



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Werther de Moraes Ramalho

**O estado de necessidade justificante e o problema da ponderação de  
interesses no caso penal: fundamentos, modelos positivados comparados e  
sua operabilidade**

Rio de Janeiro

2016

Werther de Moraes Ramalho

**O estado de necessidade justificante e o problema da ponderação de interesses no caso penal: fundamentos, modelos positivados comparados e sua operabilidade**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do direito privado, cidade e sociedade.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Luís Fortes Pinheiro da Câmara

Rio de Janeiro

2016

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

R165 Ramalho, Werther de Moraes.

O estado de necessidade justificante e o problema da ponderação de interesses no caso penal: fundamentos, modelos positivados comparados e sua operabilidade / Werther de Moraes Ramalho. - 2016.

205 f.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Luís Fortes Pinheiro da Câmara.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Delito - Teses. 2. Ética –Teses. 3. Necessidade (Direito) – Teses. I. Câmara, Jorge Luís Fortes Pinheiro da. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.2

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Werther de Moraes Ramalho

**O estado de necessidade justificante e o problema da ponderação de interesses no caso penal: fundamentos, modelos positivados comparados e sua operabilidade**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: transformações do direito privado, cidade e sociedade.

Aprovada em: 14 de janeiro de 2016.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Jorge Luís Fortes Pinheiro da Câmara (Orientador)  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Christiano Falk Fragoso  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro  
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro  
2016

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho a todos que o fizeram nascer nestes últimos meses: aos meus pais, elementos essenciais neste projeto e em todos mais; à Monica Sanchez pela amizade e cumplicidade; aos meus colegas e professores do Programa de Pós-Graduação pelo maravilhoso convívio; aos meus companheiros da equipe de Rugby da UERJ pelo grande suporte; e ao meu orientador pelas valiosas lições sobre Direito, a Vida, o Universo e Tudo Mais.

## RESUMO

RAMALHO, Werther. **O estado de necessidade justificante e o problema da ponderação de interesses no caso penal:** fundamentos, modelos positivados comparados e sua operabilidade. 2015. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

A existência de conflitos qualificados pela relação entre um interesse sacrificado e outro por ele resguardado inspirou o surgimento de diversos institutos penais em uma teoria geral do delito. Igualmente, no campo da ética, muitos dos problemas propostos receberam respostas de forma que verdadeiros sistemas normativos foram edificados. Essa dissertação, em um primeiro momento promoverá uma descrição de um Direito Penal racional e subsidiário dialogando com as formulas encontradas no estudo da ética normativa. Nesse contexto serão expostas de forma sumária as chaves utilizadas no sentido de definir o conteúdo material de um Direito Penal. Em um segundo momento, o problema das situações de necessidade será abordado a partir de suas origens, seus diversos modelos hoje existentes e sua incorporação pela dogmática penal. Aqui, será de interesse procurar ou desconstruir uma fundamentação geral de uma justificação. Igualmente, será de interesse fundamentar as categorias nascidas com o fim de adequar ao Direito as ações salvadoras. A partir das respostas encontradas para todos os problemas de fundamentação dos institutos envolvendo a resolução desses conflitos, em um terceiro momento, através de aproximações e distinções serão pensados os requisitos, as opções legislativas encontradas no Direito Comparado e todos os desafios no sentido de buscar a positivação de um estado de necessidade e dos demais institutos afins. Passo seguinte, feita essa crítica, será intentada uma análise dos critérios que qualificariam uma resposta mais específica para os conflitos, respeitando a particularidade de cada um de seus elementos presentes.

Palavras-chave: Teoria Geral do Delito. Ética. Estado de Necessidade. Conflito de Interesses.  
Conflito de Deveres.

## RESUMEN

RAMALHO, Werther. **El estado de necesidad justificante y el problema de la ponderación de intereses en el caso criminal: fundamentos, modelos positivos comparados y su operatividad**. 2015. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

La existencia de conflictos calificados por la relación entre un interés sacrificado y otro resguardado inspiró la aparición de diversas instituciones penales en una teoría general del delito. Del mismo modo, en la ética, muchos de los problemas propuestos recibieron respuestas para que se construyeron complejos sistemas normativos. Esta tesis, en un primer momento a promover una descripción de un Derecho Penal subsidiario y el diálogo racional con las fórmulas que se encuentran en el estudio de la ética normativa. En este contexto se mostrará en forma resumida las claves utilizadas para definir el contenido material de un Derecho Penal. En un segundo paso, el problema de las situaciones de necesidad se abordará desde sus orígenes, sus diferentes modelos existentes en la actualidad y su fusión en dogmática penal. Aquí será de interés desenvolver o deconstruir una teoría general de razones de justificación. También será de interés estudiar las categorías nacidas con el fin de adaptarse a la ley de las acciones de salvar. A partir de las respuestas encontradas para todos los problemas de cimentación de los institutos relacionados con la resolución de estos conflictos, en un tercero paso, por las similitudes y distinciones serán diseñadas las opciones legislativas que se encuentran en Derecho Comparado y todos los retos con el fin de buscar positivación un estado de necesidad y otros institutos relacionados. El siguiente paso, hecha esta crítica, un análisis de los criterios será llevado a calificar una respuesta más específica a los conflictos respetando la particularidad de cada uno de sus elementos presentes.

Palabras-claves: Teoria General del Delito. Etica. Estado de Necesidad. Conflicto de Intereses.

Conflicto de Deberes.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 OS INTERESSES E SUA RELAÇÃO COM OS FUNDAMENTOS DE UMA JUSTIÇA PENAL.....	11
1.1 O Ser e sua Projecção no Mundo .....	14
1.2 O Ser e sua Realização no Viver Comunitário.....	21
1.3 O Direito como Instrumento Viabilizador e sua Relação com o Direito Penal...33	
1.4 A Sanção Penal – Limites e Encontros com um Direito Público Sancionador ...56	
1.5 O Destinatário dos Limites de um Direito Penal. Existe um Aspecto Contramajoritário?.....	60
1.6 Esforços e Contribuições para uma Definição do Direito Penal.....	62
1.6.1 <u>Ofensividade</u> .....	62
1.6.2 <u>Teoria do Bem Jurídico</u> .....	64
1.6.3 <u>A Proporcionalidade da Resposta Penal</u> .....	73
1.6.4 <u>Outras Técnicas de Identificação Material e Limitação/Fundamentação da Resposta Penal</u> .....	78
1.6.5 <u>Por que o Emprego do Termo “Interesses” e Síntese do Capítulo</u> .....	80
2 A PONDERAÇÃO DE INTERESSES – AS ORIGENS DO ESTADO DE NECESSIDADE PENAL E A CARACTERIZAÇÃO DO PROBLEMA.....	83
2.1 A Necessidade e o Problema do Conflito de Interesses em Marcha .....	91
2.2 A Cultura dos Hard Cases.....	110
2.3 As Soluções no Direito e as Codificações e a Incorporação no Âmbito Penal – Seu Lugar, Suas Primeiras Fundamentações e Sua Adequação Dogmática.....	113
3 A PONDERAÇÃO DE INTERESSES NO HORIZONTE DA JUSTIFICAÇÃO .....	135
3.1 Existe uma Teoria Geral da Justificação? .....	138



3.2	<b>O Estado de Necessidade e sua Atual Fundamentação</b> .....	143
3.3	<b>Operabilidade do Estado de Necessidade</b> .....	146
4	<b>A PONDERAÇÃO DE INTERESSES E AS CHAVES DE POSITIVAÇÃO DO ESTADO DE NECESSIDADE</b> .....	149
4.1	<b>Elementos da Situação de Necessidade</b> .....	149
4.1.1	<u>O Objeto de Proteção</u> .....	149
4.1.2	<u>O Perigo que Ameaça o Objeto de Proteção – Atualidade e Inevitabilidade</u> .....	153
4.1.3	<u>A Relação da Vítima e do Autor da Conduta Justificada com a Criação do Perigo – A Involuntariedade e as Posições Especiais de Dever</u> .....	156
4.1.4	<u>Elementos Subjetivos do Estado de Necessidade</u> .....	162
4.2	<b>A Relação entre os Interesses em Conflito</b> .....	166
4.3	<b>Ação e Omissão e a Dinâmica Temporal no Conflito</b> .....	168
4.4	<b>A Preponderância do Valor Resguardado e as Opções Legislativas no Direito Comparado</b> .....	175
4.4.1	<u>A Adequação do Meio Empregado</u> .....	175
4.4.2	<u>A Cláusula da Razoabilidade</u> .....	177
4.4.3	<u>A Cláusula da Proporcionalidade</u> .....	178
4.4.4	<u>A Comparação Entre Males ou Interesses</u> .....	180
4.5	<b>Crítica aos Modelos Comparados sob a luz da Fundamentação Ética e da Dinâmica Temporal do Conflito – Conclusões</b> .....	181
5	<b>A PONDERAÇÃO DE INTERESSES EM SEU HORIZONTE DE APLICAÇÃO</b> .....	183
5.1	<b>As Molduras Penais</b> .....	183
5.2	<b>O Valor Abstratos dos Objetos de Proteção</b> .....	184

5.3	<b>A Intensidade da Lesão e o Grau da Exposição a Perigo do Objeto de Proteção.....</b>	185
5.4	<b>A Origem do Perigo .....</b>	186
5.5	<b>A Autonomia Pessoal do Lesado .....</b>	187
5.6	<b>A Importância Pessoal do Dano Causado e do Dano Evitado em Perspectiva .</b>	189
5.7	<b>A Atuação Ilícita em Coação e o Estado de Necessidade.....</b>	190
5.8	<b>A Titularidade dos Interesses em Conflito na mesma Pessoa .....</b>	191
5.9	<b>A Atuação dos Agentes Públicos .....</b>	192
5.10	<b>A Valoração das Posições Especiais de Dever.....</b>	193
5.11	<b>A Valoração a Partir das Condutas Anteriores Provocadoras ou Incrementadoras do Perigo .....</b>	195
5.12	<b>Vida contra Vida e os Demais Conflitos envolvendo a Vida .....</b>	197
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	206
	<b>ANEXOS .....</b>	220

## INTRODUÇÃO

Entre o grande universo de normas coativas, instrumentos de censura e reprovação, o Direito Penal é aquele que desperta mais paixões e perplexidades. Entre o senso comum que o exige como sinônimo de tutela de interesses e as críticas que o incapacitam, questionando os seus pressupostos, a pena, pela sua aflitividade, foi usada como instrumento das mais diversas políticas criminais, entendendo esta como um braço de uma política, ou de uma má-política, muitas vezes mais preocupada com impressões do que com os resultados.

Nesta liça, será difícil encontrar uma só ideologia, crença ou evidência que não interfira no modo de ver o problema penal. Tudo que diz respeito ao homem diz respeito a pena. Tudo que diz respeito a relação do homem com o seu meio igualmente diz respeito a pena. Tudo o que diz respeito ao conhecimento e a sua forma de aquisição diz respeito a pena. Não há um sistema de crenças ou pretensão de sistema filosófico que não tenha causado repercussão naquela forma organizada de punição, e por essa razão no primeiro momento da dissertação, compreendendo o primeiro capítulo, foi procurada, entre tantas, uma fundamentação para o problema penal que pudesse oferecer respostas racionais, não necessariamente conformando as diversas práticas iníquas defendidas pela periferia do mundo.

Em um segundo momento, agora compreendendo os dois capítulos imediatos, a leitura do momento anterior será preenchida por uma análise específico dos casos de necessidade, onde não há somente um conflito não solucionado por uma via menos aflitiva, mas também um conflito orientado na proteção de interesses, onde outro venha a ser sacrificado pelas contingências de nossas ações em um mundo material. Nesses dois capítulos serão revisados alguns modelos e algumas contribuições oferecidas por aqueles que pretenderam desbravar os problemas morais existentes em um viver comunitário e a forma como a dogmática penal incorporou algumas dessas contribuições.

Em um terceiro momento, compreendendo os dois últimos capítulos, será feita uma análise a partir dos fundamentos deduzidos nos dois primeiros momentos, seja ela uma fundamentação do Direito Penal compreendida no primeiro capítulo, seja uma fundamentação do problema da necessidade examinada nos dois seguintes, de forma que estas irão ser contrastadas aos elementos decompostos do instituto do estado de necessidade e das demais figuras afins, na medida que estas estranharão algumas de suas características, fazendo por merecer uma resposta mais qualificada. Assim, um quarto capítulo estabelecerá uma relação

para com o quinto, na medida que o primeiro representará um exame analítico de alguns requisitos reconhecidos no problema da necessidade enquanto o segundo buscará identificar todos os focos de compreensão da realidade considerados em uma ponderação de interesses penal como determinantes para identificar um vetor de ação.

Enfim, essa dissertação representou a minha tentativa de conciliar meus demônios no caminho de tomar direções em um meio tomado por discussões calorosas e apaixonadas, e tentar através dela realizar uma leitura daqueles institutos mais abertos para essas mesmas questões.

## 1. OS INTERESSES E SUA RELAÇÃO COM OS FUNDAMENTOS DE UMA JUSTIÇA PENAL

O desafio de dissertar sobre a ponderação de interesses no caso penal, hoje materializada no instituto do estado de necessidade justificante<sup>1</sup>, compreende um exame analítico do sistema conhecido como Direito Penal, de forma que nesse capítulo introdutório será preciso discorrer sobre alguns problemas fundamentais e assumir algumas posições as quais possuirão repercussões práticas para a promoção posterior desta investigação.

A princípio, as questões aqui dispostas são carentes de extensas investigações, não sendo passíveis de serem trabalhadas de forma exauriente dentro do campo desse estudo, contudo representam parte da maturação do desenvolvimento da dissertação e, para além de possuir efeitos substanciais para o exame do estado de necessidade, são igualmente capazes de colocar à prova a consistência das alegações que forem postuladas nos momentos seguintes.

Este caminho é absolutamente necessário em razão de sua matriz – o Direito Penal – e o seu tortuoso caminho de desenvolvimento. Nesse sentido, é preciso aqui consignar uma primeira definição. O que aqui se denomina Direito Penal é produto de um específico contexto jusfilosófico decorrente do embate de um jusnaturalismo iluminista contra o arbítrio estatal do *ancien* regime consubstanciado em um modelo autoritário de intolerância política e religiosa. Isto importa afirmar a distinção entre Direito Penal e poder punitivo, não servindo o primeiro a conformar as diversas práticas punitivas irracionais, institucionalizadas ou não, ao longo da história.

Sobre esse ponto destacamos a reflexão de Nilo Batista, Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Slokar e Alejandro Alagia trazida na adaptação do famoso manual argentino de Direito Penal<sup>2</sup>, para quem a referência à intencionalidade dos seres humanos e suas devidas perspectivas limitadoras não devem ser confundidas com a negação do conhecimento racional e menos ainda com a realidade do mundo. São realidades distintas um saber que incorpora

---

<sup>1</sup> Atualmente disposto no Art. 24, caput e §§ do Código Penal brasileiro com a redação dada pela reforma da Parte Geral promovida pela Lei nº 7.209: “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.”

<sup>2</sup> **BATISTA**, Nilo. **ZAFFARONI**, E. Raúl. **SLOKAR**, Alejandro, **ALAGIA**, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*. Editora Revan. Rio de Janeiro 2003. §1, 1-2. p.38.

realidades do mundo a partir de uma intencionalidade e a mera práxis discricionária e descompromissada com o universo de projeção dessa mesma realidade.

Luigi Ferrajoli<sup>3</sup> acusa a ruptura entre a filosofia política e o Direito Penal ainda no século XIX, de forma que o segundo hoje encontra-se influenciado por um todo heterogêneo de ideologias e técnicas de controle idealistas, ético-estatais, positivistas, irracionais, espirituais, correcionais, tecnicistas e pragmáticas, formadoras de um fundo filosófico de uma cultura penal dominante.

O professor italiano é preciso ao apresentar a raiz do grande problema de definição do que aqui chamamos de uma justiça penal, ao discorrer sobre a interrompida progressão de um iluminismo penal que se apresentava como crítica aos modelos vigentes, pretendendo caminhar em um horizonte de valorização da dignidade da pessoa humana, dos valores fundamentais como vida e liberdade pessoal, do nexos de legalidade e liberdade, da separação entre moral e direito, da tolerância, da liberdade de consciência e expressão, dos limites do Estado e da função de tutela dos direitos dos cidadãos.

Este panorama, tal qual uma engrenagem composta por peças improvisadas, é capaz de apresentar tensões filosóficas até mesmo em seus níveis mais elementares, de forma que é capaz de atingir o núcleo duro da filosofia política-penal “se, como, por que e quando proibir/punir?”. O mais evidente desses problemas é, contudo, o mais admitido de todos, este sendo a adesão aos modelos sincréticos de fundamentação da pena, para os quais a mesma possui mais de uma finalidade sem necessariamente participarem do mesmo framework.

Esse modelo, desenvolvido constantemente desde a gênese de um Direito Penal analítico e moderno no final do século XIX, é hoje um dos programas mais incorporados pelos sistemas jurídicos positivos<sup>4</sup> e pela nossa cultura de manual, que cataloga e sistematiza funções, princípios e regras sem observar necessariamente algum grau de coerência entre os mesmos e os demais institutos subjacentes. Se Von Liszt<sup>5</sup>, no final do século XIX, foi capaz de conferir ao seu programa um acabamento bastante coerente com um Direito Penal iluminista como

---

<sup>3</sup> **FERRAJOLI**, Luigi. *Direito e Razão*. Terceira Edição. Editora RT. São Paulo. 2010. Introdução. p. 17-18.

<sup>4</sup> Vide o nosso Código Penal em seu “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. [...]”

<sup>5</sup> **VON LISZT**, Franz. *Direito Penal Alemão – Tomo I.F* Brigiet. Rio de Janeiro. 1899. II. §12. II a IV. p. 99-100  
Obra em domínio público disponível na Biblioteca do Senado: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496219>>. Acesso em 11/01/2016.

instrumento subsidiário e protetor de interesses definidos, o mesmo concedia algum espaço às supramencionadas influências, ao creditar à pena finalidades outras como a conversão do apenado a um estado de indivíduo útil à sociedade e a crença de que a pena em si seja mesmo uma prestação positiva a figura da vítima, ou ao menos a sua satisfação. Esse modelo produto da fusão das Escolas Positiva e Clássica do Direito Penal foi capaz de produzir diversas tipificações autoritárias e ainda hoje reflete em um programa de conteúdo duvidoso.

A crítica aos modelos sincréticos de fundamentação da pena não é apenas um problema retórico ou um enfrentamento decorrente de uma política criminal engajada com alguma abordagem metodológica específica como também possui repercussões em alguns pontos que serão abordados nesse capítulo, sobretudo aqueles vinculados à própria definição dos limites do Direito Penal.

Isto porque os problemas da fundamentação e definição do Direito Penal como uma ordem normativa iluminista e racionalizadora das então arbitrárias relações de composição e poder deverão encontrar um lugar na razão entre moral e Direito, objeto tanto de investigações no campo da filosofia política, que pretenderam definir modelos éticos de Estado com atribuições específicas, quanto da própria ética, seja em sua dimensão meta-ética, ao indagar o significado e a natureza de suas proposições, seja, principalmente, em sua dimensão normativa, onde encontraremos fundamentados os modelos igualmente empregados pelo Direito Penal para a tomada de algumas de suas decisões, sobretudo aquelas envolvendo a ponderação de interesses.

Ainda, a própria definição de pena na Teoria do Direito merecerá cautelosas observações, não perdendo de perspectiva que no âmbito dos enunciados prescritivos pretende-se encorajar e desencorajar condutas e padrões de comportamento socialmente existentes, o que nos faz questionar o que há de especial nessa categoria “sanção penal” para cindir os problemas do núcleo “se, como, por que e quando proibir?/se, como, por que e quando punir (lê-se criminalizar)?” em uma realidade onde categorias tão heterogêneas de fatos e valores acabam se encaixando em uma resposta penal genérica e casuística do Estado.

Todas estas questões encontram destinatários comuns – os representantes do povo e suas atividades legiferantes – e, se pretenderem vinculá-los, necessitarão na ordem filosófica vigente se adequar ao constitucionalismo contemporâneo. Contudo, não deixa de ser válido lembrar que críticas como as feitas por homens como o Marquês de Beccaria, o Barão de Montesquieu, John Locke, Wilhelm von Humboldt, Jeremy Bentham e John Stuart Mill não encontravam

necessariamente amparo no ideário político da época e nas práticas das instituições de poder a eles contemporâneas, sendo todos esses homens de alguma maneira militantes de suas próprias ideias.

Assim, os problemas de definição e seleção de condutas proibidas e criminalizadas não poderão ter outro ponto de partida se não as primeiras reflexões sobre a ofensividade da conduta e a relação de distância e autonomia do indivíduo diante de um estado paternal que pretende reivindicar algumas de suas decisões. Ainda, esforços como a teoria do bem jurídico – como reação a um Direito Penal fundado na violação de direitos subjetivos titularizados – e princípios como a proporcionalidade merecerão uma breve exposição acerca de seus conteúdos e limites de efetivação.

O que se pode adiantar por ora é uma posição de algum ceticismo em relação a todas essas chaves que pretenderam conformar o discurso do Direito Penal como forma de controle subsidiário. Todavia, a conformação de uma realidade legislativa absolutamente ilimitada, que considerando o nosso volume de matérias constitucionais e a estrutura então existente para a efetivação de todos esses direitos sociais diversos não é uma opção, e questões como a administrativização do Direito Penal, qual seja o uso do mesmo para a tutela do Estado e seu aparato administrativo, e o pan-penalismo, como a cultura midiática então vigente do “proibir = criminalizar” não se dissolverão sem a sua respectiva análise.

Por fim, sobre a relação entre o problema principal a ser dissertado e todos os pontos aqui apresentados vale lembrar que a decisão de valorar um interesse predominante em um conflito é antecedida pela seleção dos interesses defendidos, e ainda que se defenda o reconhecimento de um leque maior de interesses lícitos tuteláveis para além dos limites das atuais teorias do bem jurídico, o processo de reconhecimento de ambos deverá apresentar pelo menos fundamentos afins.

### **1.1 O Ser e sua Projeção no Mundo**

Ao abrir os olhos pela primeira vez somos tomados pelo espanto! Nascemos dependentes e reagindo a estímulos que logo aprendemos serem externos e incondicionados pelo nosso ainda incipiente domínio. Entre tantos, encontramos alguns estímulos que nos permite desenvolver um estado de saciedade, outros já nos provocam reações que parecem



sinalizar contra a nossa própria constituição. Em meio a tantos estímulos, identificamos as suas primeiras fontes e tais quais as nossas primeiras experiências corporais, reunimos informações suficientes para projetar uma afinidade entre dessas fontes.

Um desenvolvimento físico é acompanhado por uma sensação de poder; o domínio sobre uma parte significativa do campo visual a nossa volta. E assim ditamos o ritmo de nossos passos, adquirindo autonomia em relação a alguns dos estímulos então tidos como inegociáveis com a nossa vontade, e experimentando dentro de um pequeno convívio um rompimento parcial com aquelas nossas figuras afins.

Na justa medida que travamos contato com o próximo e testamos nossa objetividade sob outros olhos também voltamos ao mundo a nossa volta e reconhecemos que aqueles objetos que oferecem respostas positivas a alguns de nossos estímulos são igualmente pretendidos pelo o outro. Nesse ponto, identificamos a finitude da disponibilidade material de alguns daqueles meios que nos foram transmitidos seja pela nossa própria experiência, seja pela troca de estímulos externos com os demais afins, capaz de transferir aos mesmos as impressões das experiências obtidas ou anteriormente transmitidas.

Não queremos aqui remontar uma narrativa integral do que hoje é objeto da antropologia, nem mesmo lançar mão da hipotética transição do estado de natureza trazida por parte dos grandes pensadores contratualistas. Há, no entanto, um aspecto essencial para tomar como ponto de partida dessa dissertação: a assunção de um humanismo fundado em pilares como a liberdade e sua correspondente responsabilidade, a inevitabilidade da morte, a ausência de sentidos apriorísticos de vida e a nossa solitude<sup>6</sup>. Todas estas questões absolutamente por si só são problemáticas, porém passíveis de serem tensionadas/conciliadas com uma análise material e naturalista do homem e de seus projetos para uma vida comunitária que em último caso sedia as instituições tomadoras de decisões coletivas.

O primeiro destes pontos talvez seja o mais intrigante de todos e que de alguma forma tem sua análise como vinculante a todos os demais a serem postos em debate. Trata-se de indagar sobre que maneira e empregando quais instrumentos o homem acessa o mundo ao seu redor. Esta reflexão hoje objeto tanto de uma ontologia quanto da epistemologia sempre se projetou com uma das grandes indagações do cânone de problemas fundamentais da filosofia como mãe de todas as ciências.

---

<sup>6</sup> YALOM, Irvin. D. *Existential Psychotherapy*. Basic Books. 1980. p. 8-9.

Dessa forma, o problema da liberdade deverá partir do complexo de indagações “o que podemos conhecer? ”, “até que ponto somos determinados pelos nossos sentidos? ”, “existem conhecimentos inatos à parte da experiência? ”, “quais outros fatores e estruturas são determinantes em nosso poder de agir? ”, e “será possível reconhecer um padrão normativo de comportamento a partir das respostas para estas indagações? ”

Sobre a primeira pergunta, tomando-nos – nós seres biológicos com alguma capacidade de sentir, identificar relações lógicas, verificar fatos, situarmos no tempo e no espaço, e justificar toda sorte de práticas, costumes e instituições – como pressuposto, o que efetivamente poderemos conhecer do mundo? As respostas para tal indagação foram diversas desde a antiguidade clássica, flutuando em meio a dicotomia ideal e real, havendo na história posições defendidas em ambos os absolutos extremos, seja negando a existência do antagonico ou sua possibilidade de acessá-la<sup>7</sup>.

Os grandes embates entre idealistas e materialistas, contudo podem ser melhor situados no âmbito das indagações segunda e terceira, onde poderemos identificar uma tensão entre adeptos dos mais diversos matizes de ambos os pensamentos, inclusive dualistas. Trata-se da avaliação do papel de nossas experiências diante de algumas das categorias então vinculadas à razão. Este foi o gatilho para Kant desenvolver a sua obra “Crítica à Razão Pura”, em resposta à postura cética de Hume, para quem as experiências consistem tão somente em uma sequência de sons, imagens e sentimentos, colocando as relações de causalidade como uma construção mental empregada para explicar reiteradas relações de sucessão.<sup>8</sup> Kant sistematizou em seu sistema filosófico juízos para os quais prescindiam as experiências ao fazer a distinção entre juízos analíticos e sintéticos, sendo os primeiros os quais o predicado está contido no sujeito, não necessitando de nenhuma outra informação para suportar a alegação; e os segundos aqueles os quais o exame carecerá de mais informações e observações, tais quais as proposições causais

---

<sup>7</sup> É atribuída ao médico Claude Brunet, antes de Berkeley e dos idealistas alemães, uma versão quasi solipsista do idealismo. LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico de Filosofia*. Editorial Martins Fontes. São Paulo. 1999. p. 1054.

<sup>8</sup> HUME, David. *Treaty of Human Nature* 1739. Obra em domínio público, no qual comenta em seu Livro I, Parte 3, Seção 2: “All kinds of reasoning consist in nothing but a comparison, and a discovery of those relations, either constant or inconstant, which two or more objects bear to each other. This comparison we may make, either when both the objects are present to the senses, or when neither of them is present, or when only one. When both the objects are present to the senses along with the relation, we call this perception rather than reasoning; nor is there in this case any exercise of the thought, or any action, properly speaking, but a mere passive admission of the impressions through the organs of sensation.”

em espécie, para depois seguir sua chamada revolução copernicana em busca do estabelecimento das condições para o reconhecimento de juízos sintéticos a priori.<sup>9</sup>

O caminho para a reflexão desta relação entre o homem, suas estruturas de compreensão e o conhecimento hoje se encontra em um estágio onde as diversas tradições do pensamento, mesmo em contato com os avanços nos meios técnicos e científicos, legaram substratos para a perpetuação de algumas de suas concretizações, de forma que é possível identificar expressões empiristas, idealistas, racionalistas e até construtivistas em muitos dos pontos a serem enfrentados nessa dissertação.

As quarta e quinta indagações trazidas nessa breve exposição dizem respeito ao problema da moral, isto é, diante do enfrentamento dessa relação homem *versus* mundo e seus respectivos canais de conhecimento, a questão da moralidade surge em seu nível mais básico, qual seja: através da indagação meta-ética sobre se é possível de alguma forma não só se motivar como também estabelecer padrões para avaliar as condutas humanas.

Esta pergunta nos faz pensar em três tipos de problema, sendo o primeiro a indagação fundamental se somos realmente livres e se existe algo que nós usualmente chamamos de livre arbítrio. Tal problema ocupou todos os homens que se colocaram a dissertar sobre os pontos anteriores.

O problema do livre arbítrio pode ser caracterizado como uma das pontes da filosofia clássica com a teologia e a filosofia da religião, mais especificamente a teodiceia, pela aparente tensão entre uma concepção de revelação divina de um Deus bom, a narrativa determinista da construção do universo e a capacidade do homem de produzir iniquidades pelo mundo. Entre as reflexões que em grande parte escoraram a relação do poder do homem de escrever a sua história com a revelação divina, destacamos o clássico argumento ontológico de São Anselm de Canterbury (1), para quem Deus pode ser definido como algo que nada maior pode ser concebido, e se o maior ser existe em nossa mente, ele deve existir na realidade – e se não existir na realidade, algo ainda maior deve existir na mente e nossa realidade<sup>10</sup>; a versão cartesiana na quarta parte do “Discurso sobre o Método” (2), onde Deus guarda uma relação com a realidade tal qual as regras geométricas, perfeitas e demonstráveis, encontram com um triângulo

<sup>9</sup> **DE PIERRIS**, Graciela; **FRIEDMAN**, Michael. *Kant and Hume on Causality*. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/kant-hume-causality/>>. Acesso: 15/07/2015.

<sup>10</sup> **CANTERBURY**, Anselm of. *Proslogium*. Capítulo III. 1078. Obra em domínio público. <[http://legacy.fordham.edu/halsall/basis/anselm-proslogium.asp#CHAPTER III](http://legacy.fordham.edu/halsall/basis/anselm-proslogium.asp#CHAPTER%20III)> Acesso em: 16/07/2015

hipotético que pode sequer ser demonstrado na natureza;<sup>11</sup> e a proposta conciliadora do livre arbítrio de Leibniz (3) para quem Deus criou o melhor dos mundos possíveis, onde a existência da capacidade para o mal configura tão somente um elemento entre os demais para a produção desse mundo, mas não uma vontade atribuível diretamente a Deus que age tal qual um matemático.<sup>12</sup>

No século XVIII, limiar do iluminismo, contudo, uma cosmovisão materialista assumiu contornos deterministas, como aquela vista no pensamento do Barão d'Holbach, ilustre anfitrião de muitos pensadores da época, para quem todo o universo se resumiria em matérias em movimento, oferecendo tão somente uma imensa e ininterrupta sucessão de causas e efeitos<sup>13</sup>, estes hipoteticamente possíveis de decifrar por um observador onipotente que conhecesse a disposição de cada átomo do universo, como o Demônio de Laplace. Igualmente, La Mettrie cunhou a famosa metáfora do homem como um dispositivo absolutamente complexo, tal qual um relógio, que, todavia, é composto por um número inferior de engrenagens. Antes de ambos os supramencionados pensadores, o abade Jean Meslier, já morto, legou um ensaio em três cópias denunciando sua absoluta descrença no cristianismo, trazendo, para além de um discurso político contra o que chamou ser uma apropriação da religião natural do homem por parte da igreja, a crítica da exploração da ideia de livre arbítrio, assim nos concebendo e também nossas escolhas como processos mentais anteriormente deliberados, mesmo quando sentimos fazer escolhas morais<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> **DECARTES**, René. *Discurso Sobre o Método*. Quarta Parte. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2001. p. 41-43.

<sup>12</sup> A obra *Theodicy: Essays on the Goodness of God, the Freedom of Man and the Origin of Evil* de **VON LEIBNIZ**, Gottfried pode se encontrada integralmente no Projeto Gutenberg no link <<https://www.gutenberg.org/ebooks/17147>>. Acesso em: 16/07/2015. Uma paródia do pensamento do autor é encontrada em *Candide* de **VOLTAIRE**, François-Marie Arouet sob o link. <<http://www.gutenberg.org/ebooks/19942>>. Acesso em: 16/07/2015.

<sup>13</sup> “The universe, that vast assemblage of every thing that exists, presents only matter and motion: the whole offers to our contemplation nothing but an immense, an uninterrupted succession of causes and effects” em **HOLBACH**, Paul Henry Thiry, Barão de. *The System of Nature*, Volume 1. Capítulo I, Obra disponível em domínio público: <<https://www.gutenberg.org/ebooks/8909>>. Acesso em: 16/07/2015.

<sup>14</sup> As passagens que melhor sintetizam o pensamento do autor acerca da questão do livre arbítrio: “Theologians tell and repeat to us that man is free, while all their teachings conspire to destroy his liberty. Trying to justify Divinity, they accuse him really of the blackest injustice. They suppose that, without grace, man is compelled to do evil: and they maintain that God will punish him for not having been given the grace to do good! With a little reflection, we will be obliged to see that man in all things acts by compulsion, and that his free will is a chimera, even according to the theological system. Does it depend upon man whether or not he shall be born of such or such parents? Does it depend upon man to accept or not to accept the opinions of his parents and of his teachers? If I were born of idolatrous or Mohammedan parents, would it have depended upon me to become a Christian? However, grave Doctors of Divinity assure us that a just God will damn without mercy all those to whom He has not given the grace to know the religion of the Christians. Man's birth does not depend upon his choice; he was not asked if he would or would not come into the world; nature did not consult him upon the country and the parents that she gave him; the ideas he acquired, his opinions,

Hoje e em períodos mais próximos de nós, alguns foram os caminhos empregados para enfrentar o problema do livre arbítrio para então alcançarmos os dois seguintes do campo da moral. Entre eles a fenomenologia nasceu em Husserl como uma técnica capaz de fazer compreender as verdades ideais e os princípios da lógica, a partir do que chamou ser uma redução eidética. Husserl<sup>15</sup> viu a sua fenomenologia se tornar uma chave de compreensão do ser através de seus sucessores que trilharam caminhos diversos, como o existencialismo de seu discípulo Heidegger e a versão francesa em Sartre. Do outro lado, o naturalismo combatido pela fenomenologia ganhou terreno com os avanços das ciências médicas, com uma ênfase maior na neurociência, sendo também identificável em correntes psicológicas comportamentais, etológicas e psicossociais<sup>16</sup>.

No atual estado do problema, há em corrente desenvolvimento diversas abordagens que variam desde cosmovisões absolutamente deterministas<sup>17</sup>, algumas delas sobretudo incompatíveis com o livre arbítrio, inclusive sob um ponto de vista físico, como um “encerramento causal” – onde um efeito físico pode possuir tão somente uma causa física –

---

his true or false notions are the necessary fruits of the education which he has received, and of which he has not been the master; his passions and his desires are the necessary results of the temperament which nature has given him, and of the ideas with which he has been inspired; during the whole course of his life, his wishes and his actions are determined by his surroundings, his habits, his occupations, his pleasures, his conversations, and by the thoughts which present themselves involuntarily to him; in short, by a multitude of events and accidents which are beyond his control.” [...]

“It is not the lover who gives to his mistress the features by which he is enchanted; he is not then the master to love or not to love the object of his tenderness; he is not the master of the imagination or the temperament which dominates him; from which it follows, evidently, that man is not the master of the wishes and desires which rise in his soul, independently of him. But man, say you, can resist his desires; then he is free. Man resists his desires when the motives which turn him from an object are stronger than those which draw him toward it; but then, his resistance is necessary. A man who fears dishonor and punishment more than he loves money, resists necessarily the desire to take possession of another's money. Are we not free when we deliberate?—but has one the power to know or not to know, to be uncertain or to be assured? Deliberation is the necessary effect of the uncertainty in which we find ourselves with reference to the results of our actions. As soon as we believe ourselves certain of these results, we necessarily decide; and then we act necessarily according as we shall have judged right or wrong. Our judgments, true or false, are not free; they are necessarily determined by ideas which we have received, or which our mind has formed.” Ambas em **MESLIER**, Jean. *Superstitions in All Ages*. 1732. Obra em domínio público. Capítulo LXXX. Obra disponível em: <<https://www.gutenberg.org/ebooks/17607>>. Acesso em: 16/07/2015.

<sup>15</sup> O nascimento e o desenvolvimento da fenomenologia são associados à obra *Logical Investigations* de **HUSSERL**, Edmund que se via como um aprendiz e entusiasta do sistema que estava desenvolvendo.

<sup>16</sup> A etologia pretende estudar o comportamento animal em condições naturais a partir do exame das reações em exercícios de laboratório, pretendendo identificar algumas formas de comportamento como agressão, aprendizado, habituação, etc. Entre muitos, as obras *The Social Contract: A Personal Inquiry into the Evolutionary Sources of Order and Disorder* de **ARDREY**, Robert. e *Sociobiology: The New Synthesis* de **WILSON**, Edward Osborne são exemplos de como o estudo do comportamento animal pretendeu estabelecer paralelos com o comportamento humano. Entre as teorias psicológicas o behaviorismo é aquela que apareceu como reação às tradicionais teorias psicológicas focadas nos aspectos internos, difíceis de serem falseadas pelo método científico.

<sup>17</sup> Tal qual o fatalismo presente em diversas doutrinas religiosas; no mais existem estudos que advogam uma completude física, como aborda **VICENTE**, Agustín, *On the Causal Completeness of Physics*, International Studies in the Philosophy of Science, Vol. 20.

passando por concepções compatibilistas do livre arbítrio com alguns graus de determinismo – como a produção de Daniel Dennett<sup>18</sup>, para quem ambos os conceitos são conciliáveis, contudo sem necessariamente adotar um framework dualista corpo *versus* mente, chegando até a cosmovisões conciliatórias da compreensão da “grande história” com a religião, como o monismo de dois aspectos como a trabalhada pelo físico e padre anglicano John Polkinghorne<sup>19</sup>.

De toda a forma, a especificação dos fatores determinantes e dos demais levados em consideração na tomada de decisões pelo homem se revela essencial para a viabilidade da compreensão dos juízos éticos de conformação ou reprovação, e assim enfim podermos empreender nos problemas da natureza das proposições éticas – isto é, o que é bom, justo, correto e esperado – e nos seus principais modelos normativos, – deontológicos, teleológicos e aretológicos – todos de relevante influência no desenvolvimento das formas organizadas de resolução de conflito a serem adiante estudadas, sobretudo na própria composição do Direito Penal, aquela que entre elas é o nosso objeto de estudo por excelência.

