

333. Moderação da defesa

Vimos (ver n. 328) que não é suficiente que a defesa seja necessária, porque, no caso do parafítico, o disparo era a conduta necessária para evitar a afetação de seu bem jurídico propriedade. Nosso Código Penal elimina as dúvidas a este respeito, porque exige a moderação: a defesa não pode ser condicionada de modo que afete mais a coexistência do que a agressão em si. Não pode haver uma desproporção muito grande entre a conduta defensiva e a do agressor, de maneira que a primeira cause um mal imensamente superior ao que teria produzido a agressão. Há um certo limite, isto é, um corretivo, que exclui a moderação, e, portanto, a defesa, em casos como o do parafítico.

É sabido que a extensão da legítima defesa a todos os bens jurídicos é fruto do industrialismo, pois antes ela era reservada apenas a certos bens jurídicos (vida, integridade física, honestidade etc.). Não se pode ignorar que esta extensão e generalização é resultado da necessidade de dar segurança à riqueza que se concentrava nas cidades, diante da ameaça representada pelas massas miseráveis, que também lá se concentravam, quando a acumulação de capital produtivo não era suficiente para assimilar a sua mão-de-obra (ver n. 116). Desde então pareceu normalmente sustentável a defesa da propriedade a causa da vida do agressor. Enquanto KANT a admitia como causa de inculpabilidade, HEGEL, diretamente, a admite como causa de justificação, considerando-se o papel diverso que ambos desempenham neste âmbito (ver n. 117 e 128), especialmente se temos em conta que, para HEGEL, a legítima defesa era assimilável à pena.

Ao “reavaliar-se” notoriamente a vida humana nos documentos de Direitos Humanos do pós-guerra, que expressamente incluem o “direito à vida, a liberdade e a segurança pessoal” (art. 3.º da Declaração Universal de Direitos Humanos),

surge a dúvida sobre ser possível admitir, em nosso direito positivo, a defesa da propriedade à custa da vida do agressor. O problema já foi suscitado na Europa, resultando no art. 2.º da Convenção de Roma, que estabelece, expressamente, que ela somente é admitida quando for resultado de um recurso de força absolutamente necessário, para “assegurar a defesa de qualquer pessoa contra a violência ilegal”. Os autores alemães, por exemplo, dividiram-se em duas correntes, sustentando alguns que se refere apenas à ação do Estado, e, outros, que abarca à dos particulares na extensão do instituto da legítima defesa.

Em nosso país, não temos uma lei expressa, como o art. 2.º da Convenção de Roma, mas é evidente que a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a longa tradição abolicionista da chamada “pena de morte” estão a indicar o alto respeito que dedica à vida humana. A dúvida gerada por estes elementos, e que, seguramente, deve ser matéria de estudo atento, é se o Estado não viola o referido dever, ao considerar legítima qualquer morte que seja necessária para a defesa do direito de propriedade, ainda que a ameaça a este último não seja tão ínfima como no caso do parafítico.

■ 334. A defesa da administração da justiça e a vida

A administração da justiça deve ser defendida através dos canais institucionais, ou seja, pelos funcionários estatais encarregados da detenção e investigação dos infratores, e, só eventualmente, por particulares em determinadas circunstâncias. Para os agentes estatais, trata-se de situações que, em definitivo, não constituem legítima defesa (justificação), mas de cumprimento de dever legal (ver n. 304). Uma das situações mais frequentes que se apresentam é a da defesa da administração da justiça por parte de ditos funcionários, a custa da vida dos agressores, particularmente em casos de fuga de detentos ou de pessoas que não acatam uma ordem de prisão.

Tanto em relação à legítima defesa, como ao de cumprimento do dever legal, uma pergunta se impõe: é admissível a morte de uma pessoa para evitar a sua evasão, porque não acata a sua detenção, e, particularmente, pode-se usar armas para matá-la em tais casos?

