

ESTADO DE NECESSIDADE NO DIREITO
PENAL BRASILEIRO, PORTUGUÊS E ITALIANO:
UMA ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO

Matheus Tauan Volpi
Murilo Alan Volpi

ESTADO DE NECESSIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO, PORTUGUÊS E ITALIANO: UMA ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO*

NECESSITY DEFENSE IN BRAZILIAN, PORTUGUESE AND ITALIAN CRIMINAL LAW: AN ANALYSIS OF COMPARATIVE LAW

Matheus Tauan Volpi

Doutorando em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre e Especialista em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo (USP). Professor. Já foi advogado, analista jurídico do Ministério Público (MP/SP) e Delegado de Polícia (PC/MG). Atualmente, é Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP).

Murilo Alan Volpi

Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (USP). Já foi Advogado, Analista Jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo (MP/SP) e Delegado de Polícia no Estado de Minas Gerais (PC/MG). Atualmente, é Promotor de Justiça no Estado do Paraná (MP/PR). Professor na Universidade Cesumar (UNICESUMAR).

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 DIREITO COMPARADO APLICADO AO ESTUDO DO ESTADO DE NECESSIDADE. 1.1 RELEVÂNCIA METODOLÓGICA DO DIREITO COMPARADO NA ANÁLISE DO ESTADO DE NECESSIDADE. 1.2 DO MÉTODO DO DIREITO COMPARADO APLICADO AO PRESENTE ESTUDO. 1.3 DA JUSTIFICATIVA PARA A ESCOLHA DOS ORDENAMENTOS COMPARADOS. 2 EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DO ESTADO DE NECESSIDADE. 3 ADOÇÃO DA TEORIA UNITÁRIA OU DIFERENCIADORA. 3.1 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DAS TEORIAS. 3.2 ANÁLISE COMPARATIVA DAS OPÇÕES LEGISLATIVAS. 3.3 AVALIAÇÃO CRÍTICA DAS TEORIAS. 4 REQUISITOS DO ESTADO DE NECESSIDADE. 4.1 REQUISITOS COMUNS AOS TRÊS ORDENAMENTOS E PECULIARIDADES. 4.2 DAS PECULIARIDADES DO ORDENAMENTO PORTUGUÊS E DA SUA RELEVÂNCIA. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

Campo de estudo: Direito Penal. O objetivo deste artigo é analisar o estado de necessidade sob a perspectiva do Direito Comparado. Por meio do exame da bibliografia específica escrita sobre o tema, nacional e internacional, e utilizando preponderantemente os métodos indutivo, dedutivo, dialético e dialógico, comparou-se a disciplina do estado de necessidade nos ordenamentos brasileiro, português e italiano quanto aos

seguintes aspectos: (i) existência de previsão legal expressa do instituto, (ii) adoção da teoria unitária ou diferenciadora e (iii) requisitos do estado de necessidade. Como resultado, identificou-se que, no ordenamento dos três países, o instituto do estado de necessidade é expressamente previsto em lei. Verificou-se, por outro lado, que, no tocante à teoria acolhida, o Código Penal português adota expressamente a teoria diferenciadora do estado de necessidade, enquanto o Código Penal brasileiro e a lei penal italiana optam por um tratamento unitário. Por fim, quanto aos requisitos do estado de necessidade, identificou-se que os requisitos são similares nos três ordenamentos, salvo quanto ao requisito da inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado, cujo tratamento é diverso no direito português. Concluiu-se, ao final, que a análise do Direito Comparado permite melhor compreender o tratamento do estado de necessidade no Brasil e que a adoção da teoria diferenciadora no texto positivo revelasse mais adequada, porquanto torna a regra clara e objetiva, evitando a necessidade de tratamento de situações complexas mediante recursos à doutrina e à jurisprudência.

Palavras-chave: direito comparado; estado de necessidade; teoria unitária; teoria diferenciadora.

ABSTRACT

Field of study: Criminal Law. The purpose of this article is to analyze the Necessity Defense from the perspective of Comparative Law. By examining the specific bibliography written on the topic, nationally and internationally, and using predominantly the inductive, deductive, dialectical and dialogical methods, the discipline of the Necessity Defense in the Brazilian, Portuguese and Italian systems was compared regarding the following aspects: (i) existence of an express legal provision by the institute, (ii) adoption of the unitary or differentiating theory and (iii) requirements of the Necessity Defense. As a result, it was identified that, in the order of the three countries, the institute of the Necessity Defense is expressly provided for by law. On the other hand, it was found that, with regard to the accepted theory, the Portuguese Penal Code expressly adopts

the differentiating theory of the Necessity Defense, while the Brazilian Penal Code and the Italian penal law opt for a unitary treatment. As for the requirements of the Necessity Defense, it was identified that the requirements are similar in the three orders, except for the requirement that the threatened property should not be sacrificed, whose treatment is different under Portuguese law. Finally, it was concluded that the analysis of Comparative Law allows a better understanding of the treatment of the necessity defense in Brazil and that the adoption of the differentiating theory in positive law proves to be more adequate, as it makes the rule clear and objective, avoiding the need to address complex situations through recourse to doctrine and jurisprudence.