Desta maneira, por ora, ainda que sejam muitos os caminhos metodológicos oferecidos pelas escolas filosóficas; ainda que o homem parta de caminhos distintos para compreender sua própria liberdade e fundamentar suas censuras, o que foi pretendido aqui brevemente inferir é a necessidade de nunca nos distanciar da dimensão material de nossa existência, nossa condição como corpos distintos, seres orgânicos, mas também focos para a compreensão de um mundo, e que ainda que um dia sejamos capazes de compreender integralmente o fenômeno da nossa consciência, ainda assim nos encontraremos em nosso estado de separação, individualizados em nossas experiências, em nossas vidas e nossas mortes.

Ainda, e por fim, há uma íntima relação entre os fatores determinantes em nossa maneira de agir e a materialização dos interesses perquiridos pelo exercício de nossas liberdades. Isto é, se direcionamos nossa vontade para a realização de algum fim, seja ele qual for, precisaremos então compreender minimamente quais são esses interesses e como eles são identificados em nosso sistema então estudado.<sup>20</sup> Dessa forma, prosseguiremos com algumas breves exposições

---

<sup>18</sup> Sua obra de maior impacto no exame da questão do livre arbítrio é *Elbow Room*, publicada em 1984.

<sup>19</sup> Polkinghorne possui vasta obra acerca da relação entre ciência e religião, após ser ordenado padre da Igreja Anglicana em 1982, depois de mais de 25 anos de vida acadêmica na área científica.

<sup>20</sup> Uma entre muitas as escalas de valores orientadoras de nossa vontade pode ser encontrada em **MASLOW**, Abraham. *A Theory of Human Motivation*. 1943. Disponível em: <<http://psychclassics.yorku.ca/Maslow/motivation.htm>>. Acesso em 20/07/2015. Os valores, para Maslow, são agrupados em categorias em disposição hierárquica, fator esse bastante criticado contemporaneamente. Entre elas estão previstas: necessidades fisiológicas na base, disposições envolvendo segurança pessoal e daquilo que nos apropriamos, sentimentos de amor e pertencimento, auto-estima e auto-respeito compreendendo a estima, e no topo a autorrealização e a capacidade de protagonizar a sua própria vida.

sobre a relação desses interesses com as formas de viver comunitário, em especial, obviamente, o Direito e o nosso sistema penal.

## 1.2 O Ser e sua Realização no Viver Comunitário

Sua condição de ser biológico e gregário fez do homem acumulador de experiências diversas na forma de interagir com os seus afins. A proteção da liberdade, a regulação da força e dos instrumentos de vingança e o disciplinamento das relações cotidianas desse viver comunitário passaram a ocupar o homem que agora questiona a natureza dessa relação entre o mundo que usufrui e este recém-criado de regras e costumes que pretendem interferir nesta realidade primeira.

Entre estas formas de controle social está o Direito, objeto de nosso estudo e de difícil definição. Isto porque, para além da confusão terminológica do campo de estudo com o seu objeto, as diversas escolas que pretenderam definir o primeiro fizeram sobre matrizes linguísticas e filosóficas diferentes, seja na crença de capturar uma essência dos fenômenos em análise, seja em comungar com a ideia de que tais conceitos revelam nada mais que convenções que em último caso dependerão de uma concordância de significados entre os interlocutores,<sup>21</sup> de forma que até elementos tidos por excelência como identificadores do conteúdo do Direito, como a coatividade/coercibilidade, são desafiados por tipos de normas e até mesmo campos inteiros do domínio jurídico.

Assim, hoje, um grupo remonta a identificação do Direito sob matrizes platônicas, ideais, fenomenológicas, teológicas, enfim, de forma a identificar no Direito a existência de princípios morais e de justiça universalmente válidos e acessíveis à razão humana de forma que uma norma que se proponha receber sua qualificação deva necessariamente se adequar aos seus paradigmas. Outro grupo desafiará parcial ou integralmente essa proposição, descrentes na possibilidade de determinar conteúdos de dimensão universal ou ainda admitir a derrogação de uma norma formalmente válida por alguns deles.<sup>22</sup> No mais, outras tradições revelarão outras posturas em relação às normas jurídicas ou às regras em espécie, como o realismo jurídico e a sua visão pragmática em busca da previsibilidade no momento da decisão. Ainda, com o

---

<sup>21</sup> NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. Editora Martins Fontes. São Paulo 2010. p. 11-13.

<sup>22</sup> *Ibid.* p. 32-33.

chamado pós-positivismo, ganhou vigor a posição jusnaturalista, tendo sido reestruturada para atender uma demanda social contemporânea de reconhecimento da eficácia normativa de fontes de Direito mais fluidas, como os princípios. Isso contorna os limites das posturas anteriores com tons de cinza, tornando a matéria e as soluções propostas mais complexas e criativas.

Não há nada de inédito no exame da relação entre o ontológico e o normativo, contudo foi em Hume, em seu comentário final sobre a afirmação que as distinções morais não são derivadas da razão, mas sim de paixões, que ganhou corpo uma crítica que pretendeu chamar de falácia naturalista a derivação do mundo do “ser” proposições do mundo do “dever ser”. Isto é, Hume acreditava que muitas proposições morais muitas vezes usavam núcleos verbais típicos de descrições da realidade, e essa distinção, ainda que muitas vezes imperceptível, apresenta em último caso bastantes diferenças.<sup>23</sup> São questões diversas afirmar “se para chegar em primeiro lugar é preciso correr mais depressa que os demais” e se “deve ser moralmente ajustado querer vencer a corrida”. A defesa desta proposição se adequou a muitas tradições meta-éticas não naturalistas e todas aquelas cétricas quanto a possibilidade de se estabelecer propriedades morais absolutas, para além daqueles que no Direito pretenderem isolar a identificação dos materiais normativos de forma inclusive apartada da moral. É por meio da ideia de que não é possível extrair um dever de estado de coisas, que se pode contestar a tradição e exigir agora um fundamento normativo às normas então vigentes. Se somente é possível extrair uma norma de uma norma anterior, deve ser explicado qual é a norma que fundamenta o poder ou direito de punir do Estado. É esse tipo de ideia iluminista que permitiu que consolidássemos democracias e questionássemos os velhos paradigmas até então vigentes no século XVIII.

Todavia, a defesa contemporânea de algumas manifestações em favor de um direito natural, sobretudo aquelas desapegadas de elementos teológicos, desafiam a distanciação,

---

<sup>23</sup> “I cannot forbear adding to these reasonings an observation, which may, perhaps, be found of some importance. In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remarked, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when of a sudden I am surprized to find, that instead of the usual copulations of propositions, is, and is not, I meet with no proposition that is not connected with an ought, or an ought not. This change is imperceptible; but is, however, of the last consequence. For as this ought, or ought not, expresses some new relation or affirmation, it is necessary that it should be observed and explained; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it. But as authors do not commonly use this precaution, I shall presume to recommend it to the readers; and am persuaded, that this small attention would subvert all the vulgar systems of morality, and let us see, that the distinction of vice and virtue is not founded merely on the relations of objects, nor is perceived by reason.” Em HUME, David. *A Treatise of Human Nature*. 1739. Livro III, Seção I, Parte Final. Obra disponível em domínio público em: <http://www.gutenberg.org/ebooks/4705>. Acesso em: 22/07/2015



secção ou o primado do deontológico (direito como dever ser) do domínio do ontológico (o ser, a natureza), acusando concepções positivistas jurídicas de pensar que a tessitura normativa encontra um fim em si mesma, ao se socorrer de uma especulação filosófica como uma norma fundamental hipotética para justificar um Estado e toda a sua estrutura orgânica e a efetividade do seu controle social.<sup>24</sup>

De toda forma, a relação entre o mundo normativo e aquele onde os interesses estão dispostos ainda merecerá algumas considerações de nossa parte. Isto porque, não importando no que se credita vincular o sistema normativo vigente, deve-se reconhecer que a produção de suas técnicas para a resolução de conflitos tenha um grau de eficácia determinado a partir do reconhecimento das estruturas da realidade que se pretende alcançar<sup>25</sup>. Isto é, as técnicas de resolução – ou ao menos suspensão – dos conflitos pretendem interferir em uma realidade física e social dotada de seres com um psiquismo, isto tudo existente de uma maneira e não de outra, de forma que o legislador e o pesquisador do Direito não podem manipular dados ônticos sob pena de produzir verdadeiras ficções como políticas públicas dispostas tão somente de forma simbólica para satisfazer anseios irracionais.

Intempestivamente<sup>26</sup> foi Welzel que pretendeu conter a onipotência legislativa através de uma teoria das estruturas lógico-reais ou lógico objetivas que apelava para o respeito à natureza das coisas. Em seu trabalho, uma de suas concretizações foi a tentativa de corrigir tanto as então recentes teorias normativas da ação quanto o mero exame do nexo de causalidade, cego e destituído de qualquer finalidade.<sup>27</sup>

Muito embora a natureza ôntica da finalidade seja algo de todo questionável<sup>28</sup>, dada as mais diversas teorias da personalidade que empreendem na descoberta do fenômeno de nossa consciência, o respeito à disposição material do mundo merecerá nossa atenção para além do mero exame da ação, devendo alcançar outras categorias do sistema jurídico, como tentaremos empreender em um breve exame dos critérios seletivos empregados na resolução dos conflitos,

---

<sup>24</sup> **GUIMARÃES**, Aquiles Côrtes. *Fenomenologia e Direitos Humanos*. Editora Lumen Juris. 2007. p. 56-58.

<sup>25</sup> **BATISTA**, Nilo. **ZAFFARONI**, E. Raúl. **SLOKAR**, Alejandro, **ALAGIA**, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*. Editora Revan. Rio de Janeiro 2003. §1, 1-2. p.174-175.

<sup>26</sup> Se pensarmos nos resultados promovidos pelas categorias do tipo ideal como o nacionalismo völkisch.

<sup>27</sup> **WELZEL**, Hans. *Direito Penal*. Editora Romana. Segunda Tiragem. São Paulo. 2004. p. 79-80 e 83-84 e **NINO**, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. Editora Martins Fontes. São Paulo 2010. p. 87.

<sup>28</sup> **BATISTA**, Nilo. **ZAFFARONI**, E. Raúl. **SLOKAR**, Alejandro, **ALAGIA**, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*. Editora Revan. Rio de Janeiro 2003. §1, 1-2. p.174-175 e 500-501.

em momento próximo, e na ponderação dos interesses encontrados em sociedade, ao longo de todo a dissertação.

A resolução de conflitos existentes em um universo onde os interesses encontram realidades finitas talvez seja o fundamento primordial entre os dois mundos aqui descritos<sup>29</sup>. Contudo, a finalidade do Direito pode assumir contornos diversos a partir do reconhecimento dos objetos suscetíveis de valoração, como a relação do ser humano particular com os demais e as estruturas que materializam a comunidade política, isto é, a partir dos interesses individuais, exclusivos da personalidade do homem, das manifestações supra-individuais, que assumem contornos autoritários ou redutores dos primeiros, e dos interesses trans-individuais, incapazes de serem remetidos individualmente.<sup>30</sup>

Particularmente, com o constitucionalismo e as críticas iluministas, as comunidades políticas modernas evoluíram de forma que o reconhecimento das finalidades do Direito hoje se confunde com as finalidades do Estado, como instrumento viabilizador dos anseios de uma sociedade organizada. Sob esse novo paradigma, os direitos, ora fundamentados em uma ordem natural – teológica, como pregada por São Tomás de Aquino, ou exclusivamente sediada na condição humana, como em Hobbes e Meslier –, agora passam a ser compreendidos e agrupados em todas as suas especificidades, isto é: quem são os seus titulares, quem são os participantes de sua relação, qual o papel do Estado – assegurando sua efetivação ou sua própria distância do exercício – e quais são as condições para o seu surgimento/reconhecimento?<sup>31</sup>

Escapando da dicotomia sobre o conceito de direito, ou sobre a ontologia jurídica - o famoso e cansativo debate jusnaturalismo x juspositivismo -, o conjunto de respostas mais elegante para as questões acima formuladas pode ser encontrado na obra de Norberto Bobbio, que em seus estudos concluiu que, para além da ideia de direito estatal, ou seja, ainda que o Direito não se confunda com os chamados direitos naturais: (1) estes são direitos históricos; (2) nascem no início da era moderna, juntamente com a concepção individualista da sociedade; (3) tornam-se um dos principais indicadores do progresso histórico.<sup>32</sup> É inclusive em sua obra onde encontramos uma tradicional classificação que reconhece existir três gerações de direitos que

---

<sup>29</sup> Contudo, não querendo reduzir a descrição do problema tão somente às dimensões causais encontradas nas relações de conflito.

<sup>30</sup> **RADBRUCH**, Gustav. *Filosofia do Direito*. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2010. p. 77-88.

<sup>31</sup> Ainda, questão de toda relevância para nosso trabalho ulterior será compreender as dinâmicas e os fatores decisivos para solver a ponderação de todos esses direitos nos inevitáveis conflitos entre eles.

<sup>32</sup> **BOBBIO**, Norberto. *A Era dos Direitos*. Editora Campus – Elsevier. 7ª Tiragem. p. 7.

historicamente foram reveladas em momentos distintos, apresentando, porém, algumas qualidades particulares em comum.<sup>33</sup>

Quanto as condições do surgimento/reconhecimento dos direitos, Bobbio professou seu ceticismo quanto a possibilidade de reconhecer um fundamento absoluto possível de ser encontrado que sediasse os direitos do homem, os colocando irresistivelmente acima de qualquer refutação. Como primeira razão para tal descrença está a falta de uniformidade encontrada em todas as então existentes teorias do direito natural, sendo possível encontrar nelas soluções diversas, todas elas perfeitamente compatíveis com a “natureza do homem”. O exemplo dado pelo autor é o do direito sucessório de seu patrimônio e suas possíveis formas de operação – o retorno à comunidade, a transmissão familiar de pai para filho ou a livre disposição pelo proprietário – de forma que: “com efeito, todas as três soluções são perfeitamente compatíveis com a natureza do homem, conforme se considere este último como membro de uma comunidade (da qual, em última instância, sua vida depende), como pai de família (voltado por instinto natural para a continuação da espécie) ou como pessoa livre e autônoma (única responsável pelas próprias ações e pelos próprios bens)”.<sup>34</sup>

O supramencionado autor reconhece ainda mais quatro dificuldades para se alcançar um fundamento absoluto. Em primeiro lugar existe o problema de precisão, na medida que suas definições costumam ser (1) tautológicas, – “direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem” – (2) carentes de qualquer definição acerca do seu conteúdo – “direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado” – ou ainda (3) ricos em elementos de referência avaliativos, suscetíveis de abrir interpretações conforme ideologias – “direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc., etc” –, assim despertando apaixonantes embates sobre o seu conteúdo.<sup>35</sup>

Em segundo lugar, o relativismo do conteúdo dos direitos humanos/naturais na história e no espaço, retomando o exemplo do direito sucessório, indicia que nenhum dos fundamentos então empreendidos até então foi capaz de apresentar uma resposta consistente capaz de determinar com precisão uma solução. O exemplo da vida humana é significativo, e se

---

<sup>33</sup> Não faltaram outras tentativas de expandir essas gerações para um sem número de novas realidades compreendendo realidade virtual, patrimônio genético, sociedade de informação, etc.

<sup>34</sup> Ibid. p. 12-13.

<sup>35</sup> Ibid. p. 13.

pensarmos que, ressaltando algumas consequências da tecnologia e da nossa relação material com o mundo ao longo dos três mil últimos anos, a mesma permaneceu com suas mesmas características, de forma que o “direito à vida” ao longo desse mesmo período é modificado a cada reforma legislativa ou nova interpretação judicial acerca do exercício da legítima defesa, da prestação pública de saúde ou da inclusão/exclusão de hipóteses autorizativas de intervenções cirúrgicas como o aborto. Nas palavras de Bobbio:

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.<sup>36</sup>

Ainda, para Bobbio, os direitos do homem descrevem uma realidade de todo heterogênea, revelando pretensões diversas entre si e até mesmo incompatíveis, não havendo uma só razão que ampare todas ao mesmo tempo. Entre tantos, o autor reconhece um universo bastante restrito de Direitos que não podem ser objeto de uma ponderação, nem mesmo nas situações mais excepcionais, como o direito de não ser escravizado e o de não sofrer tortura. Outrossim, a grande maioria dos direitos, inclusive os ditos fundamentais, implicam a renúncia de outros direitos pelos seus respectivos titulares, de forma que a criação ou expansão de um novo direito necessariamente irá diminuir o alcance de um então existente, não podendo os mesmos, tendo eficácias diversas, possuírem o mesmo fundamento.

Por último, Bobbio revela uma antinomia ainda maior quando tanto o direito invocado e aquele cerceado são titularizados não mais em figuras distintas, mas sim nas mesmas pessoas. O exemplo por excelência dessa categoria é o da contraposição entre os direitos individuais tradicionais – consistentes em liberdades – e o direitos sociais – configuráveis como poderes. Para o referido autor, a exigência dos primeiros de obrigações puramente negativas por parte dos demais – isto é, a distância, inatividade, abstenção da prática de atos – são incompatíveis

---

<sup>36</sup> Ibid.

com a realização dos segundos que exigem para sua realização a imposição de ações – condutas comissivas – de forma que a realização integral de uns impediria a realização integral de outros.

Esta oposição entre direitos os define em uma natureza relacional, de forma que nenhum deles possuem propriamente uma existência absoluta e autônoma – a menos que se reconheça, como Bobbio, um número limitado e excepcional de hipóteses –, sem corresponder uma rede trans-social de reconhecimento mútuo e compromissos. A partir destes, há o reconhecimento formal de realidades já antes existentes e que se afirmam buscando a partir das experiências expandir os horizontes da sociedade para os novos domínios que vem surgindo. Para Douzinas, os direitos humanos representam o reconhecimento do poder criador de mundos da falta de fundamento que transforma a experiência de liberdade ontológica em um princípio de lei e de política.<sup>37</sup> Assim, os direitos humanos não só pertencem propriamente aos seus titulares, como representam mais ainda como definidores da fluida relação entre blocos de poder e as identidades contestadas do indivíduo e do grupo para todos aqueles que o reivindicam pelo mundo, ainda que ainda não positivados ou recepcionados pelas ordens jurídicas pelas quais buscam interferir.

A incorporação dos direitos humanos pelos sistemas nacionais e sua subsequente ruptura com os seus desacreditados fundamentos, contudo, não se tratou de um processo indolor, sendo integrante de programas que no meio desse caminho destituíram completamente a figura do outro, eixo fundamental para a compreensão na alteridade da própria identidade. Por esse caminho, Douzinas, amparado na leitura humanista da fenomenologia de Emmanuel Levinas, empreendeu a análise das relações dos estados com os postulantes de asilo político, com uma especial atenção na forma reificada de integrar os requisitos para sua admissão, sempre estabelecendo requisitos subjetivos e normativos absolutamente apartados de qualquer juízo de valor trazido pelo o outro.<sup>38</sup>

No mesmo sentido e em obra de fôlego profundo, Hannah Arendt discorre sobre a falência do Tratado das Minorias e das soluções provisórias encontradas momentos após a Primeira Guerra Mundial, considerando os novos estados criados no leste europeu e as truncadas relações entre os “povos estatais”, os povos participantes do poder político ainda que não dominante e as massas de apátridas, judeus e imigrantes que não gozavam nem do estatuto da nacionalidade que pudessem os conferir direitos e prerrogativas, nem da tradição de

---

<sup>37</sup> DOUZINAS, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos*. Editora Unisinos. São Leopoldo. 2009. p. 349-350.

<sup>38</sup> Ibid. p. 362-369.

reconhecer os direitos do homem aparte do vínculo político, como nos Estados com uma tradição política mais amadurecida.<sup>39</sup>

Essa perda ainda representou mais ainda uma crise quando os próprios Estados, contrariando a inalienabilidade dos direitos humanos, esta decorrente da própria condição humana, passou a subtraí-los daqueles que os mesmos perseguiam de forma a alcançar o seu conteúdo mais fundamental – que é a vida e o pertencimento a humanidade –, ultrapassando em muito as admitidas desconSIDERAÇÕES de relevância da fala e de todo mais relacionamento humano, como eram fundamentados na sociedade clássica onde viveu Aristóteles que admitia a escravidão como exclusão do mundo dos “animais políticos”.<sup>40</sup>

Em uma apertada conclusão, os direitos humanos, para estes e um número ainda maior de jusfilósofos contemporâneos, são identificados de forma que, na condição de reivindicações locais, surgem quando devem e podem nascer, não mais como um dado fundamentado em uma ordem natural ou teológica, mas sim como uma construção fruto da intervenção do homem no mundo, compondo uma racionalidade de resistência, vocacionados a assegurar a dignidade da pessoa humana e evitar os sofrimentos proporcionados pela brutalidade humana.<sup>41</sup> A determinação de seu conteúdo, porém, enfrenta a série de dificuldades como as aqui expostas e sumariamente exemplificadas: por um lado, na medida que não é encontrado um só fundamento universal para a quantidade então crescente de discursos que pretendem assim se afirmar, e por outro, de maneira que, ainda assim, existe uma dimensão a ser considerada, na medida que, em último caso, estamos tratando de seres biológicos com necessidades reais e existentes de uma forma – e não de outra –, servindo de objeto para campos de estudos que poderão contribuir sobre o entendimento destas realidades e a forma como deveríamos agir coletivamente.

O campo da filosofia política evidencia toda esta imprecisão e multiplicidade de discursos que pretendem legitimar certas fórmulas de Estado que ampliarão ou diminuirão o alcance do que reconhecemos como direitos e do que determinamos como proibido. Todas estas fórmulas, pelos os seus próprios meios, sediarão de alguma maneira seus propósitos no homem em alguma de suas dimensões – o que não é de todo artificioso, uma vez que até os programas mais nocivos da história da humanidade, empregando concepções idealistas e abstratas, encontraram alguma forma, ainda que dissimulada, de fundamentar suas decisões.

---

<sup>39</sup> ARENDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*. Editora Companhia das Letras. São Paulo. 2012. p. 372-395.

<sup>40</sup> Ibid. p. 404-405.

<sup>41</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 3ª Edição. Editora Saraiva. p. 37-38.

São muitos os modelos que buscaram mapear e definir os eixos do espectro político que invariavelmente nos informarão os limites dos direitos e quais objetivos políticos<sup>42</sup> são mais considerados em uma ponderação, partindo de valores individuais, trans-individuais e supra-individuais. Inspirando muitos destes modelos, tradicionalmente a disposição geográfica dos membros da Assembleia Nacional de 1789 da Revolução Francesa – onde apoiadores do rei e do clero se dispuseram à direita da cadeira para evitar as manifestações dos opositores – e da Assembleia Legislativa de 1791 – onde os inovadores se dispuseram à esquerda, os moderados no centro e os defensores da constituição à direita. Esta orientação chegou aos jornais, que agora identificavam os grupos a partir de seus locais de manifestação – direita e esquerda –, e enfim foi adotada pelos próprios partidos durante a Terceira República francesa, em 1871, para depois ganhar o mundo no século XX.

Contemporaneamente, enquanto uns desafiam a validade do modelo político “direita *versus* esquerda” transportado do seu momento histórico, surgem formas diversas de mapear os discursos que, independentemente de sua positivação vigente, pretendem ganhar o Estado e decidir o alcance e os destinos dos direitos do homem. Entre eles, Robert MacIver descreveu aquilo que se tornou um senso comum, onde a direita era identificada com os interesses das classes economicamente superiores e dominantes, enquanto a esquerda expressava as classes economicamente dominadas, situando a classe média em meio a ambos os extremos. Por esse critério, a direita conservadora defendia prerrogativas, privilégios e poderes atacados pela esquerda, envolvendo uma posição aristocrática, valendo-se da hierarquia do berço e da riqueza, estes atacados por uma esquerda em busca da equalização de vantagens ou oportunidades.<sup>43</sup>

Ainda assim, a dicotomia direita versus esquerda, hoje, ilustra a grande maioria das tentativas de identificar as políticas públicas e a extensão do reconhecimento de direitos quando relacionados aos demais através de representações cartesianas. Estas representações são pautadas pelos imprecisos eixos de valores associados aos respectivos lados políticos e outros mais a serem considerados relevantes para análise pelos autores. O espectro político para economistas e filósofos do poder tidos como libertários, por exemplo, é composto tão somente por um eixo relevante, sendo este o grau de intervenção do estado na sociedade em seu sentido

---

<sup>42</sup> Tomando objetivo como uma justificativa política genérica, uma meta que não implique a individualização de um Direito como em **DWORKIN**, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Editora Martins Fontes. São Paulo. p. 141-146.

<sup>43</sup> **MACIVER**, Robert Morrison. *The Web of Government*. The Macmillan Company. 1947 p. 216.

mais lato. É por esta leitura que Mises<sup>44</sup> enxergava os radicalismos “de direita” do nazismo e “de esquerda” do comunismo soviético como tão somente distantes em ínfimos detalhes, havendo um propósito comum de ambos contra o capitalismo e a democracia. Por outro lado, a maioria dos espectros políticos mais complexos – e menos reducionistas – irão trabalhar pelo menos com dois eixos, podendo existir modelos com quantidades infindáveis, a depender do arranjo das características a serem consideradas pelo programa. Entre tantos, um dos modelos mais conhecidos e adaptados ficou conhecido pela divulgação do político libertário norte-americano David Nolan, que concebeu um modelo de dois eixos, considerando os graus de liberdade econômica e individual, identificando em seus quadrantes cosmovisões liberais, libertárias, conservadoras e autoritárias a serem definidas através da contraposição de juízos de valor acerca de questões políticas envolvendo valores como vida, patrimônio, religião, sucessão, distributividade e as suas devidas relações de proximidade e distância do Estado. Uma variação desse mesmo modelo hoje se tornou bastante popular através das análises políticas dos programas partidários e dos programas de enquetes mantidos pela organização britânica The Political Compass.<sup>45</sup>

Se a existência de tais representações evidencia o óbvio, que vivemos em uma sociedade plural onde pessoas diferentes partem de juízos diversos chegando a conclusões diametralmente opostas, ela, pelo menos, é capaz de orientar as tendências hoje existentes que são exemplificadas desde um pretense Estado ético “guarda-noturno”<sup>46</sup> – onde o mesmo não possui praticamente obrigação positiva alguma para além do monopólio da força e do cumprimento das obrigações privadas pactuadas, e todos os campos de interesse coletivos são apropriáveis e tratados pela mesma lógica privada – até uma diversidade de programas que reconhecem dimensões de interferência positivas a serem apuradas a partir de seus próprios caminhos metodológicos.<sup>47</sup>

Todavia, ainda que consideremos os modelos lineares descritivos orientadores das políticas públicas, a nossa praxe política não se revela de todo homogênea ou sistematicamente consistente com o universo dos modelos ideais de Estado e justiça. Isto porque os agentes

---

<sup>44</sup> **VON MISES**, Ludwig. *Intervencionismo – Uma Análise Econômica*. 2ª Edição. Instituto Liberal. São Paulo. p. 114-116.

<sup>45</sup> Acesso disponível através do sítio do Political Compass: <<http://politicalcompass.org/>> Acesso em: 12/01/2016.

<sup>46</sup> Como o modelo advogado por **NOZICK**, Robert. Em *Anarquia, Estado e Utopia*. Editora Martins Fontes. São Paulo. p. 32 e 98-106.

<sup>47</sup> Entre muitos, o marxismo e o seu conflito de classes, em sua etapa socialista, de bases sediadas em **MARX**, Karl. e **ENGELS**, Frederich. “Manifesto do Partido Comunista”, a busca por critérios racionais escolhidos por um hipotético agente “unbiased”, como trabalhada por **RAWLS**, John em “Uma Teoria da Justiça” e todos os programas sociais democratas incorporados às cartas políticas do século XX.



políticos – e também os homens, de forma geral – frequentemente aderem a posições incoerentes entre si, adotando injustificadamente modelos diversos de juízo moral para questões afins, quando mais não se contradizem temporalmente, sem representar necessariamente uma adesão espiritual a um novo sistema.

Mais ainda, é com alguma desconfiança que se deve enxergar tanto os modelos que pretendem determinar soluções homogêneas para um todo complexo de conjunturas factuais diversas, bem como os métodos cartesianos que pretenderam identificar a natureza desses sistemas a partir tão somente de seus aspectos gerais, tais quais as enquetes de jornais que admitem apenas “sim” e “não” como respostas. Isto porque se as políticas públicas normatizadas pretendem estimular ou vedar um certo arranjo de condutas e os seus resultados produzidos, não fazendo tão somente através de coações diretas, em um sistema binário sanção *versus* recompensa, conferindo penas para dissuadir agentes de praticar ações ou oferecendo prêmios para que assim se motivem<sup>48</sup>.

A título exemplificativo, Allan V. Horwitz, em “The Logic of Social Control”, identifica como estilos de controle social um modelo penal inspirado na inflicção de uma dor ou de consequências indesejáveis pela prática do ato; um modelo compensatório, encontrado em todos os mecanismos de reparação da vítima; um modelo conciliatório, mais orientada no relacionamento entre os envolvidos do que propriamente no ato praticado; e um modelo terapêutico, lastreado na tentativa de modificar a personalidade do agente quando esta se revela fora dos limites da normalidade como sintoma de uma condição subjacente patológica.<sup>49</sup>

No mesmo sentido, o filósofo político Joseph. S Nye. Jr., no momento em que aborda a natureza do poder, procura fugir do senso limitado definido como um *hard power*, trazido até nós pela máxima maquiavélica de que o príncipe amado é mais propenso a ser desobedecido/ofendido do que aquele príncipe que incute medo.<sup>50</sup> Para Nye, o poder pode ser concebido como a habilidade de influenciar o modo de agir dos demais agentes de forma a obter o resultado pretendido, e para tal fim, é possível coagi-los com ameaças, induzi-los com

---

<sup>48</sup> Kelsen já encontrava dificuldades em fazer distinção entre essas categorias. **KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Martins Fontes. São Paulo. p. 30.

<sup>49</sup> **HORWITZ**, Allan. *The Logic of Social Control*. Springer Science & Business Media. 1990. p. 1994.

<sup>50</sup> **MACHIAVELLI**, Nicolo. *The Prince*. Capítulo XVII. Obra disponível em domínio público em: <<https://www.gutenberg.org/ebooks/1232>>. Acesso em 03/09/2015.

pagamentos, ou, simplesmente atraí-los e cooptá-los a pretenderem fazer aquilo que se quer que se faça.<sup>51</sup>

O que aqui reconhecemos então, em suma, é que o homem, a partir de suas experiências, pretendeu interferir em sua realidade, procurando identificar os fundamentos para conformar seus sistemas de decisão, e encontrou no lugar uma multiplicidade de valores orientadores que foram dispostos de forma antagônica, no seu exercício e na forma de documentar essa realidade. Se formos traçar um paralelo entre esta leitura sumária e o que pretendemos sediar especificamente em nosso campo que conclusões podemos chegar? Que são possíveis diversos Direitos Penais? E estes diversos Direitos Penais poderão encontrar um grau de coerência interna? E no final tudo o mais se trataria tão somente de uma questão de escolha?

As duas primeiras perguntas merecem uma resposta positiva. Sim, são possíveis diversos “Direitos Penais” a depender da forma como forem caracterizados e sobretudo das funções políticas que forem a eles conferidas. Sim, fundamentações diversas podem e devem admitir a elaboração de sistemas que sejam coerentes com seus fundamentos. Quanto a última pergunta, se em relação à definição material do que pode ser um direito aqui aderimos a posição de que, entre tantos, não há um só fundamento – um princípio mágico e absoluto – que conforme toda a realidade da ordem que pretendemos descrever, e, antes mesmo, descrevemos reconhecer formas diversas de acessar o conhecimento daquelas realidades que potencialmente servirão para a identificação deles, por outro lado, reconhecemos que muitos desses modelos potencialmente empregarão formas inadequadas para alcançar os seus alegados propósitos ou ainda artificialmente servirão para modelos ideais, autoritários e demonstrados indesejáveis pela experiência. Dessa forma, se faz necessária a análise do problema da eleição de interesses e qual a sua relação devida com o Direito Penal, desconfiando existir alguma relação entre o primeiro e o segundo e entre os seus titulares e o Estado, que em último caso, não deixarão de assumir contornos políticos, não deixando, contudo, de manter coerência tanto com estes valores quanto com a realidade na qual se pretende interferir. Para isso, o caminho a ser trilhado não deverá ser apenas uma escolha, intuída entre os juízos existentes acerca das grandes questões morais e sociais em nossa volta, mas sim a partir de um sistema de julgamento que admita a possibilidade de julgar estas proposições morais de forma a filtrar condutas que habilitarão a interferência do estado.

---

<sup>51</sup> **NYE JR**, Joseph S. *Soft Power – The Means to Succeed in World Politics*. Public Affairs. New York. p. 1-2.

### 1.3 O Direito como Instrumento Viabilizador e sua Relação com o Direito Penal

O Direito Penal guarda uma relação de parte com o todo com o Direito, e isto implica em reconhecer no primeiro – tal como parte – a presença de características próprias de sua ordem reitora. A principal delas está na identidade de suas funções. Não seria de todo adequado estabelecer no Direito Penal uma função inidônea ou estranha à função do sistema normativo na qual ela pertence. Contudo, essa razão de congruência, conforme aludida no ponto anterior, esbarra na multiplicidade de escolas que em diversos escopos orientaram os sistemas jurídicos para os seus fins. Entre elas encontramos modelos ético-normativos, posturas e estudos sócio-político-econômicos, padrões valorativos de justiça e até mesmos as próprias escolas do pensamento jurídico – como o jusnaturalismo, o positivismo, o culturalismo, o realismo, o interpretativismo e todas suas diversas ramificações – que em grau maior ou menor deslocaram as balanças da definição do justo, do belo e do desejável.

O caminho que aqui será trilhado reconhece uma sociedade conflitiva em razão da disponibilidade finita dos bens manejados que encontra no Direito um fundamento para a manutenção de uma vida comunitária entre seres vivos cientes de suas contingências e necessidades. Assim, o Direito será compreendido como uma ordem de liberdade, estabelecendo uma distância do indivíduo em sua autonomia para sua autodeterminação, contudo sem abandonar a justificação de ações positivas de um Estado que pretenda, a partir das experiências pretéritas, intervir positivamente no contexto social de forma a evitar tratamentos irracionalmente desiguais, bem como seus fatores geradores.<sup>52</sup>

O Direito Penal, neste contexto, padece do mesmo problema. Se fora afirmado em momento pregresso que o mesmo contemporaneamente não deve ser confundido tão somente com as práticas de inflição de dor, promovidas por aqueles que detivessem um poder – ainda que difuso ou politicamente débil – em suas sociedades correspondentes, o mesmo encontrou fundamentos e os desenvolveu através de contribuições de todas as épocas, não sendo um produto tão somente do seu tempo. Dessa forma, se o Direito Penal agora identificado como ramo do saber jurídico, oriundo de um longo processo de monopolização da força e

---

<sup>52</sup> O desenvolvimento desse ponto é de interesse de uma teoria dos direitos fundamentais, do constitucionalismo e de todos aqueles que se debruçaram materialmente sobre o reconhecimento de alguma relação pública de direito/dever. A leitura de **BOBBIO**, Norberto – *A Era dos Direitos* nunca deixa de ser atual e didática para a compreensão desse processo.

concentração das decisões políticas dos conflitos por parte dos Estados ilustrados, suas diversas raízes e o seu fundamento encontrarão respostas diversas para além daquela oferecida em nossa matriz romano-germânica a partir da síntese do conflito entre as escolas clássica e positivas na segunda parte do século XIX.

A produção de respostas e modelos para a definição desse sistema penal então carecerá preliminarmente de um crivo que separará os problemas de legitimação, isto é, o universo de justificações para as perguntas “se, como, por quê e quando proibir/punir?” dentro da lógica do ordenamento jurídico proposto. Em um segundo momento, em questão intimamente vinculada a esses mesmos problemas, será questionado o conteúdo dos institutos do núcleo duro que viabilizam a operação do Direito Penal para o seu fim proposto, quais sejam o crime e a pena, bem como os limites entre o proibir e punir.<sup>53</sup>

Buscando desenvolver o primeiro problema proposto, é preciso apenas fazer uma última nota introdutória acerca da forma como o mesmo costuma ser abordado. Tradicionalmente, a doutrina especificamente penal colaciona as posturas a partir da relação funcional do agente selecionado e/ou de todos os demais destinatários com o sistema repressivo, seja em sua fase legiferante, seja no momento de sua aplicação, de maneira que conceitos como “prevenção geral”, “prevenção especial”, “retribuição” e um ecletismo de todas essas formas acabam sendo empregadas para descrever desenvolvimentos complexos, muitos deles por muito tempo anteriores aos seus discursos renovadores. O alerta aqui colocado não pretende desconstruir as fôrmas empregadas para descrever esses modelos, mas sim desafiar na medida de suas críticas particulares as supostas pureza e rigidez encontradas em cada um deles.

Uma aproximação mais exata do problema deverá necessariamente começar necessariamente pela distinção entre as justificações deontológicas e justificações consequencialistas, sendo certo que essas categorias não são estanques e se interpenetram, muitas vezes em um nível maior do que os próprios autores professam ingressar. Começando pelas justificações deontológicas, sendo estas, em sua maioria, influenciadas por um conceito

---

<sup>53</sup> A ordem aqui das duas questões – (1) fundamentação e (2) definição da punição e o seu conteúdo – foi proposta desta maneira em razão da desconfiança de que fundamentações diversas são capazes de expandir ou restringir o universo de abrangência do horizonte de nosso objeto, o Direito Penal, sendo certo para o autor não haver gramática capaz de subverter a natureza da pena dentro das formas de controle social (ver nota 49), sendo igualmente certo que os limites entre as diversas práticas sancionatórias mereçam uma atenção especial no próximo ponto.

igualitário de justiça próprio do direito privado<sup>54</sup> – e oriundo de épocas das quais a matéria ainda possuía feições privatistas –, uma primeira maneira de identificar e setorizar alguns destes discursos pode ser encontrada na distinção proposta por Gustav Radbruch<sup>55</sup> entre aqueles que aderem a uma teoria da aquiescência e aqueles que advogam uma teoria de retribuição.<sup>56</sup>

A teoria da aquiescência englobaria as mais diversas posturas que creditam a pena ser desejada ou desejável pelo próprio apenado, ainda que esse consentimento seja uma presunção apriorística do mesmo para com o próprio sistema repressivo. Já a teoria de retribuição, dentro de um sentido mais elementar e em um primeiro momento, identifica tão somente as posturas que encaram a pena como uma medida merecida pelo próprio agente em razão do exercício de sua liberdade. Tanto as primeiras quanto as segundas, de alguma forma, são capazes de integrar a aplicação da pena à realidade do apenado, crítica esta que merecerá comentários futuros.