Considerando-se ser a moderação um dos requisitos da legítima defesa, não nos parece, de modo algum, admissível o homicídio como meio legítimo para que um Estado de Direito defenda a administração de sua justiça. Os regulamentos que, em sentido contrário, contrariam este princípio e autorizam a utilização de armas para a causação da morte, ou à custa da morte do fugitivo, são manifestamente inconstitucionais em qualquer Estado de Direito, e as ações dos agentes do poder público, ou de particulares em tais situações, constituem homicídios.

■ 335. Aspecto subjetivo do tipo permissivo

No tipo permissivo de legítima defesa requer-se o conhecimento da situação de defesa, isto é, o reconhecimento da agressão, e a finalidade de defender-se. Já vimos que não é necessário o conhecimento da legitimidade da ação defensiva (ver n. 323).

Cabe aclarar que a finalidade de defender-se não tem por que ser alcançada, isto é, que a legitimidade da defesa não depende do êxito da mesma. *Ainda que fracasse e não se consiga evitar a agressão, do mesmo modo haverá legítima defesa.*

■ 336. A defesa do Estado

Dentro da problemática geral da defesa de terceiros, colocou-se a questão da defesa do Estado. Para alguns autores, a legítima defesa do Estado é inadmissível. Assim, argumenta-se que de modo algum pode aceitar-se como casos de defesa do Estado os tristemente célebres “processos”, por parte de organizações geralmente extremistas, que alegam defender o Estado por meio de privações de liberdade e homicídios, diante dos ataques reais ou supostos de organizações criminosas rivais, ou de ideologia oposta.

O argumento é profundamente sério, e de maneira alguma essas condutas típicas podem ser justificadas. Mas a rejeição em bloco da possibilidade de defesa do Estado não cuida de uma diferença que é fundamental para o esclarecimento da solução: *uma coisa é a defesa do Estado em sua existência, e, outra, a defesa do regime político do Estado* (BLASCO e FERNÁNDEZ DE MOREDA). A inadmissibilidade de legítima defesa de terceiro diz respeito a esse último, posto que o regime político deve “defender-se” por meio das instituições, e a sua “defesa” por parte dos funcionários não é uma legítima defesa, e sim um cumprimento de dever jurídico. Por outro lado, a defesa da existência em si do Estado é perfeitamente justificada. Aquele que, em caso de invasão, coopera com as forças armadas, por sua própria conta, está exercendo uma legítima defesa do Estado. De outra parte, não resta qualquer dúvida de que os bens do Estado podem ser defendidos legitimamente, da mesma forma que podem ser defendidos os de propriedade de particulares.

Inobstante, deve-se manter clara a distinção para evitar a confusão de entender que a defesa do regime político é a defesa do próprio Estado, pretensão que é comum a todo sistema totalitário, que sempre tende a confundir a pessoa do governante e o próprio governo com o Estado. Em alguns países, tem-se admitido uma limitada legítima defesa do sistema político democrático. Isto coloca a necessidade de uma nova distinção, com sérios problemas de delimitação, para não consagrar uma fórmula que, por sua amplitude, permita aberrações.

■ Leituras complementares

É extremamente interessante a exposição da legítima defesa feita por FRANCISCO BLASCO e FERNÁNDEZ DE MOREDA, no verbete correspondente da *Enciclopedia Jurídica Omeba* e o trabalho de MANUEL DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Del fundamento a la defensa en la legítima defensa, em *Estudios Penales* (homenagem a R. P. JULIÁN PEREDA S. J.), Bilbao, 1965, p. 249; mais recentemente, *Causas de justificación*, Buenos Aires, 1996. Os trabalhos de investigação mais completos são os de DIEGO LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, 1978; FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, *Ilícitude penal e causas de sua exclusão*, Rio de Janeiro, 1984; MIGUEL REALE JÚNIOR, *Antijuridicidade concreta*, São Paulo, 1974.