Keywords: comparative law. necessity defense. unitary theory. differentiating theory.

INTRODUÇÃO

No estudo do estado de necessidade, com os canonistas e jusnaturalistas, analisando-se situações limite como a do furto praticado sob o império da fome e do frio, consolidou-se a máxima de que nenhuma boa intenção autoriza a pecar (*son sunt facienda mala ut eveniant bona*). Posteriormente, contudo, com os juristas laicos, buscou-se uma solução ampla para as diversas hipóteses de estado de necessidade, inclusive a do furto famélico. Com efeito, construiu-se uma teoria erigida sob a máxima de que a necessidade carece de lei (*necessitas caret lege*) e que ela faz justo o que de direito não é lícito (*quod non est licitum in lege, necessitas licitum facit*) (Prado, 2019, p. 560).

Nos mais variados ordenamentos, o tratamento do estado de necessidade tem sido diverso. Dessa forma, a fim de melhor compreender o tratamento dado ao estado de necessidade pelo ordenamento brasileiro, este artigo pretende realizar uma análise abrangente do estado de necessidade a partir do Direito Comparado. Foram analisados os ordenamentos brasileiro, português e italiano, comparando a disciplina do estado de necessidade nos seguintes aspectos: (i) existência ou não de previsão legal

expressa, (ii) adoção da teoria unitária ou diferenciadora e (iii) requisitos do estado de necessidade.

Para tanto, o artigo foi dividido em quatro partes. Inicialmente, o artigo analisa o conceito, a função e o método do Direito Comparado, apresentando as balizas teóricas para sua aplicação ao presente trabalho.

Em seguida, inicia-se a comparação entre os ordenamentos jurídicos. Confrontou-se, inicialmente, os ordenamentos quanto à existência de previsão legal do estado de necessidade. Em seguida, cotejou-se os ordenamentos para verificar se foi adotada a teoria unitária ou diferenciadora do estado de necessidade nos ordenamentos comparados. Ato contínuo, fez-se uma análise dos requisitos do estado de necessidade em cada ordenamento.

Por fim, concluiu-se que a comparação dos ordenamentos permite melhor compreender a disciplina do estado de necessidade no ordenamento brasileiro, apontando-se a melhor adequação da opção do ordenamento português.

1 DIREITO COMPARADO APLICADO AO ESTUDO DO ESTADO DE NECESSIDADE

1.1 RELEVÂNCIA METODOLÓGICA DO DIREITO COMPARADO NA ANÁLISE DO ESTADO DE NECESSIDADE

O Direito Comparado é disciplina autônoma, que se ocupa de um conjunto de problemas afins, abordando o Direito a partir de uma perspectiva *sui generis*, com metodologia própria (Duarte, 2006, p. 782). Trata-se de disciplina com autonomia científica (Coelho, 1972, p. 264), que existe em razão da grande diversidade entre os ordenamentos jurídicos, marcados por regras jurídicas diversas, com sentidos distintos, bem como múltiplas formas e procedimentos de criação e expressão das normas jurídicas (Coelho, 1972, p. 266). Revela-se instrumento fundamental para a compreensão científica do estado de necessidade.

O Direito Comparado realiza o cotejo entre ordens jurídicas diversas. Trata-se de análise abrangente, por meio da qual se faz o

confronto metodologicamente adequado de sistemas jurídicos diversos, com o registro das suas diferenças e semelhanças. Especificamente para o estado de necessidade, o Direito Comparado desempenha função essencial de revelar as diferentes concepções dogmáticas sobre a natureza jurídica do instituto, permitindo avaliar criticamente as opções legislativas brasileiras. A comparação entre os institutos permite avaliar se as soluções adotadas pelo direito brasileiro são as mais adequadas ou se precisam de aperfeiçoamento.

A comparação pode recair sobre os ordenamentos jurídicos como um todo (**macro comparação**) ou sobre institutos e problemas jurídicos específicos (**micro comparação**). De qualquer modo, ainda que recaia sobre um instituto específico, o Direito Comparado avalia o contexto em que os institutos jurídicos se inserem, a fim de tornar viável o adequado cotejo dos institutos (Duarte, 2006, p. 772).