Entre os primeiros, é possível encontrar na antiguidade uma manifestação literal desta interação entre o apenado e sua punição. Em *Gorgias* de Platão, o filósofo descreve um diálogo entre Sócrates e o também ateniense Polus, onde o segundo defende a retórica como uma manifestação de arte e poder. Sócrates, através de sua maiêutica, descreve a retórica como uma bajulação em razão de sua aptidão para convencer plateias e trazer gratificação para o interlocutor, sem nenhuma relação necessária com a justiça, objeto da filosofia. Neste contexto, ao desenvolver sobre o menor poder de tiranos e retóricos na defesa de causas injustas ou na proporção de seus próprios interesses, Sócrates passa a descrever uma ideia de punição. Para Sócrates, é um mal maior infligir um mal injusto do que ser a vítima inocente dele, trazendo a analogia da arte de fazer dinheiro como cura da pobreza, a medicina como cura da doença, assim como a justiça como cura do estado de intemperança e injustiça, de forma que assim como um homem encontrará felicidade no restabelecimento de sua saúde, o mesmo devera perseguir a sua punição para se livrar do mal de viver de forma injusta.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> Em sentido contrário **MOORE**, Michael que em *The Moral Worth on Retribution* p. 181, acredita não existir no conceito de justiça formal qualquer consideração acerca da questão “por quê punir?”, ainda que se possa aderir a ambas as ideias.

<sup>55</sup> **RADBRUCH**, Gustav. *Filosofia do Direito*. Editora WMF. Martins Fontes. 2ª Edição. 2010. p. 236-238.

<sup>56</sup> Ambas são tradicionalmente chamadas de teorias absolutas em razão de encontrarem um fim em si mesmas, ou seja, um dever metajurídico encontrado no interior de sua própria fundamentação. A definição deontológica foi empregada no corpo do texto em razão de deixar evidente essa relação de adesão a um dever, não importando, em um primeiro momento, o critério utilitário.

<sup>57</sup> **PLATO**. *Gorgias* Obra disponível em domínio público: <<http://www.gutenberg.org/files/1672/1672-h/1672-h.htm>>. Acesso em: 03/09/2015. Alguns trechos em tradução livre: “a pena justa modera os homens, tornando-os mais justos, e acaba por tornar-se uma medicina da alma”; “Caso algum de nós, ou mesmo alguém que nos seja caro, cometa uma injustiça, a coisa mais importante é ir, de vontade própria, com o mesmo espírito que se vai ao médico, aonde possamos obter uma experiência de justa punição, ou seja, ao juiz. É procurar ir o mais rápido

A percepção da pena como algo bom e vantajoso, se não para o estado de liberdade do apenado, ao menos para sua condição de cidadão, integrante de um corpo social e merecedor da mesma dignidade, permeia diversos discursos retribucionistas, de forma que aquiescência não torna um elemento necessariamente essencial para a distinção de muitos desses discursos. Isto é, em Kant – quando do embate entre Beccaria e Rousseau acerca se um potencial destinatário da pena consentiria dentro do contrato social pagar com sua própria vida, isto é, a justificação da pena de morte – é possível encontrar uma defesa de que essa valoração de consentimento não se daria de forma empírica, mas sim como pura razão jurídico-legislativa que o submete como criminoso em potencial, *homo phaeonomenon*, pessoa diversa junto aos demais.<sup>58</sup> Da mesma forma, o retribucionismo em Hegel<sup>59</sup> parte desse priori de que a pena honra o delinquente como ser racional, considerando a pena como um direito próprio incluído em sua conduta.<sup>60</sup>

A integração da pena como uma medida positiva para o apenado implica uma manifestação ideal de ao menos uma das duas variáveis: de um cidadão orientado pelo seu dever de cumprir rigidamente as leis impostas, tal qual o bom cidadão ateniense que preferiu ingerir um cálice de cicuta a violar as normas de sua polis; ou de um sistema normativo repressivo imbuído de normas que refletem absolutamente o universo ético consensual daquela sociedade, de maneira não haver nenhum outro motivo para qual alguém possa vir descumprir uma norma do corpo proposto. De toda forma, a reafirmação da ordem contra uma vontade particular, sendo ambas violências, e nas medidas de suas justiças, não fazem perder o seu caráter materialmente aflitivo, este não sendo outro a partir da reação de adesão do destinatário, ainda que esta seja ficta.

Apesar da divergência proposta por Radbruch, é possível desenvolver algumas características comuns nos discursos deontológicos. O primeiro deles é uma definição de punição cindida do mérito da sua justificação. A punição, para grande parte dos filósofos que

---

possível, evitando assim que o mal da injustiça, permanecendo por muito tempo, não torne nossa alma totalmente estragada e não mais suscetível de remédio”.

<sup>58</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Editora WMF. Martins Fontes. 2ª Edição. 2010. p. 250-251.

<sup>59</sup> “A pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito. E é preciso acrescentar que, em relação ao próprio criminoso, constitui ela um direito, está já implicada na sua vontade existente, no seu ato. Porque vem de um ser de razão, este ato implica a universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve submeter como ao seu próprio direito.” Em HEGEL, George W. F. *Princípio da Filosofia do Direito*. Editora Martins Fontes. Parágrafo 100. p. 89.

<sup>60</sup> A presunção de consentimento efetivo da pena pelo apenado, para Radbruch, ainda foi defendida ao início por Feuerbach, para quem, o conhecimento da lei, como pressuposto da pena, ao cometer um delito, consente com o condicionado da mesma forma como o descumprimento de um contrato. p. 236-237

se debruçaram sobre uma justificação deontológica, pode ser caracterizada pela presença necessária de quatro elementos: (1) a punição deve impor ao apenado um ônus, isto é, deve implicar um custo ou, ao menos, a retirada de um benefício que seria gozado de outra maneira; (2) a punição deve ser intencional e não um efeito colateral para outro fim, como o reconhecimento dos efeitos deletérios de sua prática; (3) a punição deve ser devida em razão expressa à ação ou omissão qualificada como delituosa; (4) a punição deve ser vista como um meio de comunicar a reprovabilidade do ato ou omissão caracterizados como delituoso.<sup>616263</sup>

Em um segundo sentido, as teorias retributivas da punição defendem que a justificação da instituição da punição seja mantida aparte da justificação de qualquer ato específico de punir, o que implicaria reconhecer a possibilidade de defender a existência de um sistema punitivo, ainda que não existam hipóteses para as quais aquelas normas seriam aplicadas.<sup>64</sup> Assim, defende-se a cisão entre o problema do “por que punir?” e as demais indagações “se, quando e como punir?”, todas estas não referendadas por normas jurídicas, mas sim por expectativas sociais, valores e metas comunitárias.

Uma terceira característica dos discursos deontológicos, que inclusive explica a adoção específica do emprego desse termo, está na medida em que estas teorias pretendem justificar o problema do “por que punir?” a partir de valores referenciais prévios, independentemente de quaisquer outros fatores que possam envolver a análise integral daquela conjuntura social, ou seja, pune-se o infrator ainda que não se encontre vantagem real alguma em sua prática.<sup>65</sup>

Sobre a determinação dos valores referenciais prévios, para além da simples descrição das práticas irracionais do talião e das experiências draconianas pela antiguidade, muitos dos discursos retribucionistas se suportaram na interpretação de um conceito de justiça que fosse capaz de integrar as relações de cometimento de ilícitos, tal qual a justiça particular corretiva

---

<sup>61</sup> **WALEN**, Alec, *Retributive Justice*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2015 Edition), Edward N. Zalta. Obra disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/justice-retributive>>. Acesso em: 08/09/2015.

<sup>62</sup> Especificamente sobre esse problema, ver próximo item do capítulo.

<sup>63</sup> Uma variação dessa definição é encontrada em **HART**, H. L. A. *The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment*. Proceedings of the Aristotelian Society New Series, Vol. 60 (1959 - 1960), p. 4, realçando também a atualidade da ofensa pela qual se pretende responder e a investidura legal da autoridade responsável pelo seu cumprimento, sem fazer qualquer menção a um sentido de reprovação (ponto 4).

<sup>64</sup> Em via reversa, admitiria, também, reconhecer a defesa da moralidade de uma punição ainda que esta não conste no sistema repressor. Ibid. **HART**, H. L. A. *The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment*, também em **KAUFMAN**, Whitley R. P. *Honor and Revenge: A Theory of Punishment*. Capítulo IV. p. 73.

<sup>65</sup> **BEDAU**, Hugo Adam and **KELLY**, Erin, *Punishment*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Obra disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/punishment/>>. Acesso em: 08/09/2015.

aristotélica, esta não vinculada à personalidade do agente, mas sim ao cometimento de seus atos<sup>66</sup>, capazes de desequilibrar a justa proporção tanto em relações voluntárias, tais como os negócios jurídicos, quanto em relações involuntárias, como os ilícitos de uma maneira geral.

Nesse modelo aristotélico, haveria a correção da relação desproporcional causada pelo cometimento do ilícito, na medida em que aquele que violou sairia com uma vantagem e aquele que teve um direito violado se encontraria em um estado de desvantagem, de forma que a atuação do juiz seria de reequilibrar esta relação por meio de uma penalidade.<sup>67</sup> Assim, poderia se justificar a sanção como um reequilíbrio tanto na relação particular entre autor e vítima da infração quanto na relação na relação ideal entre aquele que cometeu o ato delituoso e adquiriu uma vantagem em razão disso e todos os demais que se abstiveram de praticar o ato e assim deixaram de obter a eventual vantagem.

Igualmente, a filosofia kantiana fomentou a manutenção e defesa das teorias deontológicas retribucionistas, sobretudo através da alegoria trazida pela “Ilha de Kant”. A transcrição literal do problema está contida na parte de Direito Público da Doutrina Universal do Direito de Kant<sup>68</sup>, em sua obra “A Metafísica dos Costumes”. Para Kant, o direito de punir era um direito detido por um chefe de Estado relativamente a um súdito, assim não sendo o primeiro passível de sofrer uma punição. A partir deste desenho, o filósofo passa a empreender uma breve distinção de crimes públicos e privados, a partir do critério da colocação em perigo de uma coisa pública e não somente uma pessoa individual. O pensamento kantiano passa assumir um discurso puramente deontológico no momento em que o mesmo reconhece que a punição imposta por um tribunal jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem em favor do próprio criminoso ou da sociedade civil, mas sim tão

---

<sup>66</sup> “For it makes no difference whether a good man has defrauded a bad man or a bad man a good one, nor whether it is a good or a bad man that has committed adultery; the law looks only to the distinctive character of the injury, and treats the parties as equal, if one is in the wrong and the other is being wronged, and if one inflicted injury and the other has received it.” Em **ARISTOTLE**. *Nicomachean Ethics*. Livro V.. Obra em domínio público: <<http://classics.mit.edu/Aristotle/nicomachaen.html>>. Acesso em 09:09/2015.

<sup>67</sup> “Therefore, this kind of injustice being an inequality, the judge tries to equalize it; for in the case also in which one has received and the other has inflicted a wound, or one has slain and the other been slain, the suffering and the action have been unequally distributed; but the judge tries to equalize by means of the penalty, taking away from the gain of the assailant. For the term 'gain' is applied generally to such cases, even if it be not a term appropriate to certain cases, e.g. to the person who inflicts a wound and 'loss' to the sufferer; at all events when the suffering has been estimated, the one is called loss and the other gain. Therefore the equal is intermediate between the greater and the less, but the gain and the loss are respectively greater and less in contrary ways; more of the good and less of the evil are gain, and the contrary is loss; intermediate between them is, as we saw, equal, which we say is just; therefore corrective justice will be the intermediate between loss and gain.” Em **ARISTOTLE**. *Nicomachean Ethics*. Livro V.. Obra em domínio público: <<http://classics.mit.edu/Aristotle/nicomachaen.html>>. Acesso em 09:09/2015.

<sup>68</sup> **KANT**, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. 2ª Edição. Editora Edipro. A Doutrina Universal do Direito. Parte II – Direito Público. Seção I. Item E da Observação Geral. p. 174-175.



somente porque cometeu um crime, de forma que assim não estaria sendo um meio, colocado entre objetos, para a persecução de fins alheios, tais quais os direitos reais. Tal proteção decorrente de sua personalidade inata o protegeria disso, tal qual Hegel defenderia uma década após.<sup>69</sup>

Neste contexto, Kant descreve a sanção penal – ou a lei da punição – como um imperativo categórico, este inalienável e, se afastado por qualquer critério utilitário – tal qual a hipótese trazida da junta médica que exige para si um apenado condenado a morte que eventualmente sobreviva às experiências que possam trazer alguma vantagem social –, a justiça deixaria de ser justiça, podendo ser comprada por qualquer preço que seja. Dessa forma, progredindo para a determinação da quantidade e da natureza da pena, Kant defende o estabelecimento do talião na medida que a agressão e a sanção sejam capazes de se equivalerem na realidade dos envolvidos, de forma que no caso do homicida, ao contrário de Beccaria que não entendia ser possível a possibilidade da pena de morte de ser objeto constante em um contrato social<sup>70</sup>, não haveria outra forma se não a própria morte do agente. Assim, surge a alegoria de impacto que representa o ápice de uma justificação puramente deontológica: a comunidade em uma ilha, que na hipótese de eventualmente desintegrar-se pelo mundo a fora, deverá executar o último homicida antes de enfim desaparecer, para assim cada um ter o seu merecimento reconhecido, não fazendo a culpa sanguinária pairar sobre aqueles que teriam eventualmente colaborados pelo cometimento de tamanha injustiça.

O legado dos discursos deontológicos – ou ao menos de alguns de seus aspectos – nos últimos séculos foram suportados por vias diversas. Entre elas, os autores que promoveram a conciliação do Direito Penal de nossa tradição romano-germânica com os discursos de prevenção sediados em aspectos médicos, econômicos e sociais nunca deixaram de realçar a dimensão ética-social da punição. Welzel<sup>71</sup>, por exemplo, ainda que reconhecesse a proteção dos bens jurídicos, titularizados pelos homens, em suas personalidades e direitos, ou do próprio estado, assegurando o seu direito de existência, orientava sua doutrina ao reconhecimento de um “papel mais profundo” de caráter positivo-ético-social, enxergando na proibição como via do Estado exteriorizar de modo mais ostensivo a manifestação desses valores e de sua validade

---

<sup>69</sup> Sobre a referência de Hegel ver nota 58 e **HEGEL**, George W. F. *Princípio da Filosofia do Direito*. Editora Martins Fontes. Parágrafo 100. p. 89.

<sup>70</sup> Ver nota 59 para a diferença entre o *homo phaeonomenon* e o homem agente identificável no caso.

<sup>71</sup> **WELZEL**, Hans. *Direito Penal*. Editora Romana. 2ª Edição p. 29-30.

inviolável, e assim formando o juízo ético-social dos cidadãos e o seu sentimento de permanente fidelidade<sup>72</sup>.

Na doutrina portuguesa, Faria Costa, igualmente, afirma não ser a pena tão somente um meio adequado para a defesa de interesses violados ou postos em perigo, na medida em que implica antes de tudo uma censura que não atinge a perigosidade mas a culpa, havendo inclusive incongruências nessa definição para os casos onde não existir propriamente um conflito de interesses, tal qual o consentimento do ofendido, sobretudo naquilo em que não poderia eventualmente dispor.<sup>73</sup> O autor, que desenvolve todo o seu trabalho a partir de uma fundamentação onto-antropológica do Direito Penal, na qual a pena repõe o sentido primevo da relação de cuidado-de-perigo<sup>74</sup>, atenta que mesmo no pensamento retribucionistas a finalidade, enquanto futuro, indiscutivelmente presente, bastando lembrar que até uma fundamentação tradicional religiosa encontraria como finalidade “honrar o quia peccatum”, o que não deixaria de pôr em evidência também que tanto o fato quanto as normas são fenômenos compreendidos pelo aplicador como pretéritos e o dever-ser deve ser sempre compreendido como um “sendo” que uma comunidade aspira seguir<sup>75</sup>.

O jusfilósofo John Rawls, retornando ao segundo sentido encontrado nas justificativas deontológicas,<sup>76</sup> – isto é, a distinção entre a fundamentação da instituição da punição e os motivos específicos pelos quais pune-se um agente em um caso concreto – seguirá pelo mesmo caminho conciliatório. Para Rawls<sup>77</sup> e também Hart<sup>78</sup>, conforme a segunda característica anteriormente trazida, ambas as posturas representam momentos diversos, ainda que isto não elimine em todo a perplexidade causada pelas consequências na conciliação de ambos os discursos. A retribuição – tal qual a razão empregada na explicação de um pai para um filho

---

<sup>72</sup> Para Welzel, a ênfase no bem jurídico e sua proteção manifesta tão somente o desvalor utilitário do resultado, relegando a permanente tendência positiva do atuar humano, de forma que assegurar o respeito seria mais importante do que os resultados em casos individuais e atuais.

<sup>73</sup> **FARIA COSTA**, José Francisco. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra Editora. p. 60-61.

<sup>74</sup> Ver **FARIA COSTA**, José Francisco. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. 2ª Edição. Editora Coimbra

<sup>75</sup> **FARIA COSTA**, José Francisco. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra Editora. p. 146-147.

<sup>76</sup> Ver nota 61.

<sup>77</sup> “The answer, then, to the confusion engendered by the two views of punishment is quite simple: One distinguishes two offices, that of the judge and that of the legislator, and one distinguishes their different stations with respect to the system of rules which make up the law; and then one notes that the different sorts of considerations which would usually be offered as reasons for what is done under the cover of these offices can be paired off with the competing justifications of punishment. One reconciles the two views by the time-honored device of making them apply to different situations.” Em **RAWLS**, John. *Punishment*; *The Philosophical Review*, Vol. 64 (1955), p. 313.

<sup>78</sup> “Yet confusion between the simple immediate aim of any criminal legislation and the justification of punishment seems to be the most charitable explanation of the claim that punishment is justified as an “empathic denunciation by the community of crime” (...)” Em **HART**, H. L. A. *The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment*. *Proceedings of the Aristotelian Society New Series*, Vol. 60 (1959 - 1960), p. 7.

por qual motivo um homem foi preso – estará representada em um momento judiciário, onde o aplicador vincula-se ao passado, enquanto a indagação da criança do porquê da punição reflete um momento legislativo, sempre prospectivo. Este raciocínio, por si só, não é capaz de tornar esse primeiro momento de aplicação da pena uma mera atividade técnica e procedimental, sendo certo não haver no pensamento retribucionista a intenção de estabelecer tão somente uma correspondência entre uma “torpeza moral” e um sofrimento, mas também tão certo quanto que uma teleologia não poderá abrir de mão dos critérios de punição que habilitem tão somente as violações da lei para a persecução de qualquer uma de suas metas de utilidade, o que levaria, por exemplo, a justificação do acréscimo desproporcional de pena na medida em que ocorresse um aumento exponencial de uma figura delituosa.<sup>79</sup>

A reflexão desenvolvida por Rawls representa uma tradição conciliadora existente tanto no âmbito da filosofia do direito quanto na seara dogmática penal que enxerga que um sistema que fosse institucionalizado incorporando uma ética tão somente utilitária na persecução de um estado de segurança e que manifestamente assumisse a possibilidade de ajustar todos os meios para a persecução desse fim, acabaria promovendo o efeito contrário, uma vez que cada um dos agentes integrantes daquela sociedade teriam ciência do enorme preço a ser pago e sua ausência de justiça dentro daquele sistema, neutralizando o seu possível efeito de utilidade.

Contudo, se, para essa tradição conciliadora entre elementos deontológicos e elementos teleológicos, a crítica de que um modelo absolutamente utilitário seria de todo nocivo à sociedade na qual ela se pretende aplicar, o que se pode dizer sobre um modelo de justiça penal absolutamente deontológico? Aliás, mais do que isso: qual a sua relação com o surgimento destas chamadas teorias mistas de justiça? O desenvolvimento deste momento parte da suspeita que de alguma forma, se não quanto a consistência filosófica, pelo menos de maneira empírica, as teorias deontológicas puras, mesmo quando ressuscitadas de tempo em tempo, não encontraram em muitos sistemas jurídicos o seu devido espaço<sup>80</sup>, e esta correlação pode

---

<sup>79</sup> Ou mesmo, a abertura das próprias garantias penais na persecução desse fim de prevenção. O exemplo citado entre muitos autores é o extremo, – a condenação de um inocente – pode parecer absurdo como um discurso isolado, porém circunstancialmente não é nada inverossímil diante de alguns casos concretos de políticas criminais alarmistas e simbólicas. **HART**, H. L. A., em *The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment* ao descrever a punição, para se proteger desse abuso utilitário, a define igualmente em valores positivos e negativos. Sobre positivos ver notas 61 a 63. Sobre negativos, para o autor, implica reconhecer que a punição não pode ser administrada por violações legais não administradas pelo poder público, por normas não-escritas e morais, por condutas de pessoa diversa daquela objeto da punição ou por qualquer outra pessoa que não tenha nem que supostamente cometido o fato.

<sup>80</sup> Bedau descreve esse processo cíclico, no qual as teorias de maior caráter deontológico são dadas como mortas, como Weihofen Henry afirmava em seu *Retribution is Obsolete* em 1960, para depois ressuscitarem vinte anos depois, a partir da falência das fundamentações preventivas e ressocializadoras. **BEDAU**, H. A. *Retribution and*

significar mais do que um acaso. Assim, passa-se ser entender necessário adentrar no universo das críticas oferecidas a essas teorias.

Como afirmado em momento anterior, sobretudo em suas segunda e terceira características<sup>81</sup>, para uma posição puramente deontológica ou retribucionista da pena, o culpado merece ser punido e nenhuma consideração moral posterior poderá retirar o peso desse merecimento, que por via reversa não admitiria a punição de um inocente,<sup>82</sup> de forma que uma condenação integraria uma relação de justiça com o fato ilícito cometido. Assim, passa-se a organizar e entender as críticas propostas a esse modelo.

Em primeiro lugar, muitas das críticas representam tão somente juízos éticos e morais, válidos sem dúvida, porém que não atingem o cerne do problema na forma como proposto. Trata-se das acusações e apelos à racionalidade, descrevendo o retribuir o mal com o mal como uma medida cruel e indesejada e não possível de ser encontrada dentro do Estado de Direito. Luiz Greco encontra em doutrina alemã exemplos de todas essas críticas, seja atribuindo uma natureza teológica a ideia de retribuição, seja desmerecendo-a circularmente por não estabelecer uma finalidade, sobretudo no momento da execução da pena, sendo indiferente para com o condenado para além da pura vingança.<sup>83</sup> Esta postura hostil às teorias que realçam elementos deontológicos muitas vezes é apontada como contradição por aqueles que acusam seus autores de incorporar seus elementos.<sup>84</sup> Quanto à integração do apenado a uma teoria deontológica, a mesma não propõe a ingressar no mérito de como as penas serão cumpridas para além do seu merecimento ou não, assim qualquer descrição das penas como cruéis ou desprovidas de sentido seriam *non sequiturs*, estranhos ao seu objeto<sup>8586</sup>.

---

*the Theory of Punishment* The Journal of Philosophy Vol. 75, No. 11 (Nov., 1978), p 601. Igualmente SCHÜNEMANN, Bernd descreve esse mesmo cenário no ambiente alemão, citando o renascimento do retribucionismo pelas mãos de Ernst-Amadeus Wolff e Michael Köhler e na virada de Günther Jakobs de Luhmann a Hegel. Em *Aporías de la teoría de la pena em la filosofía*. Revista Para el Analisis del Derecho. p. 3.

<sup>81</sup> Ver notas 64 e 65.

<sup>82</sup> BEDAU, Hugo Adam and KELLY, Erin, *Punishment*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Obra disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/punishment/>>.

<sup>83</sup> GRECO, Luiz. *A Ilha de Kant*. Direito Penal como Crítica da Pena. Marcial Pons 2012. p. 271-274.

<sup>84</sup> Michael Moore descreve esse processo como “closet retributivism”. MOORE, Michael. Em, *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*. Oxford University Express. p. 83.

<sup>85</sup> Em MOORE, Michael. “The Moral Worth on Retribution” p. 179-180. “True enough, retributivists at some point have to answer to “how much” and “what type” questions for specific offenses, and they are committed to the principle that punishment should be graded in proportion to desert; but they are not committed to any particular penalty as being deserved”.

<sup>86</sup> Com muita desconfiança, igualmente não vejo nenhuma relação determinante entre teorias de ressocialização e as demais teorias funcionalistas que relegam a mesma um sentido menor na execução da pena. Sobre a matéria ver GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Supuesta Función Resocializadora del Derecho Penal*. p. 696-697.

Outra crítica notória ataca um pressuposto específico do princípio do merecimento que é a liberdade de agir, buscando entender como podemos caracterizá-lo com exatidão ainda que não a conheçamos de forma satisfatória. Afirmam os autores retribucionistas existirem casos nos quais nenhuma medida utilitária centrada no agente justificaria a imposição da pena, essa só podendo ser fundamentada tão somente no merecimento. Um famoso exemplo dado por Michael Moore e trazido por Luiz Greco é o do estuprador que após cometer um delito sexual sofre um acidente grave e perde totalmente a libido. Para Moore, a maioria das pessoas concordariam com a imposição de uma pena e encontrariam algo de errado em deixá-lo impune em razão da gravidade do delito cometido – uma vez não havendo sentido para se falar em ressocialização, incapacitação ou reincidência –, fazendo entender que muitos não compreendem dentro de si o horizonte retributivo mesmo dizendo negá-lo.<sup>87</sup> No exemplo de Moore, pressupondo a não existência de um quadro patológico, o homem era capaz de compreender o caráter ilícito de sua conduta. Exemplo diverso, mas que colocaria em evidência a relação de merecimento e utilidade, seria de um homem inicialmente capaz que em razão de um desequilíbrio, tal como um tumor, passa a se comportar de maneira criminoso, tal qual um pedófilo. Submetido a uma cirurgia, o mesmo homem deixa de apresentar aquele quadro que o fazia agir daquela maneira. Pode-se afirmar seguramente, adotando os diversos modelos que estabelecem a correlação entre pena e medida de segurança<sup>88</sup>, uma resposta absolutamente alheia ao problema, porém, ainda assim fica a impressão de que um senso comum tão somente fundamentado no merecimento para muitos casos não se revela adequado. O segundo exemplo dado é real e foi constatado a partir de mais de uma experiência tumoral, em momentos obviamente distintos, na mesma área cerebral de um paciente<sup>89</sup>, fazendo acreditar que variações do compatibilismo hoje em voga podem colocar em dúvida se o merecimento merece este status de critério único em um sistema normativo de contornos monocromáticos.

Não obstante, para além da fragilidade das primeiras críticas e do quadro inconclusivo da segunda, existem problemas que devem ser postos diante das posturas que enfatizam em

---

<sup>87</sup> GRECO, Luiz. *A Ilha de Kant*. Em “Direito Penal como Crítica da Pena”. Marcial Pons 2012. p. 269-271.

<sup>88</sup> Sobretudo aquelas que não interpretam as medidas de segurança como sanções ou verdadeiras penas.

<sup>89</sup> O curioso caso do homem de 40 anos que desenvolve um comportamento pedófilo a partir de um tumor cerebral do tamanho de um ovo é o caso que tive em mente. “The cancer was located in the right lobe of the orbitofrontal cortex, which is known to be tied to judgment, impulse control and social behaviour. But neurologists Russell Swerdlow and Jeffrey Burns, of the University of Virginia at Charlottesville, believe it is the first reported case linking damage to the region with paedophilia.” Em **CHOI**, Charles The New Scientist. *Brain tumour causes uncontrollable paedophilia*. Endereço eletrônico:

<<https://www.newscientist.com/article/dn2943-brain-tumour-causes-uncontrollable-paedophilia/>>. Acesso em: 14/09/2015.

primeiro lugar o caráter retributivo da pena. São críticas de diversos ordens que pretendem confrontar as justificações puramente deontológicas em seu cerne, o que poderá ser observado na neutralização de alguma de suas características essenciais.

Em primeiro lugar, uma pura deontologia encontraria uma primeira dificuldade na definição do conteúdo desse merecimento. Isto é, na prática o que é pretendido com todas essas reflexões é reconhecer, não a natureza da pena, como acusam os próprios retribucionistas, mais sim a sua relação quantitativa. Assim pondo, qualquer reflexão de talião, justa proporção crua – quem matar deve morrer, como afirmava Kant – pode parecer um pretensioso salto, a partir tão somente o critério do merecimento, ou pelo menos um juízo arbitrário que mais diz sobre as convicções ideológicas do interlocutor do que sobre o próprio sistema que pretende defender. Como acusa Michael Moore, é perfeitamente adequado compreender a pena a partir da sua relação com o merecimento e ser contra a pena de morte e a *lex talionis*<sup>90</sup>.

Esta abertura para a defesa tanto da pena de morte quanto da sua abolição causa uma certa aflição, na medida que geralmente as teorias deontológicas assumem uma meta-ética cognitivista, na maioria das vezes um realismo moral<sup>91</sup>, capaz de afirmar ou falsear juízos morais a partir de proposições objetivas, isto é, para estas posições não relativistas não poderia haver dois juízos morais verdadeiros distintos sobre a mesma matéria. Porém, se nem mesmo os defensores de tal teoria conseguem chegar a um consenso sobre a moralidade do merecimento em problemas tão fundamentais como a pena de morte, é possível entender esse quadro como um indício de que critérios diversos de utilidade sejam capazes, nesse mesmo sistema meta-ético, de oferecer uma solução mais robusta e justificar a integração de novos vetores.

Essa afirmação deve acompanhar uma dose de cautela e reconhecer que nem todos os critérios utilitários se demonstram seguros para fundamentar uma pena, – como afirmou Rawls<sup>92</sup> e será desenvolvido adiante – porém algumas de suas propostas, ao menos, serão capazes de oferecer uma crítica limitadora<sup>93</sup> idônea a gerar reflexões em ambos os momentos

---

<sup>90</sup> MOORE, Michael. *The Moral Worth on Retribution*. p. 179-180

<sup>91</sup> GRECO, Luiz. *A Ilha de Kant*. Direito Penal como Crítica da Pena. Marcial Pons 2012. p. 274.

<sup>92</sup> Ver notas 77 a 79.

<sup>93</sup> A crítica limitadora representa uma tradição nomeada *side-constrain consequentialism*: “The most familiar response to such objections is to replace pure consequentialism by a limited or qualified consequentialism: to insist that the positive ‘general justifying aim’ (Hart 1968: 8–11) of a system of punishment must lie in its beneficial effects, but to argue that our pursuit of that aim must be constrained by non-consequentialist principles that preclude the kinds of injustice alleged to flow from a purely consequentialist account. A simple version of this approach identifies certain side-constraints to which our pursuit of the consequential benefits of punishment must be subject: constraints that forbid, for instance, the deliberate punishment of the innocent, or the excessively harsh

legislativo criminalizador e dosimétrico da pena. Esta pretensão não procura refutar necessariamente a relação de merecimento e censura trazido por um pensamento deontológico, mas sim afirmar ser possível desenvolver um sistema melhor ou mais adequado para solucionar demandas existentes no corpo social. O que implica afirmar que uma sociedade mais justa não é aquela que distribui mais ou menos a sua justiça na forma da violência organizada, mas sim aquela que melhor trabalha seus conflitos de forma a encontrar soluções plurais e menos aflitivas.

O funcionalismo penal, na vertente proposta por Claus Roxin, parece, em parte, perseguir este caminho e em algum momento sofreu as críticas daqueles que se preocupavam com o seu normativismo e o rumos os quais ele poderia tomar. Roxin<sup>94</sup> identificou uma parte considerável dessas críticas como uma preocupação acerca das influências que as ideologias e o próprio arbítrio estatal poderiam proporcionar na dosimetria da pena. Esta preocupação se revelava legítima, bastando imaginar o cenário político alemão no qual o finalismo penal surgiu com Welzel. Um critério ontológico assim possuía esta virtude: acreditava-se limitador do arbítrio estatal e capaz de esterilizá-lo das nefastas influências políticas quase sempre expansivas da pena, fundamentando-a tão somente na busca de princípios e valores absolutamente independentes destas vontades.

Contudo, o funcionalismo na vertente do mencionado autor ou a adoção de qualquer posição consequencialista não pretende abolir o exame destas realidades, mas sim desconstruir alguns dogmas criados em cima deles. O primeiro destes dogmas é a crença de que um sistema fundado tão somente nestes elementos seja capaz de evitar uma infiltração ideológica. Se um sistema puramente baseado em elementos ontológicos poderia ser descrito como um modelo ideologicamente neutro, o mesmo não possuía uma maior capacidade para afastar positivamente barreiras para deter movimentos opostos que as teorias clássicas anteriores. Pelo contrário, na opinião de Roxin<sup>95</sup>, o maior realce no elemento volitivo do tipo era capaz de justificar a incriminação de tentativas absolutamente inofensivas ou atos preparatórios bem distantes do resultado. Ainda, como lembra o jurista alemão, o finalismo não era capaz de integrar em seu horizonte ontológico uma série de hipóteses cada vez mais presentes no

---

punishment of the guilty.” Em **DUFF**, Antony, *Legal Punishment*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2013 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Obra disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/legal-punishment/>>.

<sup>94</sup> **ROXIN**, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Artigo “Normativismo, Política Criminal e Dados Empíricos na Dogmática do Direito Penal”. Editora Renovar. p. 55-56.

<sup>95</sup> *Ibid.* p. 57.

universo normativo para além do seu recorte limitado, bastando pensar em todos os tipos culposos, os crimes omissivos, as omissões culposas, etc.<sup>96</sup>

Assim, deve-se fechar o paralelo. A proposta de um funcionalismo tão somente limitador não está na recusa de dados empíricos ou de quaisquer elementos que não estejam à disposição do jurista ou do legislador, da mesma forma que uma “abertura de um só lado” para critérios políticos em um modelo deontológico não é capaz de desabonar o sentido do merecimento. Essa conciliação, no primeiro caso, foi capaz de promover uma teoria da responsabilidade penal que em nada desnaturou a culpabilidade como categoria dogmática na teoria geral do delito, mas sim, a orientou em um segundo momento abrindo-a para possibilidades menos socialmente lesivas e politicamente com resultados mais desejados<sup>97</sup>. Da mesma forma, é possível reconhecer que um modelo consequencialista é capaz de oferecer modelos de soluções que ultrapassem as críticas impostas por aqueles que defendem um sistema fundado tão somente no merecimento.

No entanto, o consequencialismo de uma via ou side-constrain consequentialism não pode ser caracterizado como uma solução uniforme alternativa aos modelos puramente deontológicos, uma vez que, sendo utilitarista, encontrará tantos desenvolvimentos possíveis quantos forem os propósitos orientadores de suas ações. São muitos os aspectos utilitários associados a pena – e a crença de que mesmo nos sistemas puramente deontológicos eles são encontrados, ainda que de maneira implícita, é adequada. A doutrina penal, buscando organizar a crítica e estabelecer suas aproximações e diferenças, adotou uma gramática uniforme para trabalhar seus conceitos. São elas as ideias de prevenção geral e especial, negativas ou positivas.

Um primeiro conjunto identificado em um ambiente utilitário pode ser descrito a partir das fundamentações da pena que encontram na mesma um fim destinado a produzir um universo de significado na realidade de toda a sociedade. São ideias de “prevenção geral” – em suas dimensões positiva ou negativa – e outras afins que aqui passam a ser brevemente expostas.

Uma dimensão negativa de um pensamento preventivo preleciona que a pena encontra sua finalidade na proteção de valores, interesses comuns ou bens que serão juridicamente valorados, de maneira que a mesma represente um fator dissuasivo a todos os demais agentes

---

<sup>96</sup> A lista de imprecisões ou tensões encontradas no sistema finalista em Roxin segue apontando também a adoção da teoria estrita da culpabilidade nos erros sobre elementos justificadores e o exame da autoria/participação, que para a teoria finalista a participação dolosa pressupõe sempre o dolo efetivo do autor principal.

<sup>97</sup> Sobre o tema, ver **ROXIN**, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Artigo “Sobre a Fundamentação Político Criminal do Sistema Jurídico Penal”. Editora Renovar. p. 77-100.



membros daquela comunidade, para que futuramente se abstenham de praticar os atos tipificados. Desta forma, o Direito Penal se legitimaria como um modelo prospectivo destinado a evitar o cometimento de novos delitos da mesma natureza.

Este modelo de pensamento já presente em Bentham foi reproduzido por autores da Escola Clássica e hoje se faz presente na grande maioria dos discursos sincréticos da pena de nossa tradição, ganhando força também a partir de estudos transdisciplinares, marcados sobretudo a partir da crescente penetração do pensamento econômico em questões políticas e morais<sup>98</sup>. O exemplo onde tal pensamento foi desenvolvido de forma mais clara e direta pode ser encontrado no capítulo “Crime and Punishment: An Economic Approach” de Gary Becker. Para este autor<sup>99</sup>, há um consenso entre todas as teorias da pena em afirmar que isolando todas as variáveis no exame de uma realidade e modificando tão somente o percentual de chances de que alguém seja punido por uma determinada prática, esta provocará um decréscimo do cometimento de crimes na proporção que os seus eventuais provocadores tiverem uma maior certeza de que não restarão impunes<sup>100</sup>.

Para Becker, as pessoas “se tornam criminosas” não porque suas motivações básicas são diferentes das demais na sociedade – e aqui Becker rejeita qualquer explicação fundada em associações diferenciais, na anomia ou em qualquer outra teoria conflitiva do gênero –, mas sim em razão do resultado do cálculo utilitário entre as vantagens obtidas no cometimento do delito e as eventuais implicações de uma condenação, assim como suas chances e seus efeitos futuros, levando em conta também fatores como a sua capacidade de obter recursos econômicos por vias lícitas e ilícitas.

A demonstração deste raciocínio é bastante problemática e representa o grande desafio que uma criminologia baseada na coleta de dados sociais encontra em seu dia a dia quando pretende estabelecer relações de causalidade a partir das correlações encontradas. Em primeiro lugar é impossível estabelecer uma unidade real de motivação tão somente a partir de critérios econômicos. Isto é, afirmar que as motivações encontradas na forma que um indivíduo organiza

---

<sup>98</sup> SANDEL, Michael J. *O Que o Dinheiro Não Compra*. Editora Civilização Brasileira. p. 50-52.

<sup>99</sup> BECKER, Gary. *Crime and Punishment: An Economic Approach* em “Essays in the Economics of Crime and Punishment”. p. 1-54, aqui destacado p. 9-10.