CAPÍTULO XXVII

OUTROS TIPOS PERMISSIVOS EM PARTICULAR

I – A regulação legal do estado de necessidade;
justificação e excludente de culpabilidade

■ 337. A fórmula legal

A *TEORIA UNITÁRIA do estado de necessidade*. O art. 24 do CP contém uma única fórmula de estado de necessidade, sem fazer qualquer distinção entre a necessidade justificante e a exculpante. Uma boa parte da doutrina nacional entende que, no direito penal brasileiro, todo estado de necessidade é justificante. Não obstante, quase sempre a doutrina considera a coação irresistível e a obediência hierárquica do art. 22 do CP como causas de exclusão de culpabilidade em todos os casos. De nossa parte, cremos que a lei é livre para encampar, numa mesma fórmula eximente, pressupostos que pertencem à justificação e à exculpação, da mesma maneira que pode tratar de modo autônomo eximentes que cabem ou se desenvolvem em outras fórmulas legais, ou seja, que a autonomia legal de uma eximente não implica a sua autonomia teórica, nem a falta da primeira impede a concepção da segunda.

As argumentações lógicas mais fortes, no sentido de considerar ser o estado de necessidade sempre justificante, e a coação e a obediência hierárquica serem sempre exculpantes, são: 1.º) se algum estado de necessidade fosse exculpante, não parece isso compatibilizar-se com a exclusão de seu âmbito de “quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo” (art. 24, § 1.º do CP), que é uma questão que, obviamente, leva ao injusto (ao grau do injusto); 2.º) que se “é punível o autor da coação ou da ordem” (art. 22 do CP), não se explicita que esta não possa estar justificada em caso algum, posto que ninguém pode cometer um delito através de uma ação alheia de acordo com o direito.

Para nós, é perfeitamente possível que uma pessoa pratique um delito, valendo-se de uma ação alheia conforme o direito, em face da teoria do injusto pessoal, que já expusemos (ver n. 322), razão pela qual aqui não insistiremos nela.

Quanto ao primeiro argumento, olvida-se que a culpabilidade (reprovabilidade) sempre decorre de um injusto (conduta típica e antijurídica), que apresenta um certo grau ou entidade de conteúdo do injusto, de maneira que uma mesma circunstância pode exculpar um roubo, mas não um homicídio, simplesmente porque o conteúdo injusto do roubo é menor do que o do homicídio. Aquele que atua para evitar um mal, para salvar-se de um perigo, o faz para resguardar um bem, de maneira que, sempre, haverá um injusto menor do que aquele que decorre de uma atuação sem essa finalidade, ainda quando o bem que se salva seja menor do que aquele que se sacrifica. Ao contrário, se esse “salvar de perigo” não permite fazer um desconto de seu injusto, em razão do dever legal de arrostar o perigo, seu injusto continuará sendo maior, e a mesma circunstância que serve para exculpar o injusto menor do primeiro não servirá para exculpar o do segundo.

■ 338. As dificuldades enfrentadas pela teoria do estado de necessidade

Ao considerar todo e qualquer estado de necessidade como justificante, e qualquer coação como exculpante, essa teoria leva o tema a consequências que não consegue explicar satisfatoriamente: ao contrário, complicam todo o panorama de uma sistematização racional das eximentes.

Em princípio, admitir que todo e qualquer estado de necessidade é justificante leva à aceitação, como consequência inafastável, de que no exemplo não repetido dos náufragos que lutam pela posse da tábua que somente pode manter um deles flutuando, ambos atuam justificadamente, vale dizer, que ambos têm uma permissão legal para matar, e, portanto, se irá impor o mais forte. Por outro canto, não há dúvida de que quem ajuda aquele que atua justificadamente também atua de acordo com o direito, razão pela qual qualquer pessoa alheia ao naufrágio e ao perigo poderá ajudar justificadamente a qualquer dos náufragos, o que se nos apresenta como absurdo.

Se qualquer coação ou obediência hierárquica sempre fosse exculpante, e em hipótese alguma justificante, as consequências não seriam menos inaceitáveis. Dessarte, frente ao policial que viesse deter alguém em virtude de uma falsa denúncia de terceiro, a legítima defesa se apresentaria como admissível, da mesma forma como aquele que furta ameaçado de morte.