Quanto ao objeto, existem o Direito Comparado histórico e o Direito Comparado dogmático. Direito Comparado histórico é que compara ordenamentos jurídicos do passado entre si ou ordenamentos jurídicos do passado e atuais. Trata-se de uma espécie de História do Direito. Por outro lado, Direito Comparado dogmático é o que tem por objeto ordenamentos jurídicos atuais (Coelho, 1972, p. 265).

Por fim, o Direito Comparado pode ser puro ou aplicado. O Direito Comparado puro tem objetivos predominantemente técnico-científicos. Por sua vez, o Direito Comparado aplicado tem um objetivo técnico-prático, como a elaboração de um projeto de lei (Coelho, 1972, p. 265).

O Direito Comparado desempenha inúmeras funções importantes. De início, a comparação permite conhecer melhor o direito próprio, tornando mais facilmente compreendida a solução adotada pelos ordenamentos jurídicos analisados. Ex.: critério legal na lei dos crimes hediondos. Além disso, o Direito Comparado estimula a reflexão ao destruir o caráter falsamente absoluto de algumas figuras de determinado ordenamento, evidenciando que, em outros lugares, a disciplina jurídica é diversa (Duarte, 2006, p. 776).

O Direito Comparado, ainda, é utilizado para reunir elementos capazes de subsidiar uma proposta legislativa. Utiliza-se, também, o Direito Comparado para demonstrar a forma como se exerce o poder em determinado país. Por fim, o Direito Comparado atua como elemento de universalização do Direito (Coelho, 1972, p. 261). Enquanto na matemática, física, medicina, sociologia, economia, um profissional se sente facilmente apto a atuar em outro país diverso do seu, no Direito não é sempre assim. Em razão das grandes diferenças entre os ordenamentos jurídicos, tem-se, na prática, compartimentos separados pelas fronteiras políticas dos Estados. Nesse contexto, o Direito Comparado tem como objetivo tornar a ciência jurídica tão universal quanto as demais ciências (Coelho, 1972, p. 263).

Em síntese, o Direito Comparado é um instrumento utilizado para as mais variadas finalidades, de forma que o Direito moderno não pode dele prescindir (Castro, 2018). Para a análise do instituto do estado de necessidade, objeto do presente artigo, é fundamental, já que será capaz de elucidar as diferenças de tratamento do instituto e avaliar a forma de tratamento adotada no ordenamento pátrio.

1.2 DO MÉTODO DO DIREITO COMPARADO APLICADO AO PRESENTE ESTUDO

Na análise comparativa, não há um único método a ser adotado (Cury, 2014, p. 184). Contudo, há princípios básicos a serem seguidos (Reitz, 1998, p. 618).

De início, princípio básico do direito comparado é o de que as comparações devem ser explícitas. Os ordenamentos jurídicos devem ser cotejados de forma clara e direta, de forma ostensiva. Todavia, a comparação não deve ser apenas formal, analisando o texto frio da lei, mas sim funcional, atentando-se para o efetivo papel desempenhado pelos institutos na realidade em cada um dos ordenamentos.

A análise comparativa, ademais, deve apontar tanto as diferenças como as similitudes entre os objetos comparados. Deve-se apontar o que é diferente, mas também o que é igual em cada um dos ordenamentos. Ao se proceder a comparação, deve-se tentar identificar os elementos comuns

entre os objetos comparados, deixando claro o gênero do qual os objetos comparados são espécies.

Na atividade comparativa, além disso, é preciso observar os diferentes substratos econômico, político e social. Ao se comparar os ordenamentos, não é possível desconsiderar a realidade de cada localidade. Cite-se que, ao se analisar o direito vigente, não se pode ignorar o direito efetivamente aplicado na prática, sob pena de a comparação ser irreal. Como exemplo paradigmático, podemos citar, no Brasil, o procedimento sumaríssimo da Lei n. 9.099/95. Há uma enorme diferença entre o rito idealizado pelo legislador e o rito efetivamente aplicado na praxe forense. Nesse contexto, ao se comparar o rito sumaríssimo no Brasil com o de outro ordenamento, não é possível desconsiderar o direito efetivamente aplicado.

Além disso, a comparação pressupõe o domínio da língua estrangeira. Isso porque o pesquisador não deve ser dependente de fontes indiretas, intermediárias, que comprometerão a qualidade da comparação, seja em razão de eventuais imprecisões ou pela inexistência de material suficiente disponível.

Por outro lado, o estudo comparativo deve resultar em um trabalho que esteja estruturado como, de fato, comparativo. Deve-se evitar textos que sejam, em sua maior parte descritivos dos sistemas comparados, com uma pequena parte (um único capítulo pequeno) dedicado à comparação dos sistemas. Exige-se, também, que, ao se realizar a comparação, sejam respeitadas as diferenças existentes entre os sistemas.