<sup>100</sup> Em nota de rodapé Becker inclusive menciona a passagem de BECCARIA no Capítulo Of the Mildness of Punishments: “Crimes are more effectually prevented by the certainty than the severity of punishment (...) The certainty of a small punishment will make a stronger impression than the fear of one more severe, if attended with the hopes of escaping; for it is the nature of mankind to be terrified at the approach of the smallest inevitable evil, whilst hope, the best gift of Heaven hath the power of dispelling the apprehension of a greater, especially if supported by examples of impunity, which weakness or avarice too frequently afford”.

suas ações estarão sediadas tão somente nas relações de risco e vantagem com aquela realidade recortada. É bem certo que o Direito Penal possui um aspecto preventivo e eventualmente, mais em alguns tipos penais e menos em outros, este seja levado em consideração como um fator essencial para provocar este efeito. Contudo uma criminologia capaz de identificar com precisão esse fator seria aquela que fosse capaz de fazer usos precognitivos de realidades alheias, indagando a cada um dos destinatários em seus contextos diários por quais razões naquele momento se sentiriam impelidos ou não a agir. E se assim fosse encontraria uma complexa cadeia de valores não necessariamente vinculada às razões das normas penais, composta por crenças morais de todas as ordens não dominadas pela relação do homem com a norma.<sup>101</sup>

Uma dimensão positiva do pensamento preventivo, por outro lado, afirmará que a pena encontra um sentido em reafirmar os valores atacados pela violação da norma. Para seus defensores, o comportamento humano violador não é somente um fenômeno que produz efeitos externos como também possui um significado, tal qual a conduta de um sujeito que dirige embriagado sabendo dos riscos às vidas alheias expressa sua indiferença a estes valores. Para Günther Jakobs<sup>102</sup>, um dos defensores de tal pensamento, a violação normativa é a desautorização da norma que serve de modelo de orientação, assim instaurando um conflito que deverá ser resolvido através de uma oposição que buscará resolvê-lo à custa do agente. Este instrumento é a pena que rechaçará o projeto de mundo do infrator da norma, comunicando-o sua afirmação como irrelevante<sup>103</sup>.

Outras teorias se aproximarão em algum momento deste modelo. Joel Feinberg<sup>104</sup> desenvolverá uma teoria expressiva da pena que pretenderá distinguir os conceitos de penalidade e punição – o que nos ocupará no próximo ponto – identificando na segunda uma condenação simbólica que exterioriza o ódio, medo e desprezo por parte daquela comunidade, enquanto as demais penalidades representam tão somente um preço estampado em uma

---

<sup>101</sup> Até mesmo porque esta relação não é possível de ser identificada de maneira uniforme. **KOHLBERG**, Lawrence aborda em *The Philosophy of Moral Development: Moral Stages and the Idea of Justice* as seis etapas do desenvolvimento moral identificando apenas em seus dois primeiros níveis relações de obediência sediadas tão somente na punição e suas formas de evitar, assim como qualquer outra orientação vinculada à satisfação de interesses próprios.

<sup>102</sup> **JAKOBS**, Günther. *Tratado de Direito Penal. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2009. p. 25-17.

<sup>103</sup> **JAKOBS**, Günther. *Sociedade, Normas e Pessoa*. Editora Manole. p. 12-13.

<sup>104</sup> **FEINBERG**, Joel. *The Expressive Function of Punishment*. *The Monist* Vol. 49, No. 3, Philosophy of Law (July, 1965), p 401-402.

etiqueta. A demonstração desse caráter simbólico, para Feinberg<sup>105</sup>, pode ser exemplificada na relação entre um piloto de uma nação A que atira em um avião da nação B, na medida que o ato de punir o seu piloto adquiriria para os chefes de estado da nação A um sentido de reprovação por parte das autoridades simbolizando que o mesmo foi desautorizado, enquanto o oposto – a não punição – comunicaria o contrário: que tal estado não considera seu piloto pessoalmente responsável.

Contudo, tanto para as primeiras quanto para as segundas, quais critérios utilitários poderiam decorrer de tais teorias e orientar a aplicação das penas para além do critério do merecimento? É bem certo que a proteção desses bens em algum grau é devido ao Direito Penal como especula-se, e também é correto afirmar que um sistema que recorta condutas e as imputa uma medida aflitiva como a punição é capaz de – se não *a priori*, ao menos *a posteriori* – trazer um juízo negativo ao agente responsável, mas como este modelo seria capaz de definir o seu horizonte para além do já exposto merecimento? Como este modelo, antecipando as próximas críticas, integraria a sua relação com os envolvidos?

Especificamente sobre a segunda indagação, alguns critérios de utilidade tiveram o mérito de não só conjecturar a relação entre merecimento, os interesses futuros, estado e sociedade, como também de integrar aqueles presentes no conflito, autor e vítima. São elas as teorias denominadas de prevenção especial que podem igualmente ser decodificadas em duas dimensões: positiva e negativa.

As teorias de prevenção especial positiva compreendem uma série heterogênea de reflexões que associam à pena uma ideia de melhora do agente. Esta ideia de melhora, contudo, não se trata da aquiescência real ou ficta do agente à sua sanção trazida por Radbruch, ainda que a ideia de *penas medicinalis* em Platão represente muito bem esta abordagem<sup>106</sup>, mas sim representa uma pretensão prospectiva do estado de adequar o indivíduo a um padrão

---

<sup>105</sup> FEINBERG, Joel *Doing & Deserving. Essays in the Theories of Responsibility*. Princeton University Press. p. 101-102.

<sup>106</sup> Em PLATÃO. *Górgias*, encontramos em tradução livre: “[...] a pena justa modera os homens, tornando-os mais justos, e acaba por tornar-se uma medicina da alma”. Igualmente em AQUINO, São Tomás de. *Suma Teológica* a ideia de pena medicinal é retomada na Segunda Parte da Segunda Parte – Questão 108. “Reply to Objection 2: All who sin mortally are deserving of eternal death, as regards future retribution, which is in accordance with the truth of the divine judgment. But the punishments of this life are more of a medicinal character; wherefore the punishment of death is inflicted on those sins alone which conduce to the grave undoing of others”. O trecho em destaque dialoga com a passagem de ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco* X – 9. 1180b: “Quem quiser tornar muitas ou poucas pessoas melhores através de sua cura, deverá procurar tornar-se legislador, se é através das leis que podemos nos tornar bons”.

socialmente admitido. Este pensamento não é produto de um só tempo, filosofia, ideologia ou escola, traduzindo-se em uma reflexão reiterada muitas vezes sob fundamentos diversos.

Entre tantos, podemos aqui enunciar o projeto penal utópico de Thomas More<sup>107</sup> descrito em *Utopia* onde a privação de liberdade como pena voltada a reeducação assumia uma indeterminada duração e era comutável em pena de morte se demonstrada a sua irrecuperabilidade. Uma concepção ética-intelectualista de Giambattista Vico<sup>108</sup> em sentido semelhante foi fundamentada na capacidade do apenado de adquirir consciência de suas culpas e sentir vergonha. No mesmo período, um pedagogismo penal, presente tanto em discursos teológicos cristãos quanto no pensamento idealista, empreendeu na defesa de uma finalidade comum da pena como reeducação e recuperação moral do condenado, partindo do pressuposto que sua imoralidade deva ser redimida.<sup>109</sup>

Seguindo, uma abordagem diametralmente diversa foi desenvolvida pela Escola Positiva Italiana, a partir de uma chamada antropologia criminal, entre a metade do século XIX e o início do século XX, uma construção que situava o desvio como produto determinado de uma patologia, como uma manifestação atávica não presente em ascendentes próximos.<sup>110</sup> Uma ideia de ressocialização aqui sediada, como assim fez Cesare Lombroso, identifica a pena como um processo terapêutico de cura do criminoso aliado a ideia de neutralização. Em oposição a Lombroso, Lacassagne identificava no processo criminalizador, elementos predisponentes (de caráter somático) e determinantes, sendo os últimos fatores sociais decisivos para o delito ser praticado.<sup>111</sup> Tais fatores sociais igualmente eram vislumbrados por Ferri, em sua sociologia criminal, como elementos entre outros, antropológicos e físicos, essenciais para a compreensão do fenômeno criminoso. Tanto Ferri quanto seu contemporâneo Garofalo, ao categorizar os criminosos em espécies, entre natos, loucos, ocasionais, habituais e passionais, conceber ideias como temibilidade e naturalizar o conceito de delito, contribuíram para a gênese de um conceito de medida de segurança, profilático, com o intuito de unificar a proteção social com o tratamento do criminoso, no sentido de

---

<sup>107</sup> MORUS, Thomas. *Utopia*. Obra em domínio público disponível em: <<http://www.gutenberg.org/ebooks/2130>>. Acesso em 22/09/2015.

<sup>108</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. Editora RT – Terceira Edição p. 247

<sup>109</sup> Ibid. p. 248.

<sup>110</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. Quarta Edição. Editora RT. São Paulo. p. 82.

<sup>111</sup> Ibid.

obstruir novos delitos.<sup>112113</sup>

Outros projetos preventivos buscaram uma resposta a partir da associação da finalidade corretiva com a individualização da pena. Von Liszt, em seu Programa de Marburgo, concebia um modelo flexível que cumpria finalidades diversas para a coletividade, o ofendido e também para o ofensor, de forma que o converta a um membro útil à sociedade por meio da adaptação.<sup>114</sup> Em momento próximo, a nova penologia nos Estados Unidos declarava a insensatez das penas previamente fixadas. Já a Nova Defesa Social de Ancel e os estudos de Filippo Gramatica buscaram dar uma nova luz ao processo de educação, tratamento e a sua relação com a personalidade, para além dos conceitos vigentes de pena, delinquente e infração. Este pensamento ainda inspirou diversos modelos de configuração espacial e organizacional dos estabelecimentos penais. Entre tantos, buscando conciliar a reforma moral do apenado com um modelo de gestão espacial econômico – tal qual preconizava o princípio utilitário –, Jeremy Bentham por meio de uma solução arquitetônica desenvolveu o panóptico.<sup>115</sup>

Todavia, existem problemas comuns em todas estas definições. Em primeiro lugar, como um critério utilitário voltado a ressocialização poderia ser capaz de fundamentar a pena? A resposta para esta pergunta é um verdadeiro problema ético. O autor de ficção Anthony Burgess, em ensaio comentando a sua obra *Laranja Mecânica*,<sup>116</sup> anos após a adaptação para o cinema, nas mãos de Stanley Kubrick, buscou decodificar essa questão.

O Direito Penal realmente possui este papel de infundir valores à força como fazia entender Aquino? E se esta solução fosse possível tal qual o tratamento quase-instantâneo no qual foi submetido o personagem Alex deLarge? Qual seria o papel esperado do personagem de bom marido e bom pai<sup>117</sup>? Qual seria o preço a ser pago por tal solução? Quais seriam os seus efeitos na dosimetria da pena? Assim admitiríamos penas perpétuas para além de qualquer

---

<sup>112</sup> Ibid. P. 91-93.

<sup>113</sup> Ferrajoli descreve a repriminção desse modelo no universo anglo-saxão e soviético, respectivamente pelas mãos de Barbara Wootton, Vladimir Lênin, Evgenij Pasukanis e Petr. I. Stucka.

<sup>114</sup> **VON LISZT**, Franz. *Direito Penal Alemão* – Trad. Brasileira – Obra em Domínio Público. p. 100. O legislador deve afeiçoar a execução penal diversamente, conforme tiver em vista, no caso dado um ou outro dos efeitos da pena. E sobretudo o efeito intencionado com relação ao delinquente que determina a natureza e a extensão da pena. A exigência da política criminal cifra-se em que se utilize a aptidão da pena a ser empregada como meio para fim tão completamente quanto fôr possível e que ella se adapte às necessidades do caso concreto.

<sup>115</sup> **BOWRING**, John. *The Works of Jeremy Bentham*. Vol 4. p. 39.

<sup>116</sup> **BURGESS**, Anthony. *A Condição Humana*. Reproduzida no Jornal Estadão em 9 de Novembro de 2012. Também disponível na edição de 50 anos do Romance “Laranja Mecânica”. A distopia da obra se passa na experiência de um jovem delinquente que é submetido a um tratamento, sob inspirações claramente behavioristas, no qual todas suas experiências positivas e afetos (vistas como outras escolhas) são imediatamente vinculados a náuseas e impressões sensoriais ruins atribuíveis as suas más escolhas.

<sup>117</sup> Vale lembrar o último capítulo do romance, presente tão somente na edição britânica e internacional, mas não na americana, onde o personagem perseguirá o mesmo fim por uma via diversa.

relação de merecimento? Mais ainda: como determinar verticalmente o conteúdo desse aspecto ressocializador em uma sociedade cada vez mais plural e tolerante com desígnios alternativos de vida?

Quanto a última indagação, deve-se concordar com Hegel. Se partirmos de qualquer ideia de merecimento buscando sua contenção, deve-se reconhecer que a mesma só encontrará sua justeza na mesma medida que assim reconheça justa a manifestação de vontade alheia. Talvez o homem, em meio a tantos processos mentais e sociais, não seja absolutamente livre, como já foi colocado nos pontos anteriores, contudo, ainda que se reconheça um papel positivo do Estado na educação e no pleno desenvolvimento do indivíduo, como denotam os investimentos na assistência social, na cultura, no desporto e em diversas outras áreas afins, as mesmas possuem um caráter instrumental, isto é, são orientadas no sentido de permitir o mesmo se autodeterminar e se desenvolver em um ambiente mais rico e emancipado das amarras contingenciais. Nenhuma delas, portanto, representam um fim, um resultado proposto e exigido por parte do Estado, que, se assim fizesse, assumiria uma pretensão despótica<sup>118</sup>. Seguindo as palavras do ex-presidente dos Estados Unidos da América Rutherford B. Hayes<sup>119</sup>: um dos testes de uma civilização está na forma como ela trata seus próprios criminosos. E nenhum Estado democrático deve tratar seus jurisdicionados esperando de todos um *role model*, um máximo ético, um *übermensch*, etc.

Para além do problema ético, deve-se discordar que uma definição de punição, assumindo critérios utilitários, deva ser interpretada de forma indiferente as experiências dos sistemas penais pelo mundo, uma vez que, imputada a um sistema uma finalidade, esta não deverá ser de todo estranha sob pena de reproduzirmos uma ficção política. Neste sentido, não se pode desprezar que alguns modelos possuem um reconhecimento metodologicamente problemático tal qual foi afirmado acima acerca das teorias de prevenção geral negativa, contudo, a respeito de uma ideia de ressocialização, uma análise econômica e social dos custos para a manutenção de um modelo, aliada a um estudo acerca do impacto social de uma

---

<sup>118</sup> Nas palavras de Burgess: “A visão norte-americana e a inglesa se aproximam ao pressupor que os instrumentos aversivos do medo e da tortura são as inevitáveis técnicas do despotismo, que busca controle total sobre o indivíduo. Mas, no longínquo ano de 1932, Aldous Huxley, em seu Admirável mundo novo, demonstrou que a submissa docilidade que poderosos Estados buscam de seus súditos pode ser mais facilmente alcançada por meio de técnicas não aversivas.” [...] “O homem”, diz G. K. Chesterton, “é uma mulher - ele não sabe o que quer. Há poucos de nós que não rejeitam imediatamente os pesadelos orwelliano e huxleiliano. De certa maneira, preferiríamos uma sociedade repressiva, repleta de polícias secretas e arame farpado, em vez de uma condicionada pela ciência, em que ser feliz significa fazer a coisa certa”.

<sup>119</sup> HAYES, B. Rutherford. *Diary and Letters of Rutherford Birchard Hayes*. Diary (30 October 1892) – Uma variação dessa frase é comumente atribuída a Dostoievski, porém de origem não identificada em sua obra.

condenação penal ou de uma medida constrictiva de liberdade, serão capazes de demonstrar, de forma muito mais contundente, que uma pretensão de melhora moral, adequação social, “ressocialização”<sup>120</sup> seja o que isso significar, não tem produzido um resultado nem mesmo admissível<sup>121</sup>.

Uma dimensão negativa de uma teoria de prevenção especial como critério utilitário, igualmente, encontra dificuldades nestes dois planos. Para este modelo, encontrado de forma ambivalente em muitos nos discursos ressocializadores acima mencionados<sup>122</sup>, uma punição deverá orientar-se no sentido de evitar que o agente objeto do sistema sancionatório reincida no cometimento do delito praticado, ou ainda que pratique delitos de outras espécies. Assim, cético quanto a viabilidade de um papel positivo em sua relação, ao menos para com alguns dos apenados, o argumento preventivo especial negativo nada pretende fundamentar para além da neutralização do agente, isto é, a contenção física orientada em limitar sua liberdade de agir e avocar o seu tempo.

Em primeiro lugar, como critério utilitário, tais modelos eram capazes de justificar penas extensas, sem termos iniciais definidos e muitas vezes sediadas em bases pseudocientíficas. Estes modelos eram idôneos a representar um descolamento completo entre o fato praticado – e assim qualquer ideia de merecimento – e aquela realidade para o qual o Estado pretendia intervir, crítica esta merecedora de um enfoque especial também aos modelos de fundamentação puramente deontológicos, como será visto. Quanto ao conteúdo ético, a neutralização parece ser um fim estranho a grande maioria dos delitos encontrados nos catálogos penais. Se por um lado, a perda do direito de dirigir possa implicar o afastamento daquele que cometeu um delito de trânsito desta realidade, por outro, na maioria das vezes uma eventual sanção pecuniária faz pouco ou nenhum sentido se justificada tão somente sob tal critério. Especificamente quanto a privação da liberdade como pena e sua relação com um

---

<sup>120</sup> Especificamente sobre o termo ressocialização, **GARCIA-PABLOS DE MOLINA**, Antonio. *Supuesta Función Resocializadora del Derecho Penal*, acompanha o projeto de atualização da obra de Von Liszt que ao longo das inúmeras revisões póstumas, ao dispor dos fins da pena, trouxe em sua 25ª edição, pela primeira vez, o vocábulo ressocialização, em oposição a ideia de melhora trazida originalmente pelo autor, como na edição brasileira de 1899.

<sup>121</sup> Em **DOSTOIEVSKI**, Fyodor. *Memórias da Casa dos Mortos* encontramos um relato desumano de suas experiências. “It is acknowledged that neither convict prisons, nor the hulks, nor any system of hard labour ever cured a criminal. These forms of chastisement only punish him and reassure society against the offences he might commit. Confinement, regulation, and excessive work have no effect but to develop with these men profound hatred, a thirst for forbidden enjoyment, and frightful recalcitrations.”

<sup>122</sup> A partir das categorias “corrigíveis” e “incorrigíveis”, positivistas antropológicos e sociológicos, teóricos vinculados aos movimentos de Defesa Social, filósofos do direito anglo-americanos e soviéticos, todos destinavam a neutralização

discurso neutralizador, se tomada tão somente através por fins utilitários, a mesma cumpriria sua função com excelência tal qual uma bomba atômica promoveria uma redução criminógena em uma cidade pequena em questão de minutos. Sendo realista, o mesmo poderia ser dito sobre a pena de morte. Contudo, eticamente, a captura do tempo do agressor não tem sequer a aparência do que seria um modelo universal de resolução de conflitos realmente sensível a complexidade de todas estas realidades conflitivas interferidas pela legislação penal, para além de abrir caminhos para práticas punitivas desproporcionais e violadoras da dignidade daqueles submetidos.

Assim foi afirmado no início dessa dissertação ser impossível dissociar a análise do Direito Penal do momento de sua gênese, de forma que o primeiro não deve ser confundido com as práticas punitivas aplicadas pelos detentores do poder ao longo da história. Essa crítica torna nebulosa a relação das duas explicações dadas pelo pai ao seu filho sobre “por que um homem foi punido?” e “por que se pune?”, como exposto por Hart e Rawls.

Para aqueles que seguem o desenvolvimento desta crítica, o momento de gênese do Direito Penal contemporâneo pelos Estados Modernos que buscavam a legitimação de suas soberanias representou uma apropriação de conflitos de diversas naturezas envolvendo particulares, de maneira que submeter todas estas questões de maneira acrítica a um princípio de merecimento representaria fazer pouco da natureza desses conflitos, seus integrantes e o papel que se destina a um Estado.

A partir desse pensamento é possível admitir o desenvolvimento de uma crítica que poderá ter dois distintos alcances<sup>123</sup>: (1) uma primeira postura de devolução do protagonismo do conflito aos seus atores originais, seja por desacreditar a legitimidade do estado na interferência desses conflitos, seja na crença absoluta que os meios de resolução paraestatais sejam capazes de oferecer respostas mais satisfatórias, como defendem os abolicionistas; (2) uma segunda postura interessada em compreender a relação entre a sanção penal e as demais formas de controle, de forma a legitimá-la tão somente quando esta oferecer uma resposta mais vantajosa para a resolução do conflito, de forma que essa mínima lesividade tanto para a sociedade quanto para os participantes de sua relação próxima seja um verdadeiro critério utilitário. Para melhor definir este modelo, um de seus maiores defensores, Luigi Ferrajoli<sup>124</sup>

---

<sup>123</sup> É possível conciliar o conteúdo de ambas as críticas, isto é, a dúvida acerca da legitimidade dos atores identificados e a relação entre os mecanismos de sanção, o que fará necessária a análise material do conceito de pena/punição em um momento próximo.

<sup>124</sup> **FERRAJOLI**, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. 3ª Edição. Editora RT. p. 312-313.



cunhou a seguinte fórmula: “máximo bem-estar possível dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário dos desviantes, dentro de suas respectivas tutelas de direitos”.

Esta segunda proposta é cética quanto a primeira postura em razão de desconfiar da capacidade disciplinar da sociedade em resolver todos os seus conflitos sem o apelo ao arbítrio e às práticas violentas e irracionais, assim, avocando para si uma posição garantidora de que práticas de autotutela como estas se tornem ilegais. Igualmente, esta posição encara qualquer reflexão hipotética de como seria uma realidade social sem o Direito Penal como uma especulação de difícil comprovação, pelos mesmos motivos pelos quais páginas atrás foi defendido ser problemática a atribuição de efeitos preventivos em uma dada realidade à existência de uma norma penal repressiva. Isto é, uma sociedade complexa e atual como a nossa, mas sem um sistema punitivo organizado, não pode ser depreendida a partir tão somente de análises conjunturais de cifras negras e percentuais de conflitos penalmente submetidos e resolvidos/suspensos.

Contudo, a mesma crítica deve ser posta a segunda proposta e o seu critério da mínima lesividade pelos mesmos motivos, dada a dificuldade de se demonstrar a relação entre a existência de um sistema repressivo e o apaziguamento de ânimos como seu efeito imediato. Isto é, a existência de um modelo penal e sua capacidade de demover seus destinatários – vítimas e sociedade – de imporem sua força a partir de suas impressões particulares de justiça, ainda que em um grau existente – e desconfia-se ser maior que o primeiro -, é de difícil constatação e depreenderia fazer o mesmo juízo especulativo acerca de como se orientaria cada um dos atores em cada momento, retirando tão somente esta variável.

Porém, ainda que esta crítica seja válida, a defesa de um modelo penal destinado a alcançar o fim de resolver conflitos sociais de maneira menos lesiva para os seus atores, em um plano ético, se revela de maneira significativamente mais consistente, por integrar um modelo deontologicamente limitado, tal qual a crítica do consequencialismo de uma via, que se incapaz de atingir o merecimento, ao menos o pretende limitá-lo, abrindo portas para que o mesmo só se desenvolva de maneira subsidiária ao perseguir nossa missão constitucional. Assim sendo, tal modelo seria aquele constitucionalmente amparado melhor capaz de abrir caminhos para sua própria contenção – ou mesmo em um futuro sua própria superação – respondendo aos desafios de uma comunidade democrática e participativa, e sendo capaz, neste diálogo, de convencer quanto ao estabelecimento racional de seus limites no embate contra as repetidas soluções fáceis, a vingança e os discursos de ódio.

#### 1.4 A Sanção Penal – Limites e Encontros com um Direito Público Sancionador

Foi afirmado em momento anterior que o conceito de pena ou punição penal não deve ser dissociado do seu contexto histórico-dogmático e assim essa crítica poderá ser útil para compreendermos a relação de titularidade dos interesses protegidos, legitimidade do poder constituído e o conteúdo de seu instrumento. Ou seja, se o Direito é reconhecido como uma forma do homem interferir em uma realidade cognoscível, a partir de suas experiências de forma a proporcionar um ambiente onde é possível um existir comunitário digno e emancipado, é de se pensar que o Direito Penal, avocando para si alguns dos conflitos então existentes, carecerá de um instrumento de conteúdo determinado que o distinga das demais técnicas de controle existentes.

Desta forma, como pode ser caracterizada a pena/punição penal? Haveria algum interesse público para além dos titulares de direitos envolvidos em certas categorias de conflito? Ou estes conflitos seriam tão somente escolhidos em razão da irreparabilidade por outras formas de controle? Qual a relação dos mesmos com algum certo referencial ético?

Em momento anterior, foi nesta dissertação apontado um conceito analítico de punição legal, trazido por Walen, onde a mesma poderia ser definida como uma imposição ao apenado de um ônus, isto é, deve implicar um custo ou, ao menos, a retirada de um benefício que seria gozado de outra maneira, sendo intencional e não um efeito colateral para outro fim, devida em razão expressa à ação ou omissão qualificada como delituosa e sendo vista como um meio de comunicar a reprovabilidade do ato ou omissão caracterizados como delituoso. Herbert Hart cunhou uma forma parecida, definindo a como uma inflição de dor ou de uma circunstância desagradável, devida em razão de uma ofensa real ou suposta contrária as regras legais, intencionalmente administrada por seres humanos terceiros a figura do ofensor que sejam autoridades revestidas pelo sistema legal do qual a infração foi cometida<sup>125</sup>.

Contudo, estas definições podem se revelar inconclusivas ao tentar dissociar o conteúdo do Direito Penal das demais sanções existentes. Inúmeros são os exemplos que revelam a

---

<sup>125</sup> **HART**, H. L. A. *The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment*. Proceedings of the Aristotelian Society New Series, Vol. 60 (1959 - 1960), p. 4

insuficiência dos requisitos colocados pelos dois referidos autores ou dos critérios como “interesse” ou “irreparabilidade”. Pode-se pensar nos seguintes casos:

- (1) – o processo de impeachment, por exemplo, em muitos sistemas jurídicos envolvem uma “consequência desagradável” devida a uma violação de uma norma contrária as regras legais de um sistema a ser imposta por autoridades revestidas pelo poder de julgar e aplicar seus efeitos. Este exemplo trazido por Fletcher<sup>126</sup> parece cumprir todos os requisitos trazidos pela definição anterior, muito embora o processo de impeachment nos Estados Unidos da América não seja revestido por uma forma híbrida como a nossa categoria “crimes de responsabilidade”. Em nossa realidade jurídica, podemos assim pensar sobre as ações de improbidade administrativa e todas as demais sanções administrativas que reivindicam a recomposição do erário, multas e a perda do cargo<sup>127</sup>.
- (2) – os diversos sistemas contraordenacionais pelo mundo – destituídos de caráter penal – igualmente parecem cumprir todos os requisitos propostos, principalmente quando confrontados com Códigos Penais como o alemão (StGB), que culmina penas de multa para parte considerável de seus tipos penais. Este contraste realça o senso comum que atribui ao Direito Penal o estigma da privação da liberdade como pena mesmo quando esta se revela de aplicação absolutamente minoritária, como em nossa realidade jurídica.
- (3) – os demais processos administrativos sancionatórios, como a expulsão de estrangeiros em razão do cometimento de “atos nocivos à ordem ou segurança pública”, e as sanções civis de cunho não reparatório nos mais diversos níveis da administração pública igualmente parecem cumprir todos os requisitos propostos pelos modelos acima, no primeiro caso tal qual algumas penas restritivas de direito – inclusive no caso da expulsão fazendo lembrar da já não praticada no mundo ocidental pena de degredo – e no segundo tanto desta forma como também na medida em que muitas destas sanções são pecuniárias conforme a crítica anteriormente colocada.

---

<sup>126</sup> **FLETCHER**, George. “Rethinking Criminal Law” Oxford University Press. 2000. p 410-411.

<sup>127</sup> Neste último caso, e sobre a natureza do impeachment, existem autores como **BAIER**, K.– “Is Punishment Retributive?” *Analysis* Vol. 16, No. 2 (Dec., 1955), pp. 25-32, que seguindo uma lógica retribucionista não entenderá penas como “perdas de cargos políticos” como uma inflição de dor, mas sim de uma razão diversa em si mesma, isto é, fazer vagar o cargo daquele que violou o corpo de normas para que este seja ocupado por alguém probo e competente. Majoritariamente o impeachment nos Estados Unidos da América não é visto como pena, de forma que qualquer sanção penal pelo menos fato não representaria um *bis in idem*.

- (4) – por último, um exemplo mais fraco, todavia ainda merecedor de uma reflexão, é o dos tributos em seu caráter extra-fiscal<sup>128</sup>, a partir do momento que se considera que em ambas as realidades o Estado pretende desencorajar a prática de uma conduta, ainda que essa, neste caso, não seja ilícita e necessariamente reprovável.

Os exemplos acima propostos devem ser observados com cautela por aqueles que, acreditando defender uma ideia de Direito Penal clássico, nuclear, não expansivo às novas áreas de risco e ofensa, relega para outro plano realidades normativas muito próximas do Direito Penal, fazendo desaparecer as garantias desenvolvidas ao longo do seu tempo de maturação, bem como contribuições, como a teoria do erro, as justificações e exculpações, a necessidade de se aferir uma responsabilidade subjetiva, etc. Ainda assim, não desaparece o problema, que, aliás, talvez seja um dos maiores em nosso universo de pesquisa. Será mesmo possível delimitar um conceito material de delito para além da noção positivista-legal trabalhada nos códigos?

Entre tantos, Cesare Beccaria<sup>129</sup> acreditava definir materialmente um crime a partir do dano cometido contra a sociedade, de forma que alguns deles seriam diretamente destrutivos a sociedade e o seu representante, isto é, crimes de lesa-majestade, capazes de erodir as estruturas de uma sociedade que em último caso existem para garantir a segurança de todos; uma segunda categoria seria constituída por aqueles crimes que atentariam contra a segurança privada da vida, propriedade e honra dos cidadãos, representando a universalidade dos delitos contra a liberdade individual e uma terceira categoria representaria de uma maneira geral as ações contrárias aos valores gerais da comunidade.

Uma outra noção, essa sempre recorrente, é encontrada na narrativa positivista-sociológica que credita poder definir entre a multiplicidade de manifestações legais do crime uma concepção<sup>130</sup> existente na sociedade humana “independentemente das circunstâncias e exigências de uma determinada época ou concepção particular”, como acreditava Garofalo. Esta seria uma ideia de um delito natural – *delicta mala in se*, expressão trazida pela doutrina romana – caracterizado como uma violação de um dever moral, de justiça, dos sentimentos e de probidade, entre tantas outras formas, de forma a dissociá-los dos *delicta mala quia*

---

<sup>128</sup> Neste caso, por não se tratar de uma ofensa, o exemplo falharia se confrontado com ambos os modelos de critérios trazidos. **WALEN**, Alec, *Retributive Justice*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2015 Edition), Edward N. Zalta. Obra disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/justice-retributive>. Acesso em: 08/09/2015.

<sup>129</sup> **BECCARIA**, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 8º Capítulo.

<sup>130</sup> **FIGUEIREDO DIAS**, Jorge. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I*. Coimbra Editora. p. 108-109.

*prohibita*, não pertencentes a esse mesmo denominador comum entre os integrantes da sociedade.

Durkheim<sup>131</sup> desenvolveu uma noção não muito distante desta, entendendo os crimes não mais materialmente determinados em uma dimensão universal, mas sim circunscrito a uma formação social concreta, de forma que representaria simbolicamente uma solidariedade que conformaria todas as consciências particulares. Assim, os delitos se adequariam a duas categorias: uma primeira manifestando diretamente uma dessemelhança demasiado violenta contra o agente que as realiza e o tipo coletivo, e outra que ofende o órgão da consciência comum. Em ambos os casos, o Direito Penal seria incumbido de proteger a sociedade contra qualquer debilitação, na medida em que exige de cada um dos indivíduos um mínimo de semelhanças.

Para além destas tentativas de estabelecer um conteúdo axiologicamente relevante, existiram esforços tanto no pensamento anglo-saxônico, como em Stuart Mill, quanto em nossa matriz continental de estabelecer um paradigma da ofensividade<sup>132</sup> que hoje nos resultou diversos modelos que pretenderam adequar categorias como crime de dano, crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato, divergindo os dois últimos na medida em que o perigo nos crimes de perigo concreto integraria o ilícito-tipo enquanto no perigo abstrato representaria tão somente a motivação do legislador. Algumas outras considerações e críticas – sobretudo quanto ao rendimento e a imprecisão – serão feitas em momento oportuno.

Outras posturas que pretenderam identificar materialmente o delito fizeram através de uma perspectiva moral ético-social. Hans Welzel<sup>133</sup> representa um dos pontos mais luminosos desse pensamento: “É missão do Direito Penal a proteção dos bens jurídicos mediante amparo dos elementares valores ético-sociais da ação. ” Para o jurista alemão, na retaguarda das proibições ou ordens estão estes elementos (valores do ato), cuja vigência assegura, sob a ameaça da pena, a abstenção de ações ou, em número menor, a prática positiva de atos que representariam verdadeiros deveres.

Como crítica a estas posturas, Figueiredo Dias<sup>134</sup> pontua da melhor forma asseverando não ser função do Direito Penal nem primária, nem secundária tutelar a virtude ou a moral, mas sim servir como uma ordem terrena que tem que respeitar a liberdade de consciência e só se

---

<sup>131</sup> Ibid. e DURKHEIM, Émile. *Da Divisão do Trabalho Social*. Editora Martins Fontes. p. 78-80.

<sup>132</sup> FÁRIA COSTA, José. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra Editora. p. 620-622

<sup>133</sup> WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Editora Romana. Segunda Tiragem. São Paulo. 2004. p. 33-34.

<sup>134</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I*. Coimbra Editora. p. 111-112.

vale como uma triste necessidade e um mundo de seres imperfeitos. Em todo o caso, na truncada relação entre Direito e moral, uma definição do primeiro, tal qual em Jellinek, como um mínimo ético já seria capaz de denunciar que o Direito Penal como parte deste teria um papel ainda mais fragmentário e lacunoso na promoção desses valores. Ainda, se trazida a crítica para os dias de hoje, em um mundo que respira cada vez mais um pluralismo ético tolerante com a multiplicidade de desígnios de vida, seria ainda mais problemático o estabelecimento de uma moldura capaz de identificar esses valores e a partir deles estabelecer um programa criminalizador direcionado a todos.

Uma terceira abordagem que pretende definir as bases para a identificação material dos delitos é encontrada em uma perspectiva teleológica-funcional que, como crítica às tentativas anteriores, defendeu não ser possível deduzir das ideias vigentes ou de qualquer outra ordem extra-jurídica e extra-penal o conteúdo do injusto<sup>135</sup>. Para estes, então, uma definição material de crime não seria uma característica ou um substrato comum às mais diversas realidades assim definidas, mas sim, como definiu Figueiredo Dias, o resultado de uma análise interna do horizonte de compreensão determinado pela função atribuída ao Direito Penal.

Desta forma, assumindo a posição majoritária de nossa tradição europeu-continenta e latino-americana, a definição material do injusto se daria através da tutela subsidiária de bens jurídicos de dignidade penal, critério político-criminal que assumiu diversas formas e cumpriu funções diversas ao longo do desenvolvimento do Direito Penal moderno. Contudo, como foi sumariamente defendido no ponto anterior, se entendermos ser função do Direito Penal, não somente “proteger bens jurídicos” ou “reafirmar valores socialmente valorados”, mas sim oferecer uma intervenção menos lesiva do que as demais dispostas pelo Estado e sociedade, uma definição de bem jurídico não deixará de ser importante para a identificação desses conflitos, todavia deverá ser feita de forma conjunta com os demais esforços existentes para a persecução deste fim.

## **1.5 O Destinatário dos Limites de um Direito Penal. Existe um Aspecto Contramajoritário?**

---

<sup>135</sup> Ibid. p. 113 e 114.

A forma como aprendemos a realidade e capturamos nossas experiências nunca deixará de ser um problema epistemológico com efeitos no corpo jurídico em sua interação com os novos desafios trazidos pelos avanços científicos. Contudo, a partir do momento em que os valores preteritamente reconhecidos são trazidos e positivados para dentro de cartas políticas, será a partir dos instrumentos destas que estes deverão fazer-se valer. Os corpos constitucionais são hoje os nossos repositórios de memórias e impressões, obtidas à custa de vidas humanas e através de perdas inestimáveis, preços em que, certamente, se nos fosse trazida alguma precognição, não toleraríamos admitir. É uma carta confessional de todos nossos erros destinada às gerações futuras a transmitir, disfarçadas de normas prescritivas, as falhas de nossas políticas públicas – e também nossas insistências.

Nesse sentido, o Direito Constitucional possui um aspecto contramajoritário, na medida em que reconhece que algumas destas experiências no passado foram confrontadas reiteradamente através de políticas insatisfatórias em termos práticos e, muitas vezes, também gravemente em termos éticos, de forma que a definição constitucional, obstando o regresso ou legitimação de tais políticas, faz sobrepor sua vontade sobre às das então maiorias vigentes.

Uma resposta alternativa a estas pretensões, todavia, não poderá sentar sobre suas próprias conclusões, mas sim confrontá-las em meio ao universo de soluções disponíveis. Esse embate, sem dúvidas, não se dá em solo tão honrado, na medida em que superestimamos o grau de liberdade no desenvolvimento científico praticado neste ambiente em meio aos conflitos de interesses trazidos pelas instituições e pelo mercado<sup>136</sup>. Ainda assim, o cenário político, dentro de nossas democracias imperfeitas, é aquele no qual ideias capazes de racionalizar o objeto de nossos estudos deverão buscar o seu lugar.

Um critério material do delito racionalmente definido e também qualquer outra contribuição que possa facilitar esse recorte deverão buscar adesão em um texto constitucional como proposta de não só, pelas suas próprias razões, oferecer um limite para questão tão propensa de ser legislativamente expandida como também deverá comunicar a todos os destinatários – o legislador e os demais integrantes da sociedade – o real sentido do vocábulo crime. Esta dimensão comunicativa é capaz de conferir ao conceito uma proteção contra os lugares comuns então existentes que confundem proteção de interesses com tutela penal, “o que deveria ser proibido” com “o que deveria ser crime” e geram uma expectativa irreal – e

---

<sup>136</sup> **HABERMAS**, Jürgen. *Consequências Práticas do Progresso Técnico-Científico*. em “Teoria e Práxis”. Editora Unesp. p. 514-515.

indesejável – de que qualquer forma de proteção ou intervenção estatal na esfera individual dos indivíduos se dê, em vias de regra, pela captura do tempo e da liberdade, em uma instituição simbólica e completamente dissociada da realidade experimentada.

## **1.6 Esforços e Contribuições para uma Definição do Direito Penal**

Entre os esforços e contribuições para uma definição material do crime, destaca-se (1) o conceito de ofensividade, que, ainda de difícil definição, representa uma tradição consequentialista relevante para o estudo das demais ideias que sucederam; (2) a teoria do bem jurídico, em toda sua multiplicidade de vertentes defendidas por parte significativa da atual doutrina europeia-continental e latino-americana, (3) a proporcionalidade da resposta penal, que não representa propriamente uma definição material, porém é encontrada na quase universalidade dos discursos penais legitimadores e agnósticos, sobretudo aqueles críticos ao conceito de bem jurídico; e por último, (4) algumas outras categorias contemporâneas de identificação e fundamentação da resposta penal, em geral representando pensamentos que abandonaram a busca por um só eixo fundamentador.