Em resumo, os casos que esta tese unitária não pode resolver são os seguintes:

a) A e B lutam pela *tabula unius capax*. Os dois teriam direito, e, por consequência, teria de se reconhecer que o direito converte em jurídico um resultado decorrente de força.

b) Nessa mesma hipótese, C está na praia e possui um rifle de mira telescópica. Não tem tempo de prestar socorro, mas empunha o rifle, aponta-o para

um dos náufragos e dispara. Como o náufrago sobrevivente atua de acordo com o direito, C também atuaria de conformidade com o direito.

c) A denuncia B falsamente, e C, que é agente policial com o dever legal de deter os suspeitos, vai deter B (que é suspeito em face da falsa denúncia de A). Como C atua inculpavelmente, isto é, atua antijuridicamente, B poderia defender-se contra C, como se se tratasse de um sequestro, e, portanto, provocá-lo a morte ou lesão.

■ 339. As autonomias teóricas como única solução

Em face das considerações que acabamos de expor, a única solução que nos parece aceitável é aquela que, dentro dos enunciados dos arts. 22 e 24 do CP, obriga estabelecer diferentes hipóteses com autonomia teórica ou dogmática. O art. 22 do CP limita-se a afirmar que “só é punível o autor da coação ou da ordem”, e, *a contrario sensu*, não é punível aquele que atende a ordem ou quem atua coagido. Em nenhum momento afirma que este último, em qualquer caso, pratica um injusto não culpável (isto só é afirmado pela doutrina, mas não o diz a lei). É função da doutrina estabelecer, em cada caso, a que obedece sua “não punição”, e, como logo veremos, cremos que, obediência hierárquica, pode haver atipicidade e, na coação, pode ocorrer justificção ou inculpabilidade.

Do mesmo modo, como explicaremos em seguida, o art. 23, I, do CP diz que “não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade”, e o art. 24 do aludido Diploma Legal estabelece os requisitos do estado de necessidade, mas a lei não diz não haver crime em todos os casos, por faltar a antijuridicidade. Compete, pois, à doutrina estabelecer se isso efetivamente ocorre, ou se, como acreditamos, não existe crime quando se atua em estado de necessidade em alguns casos, porque existe justificção, e, em outros, porque não há culpabilidade.

■ 340. O estado de necessidade como justificção e como exclusão de culpabilidade

Vimos que, para evitar-se contradições decorrentes da irrationalidade, impõe-se uma distinção doutrinária entre as hipóteses de estado de necessidade que se deve considerar como justificção, e outras que só se pode considerar como causa de ausência de culpabilidade. Esta distinção de modo algum viola o texto legal porque, em ambos os casos, devem estar reunidos os requisitos do art. 24 do CP, só que a causa com que se exime a responsabilidade penal, num caso será de justificção (não haverá injusto), e, em outro, haverá injusto, mas o agente não será penalmente responsável em razão da ausência de culpabilidade.

Esta distinção interna não pode ser estabelecida de outro modo, que não em virtude de um princípio de axiologia jurídica: o estado de necessidade resultará de conformidade com o direito (justificante), quando a afetação do bem jurídico que causa a conduta do necessitado resulta de menor entidade que a lesão a um bem jurídico que corria perigo de o sofrer. Em termos mais sintéticos, mas também menos precisos, costuma-se afirmar que o estado de necessidade é justificante quando o mal que se causa é menor do que aquele que se evita. Nos demais casos, em que o estado de necessidade também elimina a responsabilidade penal, de acordo com a fórmula do art. 24 do CP, a razão da eximente será a inculpabilidade (estado de necessidade exculpante).

Estado de necessidade: exime de responsabi- lidade quando ocorrem todos os requisitos do art. 24 do CP;	porque atua como causa de justi- ficação	quando a afetação que causa é menor do que a que quer evitar.
	porque atua como causa de incul- pabilidade	nos demais casos.