Por fim, em toda análise de Direito Comparado, a comparação deve recair sobre a função desempenhada pelos institutos no ordenamento jurídico, evitando-se a simples verificação da existência formal de institutos equivalentes nos diversos ordenamentos. Em outros termos, deve-se investigar qual é a solução jurídica efetivamente dada ao mesmo problema jurídico pelos diversos ordenamentos (Duarte, 2006, p. 780).

Em síntese, o Direito comparado faz uma apresentação dos pontos em comum e das diferenças existentes entre os ordenamentos, por meio da confrontação das normas jurídicas em seus contextos da época e da estrutura social (Coelho, 1972, p. 265). No quadro abaixo foram resumidos os princípios a serem observados no Direito Comparado.

Quadro 1. Princípios a serem observados em análises de Direito Comparado.

As comparações devem ser explícitas.	O método comparativo envolve a explícita comparação de determinado aspecto ou instituto de dois ou mais ordenamentos.
A comparação deve ser funcional.	Ao analisar as semelhanças e diferenças, deve-se, ao avaliar as semelhanças e diferenças, avaliar a possibilidade de equivalência funcional, considerando o ordenamento como um todo.
A comparação deve apontar tanto as diferenças como as similitudes entre os sistemas.	A comparação é adequada quanto aponta as semelhanças entre os ordenamentos jurídicos, sem deixar de relatar as diferenças entre os sistemas.
A comparação alcança os elementos comuns entre os objetos da comparação.	A análise comparativa acaba alcançando resultados mais amplos de abstração, ao investigar o gênero, na verificação da existência de compatibilidade funcional.
A comparação pode permitir compreender também as diferenças políticas, econômicas e sociais.	A comparação pode permitir compreender não só as semelhanças e diferenças entre os ordenamentos, mas também a realidade política, econômica e social.
As comparações devem descrever o direito vigente, mas não podem ignorar o direito efetivamente aplicado na prática.	Ao realizar a comparação, deve-se descrever o direito existente no país. Contudo, não é possível ignorar eventual diferença existente entre o direito dos livros e o direito da prática. Ex.: rito sumaríssimo da lei 9.099/95.
A comparação exige do pesquisador o domínio da língua estrangeira.	A análise comparativa exige o domínio da língua estrangeira, a fim de que o pesquisador não fique dependente de fontes indiretas, intermediárias, que comprometerão a qualidade da comparação, seja em razão de eventuais imprecisões ou pela inexistência de material suficiente disponível.
A comparação deve resultar em um verdadeiro trabalho comparativo.	A análise comparativa pressupõe que o seu resultado esteja estruturado como tal. Deve-se evitar trabalhos que sejam, em sua maior parte descritivos dos sistemas comparados, com uma pequena parte (um único capítulo pequeno) dedicado à comparação dos sistemas.
A comparação deve respeitar o próximo.	Os estudos comparativos devem ser realizados com um espírito de respeito pelos outros.

Fonte: os autores (2020)

Nesse contexto, ao realizar a análise do Estado de Necessidade, adotou-se os princípios metodológicos acima mencionados. Com destaque, foram adotados os princípios metodológicos específicos que compreenderam a comparação funcional, mediante exame não apenas da redação legal dos dispositivos, mas de sua efetiva aplicação e dos resultados práticos alcançados em cada ordenamento, considerando que institutos com denominações diversas podem desempenhar funções equivalentes. Adotou-se também a análise contextual, pela qual se consideraram as peculiaridades dogmáticas de cada sistema jurídico, especialmente as diferentes concepções sobre a estrutura do crime e a localização sistemática das excludentes. Buscou-se a identificação de elementos comuns, buscando-se os denominadores comuns entre os ordenamentos, especialmente quanto aos requisitos básicos para reconhecimento do estado de necessidade. Por fim, fez-se avaliação crítica, procedendo-se à análise valorativa das diferentes soluções para identificar vantagens e desvantagens de cada modelo com vistas ao aperfeiçoamento do direito brasileiro.

1.3 DA JUSTIFICATIVA PARA A ESCOLHA DOS ORDENAMENTOS COMPARADOS

A seleção dos ordenamentos português e italiano justifica-se por critérios técnicos específicos.

Os três sistemas pertencem à família romano-germânica, compartilhando matriz dogmática similar que viabiliza a comparação. O direito penal brasileiro recebeu influência significativa tanto do direito português quanto do italiano, especialmente na construção das excludentes de antijuridicidade. Além disso, os ordenamentos adotam modelos distintos (unitário e diferenciador), permitindo análise comparativa das diferentes opções teóricas.