### 1.6.1 Ofensividade

Durante o processo de formação do Direito Penal moderno, assumindo como marco as primeiras codificações emanadas pelas autoridades políticas que ressurgiam em meio a uma cultura ainda feudal, o confisco dos conflitos então existentes naquelas sociedades por parte do estado converteu as lesões contra as vítimas em um estado subjetivo de inimizade para com o soberano.<sup>137</sup> Esse quadro revelou-se incapaz de adequar as normas criminalizadoras então existentes e conformadas em regimes privados de tutela. Nesse cenário, uma reação iluminista encampava o delito no contrato social como uma violação de um direito subjetivo, porém, sediando a titularidade do mesmo no indivíduo, em sua capacidade de exercer sua própria liberdade em face da ação de outrem. Esta ideia, concebida por Feuerbach, pressupunha uma igualdade de direitos e liberdades, que se via quebrada com a execução do delito. Dessa forma,

---

<sup>137</sup> ZAFFARONI, E. R. BATISTA, N. SLOKAR, A. ALAGIA, A. *Direito Penal Brasileiro 1*. Editora Revan. 2006 Rio de Janeiro. p. 392-393.



a intervenção estatal se via fundamentada por um princípio material, qual seja a preservação da liberdade individual, que exigia uma danosidade social configurada em uma lesão a um bem material, impossibilitando o estado de seguir seus próprios propósitos políticos.<sup>138</sup>

Uma resposta a essa composição foi encontrada no trabalho de Birnbaum, o primeiro a desenvolver um conceito de bem jurídico, definindo-o, em um primeiro momento, como um conjunto liberal de valores, de conteúdo liberal, que fosse apto a basear a punibilidade dos comportamentos que os ofendessem.<sup>139</sup> Essa proposta conformou as criminalizações então existentes, como os crimes contra sentimentos morais e religiosos que dificilmente encontrariam amparo em uma teoria contratualista fundada na violação de direitos subjetivos.

Desenvolvido pouco depois da morte de Feuerbach, o harm principle, na tradição anglo-americana, pelas mãos de John Stuart Mill, preconizava que o único propósito para que um poder possa ser corretamente exercido sobre um membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é que seja para prevenir danos-ofensas a outros.<sup>140141</sup>

Contudo, a interpretação do harm principle nunca encontrou o rendimento crítico que se poderia hoje esperar, sobretudo em razão da interpretação mais extensiva dos interesses feita de duas máximas contidas no Capítulo V da mesma obra. Stuart Mill defendia que o indivíduo não é responsável pelas suas ações perante a sociedade, pelo menos por aquelas que só dizem respeito aos seus próprios interesses, cabendo aos demais tão somente adverti-lo, instruí-lo, aconselha-lo ou até mesmo evita-lo para seu próprio bem; e, para as ações que forem prejudiciais aos interesses alheios, o indivíduo deverá ser responsável tanto através de punições sociais quanto legais, se a sociedade tiver a opinião de que uma ou outra for necessária para sua proteção.<sup>142</sup>

---

<sup>138</sup> **TAVARES**, Juez. *Teoria do Injusto Penal*. 2ª Edição Editora Del Rey 2002. pp. 182-184.

<sup>139</sup> **BECHARA**, Ana Elisa Liberatore. *O Rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal*. Atual. Revista Liberdades. n° 1. IBCCRIM São Paulo 2009. p.18.

<sup>140</sup> **MILL**, John Stuart. *On Liberty*. Obra em domínio público disponível em: <<https://www.gutenberg.org/files/34901/34901-h/34901-h.htm>>.

<sup>141</sup> Os mesmos valores podem ser encontrados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em de 1789 e na obra de Wilhelm von Humboldt para quem “o estado, para garantir a segurança dos cidadãos, deve proibir ou restringir todas aquelas ações que se referem de maneira imediata só a quem as realiza, das quais se derive uma lesão aos direitos dos outros, isto é, que atingem sua liberdade ou sua propriedade sem seu consentimento ou contra ele, ou das que haja temê-las provavelmente, probabilidade na qual haverá que tomar em consideração a dimensão do dano que se quer causar e a importancia da liberdade privada que for mais alem ou que se imponha por outros motivos diferentes sai dos limites da ação do estado.” Em: **VON HUMBOLDT**, Wilhelm. *On the Limits of State Action*. Obra em domínio público disponível na Online Library of liberty: <<http://oll.libertyfund.org/titles/589>>.

<sup>142</sup> **MILL**, John Stuart. *On Liberty*. Obra em domínio público disponível em: <<https://www.gutenberg.org/files/34901/34901-h/34901-h.htm>>.

Ainda hoje, como foi visto em momento anterior, a estrutura do injusto no direito penal de tradição anglo-saxônica não apresenta um critério material seguro que possa exercer um controle seletivo criminalizador<sup>143</sup>. Contudo, existiram trabalhos neste cenário que pretenderam revisitar o pensamento limitador da punição, cabendo as maiores considerações acerca da matéria serem feitas um século depois de Mill, no primeiro volume de “The Moral Limits of the Criminal Law” de Joel Feinberg, em 1984.

Para o autor, um fato pode ser merecedor de pena caso o mesmo viole um ou mais *welfare interests*, sendo estes os seus pressupostos básicos para o seu bem-estar.<sup>144</sup> Ainda, segundo Feinberg, além dos interesses essenciais, existem os *nonultimate interests*, sendo aqueles afetos as metas e projeções pessoais. Assim, Feinberg, estendendo, identifica as três maneiras que alguém teria para atingir a rede de interesses alheias, sendo: (a) através da modificação de condições que tornem dificultosa a fruição satisfatória dos interesses em competição, (b) a redução do grau de proteção na qual um interesse prudente é diversamente protegido e (c) prejudicando diretamente os interesses essenciais para tornar difícil a fruição dos interesses seguintes, ulteriores, decorrentes.<sup>145</sup>

### 1.6.2 Teoria do Bem Jurídico

O conceito de bem jurídico, hoje majoritariamente associado a uma teoria do Direito Penal orientada a prevenção geral, é produto de uma série de antecedentes históricos capazes de nos fazer compreender alguns de seus aspectos, ainda que, sob o mesmo nome, não tenham cumprido sempre a mesma função. Conforme foi antecipado no ponto anterior, a ideia de bem jurídico é geralmente atribuída a Birnbaum, que, em oposição à tese iluminista de Feuerbach do delito como violação a um direito subjetivo, pretendia defini-lo como um conjunto de

<sup>143</sup> Em **FLETCHER**, George. *Rethinking Criminal Law*. Oxford Press 2000. p. 404-405 há um ceticismo quanto ao estabelecimento de uma agenda criminalizadora tão somente fundada sobre um só conceito ou forma de ofensa. Igualmente, nos pontos anteriores desta dissertação foi discorrido sobre o problema de indefinição da punição a ela atribuída, ao menos de sua relação entre com e as demais formas de sanção com algum caráter punitivo.

<sup>144</sup> **SEELMANN**, Kurt. *El Concepto de Bien Juridico, el Harm Principle Y el Modelo del Reconocimiento como Criterios de Merecimiento da Pena*. La Teoria del Bien Juridico. **HEFENDEHL**. Roland (org). Marcial Pons. Madrid e Barcelona 2007. p. 373.

<sup>145</sup> **FEINBERG**, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law Volume 1: Harm to Others*. Oxford Press. New York 1987. p. 31.

valores, de conteúdo liberal, que fosse apto a basear a punibilidade dos comportamentos que ofendessem.

Tal concepção de Feuerbach, pressupondo um estado de igualdade e liberdade entre autor e vítima, definia o delito como o rompimento desse exercício através do seu cometimento, sem trazer pra dentro de si os propósitos políticos do Estado.<sup>146</sup> Uma compreensão como esta, porém, encontraria dificuldades para justificar algumas das intervenções vigentes tidas como legítimas pela práxis penal da época, bastando pensar nos tipos que tutelavam sentimentos religiosos e morais, como os delitos de sacrilégio, que em alguns casos não encontrariam, sem um esforço dogmático, um sujeito passivo violado. Feuerbach, inclusive, se apresentava como crítico de alguns modelos da época nesse sentido, como o crime de alta traição presente no Código Penal da Baviera, de autoria de Gallus Kleinschrod, como “ação dolosa orientada no sentido de alterar a constituição vigente”, sem traduzir necessariamente uma ação danosa.<sup>147</sup>

Assim, a proposta de Birnbaum, ainda que inicialmente concebida de forma liberal, a abarcar um conjunto de valores individuais, pôde, em momento ulterior, ser melhor adaptada a uma construção conservadora, capaz de justificar o modelo penal então vigente, onde interesses comunitários e religiosos pudessem encontrar guarida juntos aos interesses que efetivamente violassem direitos subjetivos então reconhecidos. Esta função legitimadora do processo legislativo criminalizador, todavia, seguirá em momentos ulteriores um rumo diametralmente oposto.

Ulterior a Birnbaum e contemporâneo à edificação de uma teoria geral do delito, Karl Binding definiu o bem jurídico de uma forma puramente formal, como tudo aquilo que o legislador elegeisse como tal, de forma que, em último caso, o interesse do legislador, ainda que autoritário, seria por si só capaz de justificar-se.

Franz von Liszt, para quem o direito existe por vontade humana e se volta à proteção de situações reais, em seu esforço para a concepção de um conceito analítico do delito, o fez reconhecendo que “é a vida e não o direito que produz o interesse”, porém “só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico”<sup>148</sup>. Esta concepção de bem jurídico, todavia, para

---

<sup>146</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Segunda Edição. p. 183-184.

<sup>147</sup> Ibid.

<sup>148</sup> VON LISZT. Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Obra em Domínio Público 1899. p. 94.

além de uma função exegética<sup>149</sup> de reconhecer o que o legislador pretende defender qual tal norma, ainda não possui uma função crítica, questionadora e redutora da autonomia do legislador. Esse pensamento, porém, ganha algum fôlego, por vias indiretas, a partir do desenvolvimento dogmático de um direito contraordenacional, nas mãos de James Goldschmidt, Erik Wolf e Eberhard Schmidt. Para estes autores, uma ideia de bem jurídico como nuclear em uma norma penal era capaz de afastar do Direito Penal as infrações dos regulamentos estatais.<sup>150</sup>

Por vias diretas, contudo, as teorias neo-kantianas e finalistas, como Juarez Tavares expõe, não se traduziram em uma maior reflexão do conteúdo desses bens protegidos<sup>151</sup>. Para a teoria neo-kantiana, uma noção de bem jurídico é encontrada a partir da identificação de um hipotético valor cultural que nasce e vive nos imperativos e proibições da norma, afastado de qualquer pretensão material e individual, e assim, também de qualquer reflexão externa.<sup>152</sup> Já o finalismo welzeliano conservou o bem jurídico como objeto de proteção da norma, porém, o substituindo pelos chamados valores ético-sociais, um repositório de valores incorporados a consciência de qualquer pessoa humana, sensível, porém, não necessariamente acessível a todos. Estes valores estariam condicionados empiricamente a três aspectos do ser: a falibilidade física do homem, sua diferença sexual e a sua sociabilidade. Uma ordem social juridicamente organizada deveria, assim, orientar seus cidadãos para que incorporem em sua consciência o dever de proteção dos valores elementares que emanam desses pressupostos, como a pessoa, o patrimônio, a família e o Estado.<sup>153</sup>

Hoje, as diversas teorias funcionalistas adotam diferentes posturas em relação ao bem jurídico.

Em uma primeira concepção, como a de Muñoz Conde, a norma penal é entendida como um instrumento de controle social, sendo asseguradora do autocontrole do poder político e condicionada à manutenção de um estado de estabilidade que pode corresponder a fundamentos de convivência, sendo estes desenvolvidos através dos pressupostos de convivência e existência do indivíduo. Dessa forma, o conceito de bem jurídico, para essa teoria, cumprirá uma função

---

<sup>149</sup> Reconheço a classificação de Nilo Batista em se atribuir cinco funções a teoria do bem jurídico: axiológica (indicadora das valorações selecionadas), sistemático-classificatória, exegética (aplicada na interpretação das normas jurídicas), dogmática (funcionando como uma cunha epistemológica para a teoria do crime) e crítica.

<sup>150</sup> **ROXIN**, Claus. “Derecho Penal. Parte General. Tomo I”. Thomson Civitas. p. 53.

<sup>151</sup> **TAVARES**, Juarez. “Teoria do Injusto Penal. Segunda Edição”. p. 189-194.

<sup>152</sup> Inspirações como essas foram capazes de reorientar esses valores para fora de uma perspectiva individual tangível, legitimando valores impostos pelos seguimentos dominantes como os nazistas.

<sup>153</sup> *Ibid.* p. 192.

crítica no sentido de limitar as criminalizações que não remetem a um desses pressupostos para a autorrealização e o desenvolvimento da personalidade na vida social, trazendo também suas consequências para os bens jurídicos coletivos.<sup>154</sup>

Um modelo funcional como o proposto por Günther Jakobs, no qual a norma penal buscará tutelar apenas uma expectativa normativa, todavia, não oferecerá essa mesma dimensão crítica, uma vez que essa expectativa de preservação de vigência da norma não adentrará nas razões de correição que motivaram o legislador assim produzi-la. Em outro momento, Jakobs irá adequar a ideia de bem jurídico a sua teoria, a partir de um conceito de unidade funcional, de forma que nem todo objeto de regulação de uma norma constitui um bem jurídico, somente aquelas que desempenharão uma função<sup>155</sup> na sociedade ou em seus subsistemas. O potencial crítico dessa nova formulação, porém, será bastante limitado, uma vez que o próprio autor reconhece que associações com fins criminosos não deixarão de ser unidades funcionais, assim, não entrando no mérito da legitimidade.<sup>156</sup>

Por último, a teoria funcionalista de Roxin, inspiradora de diversas outras variações, enfim concebeu o bem jurídico como base de uma política criminal, que admite um conceito material de delito prévio ao legislador penal, funcionalizado no sentido de protege-los de forma subsidiária.<sup>157</sup> Os bens jurídicos como forma de se legitimar encontrariam fundamento de validade na Constituição e em um Estado de Direito baseado na liberdade do indivíduo, limitador da potestatividade punitiva do Estado.<sup>158159</sup>

Uma primeira questão essencial na teoria de Claus Roxin está na indagação se é possível oferecer um limite para a faculdade do legislador de estabelecer punições. Existindo esses limites, a teoria do bem jurídico poderá cumprir esse papel? E esta tarefa de proteção seria propriamente a missão do Direito Penal? E, considerando a possibilidade de estabelecer punições para além desses limites, estaria a teoria do bem jurídico refutada?

Começando pela segunda pergunta, Roxin, busca afastar uma solução excessivamente normativista, encontrada em concepções como a original de Jakobs, para quem a estabilização

---

<sup>154</sup> Ibid. p. 195-196.

<sup>155</sup> Reputo como válidas as críticas de Juarez Cirino dos Santos quanto a ideia de função não ser idônea a se tornar bem jurídico.

<sup>156</sup> **JAKOBS**, Günther. *Tratado de Direito Penal*. Editora Del Rey. p. 70-71.

<sup>157</sup> **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Thomson Civitas. 1997. p. 51-52.

<sup>158</sup> Ibid. p. 56.

<sup>159</sup> Ainda, outros modelos, não seguindo propriamente o funcionalismo de Roxin, irão admitir o mesmo uso crítico limitador do poder de punir. Uma teoria com enorme ênfase nesse aspecto é encontrada em **ZAFFARONI**, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal.- Parte General – Tomo I*. p. 463-464.

normativa não deve ser um fim em si mesmo, mas sim se adequar para que lesões reais ou sociais não ocorram.<sup>160</sup> Estas duas posturas partem de pressupostos diferentes e são absolutamente incompatíveis.

Sendo então a missão do Direito Penal a proteção desses valores sociais, é preciso encontrar uma definição de bem jurídico que possa melhor determiná-los, contra as acusações de suas exageradas imprecisões. Roxin pretenderá demonstrar que, ainda que seus críticos pretendam o refutar e os tribunais não reconheçam a aplicação de sua teoria, os mesmos em diversas ocasiões apropriam-se dela para fundamentar suas razões, mesmo quando adotada a epigrafe “incompatibilidade com a lei fundamental”.

Para fugir de uma indeterminação, Roxin recorre ao “esquema de três níveis de proteção” de Manfred Heinrich que prega identificar o que deve ser protegido (1), quem deve ser protegido (2) e contra o que deve ser protegido (3). Estas perguntas serão capazes de identificar problemas que nos serão úteis mais na frente, como a possibilidade de se identificar bens jurídicos de titularidade coletiva e que postura deverá esta teoria ter diante de tais realidades.

As consequências de tal formulação, para Roxin, são inúmeras: (1) as cominações penais arbitrárias não protegem bens jurídicos, buscando restringir as normas que criminalizem condutas que apenas instituem ritos de submissão; (2) as finalidades puramente ideológicas não protegem bens jurídicos, assim entendendo imposições culturais, sobretudo mas não somente aquelas de matriz autoritária ou eugênica; (3) as meras imoralidades, entendidas como as condutas tidas por seguimentos da sociedade como imorais, igualmente não devem ser criminalizadas, inclusive sendo criminalizações desvantajosas por estigmatizar pessoas socialmente integradas<sup>161162</sup>; (4) a mera delimitação da finalidade da lei não é suficiente para constituir um bem jurídico, o que nos faz encontrar a porta de ingresso para o problema dos falsos bens jurídicos; (5) a lesão da própria dignidade não supõe uma lesão do bem jurídico, havendo aqui especificamente uma crítica a alguns dispositivos da lei de proteção do embrião no que toca a manipulação genética; (6) nem a autolesão consciente nem o seu favorecimento

---

<sup>160</sup> **ROXIN**, Claus. *O Conceito de Bem Jurídico Crítico ao Legislador em Cheque*. Revista dos Tribunais nº 922. p. 295-296

<sup>161</sup> Porém, algumas destas situações irão gerar uma reflexão maior, uma vez que o autor entende como legítimas as criminalizações de condutas que ofendem sentimentos como a subtração de restos cadavéricos e o ato sexual praticado em público (nesse segundo caso, mudando de opinião em momento ulterior). Em outro artigo entende também legítima a criminalização de condutas que despertem um sentimento de insegurança, como a incitação ao ódio e as condutas que coloquem em risco parte da população.

<sup>162</sup> *Ibid.* p. 56-57.

podem legitimizar a ameaça da pena, uma vez que a ideia de proteção de bens jurídicos pressupõe a proteção dos outros, não do mesmo frente a si mesmo, postura essa associada ao paternalismo penal também atacado por Stuart Mill através do seu harm principle; (7) as leis penais simbólicas não protegem bens jurídicos, nada mais são do que expedientes extrapenais de persuasão do eleitorado, promovendo um falso sentimento de proteção e disciplina; (8) os tabus não se traduzem em bens jurídicos, como por exemplo a relação incestuosa consensual entre adultos; (9) objetos de abstração incompreensível, excessivamente normativos ou de conteúdo indeterminável igualmente não são idôneos a se tornarem bens jurídicos, e aqui podemos pensar em conceitos como “paz pública”.<sup>163</sup>

Roxin, porém, esticará o reconhecimento ou não de bens jurídicos protegidos tanto em tipos penais quanto em outras infrações sensivelmente abarcadas por algumas das formulações anteriores. Entre elas, Roxin encontrou justificção para defender uma proibição em sentido lato do não uso de cinto de segurança ou de capacete pelo risco de responsabilização de terceiros de responder por um delito mais grave em um regime de concorrência de culpas. Igualmente, argumentou pela viabilidade da criminalização da apologia de assassinatos ou da negação do holocausto, em contraposição com as meras agitações. Da mesma forma, entendeu pela punição da propagação de conteúdo pedófilo, ainda que a grave violação da criança já tenha ocorrido, seguindo uma lógica de desencorajar a indústria de produção desse material, porém, com uma realidade prática mais tangível e sem fazer paralelo com o tráfico internacional de drogas. Em todas essas situações, Roxin entendeu o legislador atuar dentro de sua margem de discricionariedade na proteção de bens jurídicos.<sup>164</sup>

Problema mais sério é denunciado por aqueles que, descrentes de uma definição precisa de bem jurídico, identificam uma concepção material de delito fundada na não observância de normas de comportamento fundamentais para o consenso em uma sociedade.<sup>165</sup> Stratenwerth, como um desses autores, não se diz capaz de reconhecer tal aporte crítico em uma teoria social, associando esse papel apenas a uma tradição cultural concreta.<sup>166</sup> Esses autores, porém, não

---

<sup>163</sup> **ROXIN**, Claus. *Es La proteccion de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?* em *La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons. Madrid 2007. p. 449-452.

<sup>164</sup> **ROXIN**, Claus. *O Conceito de Bem Jurídico Crítico ao Legislador em Cheque*. Revista dos Tribunais n° 922. p. 305-306.

<sup>165</sup> *Ibid.* p. 309.

<sup>166</sup> **STRATENWERTH**, Günther. *Derecho Penal - Parte General I*. Editora Thomson Civitas. p. 59.

abandonarão por completo uma pretensão crítica, associando-a a formas afins, como o princípio da proporcionalidade e a própria constituição como limites.<sup>167</sup>

Roxin se insurge contra essas proposições, pela incapacidade de se estabelecer um consenso em sociedade, e por não reconhecer na prevenção geral positiva, própria de todas essas teorias, uma finalidade de buscar um efeito de satisfação e confiança em relação a qualquer sentimentos e expectativas. Para ele o cidadão poderia confiar apenas que sua segurança e os seus correspondentes pressupostos institucionais serão garantidos e que eles podem fazer tudo o que não lesione de forma proibida a liberdade de autodesenvolvimento de outrem, não havendo para além desses critérios nenhuma satisfação.<sup>168</sup>

A questão é que, para além das críticas oriundas da adesão a outros modelos funcionalistas, existem criminalizações tidas como legítimas para um senso comum dogmático-penal que ultrapassam o escopo de atuação do modelo proposto por Roxin até mesmo para defensores da teoria do bem jurídico como Hefendehl, que admite a criminalização de uma representação homogênea de valor e de comportamento arraigadas na sociedade.<sup>169</sup> Gimbernat buscou refutar Hefendehl, ao salientar que por tal raciocínio o homossexualismo poderia ser criminalizado e como opção ofereceu como alternativa a proteção de “sentimentos legítimos” como objeto de proteção na teoria do bem jurídico. Por essa forma, poderia ser possível pensar na criminalização dos maus-tratos de animais a partir da proteção do “sentimento de mal-estar”.<sup>170171</sup>

Especificamente sobre esse ponto, é possível verificar que alguns dos interesses jurídicos, quando perdem essa referibilidade ao homem presente, acabam se afastando de uma teoria do bem jurídico, hoje incapaz de lidar com a proteção das gerações futuras – aqui pensando nos delitos de acumulação e de provável impacto ambiental em momento posterior – , passadas – como os delitos de profanação e vilipendiação de cadáveres – e com os demais

---

<sup>167</sup> Ibid. p. 59-62.

<sup>168</sup> **ROXIN**, Claus. *O Conceito de Bem Jurídico Crítico ao Legislador*, em Cheque. Revista dos Tribunais n° 922. p. 311.

<sup>169</sup> Ibid.

<sup>170</sup> Ibid.

<sup>171</sup> Luís Greco coloca muito bem essa questão: “Tal formulação, não o nego, seria possível e defensável. [...] Ocorre que ela cria um grande problema, talvez maior do que aquele que ela pretende solucionar. Porque a partir do momento em que sentimos revolta pela prática de dado comportamento servem de base para legitimar a sua punição, pode-se até mesmo declarar o homossexualismo uma conduta punível. [...] Noutras palavras: o preço de se dilatar o conceito de bem jurídico para compreender sentimentos superiores implica num abandono de qualquer função crítica.” **GRECO**, Luis. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Editora Lumen Iuris. 2011. p. 89-90;



seres conviventes como os animais, neste último caso, ao menos, sem apelar à problemática tutela do sentimento<sup>172</sup>.

Ainda tratando especificamente da teoria do bem jurídico apresentada por Claus Roxin, considerada entre tantas aquela com maiores pretensões a uma função crítica dos limites do Direito Penal, muitas outras serão as opiniões tanto hostis quanto de defesa ou reforma que irão surgir da adoção de um bem jurídico cumpridor de tal função para além de uma postura conformadora anterior, que possui apenas um rendimento exegético apenas capaz de identificar o que se pretendeu proteger com uma norma.

Algumas destas críticas, nos restaram até aqui evidentes, ao nos deparar com um programa incapaz de se definir positivamente de forma mais determinada, procurando antes amparo em um rol excludente de hipóteses ora heterogêneas, ora inclusive redundantes. Problemas irão surgir ao pensarmos na titularidade dos bens jurídicos coletivos, na remissibilidade direta ou indiretamente ao homem, no processo de apropriação do Direito Penal por parte do Estado e na forma como algumas dessas características dialogam com outras técnicas de legitimação de programas criminalizadores, como, por exemplo, os crimes de perigo abstrato.

Ingressando no problema da titularidade dos bens jurídicos, uma função crítica encontraria como primeiro percalço estabelecer quem seria o titular dos mesmos. As propostas são colocadas de forma que: (1) uma teoria dualista buscaria fundamentar bens jurídicos de autoria individual e coletiva como categorias absolutamente autônomas, sem fazer remissão dos bens jurídicos coletivos a um titular individual; (2) uma teoria monista-pessoal apenas reconheceria interesses individuais, havendo nos bens jurídicos coletivos uma referibilidade necessária ao indivíduo; (3) uma teoria monista-estatal reconheceria o Estado como titular de

---

<sup>172</sup> Em outro trabalho acadêmico durante o Curso do Mestrado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, defendi que uma solução adequada só poderia ser encontrada quando os animais não-humanos fossem vistos como verdadeiros titulares de direitos. Contudo, tal reflexão deveria ser acompanhado necessariamente por uma sociedade, eticamente vegana, ou ao menos bem-estarista animal, isto é, nesse último caso que conferisse a todos os animais de desenvolvimento superior uma condição digna de vida e uma instrumentalização que o protegesse de sofrimentos desnecessários. Pensando alto sobre as práticas econômicas da indústria do leite, ovos e demais derivados, hoje, trata-se de uma utopia em meio a um universo regido pela alta demanda e competitividade. De outra forma, não conseguiríamos justificar o porquê de alguns animais, ao menos os domésticos, merecerem uma proteção maior enquanto outros são sacrificados para os nossos fins. A menos que, admitamos, sob o exercício regular do direito, que alguém eventualmente abata seus próprios animais domésticos para consumo próprio.

todos esses interesses; (4) uma teoria monista-coletivista reconhecera a coletividade como figurando nessa posição.<sup>173</sup>

Quanto as duas últimas teorias, ao desatar totalmente o nó que une o indivíduo aos interesses protegidos existentes na sociedade, sua pretensão é dar o último passo do autoritário processo de subtração dos conflitos sociais envolvendo atores diversos, que passariam a figurar ainda mais como marionetes, sem efetiva vontade e disponibilidade na resolução da crise. Porém, as duas primeiras teorias são capazes de nos oferecer respostas interessantes para a resolução dos problemas que se avizinham.

A teoria monista-pessoal que só legitimaria a criminalização de bens jurídicos coletivos a partir da referibilidade ao indivíduo apresenta a louvável pretensão de repensar o problema dos falsos bens jurídicos coletivos, porém, fazendo coro à opinião de Greco, tal empenho acaba não oferecendo bons frutos, uma vez que essa referência acaba alcançando uma via indireta tão ampla que justificaria toda e qualquer criminalização<sup>174</sup>, desde o meio ambiente até a paz pública, passando pelas funções do estado e por toda sorte de conceito indeterminado.

Assim, por último, podemos nos perguntar se realmente existe alguma técnica que permita fazer um controle crítico desses bens coletivos através de uma teoria que reconheça a autonomia de sua categoria sem legitimar exageradamente pretensões demasiadamente abstratas e elásticas. Apenas dessa forma seríamos capazes de abandonar a exigência de uma referibilidade tal qual a construção de Hassamer. Luís Greco apresenta como resposta, em contraposição ao conceito de bem jurídico de Von Liszt como entidade ideal, valor intangível, um conceito de bem jurídico como realidade, dados fundamentais para a realização dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem social.<sup>175</sup>

Seguindo esta concepção, poder-se-ia tanto pensar na legitimidade de realidades empíricas individuais, como a vida e a integridade, quanto na de realidades empíricas coletivas como o meio ambiente ou até mesmo de realidades cognoscíveis através de outros métodos não empíricos como a honra, afastando, porém, abstrações e projeções como ordem pública, confiança, segurança pública, etc.<sup>176</sup> Como horizonte de aplicação desta formulação, os atuais tipos penais que pretendem proteger bens jurídicos formulados a partir de aspirações ideais

---

<sup>173</sup> GRECO, Luis. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Editora Lumen Iuris. 2011. p. 85-86;

<sup>174</sup> Ibid.

<sup>175</sup> Ibid p. 88-89.

<sup>176</sup> Ibid.

passarão por um crivo crítico que pretenderá identificar dentro dessas tendas interesses menores idôneos a merecer tal proteção. Esse processo de desconstrução de falsos bens jurídicos coletivos sobretudo pretenderá atacar formulações ideais que nada mais pretendem do que representar a soma de interesses individuais fracionáveis, como pode ser visto na relação entre a proteção de uma integridade individual e a ardilosa materialização de uma saúde pública mas não no meio ambiente, gozável por todos em sua totalidade, sem ser possível pensar em sua decomposição.<sup>177</sup>

### 1.6.3 A Proporcionalidade da Resposta Penal

Se o conceito de bem jurídico não goza de prestígio em muitos dos discursos penais nem mesmo cumpre necessariamente a mesma função primária em alguns deles, por outro lado, noções como fragmentariedade e subsidiariedade são praticamente uma constante<sup>178</sup>. Assim colocado, questiona-se: (1) no que estaria sediada a ideia de subsidiariedade do Direito Penal no cumprimento de sua função? (2) quais critérios poderiam, para além da teoria do bem jurídico, dar efetividade a uma ideia de Direito Penal subsidiário? Sobre a primeira pergunta aqui discorreremos, a segunda, no momento seguinte.

A subsidiariedade encontra seu fundamento diretamente na Constituição como manifestação do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso (*ubermassverbot*), sendo este uma concretização do Princípio do Estado de Direito<sup>179</sup>, pedra fundamental das cartas políticas dos últimos séculos e do constitucionalismo como movimento filosófico.

O princípio da proibição do excesso, nas palavras de Canotilho, dizia respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual, sendo no século XVIII integrado como máxima

---

<sup>177</sup> Ibid p. 95-96.

<sup>178</sup> ZAFFARONI, E. R. BATISTA, N. SLOKAR, A. ALAGIA, A. *Direito Penal Brasileiro I*. Editora Revan. 2006 Rio de Janeiro. p. 230, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I*. Coimbra 2007. p. 127, JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal*. Editora Del Rey. p. 81, JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND; Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Comares Editorial. Albolote. p. 56-57 e ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*. 2ª Edición. Thomson Civitas. Madrid. p. 65-67.

<sup>179</sup> Havendo, contudo, quem procure fundamentar o mesmo de forma conexa aos direitos fundamentais.

suprapositiva e introduzido no século XIX como princípio geral do direito de polícia no direito administrativo.<sup>180</sup>

Em sua dimensão material, diversas e concomitantes construções jurisprudenciais pela Europa conferiram o sentido atual do referido princípio, ainda que sob chaves diferentes como erro de apreciação (França), juízo ilógico de congruência e razão (Itália), juízo de irrazoabilidade manifesta (Inglaterra) e proibição do excesso (Alemanha)<sup>181</sup>. Hoje, no cenário do direito comunitário europeu, tanto na jurisprudência quanto nas cartas políticas é possível encontrar suas manifestações. A Convenção Europeia de Direitos do Homem, em seus artigos 8º e 11º, é um dos exemplos mais eloquente onde a proporcionalidade é plasmada, contudo, especificamente vinculada ao exercício específico de direitos.<sup>182</sup>

Especificamente acerca do conteúdo, vigora entre nós brasileiros, sob a influência das doutrinas alemã e portuguesa, a ideia de uma proporcionalidade decomposta em três sucessivos subprincípios que implicam exames diversos da medida em destaque.

O primeiro juízo é o de conformidade ou adequação de meios (*geeignetheit*), que impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deva ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes.<sup>183184</sup> A aplicação desse filtro busca assegurar que todas as ações do estado sejam aptas (como o nosso grifo incluiríamos: possíveis) para conformar os fins manifestos. Desse juízo inicial de meio-fim discorreremos mais em momento oportuno.

O segundo exame é o de exigibilidade ou necessidade (*erforderlichkeit*), que reconhece que as ingerências do estado na ordem privada devem implicar a menor desvantagem possível, valendo dizer que muito embora uma ação possa ser idônea para alcançar um determinado fim,

---

<sup>180</sup> **CANOTILHO**; José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição Almedina. Coimbra. p. 266-267.

<sup>181</sup> *Ibid.*

<sup>182</sup> Art 8º [...] 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros. [...] Art. 11º. [...] 2. O exercício deste direito só pode ser objecto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros. O presente artigo não proíbe que sejam impostas restrições legítimas ao exercício destes direitos aos membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado.

<sup>183</sup> *Ibid.* p. 269.

<sup>184</sup> É digna a lembrança de Canotilho da grande divergência quanto os limites de controle das políticas públicas por parte do poder judiciário frente a discricionariedade dos poderes legislativo e executivo.

o seu grau de intervenção espacial, temporal, material ou pessoal possa tornar outras medidas preferíveis para sua realização.

Por último, um exame de proporcionalidade em sentido estrito (*verhältnismässigkeit*) busca comparar a justa medida da carga coativa com aquilo que se pretende intervir, através de um juízo de ponderação entre as vantagens dos fins e as desvantagens dos meios.

O princípio da proporcionalidade ou da vedação do excesso, em suas três dimensões, é capaz de oferecer uma série de filtros idôneos a viabilizar uma crítica dos programas criminalizadores, se adequando tanto à programas políticos de contenção do poder do estado até às doutrinas penais mais pretensamente assépticas. Sua capacidade de dialogar com conceitos normativos penais como a lesividade e a relação funcional da pena com a culpa ainda torna possível desenvolver construções como o princípio da insignificância (em sua tradição processual europeia).

Contudo, duas são as críticas que podem ser feitas ao atual panorama: a primeira é inerente de sua própria efetivação, por depender da relação de tensão entre os poderes e implicar, para uns, uma intromissão do judiciário no mérito decisório dos demais poderes, no caso, do poder legislador, que sediado em valores constitucionais, invoca seus mandados de criminalização como tutela para todos os direitos fundamentais, inclusive inspirados na doutrina da proibição por defeito (como dimensão negativa da proporcionalidade, *untermasverbot*);<sup>185</sup> e a segunda é encontrada especificamente na postura do legislador penal em relação ao mundo. É essa dimensão que iremos trabalhar no próximo ponto.

O exame da proporcionalidade de uma norma criminalizadora, hoje, invariavelmente, é feito através de um juízo de proporcionalidade em sentido estrito, onde uma norma tem sua carga coativa mensurada a partir do bem jurídico ideal o qual a mesma está destinada preservar. Isto é, bens jurídicos de maior dignidade em uma escala de valores constitucionais exigem – para uns, inclusive, obrigam – o legislador adotar medidas mais drásticas, não importando uma leitura dos dados sociais vigentes e os resultados das atuais políticas públicas nacionais e comparadas. Dessa forma, o Direito Penal abandona o mundo e se auto afirma como uma escala de valores não mais disposta a interferir em uma realidade. Trata-se tão somente de um dogma, se possível, religioso: o penalismo.

---

<sup>185</sup> É a defesa de André Estevam e Rogério Greco da inconstitucionalidade no caso de uma eventual descriminalização do aborto. **GRECO**, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral – Tomo I* Editora Impetus. 14ª Edição. p. 77-78.

Categorias como crimes plurissubsistentes e unissubsistentes, crime continuado e de mera conduta, todas perdem seu valor como forma de compreender a dinâmica espacial e temporal do delito, tornando-se tão somente forma de estabelecer marcos prescricionais. Esse desprezo pelo mundo hoje é combatido por uma doutrina que pretende descrever e compreender as diversas estruturas delitivas, realidades absolutamente diversas que só comungam de uma particularidade em comum: o selo penal.

Essa postura de desprezo ao mundo foi capaz de desafiar as primeiras teorias de imputação, o normativismo exagerado e o descolamento de alguns teóricos ao abordar conceitos-chaves na teoria geral do delito como a ação. Nas palavras de Batista, Zaffaroni, Slokar e Alagia, o respeito às estruturas reais do mundo é uma condição de qualquer direito que pretenda ter alguma eficácia.<sup>186</sup> Isso implica reconhecer, por um lado, que tais categorias possuem uma funcionalidade política e, por outro, que essa não poderá pretender desafiar sua própria capacidade de ação.

Trazendo tais reflexões da parte geral para parte especial, é preciso primeiro fazer duas importantes considerações: a primeira, como nos adverte os supramencionados autores, é que, assim como devem ser trabalhados os conceitos da teoria geral do delito, não deverá o legislador operar com dados sociais falsos – ou mesmo com nenhum dado social, para aqueles que se satisfazem com a fundamentação em um bem jurídico abstrato ideal –, sob pena não cumprir a finalidade manifesta estabelecida<sup>187</sup>; a segunda consideração, igualmente importante, é não pretender conformar realidades iníquas, não se tratando aqui de ressuscitar uma nova adequação social, mas sim de oferecer alternativas de políticas públicas viáveis para a realidade que estiver sendo apurada.

Dessa forma, o que se pretender é fazer um verdadeiro juízo de conformidade ou adequação, incorporando dados sociais presentes naquela realidade como circunstâncias da ação delitiva, aspectos espaciais e temporais da cadeia de ações, as relações pessoais entre os envolvidos, a matéria em seus aspectos mais **subjetivos**, como a abertura para posições divergentes na sociedade, - fugindo de um debate binário quanto a disponibilidade ou não do interesse tutelado – **econômicos**, como as leis de mercado se apropriam das atividades ilícitas, e **comunicacionais**, levando em conta como ela é disseminada no ambiente. Todos esses fatores

---

<sup>186</sup> ZAFFARONI, E. R. BATISTA, N. SLOKAR, A. ALAGIA, A. *Direito Penal Brasileiro I*. Editora Revan. 2006 Rio de Janeiro. p. 174.

<sup>187</sup> *Ibid.* p. 176

serão componentes necessários para então julgarmos se uma interferência estatal tem alguma probabilidade de suceder, contrastada com os seus manifestos fins.

Um exemplo de política criminal que leva em conta absolutamente todos esses fatores está na criminalização do aborto, um tipo abstrato de proteção do bem jurídico idealmente mais valioso em nossa ordem constitucional: a vida, ainda que intrauterina. Não há dúvidas da dignidade da proteção da vida intrauterina, a menos que se considere um escalonamento de valores onde a mesma adquire em um salto uma dignidade absolutamente maior no momento do parto com vida.