II — O estado de necessidade justificante

341. Conceito

Nesta hipótese legal, aquele que sofre o mal menor não cometeu qualquer ato contrário ao direito, e, não obstante, deve suportar o mal, porque quem o infere encontra-se em uma situação de necessidade, em que o conflito fático lhe impõe uma escolha. Daí que aqui, diversamente do que ocorre com a legítima defesa, em que só tem valor corretivo para os extremos em que excede a moderação, a ponderação dos males (o que se evita e o que se causa) tem importância capital.

Esta distinção permite resolver adequadamente o caso do policial que vai deter a pessoa suspeita em razão da falsa imputação: o suspeito, falsamente denunciado, pode defender a sua liberdade diante do policial, mas tão somente na medida do estado de necessidade justificante, ou seja, causando-lhe um mal menor que a própria privação de liberdade, como, por exemplo, enganando o policial e empurrando-o por alguns momentos, com o que logra a sua fuga etc. Este mesmo equilíbrio de males da necessidade justificante permite resolver, de modo racional, também a situação dos naufragos: como ambos estão atuando inculpaavelmente, o terceiro que intervir não pode ajudar juridicamente a nenhum dos dois, posto alheio à necessidade que, por ser unicamente exculpante, conduz à reprovação, e, por conseguinte, não pode ser estendida ao mal que se quer evitar, que pode provir tanto de uma força da natureza, como de uma ação humana: age em estado de necessidade justificante aquele que arranca a madeira

de uma cerca para repelir a agressão de que é vítima, ou quem comete um delito contra a propriedade coagido por outro, que ameaça matar a sua mulher, ou o que viola um domicílio para escapar de um sequestro, ou aquele que mata o puma que lhe ataca, quem empurra o epilético que cai sobre si, aquele que esmurre o hipnotizado que tem ordem de lesioná-lo, ou quem viola um domicílio para refugiar-se de um ciclone etc.

O fundamento geral do estado de necessidade justificante é a necessidade de salvar o interesse maior, sacrificando o menor, em uma situação não provocada de conflito extremo.

342. Requisitos do estado de necessidade justificante

a) Perigo atual. O requisito da existência de um perigo atual para um bem jurídico de maior importância deve vincular-se com a inexistência de outro meio de evitá-lo. A “atualidade” do perigo indica que não existe, de momento, outro meio de evitá-lo, mas tampouco que exista um lapso temporal por vir, que criasse a possibilidade do meio, por enquanto inexistente, surgir ou apresentar-se disponível. Não se trata de uma medição meramente temporal, linear, entre a ação necessária e a possível materialização do perigo em dano, e sim que a atualidade indica a presença do perigo e a carência de meios não só atual, mas também antes do perigo converter-se em dano. Dessarte, é atual o perigo de morte de quem fica encerrado pelo efeito de um terremoto e derruba os muros para sair, porque haveria poucas probabilidades de que um meio menos lesivo chegasse a tempo, ainda quando, ao contrário, a morte pudesse vir a materializar-se vários dias após.

b) O perigo pode existir tanto para um bem jurídico próprio como para um bem jurídico alheio. Quando o direito é alheio, é lógico que só se pode atuar em estado de necessidade com o consentimento, expresso ou presumido, do titular desse direito, se é que se trata de um direito ou bem jurídico individual. Assim, ninguém pode entrar na casa do vizinho para impedir que a chuva penetre por uma janela, causando dano ao mobiliário, sem o consentimento daquele, ou, na sua ausência, em face da presunção de seu consentimento, ou seja, diante da existência de uma vontade, em sentido contrário, claramente manifestada pelo interessado.

c) O perigo não pode ser evitado por outro modo, o que constitui um requisito indispensável da necessidade. Se o perigo puder ser evitado por outro modo menos lesivo, naturalmente que não existirá necessidade e, conseqüentemente, também não haverá estado de necessidade.