Por fim, todos possuem produção científica consolidada sobre o tema, facilitando a análise comparativa aprofundada.

2 EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DO ESTADO DE NECESSIDADE

Por ser um dos temas mais tormentosos, existiram códigos penais que silenciaram sobre o estado de necessidade, como Código Penal francês de 1810 (Machado, 1972, p. 187). Contudo, na atualidade, o estado de necessidade tem sido previsto em praticamente todos os ordenamentos jurídicos.

Analisado os ordenamentos brasileiro, italiano e português, verifica-se que, em todos eles, a figura do estado de necessidade está expressamente prevista na lei, nos termos do quadro abaixo.

Quadro 2. Previsão legal do estado de necessidade nos ordenamentos jurídicos.

Código Brasileiro	Código Italiano	Código Português
Estado de necessidade Art. 24 - 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. § 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. § 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.	<i>Art. 54 Stato di necessità</i> <i>Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, nè altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo.</i> <i>Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo. La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretto a commetterlo.</i>	Artigo 34. o Direito de necessidade Não é ilícito o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo actual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, quando se verificarem os seguintes requisitos: a) Não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro; b) Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e c) Ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado. Artigo 35. oEstado de necessidade 1 - Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente. 2 - Se o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excepcionalmente, o agente ser dispensado de pena”.

Fonte: os autores (2020)

Dessa forma, comparando-se os três ordenamentos, identifica-se um elemento em comum. Em todos eles, o instituto do estado de necessidade é expressamente previsto em lei.

3 ADOÇÃO DA TEORIA UNITÁRIA OU DIFERENCIADORA

3.1 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DAS TEORIAS

Existem duas teorias sobre o estado de necessidade, a saber: a teoria unitária (ou monista) e a teoria diferenciadora (ou dualista) (Bitencourt, 2019; Marinucci; Dolcini, 2006; Masson, 2019).

A teoria unitária, originária do *contrainte physique* do Código Penal Frances de 1810 (Prado, 2019, p. 562), prevê que o estado de necessidade, se existente, sempre excluirá a antijuridicidade. Para a teoria unitária, não existe a figura do estado de necessidade que exclui a culpabilidade, chamada de estado de necessidade exculpante.

Por sua vez, a teoria diferenciadora, cuja formulação inicial deve-se a Goldschmidt e Freudenthal (Prado, 2019, p. 563), distingue o estado de necessidade justificante de estado de necessidade exculpante. Se o bem salvo for mais valioso que o sacrificado, o estado de necessidade exclui a ilicitude da conduta (estado de necessidade justificante). Por outro lado, se o bem salvo for de menor ou igual valor, o estado de necessidade poderá afastar a culpabilidade (estado de necessidade exculpante). As diferenças entre as teorias foram sintetizadas na tabela abaixo.

Quadro 3. Teorias sobre o estado de necessidade.

Teoria diferenciadora	Teoria unitária
Diferencia estado de necessidade justificante de estado de necessidade exculpante. Se o bem salvo for mais valioso que o sacrificado, exclui-se a ilicitude (estado de necessidade justificante). Por outro lado, se o bem salvo for de menor ou igual valor, pode-se afastar a culpabilidade (estado de necessidade exculpante).	O estado de necessidade apenas exclui a antijuridicidade. Não existe a figura do estado de necessidade exculpante.

Fonte: os autores (2020)

3.2 ANÁLISE COMPARATIVA DAS OPÇÕES LEGISLATIVAS

No Brasil, as regras quanto ao estado de necessidade existentes no Código Penal e no Código Penal Militar são diversas. Adotou-se a teoria unitária no Código Penal e a teoria diferenciadora no Código Penal Militar.

No Código Penal Militar brasileiro, o estado de necessidade está disciplinado em dois artigos diversos. No art. 43 do Código Penal Militar, há previsão do estado de necessidade como “excludente do crime”. Já no art. 39 do Código Penal Militar, em dispositivo sem similar no Código Penal, está contemplado o estado de necessidade como excludente da culpabilidade (Nucci, 2019, p. 86). Adotou-se, portanto, no Código Penal Militar, claramente a teoria diferenciadora.

Por outro lado, no Código Penal brasileiro, foi adotada a teoria unitária. O estado de necessidade foi previsto como causa excludente da antijuridicidade apenas. Para as hipóteses em que o bem salvo é de menor valor, inexistente o estado de necessidade exculpante. A lei prevê apenas uma redução de pena de um a dois terços (art. 24, § 2º, do CP). As diferenças no tratamento do estado de necessidade entre o Código Penal Militar e o Código Penal foram resumidas na tabela abaixo.