Contudo, exemplificando o argumento já defendido, não será a dignidade de um interesse ou valor protegido em nosso sistema jurídico descolada de qualquer exame daquela realidade o elemento a ser contraposto com a afluência de uma solução penal. O Direito Penal aqui deve assumir uma roupagem consequencialista e dialogar com uma realidade onde, em números precisos e não fantasiosos, foram feitas 238.646 curetagens pós-aborto por ano entre os anos 1995 e 2007<sup>188</sup>, totalizando 3,1 milhões de procedimentos, sendo inclusive o procedimento mais realizado por mulheres no período.

Esta realidade ainda encontra guarida em um mercado ilícito que se aproveita da intimidação do Estado através de uma sanção estigmatizante insensível a uma realidade onde mulheres fazem algumas das escolhas mais difíceis de suas vidas. Essa distância do estado se dá em duas frentes: uma pela sua ameaça penal que afasta toda e qualquer mulher carente de apoio psicológico e informação acerca das consequências de sua eventual escolha, isso quando ela existe; e duas pelo seu poder de polícia, cada vez mais distante e inspirado na doutrina do poder de polícia à distância, incapaz de disciplinar e regulamentar todas as atividades econômicas de forma compatível às suas políticas criminais.

Nesse segundo ponto, as agências de comunicação vendem uma infeliz concepção de viabilidade de mapeamento de clínicas clandestinas de aborto que, tais quais as bocas de fumo, que só existe em ficções escritas por aqueles que não conhecem uma realidade onde drogas com outros fins lícitos compostas com os princípios ativos misoprostol (como Cytotec, Mibetec, Cyprostol, Misotrol, Arthrotec, Oxaprost) e mifepristona (U-486, Mifeprex, Mifegyne) são

---

<sup>188</sup> **CHING YU**, Pai. *Registro nacional de operações não cardíacas: aspectos clínicos, cirúrgicos, epidemiológicos e econômicos*. Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Medicina Universidade de São Paulo em 2010. p. 65-68 e 94.

empregadas, inclusive com apoio remoto, em estágios iniciais (até 11 semanas)<sup>189</sup> totalizando fração bastante considerável de todos os abortos ilegais.

Esta incongruência política em fazer exigir um rendimento do Direito Penal incompatível com a capacidade de gestão da matéria por parte do estado é igualmente encontrada na expansão da política de drogas, cabendo aqui a ressalva que aquelas de menor potencial ofensivo, considerando como parâmetro as atuais drogas de comercialização lícita no país, encontram fundamento diverso dentro da própria ideia de autolesão, fazendo exigir do estado que proíba tão somente condutas que afetem interesses diversos ou, ao menos, absolutamente indisponíveis.

Uma política de drogas hoje vinculada às “*hard drugs*” se socorre a partir da legitimação da proteção do bem jurídico “saúde pública”, sendo que este encontra alguma fundamentação nas teorias do bem jurídico coletivo que fazem exigir alguma remissão ao indivíduo. Penso que o caso, mudando as variáveis para outra realidade complexa, deve receber a mesma crítica feita para a questão do aborto, o que não significa propriamente uma resposta deslegitimante necessariamente igual. A crítica feita segue as palavras de Nilo Batista e Eugenio Zaffaroni:

“Não seria desarrazoado discutir a punição penal de quem vende bebidas alcoólicas para menores ou alcoólatras, mas seria irracional pretender solucionar o problema do alcoolismo mediante uma lei seca, ou prevenir a arteriosclerose proibindo a venda de produtos gordurosos, as rixas mediante a proibição do uso de distintivos ou bandeiras, etc. Praticamente, não há conduta que não se possa criminalizar o risco em uma sociedade de riscos e, por conseguinte, não haveria atividade alguma que não se possa ser criminalizada”.<sup>190</sup>

O que aqui se pretendeu fazer foi por fim sediar constitucionalmente o chamado princípio da proscrição da grosseira inidoneidade do poder punitivo a partir de uma leitura do princípio da proporcionalidade, sobretudo do seu vestibular juízo de adequação e demonstrar que tal leitura é capaz de oferecer um suporte crítico para algumas das questões em voga e carentes de uma resposta que não seja um protocolo de boas intenções.

#### 1.6.4 Outras Técnicas de Identificação Material e Limitação/Fundamentação da Resposta Penal

---

<sup>189</sup> ONG Women on Web. Acesso disponível em: <https://www.womenonweb.org>.

<sup>190</sup> ZAFFARONI, E. R. BATISTA, N. SLOKAR, A. ALAGIA, A. *Direito Penal Brasileiro I*. Editora Revan. 2006. Rio de Janeiro. p. 241.



Ante a incapacidade do conceito de ofensividade determinar de maneira restritiva o seu objeto de ofensa, a incapacidade de uma teoria do bem jurídico de identificar falsos bens jurídicos coletivos e a atuação tão somente constrictiva, em um segundo momento, do princípio da proporcionalidade em sentido lato, alguns juristas, dando voz a descrença em se estabelecer um critério material único de identificação do delito, desenvolveram modelos de análise da estrutura do delito mais complexos incapazes de reduzir a universalidade dos fenômenos hoje tipificados em uma só fórmula.

Entre as teorias que vêm surgindo, Luís Greco<sup>191</sup> exemplifica o esforço de Wohlers em definir três conjuntos de crimes de perigo abstrato e estabelecer os requisitos de legitimação para cada um deles. O primeiro desses grupos seria constituído por delitos de ação concretamente perigosas, sendo estas ações que tipicamente levam a uma situação não mais controlável pelo agente e, portanto, perigosa para o bem jurídico. Um segundo grupo seria composto pelos chamados delitos de cumulação, refletindo aquelas condutas que, quanto tomadas por si, não se mostram perigosas, mas que começam a ser na medida que reproduzidas por uma quantidade indiscriminada de pessoas. Por último, haveria também os delitos de preparação que não se mostram diretamente lesivos a um bem jurídico, mas que criam um perigo de que o próprio agente ou terceiro futuramente cometam uma ação lesiva.

Outro esforço trazido por Greco<sup>192</sup> é encontrado no trabalho de Hefendehl que pretendeu identificar em cada tutela de bem jurídico coletivo uma particular estrutura do delito. Entre estas estruturas do delito, existiriam categorias pacíficas como os delitos de lesão e outras mais complexas desprovidas de resultados ou de qualquer causalidade real, assim necessitando de equivalentes materiais para sua configuração. Entre tantos, na tutela do meio ambiente e nos crimes envolvendo corrupção esse equivalente poderá ser uma ideia de cumulação desenvolvida por tantos autores. No direito penal dos alimentos, exemplo diverso, tratando-se da proteção individual da integridade física dos consumidores a estrutura do delito revestirá uma forma de “potencial lesivo”. Por fim, deve-se reconhecer que este modelo – assim como muitos outros – critica a pretensão de buscar adequar categorias normativas coletivas como saúde pública, ordem pública, confiança do mercado, princípios da administração pública, etc. a um padrão de avaliação binário entre lesão e exposição a perigo. Isto seria perguntar: a conduta (X) “viola” a

---

<sup>191</sup> GRECO, Luis. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Editora Lumen Iuris. 2011. p. 105-106.

<sup>192</sup> Ibid. p. 106-109.

saúde pública ou a “expõe” a perigo? Qual seria a diferença entre a primeira e a segunda uma vez inexistindo em ambas um suporte real causal?

#### 1.6.5 Por que o Emprego do Termo “Interesses” e Síntese do Capítulo

De tudo que foi aqui deduzido algumas importantes conclusões neste primeiro momento devem ser condensadas:

1 – O problema da definição material do objeto de um sistema punitivo é sensivelmente dependente de como são desenvolvidas muitas das respostas para os problemas essenciais associados à nossa existência. Muitas são as ferramentas empregadas para identificar a relação do homem com a realidade em sua volta e igualmente muitos são os desafios para o mesmo acessar este conhecimento. A forma como enunciado o problema penal acabou permitindo leituras diversas deste fenômeno, bastando observar como existem hoje autores que ao fundamentar ou buscar uma função para o Direito Penal o fazem a partir de diversas metodologias e influências, como o historicismo, o contratualismo, o jusnaturalismo, o marxismo, a fenomenologia, o libertarianismo, o interacionismo, o funcionalismo, o estruturalismo, o idealismo e um conjunto ainda maior de correntes pós-modernas. Neste ponto, não se buscou aqui uma adesão definitiva a qualquer uma destas escolas, mas sim afirmar a importância de alguns pontos que entrarão em conflito com muitos desses modelos.

2 – Entre um destes pontos, é necessário identificar que a relação do homem para com o mundo se dá sob uma perspectiva material, de forma que a escassez dos bens disponíveis, a distributividade dos valores encontrados na vida comunitária e a possibilidade de se atribuir titulares a esses valores fazem com que tal característica qualifique a grande totalidade dos conflitos existentes em nossa sociedade. Excepcionalmente, algumas questões éticas assumiram roupagens penais sem representar necessariamente um conflito, bastando lembrar das ações consentidas para as quais o Direito não reconhece a capacidade do agente ou a disponibilidade daquele interesse. A depender de como é juridicamente vista a figura do nascituro, encontraríamos no aborto outro exemplo excepcional.

3 – Ainda assim, a avaliação desses interesses individuais e coletivos possuem contornos políticos, uma vez que a avaliação da importância de um destes interesses, mesmo dentro de um realismo moral, dá margem para opiniões conflitantes, em um primeiro momento, acerca

de sua hierarquia e, em um segundo momento, como veremos, a partir de sua interação em um conflito com outros interesses reconhecidos.

4 – Contudo, mesmo em meio essa multiplicidade de juízos possíveis e até mesmo de “Direitos Penais”, a dimensão material anteriormente retratada poderá servir como um guia para demonstrar que se em último caso o Direito Penal tem como função intervir em alguns destes conflitos, a análise de suas consequências sociais poderá demonstrar uma atuação disfuncional ou não ao propósito estabelecido, assim, sendo possível qualificar a existência de modelos penais melhores e piores. Porém, qualquer avaliação que se faça desses modelos deverá primariamente estabelecer suas premissas essenciais tal qual sua função e a definição material do seu objeto de proteção/interação.

5 – Nesse momento, deve-se reconhecer que o Direito Penal possui características comuns aos modelos de avaliação ético-normativos, isto é, pretendem avaliar através de valores estabelecidos condutas como socialmente desejosas ou não bem como suas consequências. Todavia, o seu papel não é este. O Direito Penal não é uma chancela ética, não pretende infundir valores na cabeça daqueles que são submetidos em seus domínios, mas sim fazer parte de um sistema maior de resolução organizada de conflitos que reconhece sua relação limitada com a moral vigente.

6 – Essa relação de parte para um todo, inclusive, inspira a definição de sua função como aquela aqui adotada. Ainda que a característica da subsidiariedade ou fragmentariedade seja trazida pela maioria esmagadora dos discursos penais, ela melhor se adequa a um discurso que reconhece seu papel dentro de sua função. Isto porque a “simples proteção de bens jurídicos” pode legitimar uma atuação expansiva do Direito Penal como mecanismo de “proteção de bens jurídicos” por excelência. Todavia, como resposta a essa crítica é possível defender um modelo onde a “proteção subsidiária de bens jurídicos” seja a verdadeira função do Direito Penal. Ainda assim, são dois os argumentos contrários possíveis a esse ponto de vista identificado nos melhores discursos existentes.

7 – Em primeiro lugar, a identificação de que o Direito Penal pretende resolver/suspender um conflito da forma menos lesiva possível para todos aqueles envolvidos deixa em evidência que os envolvidos no conflito assumem um protagonismo, de forma que os institutos em uma teoria geral do delito deverão servir para esse propósito nuclear e não somente para uma proteção difusa presente no meio social. Esta abertura integrará de forma mais adequada uma vitimologia e qualquer outra consideração criminológica acerca dos

imediatamente afetados pelo fato. Em segundo lugar, tal modelo melhor se adequa ao imperativo categórico kantiano de que o homem deve ser observado como um fim em si mesmo – “age de tal forma que uses a humanidade, tanto na tua pessoa, como na pessoa de qualquer outro, sempre e ao mesmo tempo como fim e nunca simplesmente como meio” –, característica esta que será sistematicamente coerente com muitas das reflexões envolvendo a ponderação de interesses em um momento próximo, principalmente quando a vida de pessoas humanas estejam em contenda.

8 – Esse modelo aqui adotado igualmente se adequa a muitas das relevantes críticas da relação de um merecimento como critério de estabelecimento da responsabilidade penal e seus devidos fins. Esta razão identifica o sistema penal como um modelo consequencialista limitando o já impreciso princípio do merecimento tão somente para cima, de forma a não justificar a mesma instrumentalização criticada no último ponto que traria não uma resolução menos aflitiva de um conflito social, mas sim um uso do corpo do apenado para um fim social que não necessariamente o integra, não possuindo vínculo tão somente com o ato cometido.

9 – Ainda assim, este modelo funcional do Direito Penal não descartará o conceito de bem jurídico. Ao contrário, a teoria do bem jurídico e as demais formas de identificação da estrutura do delito desempenham um papel importante para delimitar o conteúdo material do injusto e assim desautorizar a extensiva tutela moral que se arvora destas mesmas categorias. Uma análise material do princípio da proporcionalidade igualmente será capaz de desenvolver um papel de contenção na medida em que conseguir demonstrar a ineficácia da tutela penal como meio para alcançar sua finalidade.

10 – Em suma, sintetizando esta posição consequencialista, pode-se definir o Direito Penal como uma intervenção aflitiva subsidiária do Estado habilitada por um juízo negativo, orientada a incidir em um conflito envolvendo um interesse titularizado da maneira menos lesiva possível para as partes imediatamente identificadas e a sociedade de uma maneira geral.

## 2. A PONDERAÇÃO DE INTERESSES – AS ORIGENS DO ESTADO DE NECESSIDADE PENAL E A CARACTERIZAÇÃO DO PROBLEMA

Se em um primeiro momento importava correlacionar os interesses com o seu contexto fundamentador no Direito Penal, fazendo concluir que o primeiro consubstancia relações conflituosas nas quais o segundo pretenderá ser uma proposta excepcional orientada a solve-los da forma menos lesiva possível, em um segundo momento aqui importa compreender a interação desses interesses quando especificamente situados em relações conflituosas nas quais a equivalência da salvaguarda de um deles implica a fragilização, neutralização ou a perda da capacidade de defesa de outro. Em uma apertada síntese: tratam-se de sistemas fechados de riscos onde o conflito não mais representa a relação de contrariedade de agentes que vivem em um meio social, mas sim de interesses situados dentro de uma mesma esfera de risco.

A primeira grande preocupação para a apresentação e caracterização desse problema está na localização de algumas de suas contribuições, fazendo nos perguntar como os seres sociais em outras épocas enfrentaram especificamente estes conflitos e qual foi o papel desempenhado pelos então vigentes sistemas jurídicos de forma a nos trazer hoje uma categoria polissêmica chamada “estado de necessidade”. Um aspecto relevante nesse momento que pode hoje antecipadamente nos dizer algo sobre um desses sentidos do instituto do estado de necessidade – o estado de necessidade justificante – é encontrado na medida em que o fundamento atualmente reconhecido deste instituto foi desenvolvido e trazido de uma infinidade de situações particulares para dentro de uma cláusula geral que hoje antecipa soluções para os conflitos do porvir. Precisamente desta forma: hoje temos categorias jurídicas que, se não são ótimas em recortar os conflitos em todas as suas particularidades, ao menos, são capazes de estabelecer parâmetros orientadores que suportarão ações muitas vezes reiteradas em seus específicos contextos.

Contudo, para alcançar este nível de definição, antes é preciso resolver outros problemas inerentes. Um deles, obviamente, é desenvolver os caminhos que buscaram fundamentar esse e outros institutos em meio as alternativas diversas, problema este que até hoje representa uma falta de definição entre um estado de necessidade justificante e uma categoria chamada de estado de necessidade exculpante. Outro problema de igual concretude nesta questão será compreender por fim a incorporação destes institutos em suas devidas categorias penais, para

enfim empreendermos o exame de seu conteúdo e confrontar as diversas opções legislativas encontradas pelo mundo.

Enfim, indaga-se: a forma na qual avaliamos as situações descritas de conflitos situadas dentro de uma mesma esfera de risco encontra uma solução satisfatória nos atuais códigos vigentes? Existe alguma peculiaridade no universo dessas esferas de risco que possam exigir um tratamento desigual ou uma resposta mais adequada às suas características? Como se sairiam, ultrapassando as críticas impostas, os modelos destes institutos quando aplicados às situações mais diversas encontradas no viver comunitário? Estas três perguntas orientaram o resto desta dissertação.

Uma breve exposição comparada dos diversos corpos legislativos históricos e atuais é capaz de demonstrar como existem variações distintas na qualificação do instituto, na sua localização na teoria geral do delito, em suas fundamentações e até mesmo ao *nomen juris* de algumas de suas variações. O Código Penal brasileiro de 1940, por exemplo, com sua atual redação trazida pela Lei nº 7.209, na reforma de 1984, manteve a mesma redação original da parte geral, tão somente renumerando os artigos. Nela, o estado de necessidade é trazido como hipótese onde não há crime quando o agente pratica o fato sobre (Art. 23, I), sob a denominação “exclusão da ilicitude”. Já a definição (Art. 24) considera 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. Os parágrafos seguintes do mesmo artigo prelecionam não poder alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo e preveem uma causa de diminuição de pena de um a dois terços para as circunstâncias nas quais seja razoável exigir do autor da ação salvadora o sacrifício do direito ameaçado.

Produto do período entre interregno da Parte Geral de 1940 e a Reforma de 1984, o Código Penal de 1969, Decreto-Lei nº 1.004, revogado antes de entrar em vigor, assumiu duas categorias distintas de estado de necessidade, cada uma em seu respectivo *locus*. O Art. 27, I, descrevia o estado de necessidade anterior igualmente como excludente do crime. Sob uma forma enxuta, o Art. 28 disciplinava tal instituto “estado de necessidade, como excludente do crime”: “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. ” Contudo, o mesmo diploma trazia

outra espécie descrita sob denominação diversa: “estado de necessidade, como excludente de culpabilidade”. Para o Art. 25, 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. Esta fórmula não é diferente da trazida pelo nosso atual Código Penal Militar, Decreto-Lei, nº 1.001, produto da mesma comissão e publicada no mesmo dia, ressalvando a numeração das matérias, encontradas sucessivamente nos Arts. 42, I, 43 e 39, caputs.

Em nossa memória jurídico-positiva penal, o Código Penal de 1890 trazia uma forma bastante embrionária e lacônica do instituto ao lado da legítima defesa: “Art. 32. Não serão também criminosos: § 1º Os que praticarem o crime para evitar mal maior;”. Igualmente, havia a previsão no Art. 42, § 6º como circunstância atenuante para o mesmo caso: “ter o delinquente cometido o crime para evitar mal maior;”. O Código Penal de 1830, contudo, apresentava uma técnica legislativa sofisticada para a época, considerando não só o código seguinte como também as Ordenações Filipinas que disciplinavam as questões criminais de maneira casuística em seu livro V sem prever institutos afins. Para o Art 14, 1º do Código Penal de 1930, “será o crime justificável, e não terá lugar a punição dele quando fôr feito pelo delinquente para evitar mal maior”. O mesmo dispositivo enumerava também algumas condições para a ação salvadora: “Para que o crime seja justificável neste caso, deverão intervir conjuntamente a favor do delinquente os seguintes requisitos: 1º Certeza do mal, que se propôz evitar: 2º Falta absoluta de outro meio menos prejudicial: 3º Probabilidade da efficacia do que se empregou”.

Em nossas legislações latino-americanas irmãs, o Artigo 34 do Código Penal Argentino de 1921 trazido pela Lei 11.179 e restaurado pela Lei 23.077, em 1984, enumera como “não puníveis” de forma abrangente situações como as praticadas por um sujeito “*que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente*”, no Parágrafo 2º; e um sujeito “*que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño*”, no Parágrafo 3º, entre outros institutos como a legítima defesa, a obediência devida, o cumprimento de um dever e o exercício de um direito, autoridade ou cargo legítimos. Já o Código Penal Uruguaio, trazido pela Lei 9.914 de 1934, disciplina o estado de necessidade em seu Artigo 27, dentro do capítulo das causas de justificação: *Está exento de responsabilidad el que, para defender su vida, su integridad física, su libertad, su honra o su patrimonio, ataca alguno de estos derechos en los demás, con tal que el mal causado sea igual o menor que el tratarse de evitar, que éste no haya sido provocado por su conducta y que revista el doble*

*carácter de inminente e inevitable. (...) Cuando el daño causado fuere patrimonial y tuviere por objeto prevenir un daño de la misma naturaleza, el mal causado debe necesariamente ser menor. (...) El artículo no se aplica al que tuviere, jurídicamente, el deber de afrontar el mal ni al que intentare prevenir el mal que amenazara a terceros, salvo que éstos fueran sus parientes dentro del grado establecido por el inciso 2º del artículo 26.*

Já na Espanha, o estado de necessidade é previsto dentro do capítulo das causas que eximem a responsabilidade penal, de maneira abrangente, tal qual a opção argentina. Para o Art. 20, “*están exentos de responsabilidad criminal*” situações como daquele – no parágrafo 5º – “*que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos: (1º) Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. (2º) Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. (3º) Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse*”. Instituto curioso e de conexão próxima de uma modalidade exculpante de necessidade é trazido no parágrafo 6º, para o qual estão isentos de responsabilidade criminal aquele “*que obre impulsado por miedo insuperable*”. Os Códigos Penais espanhóis anteriores, como o Código Penal de 1944, em sua redação recompilada em 1973 pelo Decreto 3096, e o Código Penal de 1932 definiam o instituto da necessidade de forma bastante parecida, com pequenas mudanças estruturais na redação.

O estado de necessidade no Código Penal italiano, trazido pelo Decreto nº1.398 de 19 de Outubro de 1930 possui a seguinte redação: “*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, né 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*”. Já o Artigo 122-7 do atual Código Francês de 1994: “*n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace*<sup>193</sup>”.

---

<sup>193</sup> O Artigo 122-2, no mesmo capítulo “das causas de isenção ou atenuação da responsabilidade”, traz também uma hipótese de coação irresistível.



O atual Código Penal japonês de 1907, trazido pela Lei nº 45 e produto de muito diálogo com a dogmática alemã<sup>194</sup>, igualmente dispõe de um artigo próprio (Art. 37) para o estado de necessidade, sob o título “evitando um presente perigo”, no qual “*an act unavoidably performed to avert a present danger to the life, body, liberty or property of oneself or any other person is not punishable only when the harm produced by such act does not exceed the harm to be averted; provided, however, that an act causing excessive harm may lead to the punishment being reduced or may exculpate the offender in light of the circumstances*”. Um segundo item no capítulo faz a ressalva da não aplicação para aqueles que figurarem em posições de especial obrigação profissional.

Na matriz penal anglo-saxônica, as figuras associadas às espécies de estado de necessidade justificante e exculpante dos modelos continentais ganharam forma em dois institutos igualmente distintos. No caso americano, pela competência dos cinquenta estados federados em legislar em âmbito penal, a demonstração desses modelos se torna uma tarefa bastante laboriosa. Todavia, a American Law Institute (ALI) passou a elaborar em 1962 um Código Penal Modelo, doutrinário, porém alimentando a expectativa de estabelecer uma coerente uniformidade legislativa na definição das categorias jurídicas. A Seção 3.02, dentro do Artigo nº 3 – dos Princípios Gerais da Justificação, define o Choice of Evils como uma justificação de forma geral:

*Section 3.02. Justification Generally: Choice of Evils*

*(1) Conduct which the actor believes to be necessary to avoid a harm or evil to himself or to another is justifiable, provided that:*

*(a) the harm or evil sought to be avoided by such conduct is greater than that sought to be prevented by the law defining the offense charged; and*

*(b) neither the Code nor other law defining the offense provides exceptions or defenses dealing with the specific situation involved; and*

*(c) a legislative purpose to exclude the justification claimed does not otherwise plainly appear.*

*(2) When the actor was reckless or negligent in bringing about the situation requiring a choice of harms or evils or in appraising the necessity for his conduct, the justification afforded by this Section is unavailable in a prosecution for any offense for which recklessness or negligence, as the case may be, suffices to establish culpability.*

---

<sup>194</sup> Ainda que o modelo aqui presente seja absolutamente diverso daquele então em vigor na Alemanha. MORISHITA, Tadashi. *Etat de necessite em droit penal japonais*. Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé. nº 1. p. 99-100.

Antes do mesmo, o Artigo nº 2 prevê entre os princípios gerais da culpabilidade um modelo de Coação:

*§ 2.09. Duress (1) It is an affirmative defense that the actor engaged in the conduct charged to constitute an offense because he was coerced to do so by the use of, or a threat to use, unlawful force against his person or the person of another, that a person of reasonable firmness in his situation would have been unable to resist. (2) The defense provided by this Section is unavailable if the actor recklessly placed himself in a situation in which it was probable that he would be subjected to duress. The defense is also unavailable if he was negligent in placing himself in such a situation, whenever negligence suffices to establish culpability for the offense charged. (3) It is not a defense that a woman acted on the command of her husband, unless she acted under such coercion as would establish a defense under this Section. [The presumption that a woman acting in the presence of her husband is coerced is abolished.] (4) When the conduct of the actor would otherwise be justifiable under Section 3.02, this Section does not preclude such defense.*

Na Alemanha, o StGB, Código Penal alemão de 1871, após a reforma de 1975 passou a prever, junto com um então existente estado de necessidade exculpante, uma modalidade justificante no Art. 34 na qual “*a person who, faced with an imminent danger to life, limb, freedom, honour, property or another legal interest which cannot otherwise be averted, commits an act to avert the danger from himself or another, does not act unlawfully, if, upon weighing the conflicting interests, in particular the affected legal interests and the degree of the danger facing them, the protected interest substantially outweighs the one interfered with. This shall apply only if and to the extent that the act committed is an adequate means to avert the danger*”. O atual Art. 35 do mesmo código prevê a modalidade exculpante que em sua redação originária era trazida nos antigos Arts. 52 e 54 de forma mais estrita. Hoje, o Art. 35 possui a seguinte redação:

*(1) A person who, faced with an imminent danger to life, limb or freedom which cannot otherwise be averted, commits an unlawful act to avert the danger from himself, a relative or person close to him, acts without guilt. This shall not apply if and to the extent that the offender could be expected under the circumstances to accept the danger, in particular, because he himself had caused the danger, or was under a special legal obligation to do so; the sentence may be mitigated pursuant to section 49 unless the offender was required to accept the danger because of a special legal obligation to do so.*

*(2) If at the time of the commission of the act a person mistakenly assumes that circumstances exist which would excuse him under subsection above, he will only be liable if the mistake was avoidable. The sentence shall be mitigated pursuant to section 49.*

Em Portugal, o Código de 1852 somente trazia a “intenção, e necessidade de evitar um mal” circunstância atenuante no Art. 20º, enquanto o Art. 14º prelecionava nenhum ato ser criminoso quando for constrangido por força irresistível. O Código Penal de 1886 curiosamente desmembrava a coação em duas hipóteses justificantes: os que praticam o facto violentados por qualquer força estranha, física e irresistível e os que praticam o facto dominados por medo insuperável de um mal igual ou maior iminente ou em começo de execução. O Art. 39 do mesmo código mantinha como circunstância atenuante da responsabilidade criminal a intenção de evitar um mal ou a de produzir um mal menor.

Hoje, o Código Penal português de 1982, em sua redação originária e após a atual consolidação de 1995, e o seu irmão siamês macauense de 1995, preveem três modalidades de necessidade. A primeira dela trata-se de um direito de necessidade para o qual “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: não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro; haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado”. Para um estado de necessidade desculpante, “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 terceiros, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente”. Por último, é presente de forma independente uma hipótese justificadora chamada de conflito de deveres para a qual “não é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, satisfizer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrificar”.

Neste momento pode-se repetir as três indagações feitas no início do capítulo:

1ª - A forma na qual avaliamos as situações descritas de conflitos situadas dentro de uma mesma esfera de risco encontra uma solução satisfatória nos atuais códigos vigentes, bastando observar que os modelos de necessidade justificante hoje divergem quanto aos objetos de proteção e a forma como os mesmos são submetidos a uma ponderação<sup>195</sup>?

---

<sup>195</sup> Enrique Bacigalupo foi um jurista que sintetizou estas mesmas comparações entre as normas penais nos diplomas italiano, alemão, português, francês e ainda o suíço, que em sua modalidade exculpante, assim como a

Como pode ser visto nos excertos legislativos acima, quanto aos objetos, existem modelos, como o argentino, que não fazem menção alguma aos interesses que podem ser atingidos pelo mal a ser afastado deixando a matéria a cargo da doutrina; existem outros como o italiano que só fazem menção às pessoas como objetos passíveis de serem expostos a riscos; existem também modelos que definem esse objeto de forma abrangente como bens jurídicos, interesses ou direitos próprios ou alheios, tal como os modelos brasileiro, português e espanhol; existem, por último, modelos que definem de forma estrita quais são os interesses que admitem tal proteção especial, tal como a vida, integridade, liberdade, honra, patrimônio, etc., como fazem os códigos penais uruguaio, japonês e o francês. Igualmente, acerca da forma como são confrontados estes interesses, existem diferenças substanciais nos códigos trazidos, havendo tanto apelos para uma ideia de razoabilidade (Brasil), uma comparação de males, buscando evitar o mal maior (Argentina e Espanha) ou defender um interesse – sensivelmente – superior (Portugal), e uma relação de proporcionalidade da ação para com a gravidade do perigo (França e Itália). Como então, a partir dos fundamentos, pode-se fazer juízo de todas essas técnicas e do alcance de cada uma delas?

2ª – Existe alguma peculiaridade no universo dessas esferas de risco que possam exigir um tratamento desigual ou uma resposta mais adequada às suas características para justificar a existência de institutos como a colisão de deveres, como positivada em Portugal e Macau e defendida em sede doutrinária na Alemanha? As diversas modalidades de estado de necessidade civil encontram lugar na mesma formula penal? Existem, a partir dos seus próprios fundamentos, hipóteses análogas de estado de necessidade?

3ª - Como se sairiam, ultrapassando as críticas impostas, os modelos destes institutos quando aplicados às situações mais diversas encontradas no viver comunitário? Isto é, como todas as variáveis possíveis de serem encontradas nos conflitos, tais quais a relação do próprio autor com a criação do perigo, a titularidade do mesmo, a disponibilidade, a condição pessoal do agente, repercutem na solução de um caso concreto?

A resposta para todas essas perguntas deve ser precedida pela definição do instituto que as ampara e assim deve-se empreender na gênese do mesmo, seus pontos de contato com o universo ético, os problemas desafiados e os modelos oferecidos até então. Este será o caminho mais seguro para entender o que se pretendeu e o que se pode pretender quando se confrontam

---

modalidade justificante do artigo alemão, limita os interesses protegidos em um rol (vida, corpo, liberdade, honra e patrimônio). Em: **BACIGALUPO**, Enrique. *Legítima Defensa y Estado de Necesidad em La Reforma Penal* Revista Peruana de Ciencias Penales Número 5 1995. p. 102-103.

valores valiosos na perspectiva dos atores sociais e o que se pode exigir de cada um deles nestas situações drásticas.

## 2.1 A Necessidade e o Problema do Conflito de Interesses em Marcha

A definição de necessidade aqui trabalhada, entre os tantos significados que o vocábulo pode assumir, deve ser compreendida como a pressão exercida sobre os desejos e as ações do homem pelo encadeamento inevitável dos princípios e das consequências, dos efeitos e das causas<sup>196</sup>, caracterizando a apreensão material do homem em um universo de contingências, conforme a primeira caracterização feita no capítulo anterior. A forma como a humanidade empreendeu responder os desafios propostos por algumas dessas contingências fez surgir um campo do conhecimento que se destinou a avaliar e comparar as respostas oferecidas, suas razões e os padrões levados em consideração. Isto é, o que caracterizaria cada resposta oferecida para uma situação difícil proposta?

Entre os tantos exercícios clássicos de reflexão, a “Tábua de Carnéades” se tornou o mais célebre entre eles, sendo objeto de variações e adaptações até os dias de hoje. Carnéades de Cirene foi um filósofo e orador nascido no ano de 214 AC, influente em Roma, onde seus discursos céticos quanto a possibilidade de definir o que é justo desafiou parte da cultura da época. Não deixando nada escrito, seu pensamento indiretamente chegou até nós através de Clitômaco de Cartago, seu pupilo, que, muito embora suas obras tenham se perdido pela história, foi lido por Marco Tulio Cícero e Sexto Empírico. Em Cícero<sup>197</sup>, encontramos algumas referências<sup>198</sup> aos dilemas éticos levantados tanto por Carnéades quanto por Hecato de Rodes, outro filósofo de obra integralmente perdida. Hecato, em seu sexto perdido livro, segundo Cícero, trazia muitas dessas questões como a indagação de que “seria consistente com o dever moral de um bom homem deixar seus escravos com fome quando as provisões de comida estiverem com preços exorbitantes pela escassez? ”. Hecato, noticia Cícero, neste caso, após

<sup>196</sup> LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. Editora Martins Fontes. São Paulo. 1999 p. 728.

<sup>197</sup> CÍCERO, Marco Tullios. *De Officiis*. Livro 3. Seções 89 e 90. Obra em domínio público disponível em: <<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A2007.01.0048>>. Acesso em: 2/11/2015.

<sup>198</sup> O próprio título do terceiro livro traduzido para o inglês “the conflict between the right and the expedient” deixa em evidência o conflito entre a ordem moral (agitur in primo de honestis rebus) e as utilidades/conveniências que podem representar vantagens a alguém (utilibus). No latim, “casibus quibus ambo officia in conflictum una cum aliquo veniunt”.

oferecer os argumentos de ambos os lados, o dever moral e a conveniência, entendeu pela segunda. O filósofo de Rodes levanta um segundo questionamento onde em uma tempestade, devendo um homem atirar parte da carga para fora, deveria optar entre o seu cavalo de preço elevado ou um escravo de baixo valor, contrapondo seu próprio interesse imbuído no cavalo e o sentimento humano representado no escravo. Nesse contexto, é trazida a referência da “Tábua de Carnéades”, confrontando esta segunda situação com a de um homem tolo que após um naufrágio se apropria de uma tábua. Assim indaga-se: um homem sábio poderia desapossar o homem tolo da tábua se ele tivesse meios para isso? Cicero categoricamente afirma que a resposta de Hecato seria de que tal ação seria injusta, e mesmo que o segundo homem fosse o dono da embarcação naufragada, ele não poderia desse modo agir da mesma forma que não poderia jogar um passageiro em alto mar sob a escusa que a embarcação é dele.

Na seção seguinte, Cicero comenta o caso clássico, pressupondo dois homens sábios e uma pequena tábua capaz de salvar apenas um deles. Uma resposta possível dada pelo filósofo seria que um primeiro homem deveria dar o lugar para o segundo contanto que este tenha um valor maior do que o primeiro tanto para si quanto para seu povo. No caso de ambos os homens serem igualmente valiosos, não haveria escolha para além de um sorteio ou de um jogo de par ou ímpar.

Os casos acima representados, ainda que de ocorrência absurdamente excepcional, representam uma cultura de “experimentação mental”, onde uma estrutura, suas hipóteses, suas consequências e conclusões podem ser testadas, ainda quando os problemas em si sejam inexequíveis ou sem uma aplicação necessariamente relevante, de forma que os dois homens à deriva próximos de uma tábua poderiam muito bem ser encontrados deitados em um quarto de hospital, sentados a uma mesa operando o mercado financeiro, gerindo seus próprios afazeres domésticos ou mesmo lidando com um filho incapaz.

Mesmo assim, a literatura e a arte, a história e a realidade se reproduzem de forma que até estes casos excepcionais capturam um número relevante de infelizes indivíduos que são submetidos a pequenos universos de lamentáveis proporções. Tal qual o homem sábio e o homem tolo, que muito bem poderiam ser igualmente saudáveis ou não, de mesma idade ou diversa, ricos ou pobres, socialmente distintos ou não, não foram poucas as ocasiões que acabaram por reproduzir quase literalmente os exercícios aqui propostos.

O primeiro dilema de Hecato onde um homem protegia seu interesse de sobreviver à custa de uma vida humana em meio a uma tempestade no mar foi reproduzido quase de maneira

integral no caso *United States v. Alexander Holmes*, em 1841, onde o navio William Brown capitaneado por George Harris se chocou contra um iceberg a 400 km de Newfoundland, então colônia britânica. Em meio a evacuação do navio, onde trinta e uma pessoas ficaram na embarcação naufragada, apenas um bote com a tripulação de dez homens e um pequeno barco longo com nove tripulantes e outros trinta e dois passageiros saíram do lugar do acidente. Quando este segundo, enfrentando uma tempestade, começou a afundar por excesso de peso, os tripulantes, entre eles Alexander Holmes, forçaram quatorze homens solteiros a sair da embarcação, sendo acompanhados por duas outras mulheres que eram irmãs de um dos homens, de forma que a estabilidade do barco só foi possível na ausência de seus antigos tripulantes. A corte da Pennsylvania em 1842 entendeu que o interesse em sobreviver nem sempre é uma defesa para o homicídio, condenando Holmes a seis meses de prisão e uma multa de vinte dólares, sendo esta última objeto de um perdão judicial<sup>199</sup>.

Em circunstâncias próximas da Tábua de Carnéades e do navio William Brown, e quase idênticas àquelas descritas no artigo “O Caso dos Exploradores de Caverna” de Lon Fuller, publicada em 1949 na *Harvard Law Review* nº 62 como exercício de distinção entre um positivismo legal e um jusnaturalismo, o caso *Mignonette* (*Her Majesty The Queen v. Tom Dudley and Edwin Stephens*) de 1884 trouxe o mesmo dilema anterior no qual o interesse de preservar a própria vida se dá à custa do sacrifício alheio. Contudo, há uma sensível diferença nestes próximos dois casos na medida que nos primeiros a ação salvadora representava a criação de um risco exagerado no qual apenas um milagre poderia fazer cessar, enquanto nos segundos a ação salvadora implica necessariamente a destruição da vida a ser instrumentalizada para o fim.

Tanto no caso *Mignonette* quanto no exercício proposto por Lon Fuller havia uma pequena comunidade isolada exposta a um risco de perecer por completo pela fome e desidratação – na hipótese de Fuller, um grupo amador de exploradores de cavernas; no caso *Mignonette*, um grupo de quatro sobreviventes de um naufrágio – onde seus participantes, por estas circunstâncias, instrumentalizaram um de seus integrantes – na hipótese de Fuller, através de um sorteio; no caso *Mignonette*, a suposta condição frágil da vítima, Richard Parker, um garoto de dezessete anos que havia bebido muita água salgada – para servir de fonte de alimento

---

<sup>199</sup> Mais informações em *Philosophy of Law Handouts & Lecture Notes*: <<http://people.brandeis.edu/~teuber/handout8.html>>. e *Law Library - American Law and Legal Information*: <<http://law.jrank.org/pages/2482/Alexander-Holmes-Trial-1842.html>>. Acessos em: 02/11/2015. O Romance “Lord Jim” de Joseph Conrad retrata de uma forma rica o dilema encontrado em situações de naufrágio.

e água. Os tripulantes do iate *Mignonette* foram socorridos vinte e quatro dias depois do naufrágio e cinco depois de ter matado o grumete. A promotoria denunciou dois dos sobreviventes que deliberaram sobre o uso da carne de Parker, o capitão Tom Dudley e Edwin Stephens, arrolando o terceiro marinheiro, Edwin Brooks, que supostamente também fez uso de Parker, como testemunha de acusação.