d) O perigo atual deve ser um mal maior do que aquele que se quer evitar. A individualização do mal menor é lograda tomando-se em consideração a

hierarquia de bens jurídicos em abstrato, tal como exsurge da sua enumeração na parte especial do código, da hierarquia constitucional e dos documentos internacionais de Direitos Humanos. A esta hierarquização deve combinar-se a importância da lesão ameaçada pelo perigo em concreto. A isto deve somar-se a proximidade do perigo. Muito embora nem sempre seja fácil determinar qual é o mal menor, nos casos em que entram em conflito vidas humanas, não se pode falar jamais em males maiores ou menores que o estado de necessidade poderá exculpar, mas nunca poderá exculpar uma conduta homicida. Tampouco pode medir-se os males, quando se trate de vidas humanas, pelo número das mesmas, posto que ainda que se usasse uma vida para salvar mil, sempre se estaria utilizando um homem como meio, e, com isso, se violaria a sua condição de pessoa, que exige a sua consideração invariável como fim em si mesma.

e) O estado de necessidade não ampara a quem tem o dever de arrostar o perigo. É evidente que certas profissões, ou funções, impõem este dever, e, por consequência, não pode alegar que atua de conformidade com o direito aquele que se encontra nesse perigo, pois, ao contrário, a justificação estaria anulando a imposição do dever legal de afrontar o perigo.

f) O tipo permissivo do estado de necessidade justificante reclama o reconhecimento da situação de necessidade, e a finalidade de evitar o mal maior, como aspectos subjetivos do mesmo. Tal qual nas demais causas de justificação, o elemento subjetivo pode vir acompanhado de outras intenções, ou de outros estados anímicos, sem que isso seja relevante, sempre e quando exista a finalidade de evitar um mal maior.

g) O art. 24, *caput* do CP exige que o perigo atual não tenha sido provocado pela própria vontade do agente. Encontramo-nos aqui diante de uma situação análoga àquela da provocação na legítima defesa (vern. 331), ainda que algumas considerações se devam fazer. Obviamente, não existe necessidade quando a situação foi provocada intencionalmente, posto que a conduta típica que provoca a necessidade não pode ficar atípica pela própria situação de necessidade que ela cria. Quem golpeia alguém, e recebe contragolpes em resposta, não pode alegar a necessidade de fazer para esses golpes. Quanto às ações anteriores e atípicas, não se pode estender-lhe o requisito negativo, porque se chegará a conclusões absurdas: aquele que se automutilasse, ou sofresse as consequências de uma tentativa de suicídio, que o deixasse incapacitado para o trabalho, não poderia atuar amparado pelo estado de necessidade, se este o levasse ao limite da inanição; quem houvesse deixado seu trabalho teria de morrer de fome, ainda que não pudesse conseguir outro meio de subsistência etc.

III – O excesso nas causas de justificação

■ 343. O conceito de “excesso”

O parágrafo único do art. 23 dispõe que no estado de necessidade, na legítima defesa, no cumprimento do dever legal e no exercício regular de um direito, o agente responderá pelo excesso doloso ou culposo. O primeiro problema que nos apresenta este dispositivo é o de estabelecer o que se deve entender por “excesso”.

Se tivermos em conta que o § 2.º do art. 24 do CP estabelece uma possibilidade de redução de pena para o estado de necessidade, quando ocorrem todos os seus pressupostos como veremos em continuação, ou seja, para uma situação que, na legislação comparada se chama “eximente incompleta”, este parágrafo demonstra que o Código Penal não aceita, em geral, o sistema das eximentes incompletas, e, sim, o sistema do “excesso”, reservando a eximente incompleta somente para o estado de necessidade, no qual operam ambos os sistemas.

Isto significa que “excesso” não é o mesmo que a falta de qualquer dos requisitos das eximentes do art. 23 do CP. Consequentemente, “excesso” significa “passar dos limites” de uma dessas causas eximentes, mas, para “passar dos limites”, será sempre necessário se ter estado, em algum momento, dentro deles.

De conformidade com este conceito de excesso, haverá excesso nas eximentes quando, por exemplo, na legítima defesa, a ação desenvolvida em resposta à agressão se prolongue para depois de cessada essa agressão; quando, no cumprimento de um dever, tenham cessado as circunstâncias que criam esse dever e a ação continue; quando, no estado de necessidade, a ação se prolongue, muito embora a situação de necessidade não mais persista. Contrariamente, não haverá “excesso” quando a defesa não tenha sido necessária ou moderada, ou quando, na necessidade, se dispusesse de outro meio menos lesivo, porque, em nenhum desses casos, o autor teria atuado dentro dos limites da eximente, e, portanto, nunca poderia ter “excedido”.