Quadro 4. Diferenças entre o Código Penal e o Código Penal Militar brasileiro na disciplina do estado de necessidade.

Código Penal	Código Penal Militar
Adotou a teoria unitária	Adotou a teoria diferenciadora.
Estado de necessidade Art. 24 - 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. § 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. § 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.	Estado de necessidade, como excludente do crime Art. 43. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para preservar direito seu ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, por sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo. Estado de necessidade, com excludente de culpabilidade Art. 39. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.
Se o bem salvo é de menor valor, tem-se apenas uma redução de pena (art. 24, § 2º, do CP).	Se o bem salvo é de menor valor, pode haver estado de necessidade exculpante.

Fonte: os autores (2020)

Registre-se, portanto, que o estado de necessidade no Código Penal brasileiro figura apenas como causa de exclusão da antijuridicidade. Não foi previsto no Código Penal a figura do estado de necessidade exculpante. O estado de necessidade, portanto, só exclui a antijuridicidade, figurando como norma permissiva.

Como se sabe, além das normas penais incriminadoras, o Direito Penal também possui normas permissivas. Estas normas têm a capacidade de autorizar, no caso concreto e diante de determinadas circunstâncias, a

realização de uma conduta que, a princípio, seria proibida. Essas normas permissivas têm, portanto, a capacidade de excluir a antijuridicidade da conduta típica.

Adotada a atualmente a teoria da *ratio cognoscendi* (ou da indiciariedade), o fato típico é presumidamente antijurídico. Dessa forma, esse indício de antijuridicidade só é elidido por uma causa de justificação, entre as quais está o estado de necessidade. Deve-se atentar que o reconhecimento de uma das causas de justificação, como o estado de necessidade, gera inúmeros efeitos, entre os quais o de impedir a imposição da pena, converter o fato em ato lícito, com todas as suas consequências, bem como justificar eventual participação no ato por terceiros e inviabilizar a invocação de legítima defesa contra tal ato (Bitencourt, 2019). As consequências da existência de uma causa de justificação foram sintetizadas na tabela abaixo:

Quadro 5. Consequências da Presença das causas de justificação.

Efeitos das Causas de Justificação
Impedem a imposição de pena ao autor do fato típico.
Converte o fato em algo lícito, com todas as suas consequências.
Diante de um ato acobertado por causa de justificação, não cabe legítima defesa. É requisito da legítima defesa uma agressão injusta, incompatível com um comportamento valorado como lícito.
A participação no ato justificado do autor também será considerada como justificada (princípio de acessoriedade limitada da participação)

Fonte: os autores (2020)

Esse, portanto, foi o tratamento conferido pelo Código Penal ao estado de necessidade: uma causa de justificação, isto é, causa excludente da antijuridicidade.

No direito português, contudo, o tratamento foi diverso. No direito lusitano, há nítida adoção da teoria diferenciadora do estado de necessidade. No art. 34 do Código Português, há a disciplina do estado

de necessidade excludente da ilicitude. Por sua vez, o art. 35 do Código Português trata do estado de necessidade desculpante, excludente da culpabilidade.

Quadro 6. Disciplina do estado de necessidade no Código Português.

Artigo 34. Direito de necessidade	Artigo 35. Estado de necessidade desculpante
Não é ilícito o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo actual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, quando se verificarem os seguintes requisitos: a) Não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro; b) Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e c) Ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado.	1 - Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente. 2 - Se o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excepcionalmente, o agente ser dispensado de pena”.

Fonte: os autores (2020)

Verifica-se que o direito português exige que se pondere o valor dos interesses em conflito (Dias, 2007, p. 466). O estado de necessidade atua como excludente da ilicitude e, excepcionalmente, também como excludente da culpabilidade. Com efeito, se o interesse salvaguardado não for de valor superior, pode excluir a culpabilidade se preenchidos os requisitos do art. 35 do Código Português e o houver ameaça a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro. Excepcionalmente, admite-se, ainda, a possibilidade de atenuação da pena ou sua dispensa se houver ameaça a outros interesses jurídicos diversos da vida, integridade física, honra, liberdade etc.

Por outro lado, no Direito Italiano, o tratamento conferido ao estado de necessidade é próximo ao brasileiro. No Direito Italiano, houve a adoção pela lei da teoria unitária. Prevê-se que não é punível quem cometeu o fato por ter sido forçado a fazê-lo pela necessidade de salvar a

si próprio ou a outros do perigo atual de danos graves à pessoa, um perigo não causado por ela voluntariamente, nem evitável, desde que o fato seja proporcional ao perigo. Complementa o dispositivo, ademais, que o estado de necessidade não se aplica àqueles que têm um dever legal específico de se expor ao perigo. Por fim, a norma deixa claro que o instituto se aplica mesmo que o estado de necessidade seja determinado pela ameaça de terceiros. O quadro abaixo transcreve a forma como o instituto está previsto na Itália.