Como precedentes<sup>200</sup>, havia tanto o acima citado caso William Brown quanto os Casos Saint Christopher<sup>201</sup> (St. Kitts) – onde sete naufragos ingleses no século XVII no caribe tiraram a sorte para decidir quem seria sacrificado pelos outros, sendo posteriormente perdoados pela inevitável necessidade do caso – e James Archer – idêntico ao segundo, porém nunca julgado em razão de um conflito de competência entre Cingapura e Inglaterra. Por fim, o tribunal entendeu que a necessidade não é uma defesa para uma acusação de homicídio, não havendo base ética, moral ou nos precedentes anteriores, condenando Dudley e Stephens à morte, porém com uma recomendação do próprio tribunal para um indulto. Posteriormente foi decidida uma pena de seis meses de prisão.

Os casos supracitados, sejam eles experimentações mentais, sejam suas tristes e literais realizações, podem revelar, a partir de suas decomposições, elementos que permitirão identificar os fatores de decisão que repercutirão no exame da necessidade. Se os homens da antiguidade buscavam responder a pergunta “como um homem sábio agiria em tais condições?”, centrando suas análises nas virtudes esperadas naquele situado no conflito – temperança, sabedoria, honestidade, coragem, justiça – e não propriamente em suas ações, outras abordagens buscaram esse segundo caminho, porém ainda desenvolvendo caminhos absolutamente opostos, seja através da adesão das ações às normas de dever, seja através da apuração de seus resultados.

O primeiro e mais antigo destes caminhos, denominado ética das virtudes, representou o expoente do pensamento clássico, perdendo espaço durante o renascimento, só ganhando contribuições significativas a partir da segunda metade do século XX. No século IV AC, Aristóteles buscava na sua obra responder racionalmente a pergunta “como seres humanos

---

<sup>200</sup> Outro caso célebre foi o naufrágio do navio *Méduse* da marinha francesa, onde para além de episódios de canibalismo e insurgência, sobreviventes feridos e incapazes foram jogados no mar com o fim de aumentar a ração dos sobreviventes. Quinze homens foram resgatados com vida. O episódio foi imortalizado na pintura “*Raft of Medus*” do pintor romântico Théodore Géricault. Sobre outros casos, ver **JESUS**, Damásio de. *Estado de Necessidade* p. 90-92.

<sup>201</sup> **SIMPSON**, Brian. *Cannibalism and Common Law: A Victorian Yachting Tragedy*. The Hambledon Press. p. 122-123.



melhor poderiam viver? ”. Sua ética<sup>202</sup> enfatizava a importância do desenvolvimento de virtudes, de forma a alcançar um estado de *eudaimonia*, costumeiramente traduzido como felicidade e bem-estar. O filósofo dividia as virtudes em virtudes intelectuais e morais, onde a sabedoria e o seu conhecimento prático (prudência) seriam de ordem intelectual, e a liberalidade e a moderação de ordem moral, passando a descrever estas e muitas outras ao longo de sua obra ética.

Em tempos próximos, um chamado *aretaic turn* trouxe para um cenário dominado pelas outras duas escolas algumas contribuições para esta perspectiva ética. Elizabeth Anscombe<sup>203</sup> é apontada como a responsável pela ressurreição de uma ética da virtude e sua insurgência contra as abordagens com pretensões universais então encontradas, seja um princípio de máxima utilidade consequencialista, seja um imperativo categórico kantiano, na direção de retomar a obra ética aristotélica e desenvolver uma psicologia moral. Michael Stocker<sup>204</sup> criticou a forma como as demais teorias éticas modernas lidam tão somente com as razões e os valores que justificam as ações, mas quase nunca com suas motivações, parte significativa da experiência humana em uma relação com o próximo que não seja verdadeiramente egoísta. É o exemplo de um homem que se recuperando de uma longa doença recebe a visita de um amigo no hospital e ouve deste que ele “tenta sempre cumprir o que acha ser seu dever”, não havendo em si qualquer motivação para além do dever. Entre outros filósofos vinculados a esse pensamento, encontram-se Phillipa Foot<sup>205</sup>, Alasdair MacIntyre, Rosalind Hursthouse, Michael Slote, além de pensadores de outros campos como o economista Amartya Sen.

Pensando no problema da necessidade, os dilemas submetidos a uma ética da virtude assumiria uma fórmula onde eventualmente uma virtude poderia orientar um autor a cometer uma ação enquanto outra virtude, em sentido contrário, desautorizaria o agente de cometê-la. O exemplo trazido por Hursthouse<sup>206</sup> é o de um homicídio a pedido da vítima por uma motivação humanitária, tais quais as condições iníquas da mesma e uma excessiva dor. De um

---

<sup>202</sup> **ARISTÓTELES**. *Nicomachean Ethics* Obra disponível com índice dinâmico no repositório Virtue Science: <<http://www.virtuescience.com/nicomachean-ethics.html>>. Acesso em 4/11/2015.

<sup>203</sup> **ANSCOMBE**, G. E. M. *Modern Moral Philosophy*. Obra em domínio público disponível em: <<http://www.philosophy.uncc.edu/mleldrid/cmt/mmp.html>>. Acesso em: 4/11/2015

<sup>204</sup> **STOCKER**, Michael *The Schizophrenia of Modern Ethical Theories*. *The Journal of Philosophy* Vol. 73, No. 14, On Motives and Morals (Aug. 12, 1976), pp. 453-466.

<sup>205</sup> **FOOT**, Phillipa *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy*. Berkeley: University of California Press. p. 1-19.

<sup>206</sup> **HURSTHOUSE**, Rosalind. *Virtue Ethics*. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2013 Edition), Edward N. Zalta (ed.) Obra disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/ethics-virtue/>>. Acesso em 4/11/2015.

lado haveria um valor próximo de caridade enquanto do outro demovendo poderia existir alguma concepção de justiça.

Outra postura ética de influência substancialmente relevante na resolução de dilemas é encontrada no universo de teorias deontológicas, para as quais o julgamento de uma ação se dará tão somente baseado na adesão dela a uma regra ou um corpo de regras. Michael Moore e Larry Alexander<sup>207</sup> categorizam estas teorias baseadas em um(a) dever/obrigação em três espécies, todas elas podendo reclamar sua origem na mais influente teoria ética deontológica, a ética kantiana. Para os autores, é possível distinguir teorias deontológicas centradas na perspectiva do agente, outras centradas a partir do paciente das ações e uma terceira categoria de teorias contratualistas.

A ética kantiana, pai de todas elas, é identificada ao longo de sua obra, principalmente em seus textos *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, *Crítica da Razão Prática* e *Metafísica dos Costumes*, escritos entre 1785 e 1797, como uma teoria na qual uma ação só pode ser considerada boa se encontrar aderência a uma lei moral, e esta, para o filósofo, deve seguir um comando da razão, absoluto e aplicável em toda e qualquer circunstância, como um fim em si mesmo. Essa categoria mandamental – imperativos categóricos – torna-se um conceito central para a teoria ética kantiana que, ao contrário dos imperativos hipotéticos, não depende de qualquer conhecimento empírico e posterior, podendo, ao ser pensado, ter o seu conteúdo identificado. Kant<sup>208</sup> então identifica tal imperativo como: “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”. Esta universalidade, para o filósofo, deverá ultrapassar os fins subjetivos, sendo esses baseados tão somente em sua relação com uma faculdade de desejar com características especiais de forma a não fornecer princípios universais para todos os seres, sendo apenas objetos para os imperativos hipotéticos. Assim, Kant conclui que “haja alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesmo, possa ser a base de leis determinadas, nessa coisa e só nela é que estará a base de um possível imperativo categórico, quer dizer de uma lei prática”. De forma que conclui: “O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo

---

<sup>207</sup> ALEXANDER, Larry and MOORE, Michael, *Deontological Ethics*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), obra disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/ethics-deontological/>>. Acesso em 05/11/2015.

<sup>208</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Edições 70. Lisboa 2007. p. 58-59 e 66-68.

como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim”.

As teorias deontológicas centradas na perspectiva do agente são aquelas que creditam ao fato de possuímos permissões e obrigações especiais a existência de razões para agir tão somente relativas ao agente. Uma divisão destas teorias pode ser ainda encontrada na medida em que um primeiro grupo concentra suas análises nas intenções meio, intenções fins ou até mesmo em outras representações de estados mentais do agente. Uma segunda subcategoria, sem negar que as ações humanas possuem um aspecto volitivo gerado em um estado mental, buscam avaliar o agente tão somente por meio de suas ações, distinguindo o processo causal de causar uma morte com o processo de não evitar a mesma, ainda que o segundo também pode ser objeto de um dever especial. O mérito dessa segunda subcategoria está na medida que procura fundamentar respostas originais<sup>209</sup> para dilemas como o do médico que desliga o aparelho que mantém a vida do paciente, quando ele mesmo foi quem iniciou aquele curso causal salvador, na medida em que esse aparelho poderia ser ligado a um paciente com melhores chances de sobrevivência. Igualmente, é possível trazer o exemplo do socorrista que ao tentar salvar um homem que está à beira de ser precipitado se vê, por um infortuno, tendo que se livrar do mesmo para não cair e conseqüentemente morrer também. Existe também uma terceira categoria sincrética próxima da nossa tradição penalista continental de exigir o exame de ambas as perspectivas citadas: a ação e a sua deliberação intelectual.

Uma segunda postura deontológica é aquela orientada na perspectiva do paciente – a vítima das ações. Para esta, as razões não devem assumir como premissa relações especiais de obrigação e permissão do agente, mas sim os direitos do paciente. Esta perspectiva é levada por autores libertários, como Roberto Nozick, que defendem um núcleo essencial constituído pelo direito de não ser utilizado como um meio para um fim proposto sem o seu devido consentimento. Esse núcleo duro e essencial fundamentaria a existência de um universo de “direitos discretos” que seria composto por direitos como o de não ser morto, de não ter sua integridade física violada, de não ter o seu patrimônio confiscado, etc. Algumas de suas realizações serão vistas brevemente quando da análise de algumas tradicionais experimentações mentais.

---

<sup>209</sup> **ALEXANDER**, Larry and **MOORE**, Michael. *Deontological Ethics*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Obra disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/ethics-deontological/>>. Acesso em 05/11/2015.

Um último conjunto de posturas deontológicas seriam aquelas baseadas em um hipotético contrato social, que seriam proibidas caso fossem racionalmente e previamente colocadas a todos os destinatários. É por meio desse raciocínio que Beccaria<sup>210</sup> desenvolve a proibição moral da pena de morte: ou o homem tem o direito de se matar, ou não pode ceder esse direito a outrem nem à sociedade inteira. Igualmente, esta é a posição a qual se encontra a teoria de justiça de John Rawls, para quem os atos morais seriam aqueles escolhidos por todos se estes se encontrassem sob um “véu da ignorância”.

Todas as teorias éticas deontológicas citadas convivem com dilemas na forma que em uma situação de necessidade, obrigações e permissões do agente, direitos do paciente ou mandamentos hipoteticamente pactuados irão determinar a observância de regras em sentidos opostos, devendo existir mecanismos hierárquicos que orientem para qual sentido uma ação moral deverá ser orientada e ao contrário do que pretendeu-se sumariamente demonstrar, no universo das justificações deontológicas é possível encontrar respostas bastantes díspares até mesmo para conflitos envolvendo interesses elevados como a vida.

A terceira categoria das teorias éticas normativas de maior relevância, o consequencialismo<sup>211</sup>, compreende todas as teorias que qualificam o juízo moral de uma ação através das suas consequências produzidas. O primeiro proponente de uma teoria posteriormente identificada como consequencialista foi Jeremy Bentham, que em 1789, em sua obra “Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação” cunhou o que seria o seu princípio utilitário<sup>212</sup>: um princípio que aprova ou desaprova cada ação de acordo com a tendência que ela possuir de aumentar ou diminuir a felicidade dos participantes cujos os interesses estão em questão, podendo ele ser encontrado não somente nas ações privadas individuais como também em cada medida governamental. A utilidade, para Bentham, é uma propriedade de cada objeto capaz de produzir benefícios, situações de vantagem, prazer e felicidade, ou ainda aliviar ou prevenir danos, dores, o mal ou a infelicidade do integrante da realidade considerada. E assim seu utilitarismo foi edificado sob estas noções e o princípio de que a humanidade é governada pelos seus dois mestres – o prazer e a dor – não havendo esforços uteis para nos desvencilhar

---

<sup>210</sup> **BECCARIA**, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 16º Capítulo. Obra em domínio público.

<sup>211</sup> O termo foi cunhado posteriormente por Elizabeth Anscombe em: **ANSCOMBE**, G. E. M. *Modern Moral Philosophy*. Obra em domínio público disponível em: <<http://www.philosophy.uncc.edu/mleldrid/cmt/mmp.html>>. Acesso em: 4/11/2015

<sup>212</sup> **BENTHAM**, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Capítulo I. Obra em domínio público disponível na Online Library of Liberty: <<http://oll.libertyfund.org/titles/278>>. Acesso em 06/11/2015.

deste estado de sujeição, assim orientando-nos a aplicar nossos esforços racionais para desenvolver um sistema moral sob estes pressupostos.

O utilitarismo de Bentham foi ulteriormente abraçado e desenvolvido por John Stuart Mill em 1861, em seu escrito “Utilitarianism”, que, contudo, se afastou da descrição egoísta que Bentham possuía da natureza humana, e adquiriu as mais diversas formas em outras mãos. É atribuída ao economista Henry Sidgwick um hedonismo ético sucessor de ambos os autores, e muitos outros caminhos foram traçados oferecendo soluções para os diferentes desafios de um pensamento utilitário: o que seria algo avaliado como bom? Este bem seria o mesmo dentro de uma sociedade plural? Existem diferenças qualitativas entre duas coisas boas, isto é, é possível falar em um bem socialmente mais desejável do que outro? E se falarmos em consequências boas, quais destas seriam: as esperadas pelos autores das ações ou aquelas que efetivamente ocorreram? E os próprios autores destas ações? Os seus desejos, valores e interesses e todos os demais presentes em todo um corpo social e jurídico seriam ao todo desprezados em uma teoria que sequer faz menção às mesmas?

Foi buscando algumas destas respostas que surgiram algumas posições intermediárias pretendendo conciliar um juízo valorativo dos resultados com um corpo de valores fundado em obrigações, permissões e direitos, uma vez que ambas as posturas eram capazes de produzir resultados iníquos ou não intuitivamente admissíveis para um senso comum se universalizadas. Estas posturas “mistas” e muitas outras reconstruções encontradas em todas as escolas éticas hoje representam a sobrevivência de seus legados que persistem em colocar-se como parâmetro, talvez não como uma solução adequada, mas como crítica as soluções propostas. Um exemplo nesse sentido que pode ser dado encontra-se na primeira parte desta dissertação, na postura de se efetivar a subsidiariedade do sistema penal tal qual aquela que foi defendida no primeiro capítulo desta dissertação, representando uma perspectiva funcional do Direito Penal destinada a intervir em conflitos da forma menos lesiva para os integrantes da realidade analisada – autores, vítimas e sociedade.

O problema da necessidade – tanto no campo das investigações éticas quanto no Direito Penal – hoje se encontra em um estado em que enquanto experimentações mentais atestam a consistência dos resultados confrontados pelas teorias éticas, o Direito Penal precisa dar respostas imediatas racionais e não-casuísticas para situações fáticas que se multiplicam em nossos grandes centros urbanos. Um dos exercícios mais célebres – o trolley problem – foi

originalmente proposto pela filósofa Phillipa Foot<sup>213</sup> em um artigo no qual tratava o problema do aborto em situações de risco e a doutrina do duplo efeito e a seu problemático emprego<sup>214</sup>. Segundo Foot, a doutrina do duplo efeito é geralmente adotada pelos católicos na questão do aborto com pretensões de ser aplicada em todas as demais situações da vida. A caracterização de sua aplicação pode ser melhor visualizada na colisão entre dois exemplos. Em um primeiro caso, uma mulher paciente de câncer poderia se submeter a uma histerectomia que a curaria da doença, salvando sua vida mas que também levaria a morte do feto? No segundo caso, uma mulher grávida de uma criança hidrocefálica poderia durante uma complicação no parto ser submetida a um procedimento cirúrgico que levasse a morte do nascituro?

No primeiro caso, a ação do médico, para a Igreja Católica, seria justificada na medida em que o efeito desejável (salvar a vida da gestante) decorreria imediatamente da mesma ação que causou o efeito indesejado (a perda do feto). No segundo, a morte do feto seria um meio para se alcançar um fim desejado (a manutenção da vida da gestante), de forma que não se justificaria a instrumentalização da vida do feto para se alcançar um fim desejável. Em outras palavras, não haveria um duplo efeito decorrente imediatamente da mesma ação, mas sim um efeito positivo que decorreria como consequência direta de um efeito negativo e indiretamente da ação original.

Contudo, a diferença entre um caso e outro, para alguns, talvez não seja fácil de identificar ou até mesmo de defender. Deve-se pensar no exercício clássico do grupo expedicionário que ficou preso em uma caverna prestes a ser inundada porque um integrante gordo ficou entalado nas rochas<sup>215</sup>. Havendo um explosivo e a iminência de todos morrerem afogados, seria lícito explodir o caminho, o que levaria necessariamente o pobre homem a

<sup>213</sup> FOOT, Phillipa. *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect*. Oxford Review, no. 5, 1967

<sup>214</sup> A doutrina do duplo-efeito foi concebida por AQUINO, São Tomás em sua *Suma Teológica*, Segunda Parte da Segunda Parte, Questão 64, Artigo 7º, pretende responder se é justificado matar alguém em legítima defesa. Após apresentar as objeções, algumas célebres como Santo Agostinho, São Tomás de Aquino respondeu a todas no sentido em que não há nada que impeça um ato de possuir dois efeitos distintos, como haveria em um homicídio em legítima defesa, o efeito de salvar sua própria vida e outro de matar o seu agressor. Neste caso para Aquino não seria ilegal o ato de matar porque é natural o interesse de permanecer “sendo” por mais tempo possível. Por outro lado, um ato seria ilegal, apesar das boas intenções, se o mesmo fosse desproporcional ao seu fim, como no uso de uma violência maior do que a necessária. Modernamente, algumas variações da doutrina do duplo efeito passaram a distinguir o causar um mal para alcançar um fim e o causar um mal como efeito lateral de uma ação buscando outro fim. Segundo *The New Catholic Encyclopedia*, são quatro as condições para a aplicação do princípio do duplo efeito: (1) o ato deve ser moralmente bom ou, pelo menos, indiferente; (2) o agente não deve positivamente pretender o efeito ruim, mas permiti-lo; (3) o efeito positivo deve ser produzido diretamente pela ação e não a partir do mal efeito; (4) o bom efeito deve ser suficientemente bom para compensar o mal efeito. Em: MCINTYRE, Alison, *Doctrine of Double Effect*. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.) Obra disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/double-effect/>>. Acesso em 09/11/2015.

<sup>215</sup> O exemplo é de NIELSEN, Kai. *A Defense of Utilitarianism*. 1972.

morte? Foot acusa que a doutrina do duplo efeito não teria dificuldades para negar tal possibilidade, mas, contudo, sem deixar claros os limites entre as intenções diretas e obliquas: *“what is to be the criterion of ‘closeness’ if we say that anything very close to what we are literally aiming at counts as if part of our aim?”*

Neste contexto nasce o problema do trolley, onde se supõe existir um trem elétrico guiado por um motorista que só pode desviar de um trilho para o outro. Na hipótese de existir cinco homens trabalhando nos trilhos e outro homem no trecho auxiliar, sabendo que na situação hipotética onde o trem passar necessariamente causará o óbito daqueles envolvidos na pista escolhida, como se poderia enquadrar tal situação na doutrina do duplo efeito? Caso o motorista desvie o curso do trilho onde trabalhavam os cinco homens, como seria qualificada a intenção para com a vida daquele homem?

Mudando o cenário, como se poderia lidar com uma conjuntura onde em um hospital com condições materiais finitas um paciente para sobreviver precisaria imediatamente de toda a quantidade de uma droga que poderia salvar a vida de outros cinco pacientes em um momento próximo? Existe alguma diferença caracterizadora desta hipótese para o sinistro exercício do médico cirurgião que aproveita os órgãos de um paciente para salvar a vida de outros que se encontravam em necessidade extrema?

O sítio *Philosophy Experiments*<sup>216</sup> desenvolvendo todos esses exercícios realizou uma enquete respondida até então (novembro de 2015) por 229.890 pessoas que respondendo perguntas preliminares se identificaram no sentido em que 60% defenderam ser a tortura sempre moralmente reprovável, 56% se identificaram de forma contrária a uma postura consequencialista, 56% defenderam ser sempre moralmente reprovável matar alguém contra a vontade dela e 76% responderam ser sempre obrigado salvar alguém quando isto não implicar nem um risco a sua vida nem a diminuição do somatório da felicidade humana.

Nessa mesma pesquisa, para o problema do trolley, 86% acharam moralmente justificado desviar o trem no sentido de salvar as cinco vidas envolvidas. Quando perguntadas se, existindo uma alternativa para parar o trolley, empurrando um homem gordo inocente que o assistia passar em cima de uma ponte<sup>217</sup> de forma a evitar a morte dos cinco trabalhadores, apenas 39% dos inqueridos responderam de forma afirmativa. O que diferiria substancialmente

<sup>216</sup> Sítio Philosophy Experiments: <http://www.philosophyexperiments.com>. Acesso em 10/11/2015.

<sup>217</sup> Esta hipótese foi trazida por THOMSON, Judith Jarvis em *The Trolley Problem e Killing, Letting Die, and the Trolley Problem*, o primeiro sendo publicado no *The Yale Law Journal*, Vol. 94, No. 6 (May, 1985), p. 1395-1415.

a condição de um trabalhador na manutenção de uma via auxiliar, sabendo que o trem não a utilizará para um estranho àquele processo?

Uma terceira hipótese trazendo mais um elemento, o fato daquele homem gordo, a princípio estranho ao processo ser um sabotador culpado por toda aquela estranha cadeia de eventos, fazendo com que agora 75% dos inqueridos fossem positivos quanto a sua precipitação para interromper a cadeia causal. Fazendo uma analogia entre o uso instrumental da vida do “culpado” e a possibilidade de um homem ser torturado para identificar a localização de uma suposta bomba, 77% deste mesmo público respondeu ser moralmente adequado torturar para este fim. Lembra-se que de início 60% defendiam categoricamente a impossibilidade de torturar em hipótese alguma e mais da metade se mostravam contrários a uma postura consequencialista.

Por último, uma quarta variação<sup>218</sup> traz ainda uma hipótese de um loop onde o trolley necessariamente passará por um caminho circular, a princípio atingindo cinco pessoas e depois uma outra pessoa realmente obesa, de forma que se alterando o curso para atingir primeiro o pobre homem gordo, o trem não alcançaria velocidade para matar os outros cinco. Desta forma, haveria dentro do sistema uma opção que uns se tornariam meios para a salvação de outros e outra onde não haveria solução alguma para aqueles integrados.

A doutrina do duplo efeito quando confrontadas a estas situações sem dúvidas poderá trazer algumas respostas satisfatórias. Para a hipótese original do trolley, pode-se defender que a morte do trabalhador singular, no caso de ter o operador desviado o trem, não ser um efeito desejado, mas sim uma consequência colateral da operação de salvamento dos cinco trabalhadores. As hipóteses da administração do remédio para o paciente mais necessitado e a variação do trolley com loop seriam verdadeiros dilemas que deixam em evidencia nossa forma de avaliar quantitativamente em situações escarças, tanto quanto sugerem os números da enquete. Porém, quando se pensa na hipótese do infame médico que explicitamente instrumentaliza um de seus pacientes para salvar quantitativamente a mesma quantidade de pacientes, a distinção entre efeitos diretos e oblíquos<sup>219</sup> parece nesse caso se tornar um pouco mais evidente.

Contudo, os fatores propostos por esta doutrina por si só não parecem ser capazes de preencher o senso comum, vide a significativa desproporção daqueles que empurrariam o vilão

---

<sup>218</sup> THOMSON, Judith Jarvis *The Trolley Problem*. The Yale Law Journal, Vol. 94, No. 6 (May, 1985), p. 1402-1403 e COSTA, Michael J. *Another trip on the trolley*. Southern Journal of Philosophy 25 p. 461-466.

<sup>219</sup> Igualmente adota-se para caracterizar tais efeitos os termos “internacionais” e previsíveis” realçando a postura desejosa para com os primeiros.



obeso, mas não o pobre transeunte igualmente acima do peso. Mais do que isso. Por um lado, Foot desconfia que se deve valorar tais situações não somente em termos de efeitos diretos e oblíquos (colaterais), que continuaram tendo um papel subsidiário, mas sim do que se faz e do que se permite acontecer, o que não necessariamente implica ser uma correlação imediata com ações e omissões, já que “permitir acontecer” pode compreender outras condutas imprudentes a depender dos deveres positivos e negativos. Adotando tal perspectiva qual seria a diferença inicialmente proposta entre um aborto onde o nascituro é submetido a uma craniotomia e uma gestante que é submetida a uma histerectomia?

Thomson, por sua vez, realçando os direitos das vítimas das escolhas, coloca em evidência a ausência de consentimento tanto do solitário trabalhador na pista auxiliar do trolley quanto do infeliz paciente do sinistro médico que o usa para salvar os cinco pacientes, contudo não encontrando por essa perspectiva uma justificativa moral para em ambos os casos admitir o sacrifício de uma vida singular para salvar as cinco, ainda que compreendesse a escolha emotivamente orientada feita pela pessoa envolvida no conflito. Porém, havendo um risco já existente, onde todos estejam de início submetidos, como no caso da variação do trolley com loop, onde as consequências das escolhas morais divergiriam entre provocar a morte de todos e de apenas um, Thomson, adotando o parâmetro dos direitos do agente não encontraria aí uma violação provocada pelo titular da escolha, ao contrário das outras hipóteses onde implicariam a criação de um novo risco.

Ainda, para mais que as críticas anteriormente expostas – seja pela adoção como critério secundário, seja pela adoção de um modelo onde não haja um referencial – o princípio do duplo efeito sofreu na mão de outros críticos. Gilbert Harman<sup>220</sup>, dissertando sobre intenções, desejos, expectativas, metas e esperanças, decompõe a o raciocínio em raciocínio prático e teórico. O primeiro compreende aquilo que o sujeito pode intentar, enquanto a segunda é entendida como o que se pode acreditar ser possível. O exemplo do *sniper* que atira com uma arma de precisão com um alcance razoável em um soldado que se encontra completamente fora do alcance prático da arma. O *sniper*, ao disparar, poderá até intencionar atingir o soldado, ainda que ele, dominando a técnica acredite ser completamente improvável que o acerte. Torna-se um *wishfull thinking*. Para Harman, intenções se distinguem de desejos e esperanças. As últimas possuem referenciais diretos. O *sniper* desejará a morte do soldado, o cultivará dentro de si a esperança

---

<sup>220</sup> **HARMAN**, Gilbert. *Practical Reasoning*. The Review of Metaphysics Vol. 29, No. 3 (Mar., 1976), p. 431-463, para a questão dos efeitos desejados e laterais, p. 453 e seguintes.

que isso ocorra. Contudo, a intenção sempre conterà um auto referencial, isto é, a intenção deverá ser de que a intenção o faça intentar achar um meio para matar a pessoa em questão. Se em um segundo exemplo, uma mulher deseja matar um homem e, ao mirar em seu tórax, por um susto, dispara um projétil, não foi a sua intenção que a levou encontrar um meio de tirar a vida daquele homem, ainda que assim o desejasse. Levando para a questão do princípio do duplo-efeito, como poderíamos distinguir aquilo que é intentado como um meio para alcançar um fim daquilo que, como produto de desejos e esperanças são predições? Tanto no caso do aborto por razões humanitárias quanto no caso da gestante realizando uma histerectomia a conclusão prática é de realizar a intervenção médica como fim de salvar a vida da gestante, enquanto a conclusão teórica coloca em evidência o fato de que a morte do feto/nascituro ocorrerá invariavelmente. Nota-se que em ambos os casos ela não é intencionada porque não segue a formula autorreferente de intenção sugerida pelo autor. Em outras palavras: se a intenção é sempre uma intenção de que esta intenção o conduza a conseguir transformar uma realidade, a morte do feto/nascituro em nenhum dos dois casos assumirá parte como conclusão prática.

Neste sentido e indo mais adiante, Joshua Knobe<sup>221</sup> segue com o exemplo: imagine que uma empresa implemente um novo programa e este, por um lado, irá trazer muito dinheiro para a empresa, e por outro, obrigatoriamente irá produzir um “efeito colateral X”. Pergunta-se: pode-se dizer que o presidente que implementou esse novo programa intentou produzir esse efeito colateral? Lembra-se que o que está sendo posto aqui representa em nossa tradição penal o que seria uma distinção entre um dolo real de primeiro grau e um dolo real de segundo grau. Dialeticamente o filósofo aponta que se pode defender, por um lado, que é sempre errado dizer que um efeito lateral foi trazido de forma intencional, como assim fazem uns, por outro, contudo, em algumas dessas circunstâncias verdadeiramente pode-se defender que os efeitos laterais foram desejados. Para Knobe, todavia, a percepção do que se tem como efeito direto ou oblíquo – intencional ou colateral – depende necessariamente da forma como o interlocutor pretender trazer a informação naquele sentido<sup>222</sup>, o que ainda em último caso vai depender do que for o tal “efeito colateral X”.

---

<sup>221</sup> **KNOBE**, Joshua. *Intentional Action and Side Effects in Ordinary Language*. *Analysis*, 63, p. 190-193 e **KNOBE**, Joshua. *The Concept of Intentional Action: A Case Study in the Uses of Folk Psychology*. *Philosophical Studies*. August 2006, Volume 130, Issue 2. p. 203-231.

<sup>222</sup> Para suportar tal afirmação Knobe traz como suporte uma pesquisa experimental – **MALLE**, B. F. & **KNOBE**, Joshua. *The folk concept of intentionality*. *Journal of Experimental Social Psychology* 33 – 1997. P. 101–121 – onde pessoas são levadas em cinco experimentos a, por exemplo, descrever uma média de intencionalidade em vinte comportamentos verbalmente descritos (como, por exemplo, Ana está suando, a menos avaliada, e Ana

Em um experimento trazido por Knobe, onde o presidente da empresa anuncia implementar um programa que fará a empresa obter lucros, mas que também conterà este “efeito colateral X”, dois grupos receberam proposições diferentes onde para o primeiro o “efeito colateral X” era benéfico e para o segundo era um efeito indesejado. Quando instados a avaliar qual o grau de intencionalidade do agente proponente – o presidente – desse programa em uma escala de zero a seis. Como resposta, 82% do segundo grupo atribuiu o efeito indesejado como intencional pelo presidente enquanto 77% do primeiro grupo atribuiu o efeito positivo como intencional pelo agente<sup>223</sup>. Essa discrepância encontrada entre a percepção de uma situação e de outra ganhou o nome de seu autor e hoje é conhecida como Efeito Knobe, servindo como desafio para com a doutrina do duplo efeito e reflexão para a forma como avaliamos e noticiamos circunstâncias políticas pelo globo<sup>224</sup>. O bom jornalismo deve antes de tudo avaliar eticamente o conteúdo daquilo que é reproduzido. Em último caso, qual seria a diferença entre um “bombardeio terrorista” e um “bombardeio estratégico”? Ambos admitem um duplo efeito e podem assumir habilmente formas que satisfaçam componentes de proporcionalidade, assim demonstram a maioria daqueles que admitem a permissibilidade dos “bombardeios estratégicos”<sup>225</sup>.

Por fim, os conflitos de interesses no caso penal oferecem mais uma resistência para além dos casos até então propostos. Se o exame da ação humana, sua intenção, a relação entre efeitos desejados e indesejados no universo do previsível, as expectativas normativas que algumas dessas posturas fazem do agente, tudo isso revela um horizonte rico de investigações, imagina-se se este mesmo universo passa não só avaliar as situações onde uma relação de transformação física se faz presente, através de uma relação de causa e efeito, como também todas aquelas relações de imputação onde se encontram realidades normativas complexas,

---

molhou suas plantas novas, a mais intencionalmente avaliada), identificar padrões de respostas para a pergunta “quando se diz que alguém cometeu uma ação intencionalmente, o que isso significaria?” em quatro elementos e avaliar situações hipotéticas dentro do universo desses mesmos quatro elementos e suas combinações – crença, desejo, consciência e habilidade, de forma a compreender como esse senso comum é formado e sugerir modelos para defini-los.

<sup>223</sup> Dada as condições e os juízos de valor antecipados sobre as práticas predatórias promovidas pelas grandes empresas, o exercício foi reproduzido em outros cenários obtendo respostas semelhantes. O caso foi redefinido no diálogo entre um tenente e um sargento em circunstâncias de guerra. Nesta hipótese um efeito colateral negativo foi atribuído como intencionado pelo tenente em 77% contra apenas 70% quando estes efeitos colaterais eram benéficos.

<sup>224</sup> Sobre o papel das emoções, interessante o artigo *O que é a moral?* de SUNSTEIN, Cass R. publicada em português no sítio do jornal Público de Lisboa. Sítio eletrônico: <<http://www.publico.pt/ciencia/noticia/o-que-e-a-moral-1663393>>. Acesso em 11/11/2015.

<sup>225</sup> MCINTYRE, Alison, *Doctrine of Double Effect*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.) Obra disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/double-effect/>>. Acesso em 09/11/2015.

como os interesses coletivos e imateriais reconhecidos pelos nossos filtros legitimadores? Isto tudo, sem dúvidas, orientado por um universo de riscos e incertezas que ultrapassam a redução de fatores oferecida pelas experimentações mentais.

Entre as tantas realidades que chegam costumeiramente aos judiciários nacionais, encontra-se o furto famélico, onde um estado de necessidade poderia ser configurado na ponderação entre o patrimônio sacrificado da vítima e a própria vida daquele que o subtraiu. Julgados antigos nacionais costumam decidir de forma a reconhecer a justificação, assim excluindo a ilicitude da conduta, para os casos onde o réu “atue com o único intento de saciar a fome, em necessidade extrema, não podendo esperar mais, por ser a situação insuportável e que somente através do ato ilícito consiga resolver o problema da falta de alimentação<sup>226227</sup>”, assim depreendendo tais situações a partir da natureza da *rés furtiva*.

Em tempos passados, na França, o furto famélico foi objeto de uma petição de um juiz de Château-Thierry chamado Paul Magneau<sup>228</sup> endereçada à Câmara dos Deputados da República, em 1889, buscando a modificação do então Art. 64 do Código Penal francês, pretendendo ao tratar as causas que excluíssem a responsabilidade penal, que na época previa as hipóteses de inimputabilidade do agente e daqueles acometidos violentamente por uma força que não podia resistir, ampliar a interpretação conservadora dos tribunais que não entendia a conduta daqueles que furtassem para subsistir. O próprio juiz tinha absolvido Luisa Ménard, uma mulher, que até antes de cometer um furto, não havia comido nas últimas trinta e seis horas. Em um segundo momento, Magneau peticionou à mesma Câmara, defendendo a modificação do Art. 463, de forma a ampliar o poder dos juízes para determinar o castigo e até mesmo a absolvição em decisão fundamentada, quando um ato de clemência parecer um meio mais eficaz de chegar à moralização do culpado.

Para além das realidades onde a pobreza extrema insta homens em condições trágicas a furtar para saciar sua fome dentro de uma relação imediata de causa e efeito, esta mesma se

---

<sup>226</sup> TACRIM-SP - Rel. Silvério Ribeiro - RJD 27/66.

<sup>227</sup> De profunda sensibilidade o voto do Desembargador José Percivaldo Albano Nogueira Jr no TACRIM-SP: “Muito fácil se torna a alguém, na frieza do papel dos autos, sentir que a fome de outrem é insuscetível de conduzi-lo a um ato anti-social. Cercado de todas as comodidades que a vida moderna propicia aos mais favorecidos, vendo seus filhos bem alimentados e saudáveis, é difícil ao indivíduo bem situado na sociedade entender o estado de necessidade dos miseráveis. Mas se conseguir transpor-se, mentalmente, à situação dos menos favorecidos, dos doentes, dos desempregados, ainda que com muito esforço, conseguirá transpor-se, mentalmente à situação dos menos favorecidos, dos doentes, dos desempregados, ainda que com muito esforço, conseguirá sentir que um jovem e primário, quando desempregado, não consegue os meios de subsistência e, impelido pela fome, vem a furtar, age em estado de necessidade.”

<sup>228</sup> **ARAVENA**, Fernando Leal. *El Hurto Famélico a la Luz de las Sentencias del Bem Juez Magneau*. Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios. N° 4. 2002. Santiago de Chile. p. 145-151.

apresenta como um relevante dado trazido por uma análise conjuntural. Um caso que ilustra com clareza o que se pretende dissertar é encontrado nos correios da cocaína no trânsito das chamadas “mulas” da América Latina para a Europa. A corte constitucional espanhola (STS) julgou o caso de uma mulher, mãe de dois filhos menores, um portador de uma deformidade congênita e necessitado de intervenções médicas. Segundo o relatado, quando tomou a decisão de transportar drogas ilegais, se encontrava em um estado de penúria que a levou a atuar para poder obter meios econômicos que permitissem sua subsistência e de seus dois filhos<sup>229</sup>. Contudo, a jurisprudência do mesmo tribunal é majoritariamente negativa, na medida que o bem, o ganho financeiro para custear tais atividades – na remota hipótese de ele se realizar – é avaliado de forma inferior ao mal que ele pretende evitar. Isto é, segundo a corte espanhola, os impactos sociais nocivos do tráfico de drogas à saúde pública se sobreporiam a qualquer problema econômico particular, havendo referências ao que se pretendia fazer com os ganhos tão somente em casos realmente extremos, onde mesmo assim o tribunal reconhece uma configuração de necessidade incompleta, apenas atenuando a pena.<sup>230</sup> Essas duas questões serão retornadas em momentos convenientes.