Na doutrina, tem-se distinguido entre um “excesso extensivo” e um “excesso intensivo”, sendo o primeiro aquele que, na sua conduta, o sujeito continua a atuar mesmo quando cessada a situação de justificação ou de atipicidade, ou seja, este é o único conceito de excesso que, na nossa opinião, se pode admitir, enquanto o excesso chamado “intensivo”, seria aquele em que o sujeito realiza uma ação que não completa os respectivos requisitos em cada uma das correspondentes eximentes. Este conceito de “excesso intensivo” não é propriamente um excesso, porque, quando não ocorrem os requisitos da eximente, em momento algum ela ocorreu, e, portanto, não se pode “exceder”. Em definitivo, esta confusa classificação do “excesso” amplia indevidamente o conceito e leva à introdução, pela via do suposto “excesso intensivo” (que é

uma *contradictio in adjecto*), um sistema de atenuantes que a lei não admite, e ao qual nos referimos: o das chamadas “eximentes incompletas”.

■ 344. Excesso doloso e excesso culposo

É evidente que quem atua em legítima defesa quer o resultado, isto é, age dolosamente, o mesmo ocorrendo com aquele que atua em estado de necessidade. Se, uma vez cessada a agressão, ou a situação de necessidade, o sujeito prossegue atuando, o faz também querendo o resultado, e, portanto, prossegue atuando dolosamente. O parágrafo único do art. 23 do CP, neste sentido, é bem coerente ao dispor que o agente “responderá pelo excesso doloso”, mas cria um problema a elucidar, que exsurge quando agrega a expressão “ou culposo”.

A doutrina sustenta que esta hipótese do “excesso culposo” ocorre quando o agente acredita persistirem as circunstâncias justificantes, e estas inexistem, tratando-se de erro vencível, ou seja, de uma apreciação imprudente ou negligente dos requisitos da justificação. Todavia, nestes exemplos, apresenta-se pouco coerente admitir que aquele que dispara contra outra pessoa, para lesioná-la, o faça culposamente, porque, precisamente, se propõe a esse resultado; da mesma maneira aquele que se apodera de uma coisa alheia não se pode afirmar que o faz culposamente, quando, efetivamente, quer se apoderar de uma coisa alheia. É evidente que, nestes casos, a lei está prevendo também condutas dolosas.

A única explicação plausível para o chamado “excesso culposo” é a de que se trata de uma ação dolosa, mas que, aplicando-se a regra da segunda parte do § 1.º do art. 20 do CP, a lei lhe impõe a pena do delito culposo. Em face da definição de dolo do art. 18, I também do CP, não se pode dizer jamais que, para a nossa lei, o chamado “excesso culposo” seja uma conduta culposa, e sim que o “culposo”, no máximo, seria o excesso, mas nunca a ação que causa o resultado, posto que, ao se admitir o seu caráter culposo, se estaria incorrendo numa flagrante contradição *intra legem*.

■ Leituras complementares

MIGUEL REALE JÚNIOR, *Dos estados de necessidade*, São Paulo, 1971 e ALBERTO R. R. RODRIGUES DE SOUSA, *Estado de necessidade (um conceito novo e aplicações mais simples)*, Rio de Janeiro, 1979.

TÍTULO V A CULPABILIDADE

CAPÍTULO XXVIII	–	Conceito, fundamento e delimitação
CAPÍTULO XXIX	–	A possibilidade exigível de compreensão da antijuridicidade
CAPÍTULO XXX	–	A inexigibilidade da compreensão da antijuridicidade proveniente de incapacidade psíquica
CAPÍTULO XXXI	–	Erro de proibição (inexigibilidade da compreensão da antijuridicidade proveniente de erro)
CAPÍTULO XXXII	–	Inexigibilidade de outra conduta pela situação redutora da autodeterminação