Quadro 7. Estado de Necessidade no Direito Italiano.

Código Italiano
<i>Art. 54 Stato di necessità</i> <i>Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, nè altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo. Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo. La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo.</i>

Fonte: os autores (2020)

A doutrina italiana aponta que o bem jurídico sacrificado no estado de necessidade deve ser de igual ou menor valor (Mantovani, 2009, p. 261). De qualquer modo, embora se discuta se o estado de necessidade exclui a antijuridicidade ou a culpabilidade (Marinucci; Dolcini, 2006, p. 225), não há na lei italiana tratamento similar ao realizado no Código Português ou no Código Penal Militar brasileiro, que diferenciam claramente estado de necessidade exculpante de estado de necessidade justificante.

Nesse contexto, portanto, comparando-se os ordenamentos, pode-se afirmar que o Código Penal Português adota expressamente a teoria diferenciadora do estado de necessidade, enquanto o Código Penal brasileiro e a lei penal italiana optam por um tratamento unitário.

3.3 AVALIAÇÃO CRÍTICA DAS OPÇÕES LEGISLATIVAS

A análise comparativa revela vantagens técnicas da teoria diferenciadora. A distinção entre estado de necessidade justificante e exculpante permite tratamento mais adequado das diferentes situações fáticas.

Ademais, o reconhecimento do estado de necessidade exculpante evita, por meio do próprio direito positivado, punições manifestamente desproporcionais em situações em que, embora a conduta não possa ser considerada lícita, não se pode exigir comportamento diverso do agente.

O modelo diferenciador oferece soluções mais nuançadas, permitindo ao julgador maior adequação da resposta penal às peculiaridades do caso concreto, de forma clara, a partir de próprio direito positivo.

4 REQUISITOS DO ESTADO DE NECESSIDADE

4.1 REQUISITOS COMUNS AOS TRÊS ORDENAMENTOS E PECULIARIDADES

Para que o estado de necessidade seja reconhecido e gere os efeitos que a lei lhe confere, é preciso que estejam reunidos os seus requisitos, que variam de ordenamento para ordenamento jurídico. No Código Penal brasileiro, os requisitos são de duas ordens: elementos relacionados à situação de necessidade e elementos ligados à reação do agente.

São elementos relacionados à atuação à situação de necessidade um perigo atual, a ameaça de direito próprio ou alheio e a existência de um perigo não provocado voluntariamente pelo sujeito.

Perigo atual é a probabilidade de dano a algum bem juridicamente tutelado. Pode advir de fato da natureza (inundação), animal (cão bravo) ou atividade humana (motorista atropela pedestre ao levar possoa para o hospital). Exige-se que o perigo seja atual. Perigo passado e futuro não justificam essa excludente de antijuridicidade.

A ameaça pode ser a direito próprio ou alheio. Qualquer bem jurídico pode ser protegido, seja do próprio agente ou de terceiro. O perigo

não pode ser provocado voluntariamente pelo sujeito. O provocador do perigo não pode beneficiar-se da excludente. A doutrina diverge quando o indivíduo provoca culposamente o perigo. Há posicionamentos favoráveis e contrários.

Por outro lado, são requisitos vinculados à reação do agente, a inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado (princípio da ponderação de bens), a inevitabilidade da lesão ao bem jurídico em face do perigo e a inexistência de dever legal de enfrentar o perigo.

A inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado (princípio da ponderação de bens) impõe uma análise comparativa entre o bem salvo e o bem sacrificado (ponderação de bens), como visto acima.

Já a inevitabilidade da lesão ao bem jurídico em face do perigo exige que a lesão ao bem jurídico decorrente do perigo não possa ser de outro modo evitável. Podendo-se salvaguardar o direito de outra maneira, deve-se adotar o *commodus discessus*, assim entendida a saída mais cômoda. Quando possível a fuga, por ela deve optar o agente (Nucci, 2020, p. 222).

Registre-se que, comparando os ordenamentos, todos esses requisitos do estado de necessidade são comuns, salvo o requisito da inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado, cujo tratamento é diverso no direito português como visto acima.

A semelhança dos requisitos pode ser facilmente constatada pela leitura dos dispositivos legais de cada ordenamento jurídico, nos termos do quadro abaixo:

Quadro 8. Requisitos do estado de necessidade nos ordenamentos jurídicos.

Código Brasileiro	Código Italiano	Código Português
Estado de necessidade Art. 24 - 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. § 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. § 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.	Art. 54 <i>Stato di necessità</i> <i>Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, nè altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo. Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo. La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo.</i>	Artigo 34.º Direito de necessidade Não é ilícito o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo actual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, quando se verificarem os seguintes requisitos: a) Não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro; b) Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e c) Ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado. Artigo 35.º o Estado de necessidade 1 - Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente. 2 - Se o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excepcionalmente, o agente ser dispensado de pena”.

Fonte: os autores (2020)

Verifica-se, portanto, que todos esses requisitos do estado de necessidade são comuns aos três ordenamentos, salvo o requisito da inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado, cujo tratamento é diverso no direito português, como visto acima.

4.2 DAS PECULIARIDADES DO ORDENAMENTO PORTUGUÊS E DA SUA RELEVÂNCIA

A adoção da teoria diferenciadora no texto positivo revela-se mais adequada, porquanto torna a regra clara e objetiva, evitando a necessidade de tratamento de situações complexas mediante recursos à doutrina e à jurisprudência.

A previsão expressa das duas modalidades do instituto no corpo da lei permite melhor solução e graduação dos casos conforme suas peculiaridades fáticas, oferecendo ao aplicador do direito instrumental legislativo específico para o enfrentamento das diversas situações que se apresentam, sem necessidade de construções pretorianas ou doutrinárias que comprometem, em certa medida, a segurança jurídica.

5 CONCLUSÃO

Com o objetivo de compreender o tratamento dado ao estado de necessidade pelo ordenamento brasileiro, fez-se uma análise abrangente do estado de necessidade a partir do Direito Comparado. Foram analisados os ordenamentos brasileiro, português e italiano, cotejando a disciplina do estado de necessidade nos seguintes aspectos: (i) existência ou não de previsão legal expressa, (ii) adoção da teoria unitária ou diferenciadora e (iii) requisitos do estado de necessidade.

Identificou-se que existiram códigos penais que silenciaram sobre o estado de necessidade, como Código Penal francês de 1810. Contudo, na atualidade, o estado de necessidade tem sido previsto em praticamente todos os ordenamentos jurídicos. Analisados os ordenamentos brasileiro, italiano e português, verificou-se que, em todos eles, a figura do estado de necessidade está expressamente prevista na lei.

Comparando-se os ordenamentos, concluiu-se que o Código Penal Português adota expressamente a teoria diferenciadora do estado de necessidade, enquanto o Código Penal brasileiro e a lei penal italiana

optam por um tratamento unitário. No Código Penal brasileiro, foi expressamente adotada a teoria unitária. O estado de necessidade foi previsto como causa excludente da antijuridicidade apenas. Para as hipóteses em que o bem salvo é de menor valor, inexistente o estado de necessidade exculpante. A lei prevê apenas uma redução de pena de um a dois terços (art. 24, § 2º, do CP).

Por fim, quanto aos requisitos do estado de necessidade, identificou-se que os requisitos são similares nos três ordenamentos, salvo quanto ao requisito da inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado, cujo tratamento é diverso no direito português.

Concluiu-se, por fim, que a análise do Direito Comparado permite melhor compreender o tratamento do estado de necessidade no Brasil e que a adoção da teoria diferenciadora no texto positivo revelasse mais adequada, porquanto torna a regra clara e objetiva, evitando a necessidade de tratamento de situações complexas mediante recursos à doutrina e à jurisprudência.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 1.

CASTRO, José Roberto Wanderley de. O direito comparado como ciência e método de aperfeiçoamento da efetivação dos direitos fundamentais. **Revista de Processo Comparado**. São Paulo, v. 8, p. 195-200, jul./dez. 2018.

COELHO, Luiz Fernando. O direito comparado. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, v. 15, p. 261-274, 1972. DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v15i0.7215>.

CURY, Paula Maria Nasser. Métodos de direito comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo, v. 6, n. 2, p. 178-189, jul./dez. 2014. DOI: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2014.62.06>.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. 1.

DUARTE, Rui Pinto. Uma introdução ao direito comparado. **O Direito**. Lisboa, v. 138, n. 4, p. 769-792, 2006.

MACHADO, Luiz Alberto. Estado de necessidade e exigibilidade de outra conduta. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 15, p. 185-204, 1972. DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v15i0.7212>.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale**: parte generale. 7. ed. Padova: CEDAM, 2009.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Manuale di diritto penale**: parte generale. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2006.

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 13. ed. São Paulo: Método, 2019. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal militar comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1.

REITZ, John C. How to do comparative law. **The American Journal of Comparative Law**. Ann Arbor, v. 46, n. 4, p. 617-636, Autumn 1998. DOI: <https://doi.org/10.2307/840981>.