Outras questões curiosas onde uma reflexão sobre um conflito de interesses foi possível podem ser encontradas nas objeções aos serviços militares por convicções religiosas e em crimes militares como o de deserção. No primeiro caso, envolvendo, por um lado, um dever cívico ao qual todos são obrigados e, por outro, o direito à uma crença espiritual, conteúdo de um direito da personalidade, que possa entrar em conflito com alguns aspectos desse dever. O reconhecimento de algumas práticas presentes nas mais diversas crenças religiosas não é fato novo, e por muitas vezes serviu para recortar tipos penais. Vale lembrar que a ayahuasca por muito tempo esteve presente na lista de drogas alucinógenas em nosso país e ainda hoje é objeto de legislação extravagante que regulamenta seu cultivo e o seu uso religioso<sup>231</sup>. Especificamente para a objeção ao serviço militar, muitos estados lidaram de forma satisfatória ao criar um serviço público civil análogo ao militar, contudo a questão persiste. Até que ponto uma objeção pessoal, com representação institucionalizada ou não poderá fazer ceder um dever civil universal, ainda que este não possua repercussões criminais? Sobre o segundo caso, um

---

<sup>229</sup> STS 24/07/2000 [RJ 2000\7121]

<sup>230</sup> ESCAMILLA, Margarita Martínez. *Pobreza, Estado de Necesidad y Prevención General: Los “Correos de la Cocaína” y El Tribunal Supremo Español*. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal n°s 20/21. p. 515-523.

<sup>231</sup> De forma bem-humorada muitos protestos de cunho político assumiram a roupagem da defesa do direito a uma crença. Vale lembrar do estudante do Estado do Oregon Bobby Henderson que cunhou uma religião, o pastafarianismo, uma religião que credita a existência do universo a um monstro invisível do espaguete voador, como escusa para combater o ensino do criacionismo e o design inteligente nas escolas públicas. Igualmente, a Primeira Igreja da Cannabis foi registrada e reconhecida no Estado de Indiana.

crime de deserção, sobretudo para aqueles que cumprem o serviço obrigatório, não sendo militares profissionais, poderia decorrer, como Rodriguez Achutegui<sup>232</sup> apresenta, por meio de um conflito de consciência talvez não bem trabalhado em um primeiro momento, quando o agente ingressa na instituição, mas que tenha culminado a um estado de intolerantes proporções no curso do tempo. Um problema ainda diverso, porém, envolvendo o mesmo cenário de deserção ou até de crimes comissivos por omissão, pode ser encontrado nos casos onde um interesse em sobreviver colide com o especial dever do militar de enfrentar o perigo, aspecto esse trazido pela esmagadora maioria das formas de estado de necessidade hoje em vigor, tornando o equilíbrio dessa balança ainda mais complexo.

Outros conflitos de interesses de difícil apreciação tanto no plano da causalidade quanto na ponderação de seus elementos integrantes podem ser encontrados nos crimes contra a administração pública, o sistema financeiro ou a ordem econômica, quando as condutas criminosas são cometidas de forma deliberada com o fim de proteger um interesse menor do que aqueles reflexos ao estado e a coletividade. Uma hipótese muito debatida em nossa realidade jurídica pátria é o da apropriação indébita previdenciária, prevista no Art. 168-A do Código Penal brasileiro. O que se poderia depreender da conduta do administrador que, em um primeiro momento, retém contribuições previdenciárias como forma de evitar uma maior dificuldade financeira diante dos demais credores? Como mensurar a relação entre o interesse do erário e a disposição imediata destes recursos frente a um quadro financeiro onde a própria atividade econômica que dá sentido a relação possa ser extinta muitas vezes sem culpa dos próprios gestores? Em último caso, e aqui invocando o problema da ponderação, como se pode comparar um interesse público e geral – costumeiramente atingido em uma pequena proporção que só adquiriria alguma relevância quando praticada de forma sistemática por todos<sup>233</sup> - com outro individual ou particularizado, muitas vezes com uma projeção realmente significativa para aqueles envolvidos?

Igualmente, o problema dos conflitos de interesse possui relevância na determinação dos códigos deontológicos na área das práticas médicas. Pensa-se em uma realidade onde um corpo técnico profissional é finito, e assim também os recursos idôneos a resguardar positivamente o estado de saúde das pessoas, e estas podem assumir uma multiplicidade de situações onde pacientes adentram a estabelecimentos em condições de saúde distintas,

---

<sup>232</sup> RODRIGUEZ ACHUTEGUI, Edmundo. *Deserción, objecion y estado de necesidad*. p.18-19.

<sup>233</sup> E aqui leva-se em consideração a legitimação da tutela de interesses atingidos por acumulação

simultaneamente ou não, trazendo para os dias de hoje a milenar reprodução do problema acerca dos meios de salvamento – tal qual a Tábua de Carnéades possa, dentro de um hospital, assumir feições tecnológicas – e a legitimidade de uma eventual intervenção – assim como se pode identificar o ato de despossuir o detentor original da “tábua”, seja esta a disponibilidade de um profissional ou de um aparelho da qual a vida do paciente dependa.

Ainda mais, se considerada a saúde como um direito individual de seu titular e um dever por parte do estado, o que configuraria sua responsabilidade e a de seus contratados, o problema poderá se tornar ainda mais complexo, quando estas intervenções dependam não de servidores integrados a uma relação especial de dever, mas de particulares, apenas obrigados a preservar estes interesses de uma maneira em geral. É a hipótese do Caso Muccioli, julgado em sede recursal pela Corte de Bologna, em 1987, onde uma comunidade alternativa formada para diversos fins, entre eles o tratamento de toxicodependentes, se viu em meio a um escândalo, entre outros que se seguiram. Vincenzo Muccioli foi acusado de manter em sequestro um jovem dependente químico, alegando sendo esta maneira a única encontrada para protegê-lo de suas próprias ações. O que se demonstra neste caso é que, dentro do universo das ponderações de interesse, é possível conjugar uma multiplicidade de fatores, de forma que a liberdade – interesse individual – e a integridade do constrangido – outro interesse individual, no caso, ambos titularizadas na mesma pessoa – deverão confrontar-se na presença de outros elementos como a posição daquele que age em necessidade desempenhando uma atividade geralmente praticada por agentes públicos ou privados certificadamente autorizados e com um domínio especial da técnica. Momentos depois, a comunidade de San Patrignano, fundada por Muccioli, foi alvo de outras investigações, nas quais, ao contrário da absolvição pela privação de liberdade, foram constatadas graves violações dos direitos dos internados, resultando inclusive em mortes e suicídios<sup>234</sup>.

O último conjunto relevante de casos envolvendo conflitos de interesses é composto por aqueles dos quais as experimentações mentais tratam de reproduzir. São as calamidades que assumem proporções onde a disposição especial e temporal das coisas tornam impossíveis uma simultânea proteção de mais de um interesse ou vincula a salvaguarda de um deles ao sacrifício de outro. E assim, pode-se pensar em todas as circunstâncias onde a vida e a integridade de uns

---

<sup>234</sup> Sobre o conflito entre a privação de liberdade e a proteção da integridade da vítima da intervenção, ler **SERENI, Andrea** *Il Caso Muccioli e i Motivi Dell'azione Necessitata*. Giurisprudenza Sotto Obiettivo. p. 439-459”.

estiveram em risco e obrigaram homens sacrificar bens materiais alheios, normas de segurança coletiva, seres vivos moventes e até, em último caso, uma vida humana.

Em suma, pretendeu-se demonstrar que uma possível resposta para os grandes dilemas do viver comunitário nasceu a partir de reflexões do que se esperaria de um homem virtuoso, adquiriu sentido quando o universo ético foi ampliado por outras perspectivas que surgiram trazendo elementos novos para a análise dessas conjunturas fáticas, e hoje se volta para o problema inicial: o que se pode esperar de um bom viver comunitário em uma realidade cada vez mais complexa, conforme já apontam as categorias acima trazidas, seja pelo maior número de obrigações reconhecidas de nossos entes políticos, seja pelo maior número de riscos para os quais nos encontramos expostos. Se a ética se ocupou com todas estas reflexões aqui colocadas, como o Direito, como instrumento viabilizador do viver comunitário, e o Direito Penal, aqui definido como sua face aflitiva subsidiária, deverão abordar o problema da ponderação de interesses?

## 2.2 A Cultura dos Hard Cases

A transição do universo ético para o mundo do Direito esbarra em uma questão incidental importante. É preciso antes de estabelecer um fundamento definitivo para os casos de necessidade, especular em meio a multiplicidade de fontes e técnicas encontradas no Direito qual seria aquela que melhor encontraria resultados coerentes para a resolução desse conjunto particular de conflitos.

Existe um adagio que preleciona que “casos difíceis fazem más leis”, tendo o seu primeiro registro associado ao voto de Robert Rolfe, Primeiro Barão de Cranworth<sup>235</sup>, em um caso de responsabilidade civil onde o condutor de um carro dos correios pleiteava a reparação por um acidente sofrido à empresa seguradora dos Correios Britânicos. Deve-se entender, neste contexto, “casos difíceis” como aqueles para os quais não há uma regra específica que defina uma solução, ou ainda quando existam duas ou mais soluções contraditórias e inconciliáveis entre si. Já a afirmação em si trazida pela máxima legal nos atenta ao problema dos

---

<sup>235</sup> Winterbottom v Wright (1842) 10 M&W 109 e STARK, Andrew e DAVIS, Michael. *Conflict of Interest in the Professions*. Oxford University Press. 2001. p. 40-41.



particularismos dos casos paradigmas quando se busca trabalhar soluções legais de aplicação reiterada em determinado campo social/profissional/econômico.

No universo de problemas aqui propostos, inicialmente foi identificado o problema da necessidade como “relações conflituosas de interesses nas quais a equivalência da salvaguarda de um deles implica a fragilização, neutralização ou a perda da capacidade de defesa de outro” de forma a provocar uma “pressão exercida sobre os desejos e as ações do homem pelo encadeamento inevitável dos princípios e das consequências, dos efeitos e das causas , caracterizando a apreensão material do homem em um universo de contingências”. Não há dúvidas que, se forem desprezadas as soluções legais encontradas hoje em nosso ordenamento jurídico, o exercício desses interesses implicará em situações que se adequam em ambas as descrições de casos difíceis, de forma que uma solução legal mediadora de ambas deve ser de todo desejada.

Algumas são as soluções propostas para enfrentar o problema acima trazido. Entre elas, Herbert L. A. Hart<sup>236</sup> afirma que existirá, “em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente, sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto”. Para estes, Hart afirma que o juiz não deverá declarar-se incompetente, creditando tais casos ser uma permissão do legislador para que o agente aja com a própria consciência, como um “espaço vazio de Direito”, defendido por Arthur Kaufmann<sup>237</sup>; igualmente, Hart também não afirma não ser caso de o juiz submeter tal questão ao legislativo para que este possa desenvolver uma solução. Enfim, para o jurista deverá o juiz exercer sua discricionariedade e criar o direito referente aquele caso e conseqüentemente aplicar o mesmo, uma vez que agora se encontra estabelecido. É de se notar que a discricionariedade trazida por Hart não permite o juiz promover uma grande reforma na ordem jurídica, habilitando-o tão somente a agir de forma intersticial, na medida em que deve justificar suas decisões a partir de algumas razões gerais, assim como faria um legislador consciencioso.

Confrontando esta posição, Dworkin<sup>238</sup> desenvolveu uma teoria da justiça que acredita não existir esse espaço de consenso para o juiz. Para Dworkin, sua teoria pressupõe existir tão

---

<sup>236</sup> HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. Editora WMF. São Paulo. p. 351-352.

<sup>237</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Thomson Civitas. p. 567-568. Vale lembrar do esforço do fictício juiz J. Foster de FULLER, Lon em *O Caso dos Exploradores de Cavernas* de configurar aqueles homens afastados do mundo na situação de necessidade como verdadeiros outsiders da jurisdição da comunidade. Reflexão igualmente presente em grande tradição do direito natural, como será abordado adiante.

<sup>238</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Editora WMF São Paulo. p. 429-446.

somente uma resposta correta, mesmo para as questões mais complexas de direito e moralidade política, e uma oposição a esta concepção se dá muito em razão da atrativa atitude de misturar um grau de tolerância com bom senso, mas que, todavia, tornaria as decisões judiciais para esses casos escolhas, tão somente escolhas, e não verdadeiramente decisões pautadas pela razão.

Dworkin, defendendo sua posição, identificará duas críticas: a primeira, provocada pela postura acima descrita, creditando ainda que exista uma “resposta correta”, essa, em termos práticos, poderá se revelar impossível de exigir do juiz, e uma segunda, que entende não ser possível dar um provimento a um caso difícil a alguém se juristas criteriosos, concordando sobre todas as circunstâncias fáticas, divergirem acerca da solução dada. Para a primeira crítica, Dworkin preleciona que aquele que acreditar que juristas criteriosos podem divergir quanto a solução do caso difícil, mesmo depois de concordar com todos os fatos, não poderá achar sensato ou justo que o Estado faça valer uma decisão de um determinado grupo de juízes num caso difícil quando existir outro grupo igualmente criterioso e competente chegando a uma decisão diferente, afinal a decisão do juiz não traz nenhuma garantia de que seja mais acertada, sendo mais uma assim como a das partes e dos demais juízes divergentes. Para a segunda crítica, o autor responde que nenhum juiz poderá ver a sua decisão como apenas mais uma escolha, havendo sempre uma pretensão do que parecer ser a melhor caracterização da razão.

Todavia, trazendo para o nosso objeto e remetendo ao que foi dissertado no primeiro capítulo sobre o processo de construção dos direitos humanos e o espaço político de valoração de interesses individuais e trans-individuais, haveria numa ponderação entre dois interesses conflituosos apenas uma resposta correta? Qual seria o espaço de atuação dos princípios, como defende Dworkin, e qual seria o reconhecimento de um caráter político em decisões que politicamente mobilizam defensores de ideologias políticas que reconhecerão um maior valor de um interesse ou de outro<sup>239</sup>, aderentes ou não de um realismo moral?

O Direito parece oferecer respostas razoavelmente seguras quando demasiadamente particularizado. E conforme já proposto, uma ideia de necessidade possui esse desafiante caráter inovador, oferecendo uma tentativa de modelo normativo que antecipa conflitos ainda não recortados pelo legislador. Basta lembrar que o primeiro fundamento<sup>240</sup> melhor deduzido do

---

<sup>239</sup> Dentro do universo das causas justificadoras, um bom exemplo pode ser encontrado na maior tolerância de meios desproporcionais – desnecessários – por aqueles que seguem ideologias mais patrimonialistas.

<sup>240</sup> O primeiro trabalho estritamente sobre estado de necessidade só foi produzido em 1738, atribuído a Johann Samuel Stryk. A obra se encontra em domínio público e digitalizado em latim por iniciativa do Google através da

que seria uma ideia de como decidir diante de uma escolha difícil – o reconhecimento do duplo efeito positivo/negativo e conseqüentemente a autorização para agir nestes casos – nasceu a partir de um comentário de São Tomás de Aquino<sup>241</sup> acerca da legítima defesa e o seu uso moderado especificamente no homicídio, em meio a diversos outros comentários sobre o ato de se tirar uma vida.

Assim, por ora especula-se que uma melhor técnica para trazer o problema da necessidade não será demasiadamente fechada de forma a desafiar sua própria natureza revolucionária, mas também nem na mesma proporção aberta, de forma até a confrontar os demais princípios penais que exigem, pelas características do sistema penal, – seja sua subsidiariedade, seja até sua afluência – que a resposta trazida seja revestida pela máxima precisão e definitividade de seus termos. Dessa maneira, o problema da necessidade deverá assumir um corpo que satisfaça sua natureza, reconhecendo sua instrumentalidade diante dos mais diversos interesses em conflito, tal qual uma cláusula geral capaz de permitir o ingresso de princípios valorativos, ainda que estes se revelem incapazes integralmente de revelar a eventual resposta correta dentro de uma comunidade política formada por vendedores de certezas.

### **2.3 As Soluções no Direito e as Codificações e a Incorporação no Âmbito Penal – Seu Lugar, Suas Primeiras Fundamentações e Sua Adequação Dogmática**

Conforme já apresentado, o reconhecimento das situações aqui chamadas de necessidade foram desenvolvidas a partir de um universo de situações fáticas legisladas de maneira particular. No âmbito civil, é possível encontrar nos Digestos muitos comentários dos jurisconsultos romanos acerca de situações onde se reconhece inexistir possibilidades diversas de agir ou se assegura o exercício de um ato que cause danos a um terceiro como única forma de proteger um interesse. Ulpiano<sup>242</sup> (D. 9, 2, 29, 2) defendia não existir reparação no caso de um navio danificar outro, se o proprietário, pessoalmente ou através de sua agência, não tiver

---

plataforma Google Play Books: **STRYK**, Johann Samuel. *Commentatio iuridica de iure necessitatis Vom Noth-Recht*.

<sup>241</sup> **AQUINO**, São Tomás. *Suma Teológica*, Segunda Parte da Segunda Parte, Questão 64, Artigo 7º. Obra disponível em domínio público em: <<http://www.newadvent.org/summa/>>. Acesso em: 19/11/2015.

<sup>242</sup> Os Digestos podem ser encontrados no sítio da Constitution Society em: <<http://www.constitution.org/sps/sps.htm>>. Acesso em 23/11/2015.

contribuído para o fato, tal qual uma corda rompida poderia causar um barco à deriva. A mesma razão era encontrada no comentário de Labeo (D. 9, 2. 29,3), que acreditava não existir ação para o proprietário do barco que tem suas cordas rompidas como única forma de um outro navio, impelido pela força do vento, de evitar um embaraço entre as embarcações<sup>243</sup>.

Outros exemplos de situações até hoje reproduzidas pela doutrina do tema em ambos os âmbitos civil e criminal encontravam guarida na compilação bizantina. A defesa do patrimônio sob o sacrifício de um bem alheio era demonstrada no tradicional exemplo da casa danificada com o fim de combater um incêndio no edifício adjacente é expressamente trazido pelo D. 9, 2, 49, 1. Já a defesa da vida, nas mesmas condições, era prevista, sendo deduzida da ação daquele que para proteger, a si próprio e aos seus escravos, do fogo danificasse o mesmo edifício anexo, havendo no D. 47, 9, 3, 7 uma preocupação com a análise dos intentos subjetivos do autor da ação<sup>244</sup>.

As codificações civis que incorporaram elementos da tradição romana trouxeram até nós duas causas diversas de exclusão da ilicitude que perpetuaram algumas razões refletidas por vias esparsas no período clássico. Essas duas, quais sejam a defesa contra um perigo e o evitamento do mesmo mediante o elemento causal de um bem alheio, compõe junto com a legítima defesa os chamados princípios gerais da autodefesa<sup>245</sup>. Isto é, em quais situações não particularizadas poderá o titular de um direito defendê-lo sem fazer necessariamente uso dos instrumentos de gestão do Estado<sup>246</sup>. Em nosso direito pátrio e dialogando com a doutrina civilista europeia, Pontes de Miranda descrevia o objeto dessa autodefesa de forma abrangente, refletindo inclusive os valores daquela sociedade, habilitando a defesa da “integridade da pessoa, do corpo e da mente, ou a integridade matrimonial, de forma que todos os direitos de

---

<sup>243</sup> Outras passagens que fornecem raciocínios similares são D. 9, 2, 27, 21, onde Sabinus faz distinção entre a perda de moedas alheias em lugares de impossível acesso e em lugares onde alguém pode encontra-las; D. 19, 5, 14, tratando da hipótese daquele que atira mercadorias para fora do navio com o fim de salvar as suas; D. 39, 4, 16, 8 alegando não ser possível confiscar uma carga pelo motivo de ela ter sido inevitavelmente exposta pelo mau tempo.

<sup>244</sup> A questão ainda recebe outras considerações no D. 43, 24, 7, 4, onde muitas opiniões são trazidas acerca de quem deveria promover a ação – um particular ou o magistrado -, em que circunstâncias o dano pode ser mensurado e sob quais modos uma ação salvadora pode ou não ser intentada. Mais comentários em: **LONGO**, Giannetto. *Note Critiche in Tema di Stato di Necessita e di Variazione dela Pena*. Rivista Italiana di Diritto Penale. Anno VIII. p. 356-362.

<sup>245</sup> **PONTES DE MIRANDA**, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado - Parte Especial - Tomo 53*. Capítulo I, §5.498, Item 9.

<sup>246</sup> Vale lembrar que a lei dispõe especificamente de outras formas de autotutela, como o desforço imediato no esbulho possessório.

personalidade são protegidos pelo princípio da autodefesa, bem como todos os direitos patrimoniais”.

Em nosso Código Civil de 1916, as duas modalidades de estado de necessidade a serem trabalhadas não constituíam atos ilícitos, sendo deduzidas da fórmula “deterioração ou destruição da coisa alheia, afim de remover perigo iminente” (Art. 160, II), contudo, devendo preencher os requisitos do Parágrafo Único: “somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”.

No Direito civil alemão, com a introdução do seu Código Civil de 1896, entrando em vigor em 1900, o estado de necessidade civil ganhou forma em dois artigos. Enquanto o § 228<sup>247</sup> trazia o estado de necessidade defensivo como exercício de autodefesa contra perigos precedentes de coisas, o § 904<sup>248</sup> tratava dos limites do direito de propriedade, devendo o titular inocente do direito real suportar a influência de outra pessoa – estado de necessidade agressivo – que do seu bem dispõe ou o coloque em risco como maneira necessária a afastar um perigo atual ou iminente a um bem de valor desproporcionalmente grande em relação aos prejuízos sofridos pelo proprietário da coisa sacrificada como resultado da intervenção. Dispõe a legislação alemã que em ambos os casos o titular do direito sacrificado seja indenizado pelo causador do perigo.

É válido notar que o estado de necessidade civil que tornava a conduta lícita nestas duas hipóteses era absolutamente silente quanto as circunstâncias que não envolviam a ingerência a bens patrimoniais, tais quais os riscos individuais e sociais à vida e a integridade, como os excessos cometidos no trânsito para salvar uma vida ou até mesmo o aborto por complicações pós-parto. Em um grau ainda maior, o Direito francês não trazia àquele tempo sequer hipótese de estado de necessidade civil, havendo apenas, segundo Pontes de Miranda<sup>249</sup>, uma preferência por um direito, que se supõe ser o de maior valor, contudo, devendo o lesado ser indenizado pelas perdas e danos por ter sido vítima de verdadeira “desapropriação por utilidade privada”.

---

<sup>247</sup> Section 228 – Necessity – A person who damages or destroys a thing belonging to another in order to ward off from himself or from another a danger threatened by the thing does not act unlawfully if the damage or destruction is necessary to ward off the danger and the damage is not out of proportion to the danger. If the person acting in this manner caused the danger, he is obliged to pay damages.

<sup>248</sup> Section 904 – Necessity – The owner of a thing is not entitled to prohibit the influence of another person on the thing if the influence is necessary to ward off a present danger and the imminent damage is disproportionately great in relation to the damage suffered by the owner as a result of the influence. The owner may require compensation for the damage incurred by him.

<sup>249</sup> **PONTES DE MIRANDA**, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado - Parte Especial - Tomo 53*. Capítulo I, §5.498, Item 9.

No âmbito penal francês esta peculiaridade foi noticiada por Morishita<sup>250</sup> que descrevia a ausência de um estado de necessidade penal no antigo Código Penal japonês de 1880 em razão da influência provocada pelo Código Penal francês de 1810 que também não previa o referido instituto. No sistema jurídico japonês, um estado de necessidade penal só foi reconhecido na ocasião do Código Penal de 1907, este muito influenciado pela ciência criminal alemã da época.

Em Portugal, o Código Civil de 1867 prelecionava ser a responsabilidade penal sempre acompanhada da responsabilidade civil; mas a civil nem sempre é acompanhada da penal – o que já demonstra a adesão a uma postura que reconhece não haver distinção ontológica entre ambas, tratando-se apenas de uma distinção de tipicidade. Assim, a relação entre a responsabilidade penal e civil ganhou em título próprio um capítulo trazendo regras gerais de imputação de responsabilidade. Todavia, o direito de defesa descrito no Art. 2.307 parecia abarcar tão somente situações que hoje que se adequariam a hipóteses de legítima defesa.

Neste momento, então trazendo para o âmbito penal, havia diversos cenários. Na Alemanha, conforme demonstrado durante introdução deste capítulo, o estado de necessidade penal encontrava forma como causa excludente da culpabilidade, em uma fase onde ilicitude e culpabilidade já assumiam, para a doutrina, seus lugares como categorias distintas. O § 52 do Código Penal alemão de 1871 reconhecia não haver punição quando o autor, movido por uma violência irresistível ou por uma ameaça que associada a um perigo de outra forma inevitável à sua vida, sua integridade ou membro de sua família, fora obrigado a agir daquela maneira. Já o § 54 da redação original trazia a possibilidade de se reconhecer para além da legítima defesa e da coação a não punição de qualquer outro ato não provocado pelo agente capaz de afastar um risco incontornável a sua vida e integridade física ou de seus parentes. Dessa forma, a exclusão da ilicitude provocada pelas limitadas formas de necessidade encontradas nas leis civis, sendo elas tanto as duas cláusulas maiores (§§ 228 e 904) quanto as mais diversas regulações específicas presentes em leis especiais, contrastou com a existência das normas penais excludentes da culpabilidade, assim colocando-se contra uma postura que prescrevia que todas as situações de necessidade deveriam ser tratadas de forma unitária, sejam elas excludentes da ilicitude ou excludentes da culpabilidade.

Neste cenário, consideradas as divergências provocadas pelos recortes civis, surgiu na Alemanha a necessidade de definir um estado de necessidade justificante supralegal, partindo

---

<sup>250</sup> **MORISHITA**, Tadahi. *Etat de necessite em droid penal japonais*. Revue de Science Criminelle et de Droid Pénal Comparé” n° 1. 1971. p. 6-7.

da mesma razão que orbitava as modalidades civis: aquela que diante de uma colisão inevitável de interesses impusesse ao sujeito que atuasse conforme o Direito, dando a preferência ao interesse mais valioso em relação aquele de menor valor, assim praticando o agente uma ação definitivamente mais socialmente valiosa. Esta postura que buscava extrair a razão unificadora que conectava todas as modalidades supralegais em pró de uma teoria da(o) colisão/conflito ganhou duas distintas representações que digladiaram entre si<sup>251</sup>. Franz von Liszt e Eberhardt Schmidt<sup>252</sup> propuseram um princípio que regia não ser antijurídicas as intromissões de interesses juridicamente protegidos que envolvessem meios adequados para atingir um fim reconhecido pelo estado<sup>253</sup>. Já uma teoria da ponderação dos bens invocava o princípio no qual não atuam antijuridicamente aquele que lesionasse ou expusesse a perigo um bem jurídico de valor inferior, se este fosse o único modo de salvar um bem jurídico de valor superior.

A corte constitucional do reino alemão, em 1927, abriu um novo caminho no sentido de reconhecer a supralegalidade da justificação, segundo Roxin, optando pela teoria da ponderação de bens e deveres, em um caso de aborto por necessidade médica (RGSt 61, 242), onde se rechaçou a composição demasiadamente aberta da teoria dos fins adequados. O acórdão então reconheceu que em um suposto conflito entre bens jurídicos, onde não for possível um equilíbrio sem destruição, sacrificando um dos bens jurídicos, aquele de valor inferior deverá ceder ante o de valor superior, portanto não sendo antijurídica a ingerência do autor da ação necessária naquele bem de menor valor<sup>254</sup>.

A reforma de 1975 do Código Penal alemão enfim trouxe os atuais artigos que positivaram os então supralegais casos de necessidade reconhecidos em juízo. Com a nova

---

<sup>251</sup> **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Thomson Civitas. p. 671-672.

<sup>252</sup> *Ibid.* p. 672.

<sup>253</sup> Este seria para Welzel um verdadeiro princípio geral de justificação, presente em diversos lugares do direito positivo. Entre os exemplos dados pelo auto alemão estão: (1) a revelação do segredo médico em uma relação paciente x profissional como forma necessária de cumprir um dever jurídico ou moral quando o bem jurídico guardado é preponderante; (2) a esterilização da mulher para interromper uma gravidez de risco de uma gestante que esteja sob um sério perigo a saúde; (3) a autorização dada pelo próprio Código Penal alemão de lesionar a honra alheia como forma de salvaguardar um interesse justificado. Welzel utiliza tal princípio para justificar a ação de um bombeiro que, como única forma de salvar uma criança de um incêndio, a atira contra uma lona, arriscando provocar uma lesão corporal, de menor relevância diante da vida da mesma. Em: **WELZEL**, Hans. *Derecho Penal*. Editora Romana. Segunda Tiragem. São Paulo. 2004. p. 147-148. Sobre Von Liszt, em seu manual, já defendia serem as hipóteses de necessidade dos §§ 52 e 54, casos de justificação, levando em consideração inclusive um hipotético direito de defesa diante do exercício do mesmo. Isto é, uma legítima defesa contra um estado de necessidade, se esse fosse interpretado como ilícito tão somente desculpável.

<sup>254</sup> **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Thomson Civitas. p. 672-673. Ainda segundo o autor, a expressão “estado de necessidade supralegal foi empregada pela primeira vez nos casos RGSt 62, 35 (46 s.) e RGSt 62, 137, o primeiro envolvendo a introdução de mercadorias não declaradas na zona do Ruhr como forma de evitar o colapso econômico em um território ocupado; e o segundo envolvendo outra hipótese de aborto.

renumeração integral do Código, passou o estado de necessidade justificante figurar no § 34<sup>255</sup>, sendo imediatamente sucedido por uma modalidade exculpante disciplinada no § 35<sup>256</sup>. A nova disciplina incorporou, para além da comparação valorativa, novos elementos, presentes inclusive na teoria dos fins adequados, tais quais a postura da vítima da intervenção em relação a mesma, a existência de agentes com deveres excepcionais, etc. Ainda assim, Roxin<sup>257</sup> relata que o ponto de partida foi o da teoria da ponderação de bens, agora, todavia, assumindo que o objeto da ponderação não são propriamente bens, mas sim interesses pelos quais uma suposta estimativa do valor do bem seria agora interpretada como apenas uma entre tantas perspectivas.

Contudo, agora existindo duas categorias diversas, uma afastando uma aparente ilicitude da ação, e desta maneira incorporando-a ao Direito, e outra afastando uma culpabilidade, hoje entendida como uma expressão de reprovabilidade por uma conduta ilícita, antes de aqui buscar estabelecer um paralelo com o desenvolvimento da necessidade nos demais sistemas jurídicos, deve-se indagar de que forma foi possível distinguir um panorama fático de necessidade justificante de outro desculpante, para além de uma mera consideração acerca da impossibilidade de agir de maneira diversa e da pretensão de estabelecer um valor superior. Se existem duas categorias diversas, como pregam os filiados a uma teoria dualista, em que momento elas se comunicariam? Este fundamento seria comum ou diverso? Ou então deve-se concordar com uma teoria unitária ou monista, não havendo razão para tal? Ainda mais: algumas das circunstâncias a serem inseridas em uma eventual ponderação poderão ser capazes de colocar a prova esse suposto modelo binário?

Em primeiro lugar, deve-se buscar com mais precisão o que fundamentaria a existência autônoma desses institutos, imaginando que a teoria do conflito, ao menos importante no contexto germânico do estado de necessidade supralegal, não necessariamente responde

---

<sup>255</sup> A tradução em inglês da redação pós-1975: “A person who, faced with an imminent danger to life, limb, freedom, honour, property or another legal interest which cannot otherwise be averted, commits an act to avert the danger from himself or another, does not act unlawfully, if, upon weighing the conflicting interests, in particular the affected legal interests and the degree of the danger facing them, the protected interest substantially outweighs the one interfered with. This shall apply only if and to the extent that the act committed is an adequate means to avert the danger.”

<sup>256</sup> Em inglês: “(1) A person who, faced with an imminent danger to life, limb or freedom which cannot otherwise be averted, commits an unlawful act to avert the danger from himself, a relative or person close to him, acts without guilt. This shall not apply if and to the extent that the offender could be expected under the circumstances to accept the danger, in particular, because he himself had caused the danger, or was under a special legal obligation to do so; the sentence may be mitigated pursuant to section 49 unless the offender was required to accept the danger because of a special legal obligation to do so. (2) If at the time of the commission of the act a person mistakenly assumes that circumstances exist which would excuse him under subsection above, he will only be liable if the mistake was avoidable. The sentence shall be mitigated pursuant to section 49.”

<sup>257</sup> Ibid. p. 674.



solitariamente, seja pela via dos fins adequados, seja pela via da ponderação, pela modalidade exculpante então existente, de forma a provocar três respostas diversas: uma justificante, uma exculpante e uma de não incidência.

O então estado de necessidade penal alemão do fim do século XIX e início do século XX remonta uma tradição diversa, para a qual juristas como Santiago Mir Puig<sup>258</sup> convencionaram chamar de teoria da adequação, remetendo ao comentário de Kant sobre a “Tábua de Carnéades”. O filósofo de Königsberg<sup>259</sup>, em sua obra “A Metafísica dos Costumes”, de 1797, define um *ius necessitatis* como um pretense direito que autorizaria tirar uma vida de outrem que nada fez para causar o dano, na possibilidade de se correr o risco de perder a própria vida. Para Kant, se esse direito existisse, a doutrina estaria em contradição consigo mesma, porque, afastando-se de uma razão que autorizaria uma legítima defesa – um direito de defesa irrepreensível –, no caso agressivo de necessidade, trata-se em caso diverso: de uma autorização para a prática de uma ação violenta contra alguém que não praticou violência alguma contra o agente. Assim, o filósofo afirma que essa “asserção não é para ser compreendida objetivamente, em termos do que prescreve uma lei, mas apenas subjetivamente, como a sentença que seria dada por uma corte”. Deve-se pensar no exemplo do homem que desapossa outro de uma tábua com o fim de sobreviver. A situação de necessidade, para o filósofo, é capaz de demonstrar um efeito dissuasório inútil por parte das leis, imaginando ser certa a morte do agente se não agir, porém, incerta uma eventual condenação à morte pela justiça, de forma que esta segunda opção nunca seria capaz de superar o medo provocado pela certeza da primeira. O filósofo conclui então que este ato não seria – empregando a sua terminologia – para ser julgado inculpável, mas sim impunível, atribuindo a confusão entre ambas aos juristas de sua época. A reflexão kantiana, nesse ponto, então, conclui na máxima que “a necessidade não tem lei”, havendo, contudo, a ausência do castigo tão somente por critérios de equidade.

É possível deduzir diretamente da crítica de Kant à doutrina que já existia, ao seu tempo, algum esforço de enquadrar estas situações de necessidade no Direito, na forma como hoje é constituída a justificação, assumindo inclusive alguns elementos já encontrados em doutrinas tradicionais como o princípio do duplo efeito, que então se destinava a ser aplicado tão somente nas situações de defesa irrepreensível. Contudo, a forma como a teoria do conflito adquiriu

---

<sup>258</sup> **MIR PUIG**, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Octava Edición. Editora Reppertor, Barcelona. 2010. p. 455-456.

<sup>259</sup> **KANT**, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Segunda Edição. Edipro. 2008 p. 81-82.

notoriedade se deve atribuir a Hegel<sup>260</sup> e seus sucessores<sup>261</sup>, em sua obra “Princípios da Filosofia do Direito”, onde o filósofo abordava especificamente o sacrifício da propriedade diante do valor da vida humana: “possui esta, no período supremo e no conflito com a propriedade jurídica de outrem, um direito que pode fazer valer (não como concessão graciosa mas como direito) na medida em que há, de um lado, uma violação infinita do ser e portanto uma ausência total de direito e, de outro, apenas a violação limitada da liberdade.”

Aparte da fundamentação da teoria do conflito, a “compreensão subjetiva” invocada por Kant não pretendia estabelecer qualquer comparação entre os valores em contenda<sup>262</sup>. Pelo contrário, tal definição parecia remontar a tradição de “suspender o Direito”, forma esta que Von Liszt reputa já presente em diversos modelos de direito natural, inserida na obra de diversos filósofos e juristas como Hugo Grotius, Samuel von Pufendorf, Christian Wolff, Gottlieb Fichte, Grolmann e Carl Georg von Wächter<sup>263</sup>. Assim, o que esta perspectiva pretendia com tal reflexão era situar o estado de coação sob o qual se encontrava o agente capturado em um cenário de escolhas difíceis, adequando-se não mais na situação factual em si, mas sim em sua atribuição ao agente. Dessa forma, a análise da necessidade vista dessa maneira melhor se adequaria a uma categoria jurídica que trabalhasse especificamente essa relação, tal qual a culpabilidade.

Um conceito moderno de culpabilidade encontrou definição na ligação subjetiva do injusto ao agente, de forma que a aferição dos aspectos puramente objetivos por si só não satisfaria a pretensão de responsabilizar um agente pelo seu ato. Em um modelo dogmático

---

<sup>260</sup> HEGEL, G. W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*. Editora Martins Fontes São Paulo. p. 113. Em todas as edições, trata-se do parágrafo 217. “A particularidade dos interesses da vontade natural, condensada na sua simples totalidade, é o ser pessoal como vida. Possui esta, no período supremo e no conflito com a propriedade jurídica de outrem, um direito que pode fazer valer (não como concessão graciosa mas como direito) na medida em que há, de um lado, uma violação infinita do ser e portanto uma ausência total de direito e, de outro, apenas a violação limitada da liberdade. É assim que são ao mesmo tempo reconhecidos o direito como tal e a capacidade jurídica de quem é lesado na sua propriedade.

Nota - É do direito daquela violação, do direito da miséria que provém o benefício da imunidade que o devedor recebe sobre a sua fortuna, isto é, sobre a propriedade do credor; não se lhe tiram os instrumentos de trabalho nem os meios de cultivo considerados necessários, tendo em conta a sua situação social, para a sua manutenção.

<sup>261</sup> Franz von Liszt atribui a Kostlin, Halschner, Berner, e depois Binding e Meyer a incorporação do pensamento hegeliano no Direito Penal. Sobre a incorporação do pensamento de Hegel no Direito Penal e suas influências, ver VON BAR, Carl Ludwig. *A History of Continental Criminal Law*. Little, Brown and Company. Boston, 1916. p. 470-481. A obra se encontra em domínio público no repositório do Internet Archive: <<https://archive.org/index.php>>. Acesso em 07/12/2015. É ainda atribuída a Berner a afirmação de que “na ocorrência de um conflito entre direitos desiguais, deverá o estado proteger aquele de maior valor. Ver: LAUTERPACHT, Hersch (Editor). *International Law Reports* (Volume 23). Cambridge University Press. p. 724 e 725.

<sup>262</sup> Mesmo que parte substancial dos debates até o período se deem na ponderação entre vidas.

<sup>263</sup> VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Editora F. Briguiet & C. 1899. p. 235-236.

inaugural<sup>264</sup>, a distinção entre o injusto e a culpabilidade era clara, integrando o primeiro os elementos descritivos da ação ou da omissão ilícita, e o segundo a imputabilidade do agente e a imputação do resultado.

A respeito da imputabilidade do agente, eram feitas considerações acerca do estágio biopsicológico do agente, isto é, da sua formação mental e conseqüente capacidade de compreender os fatos inerentes da vida em sociedade. Nesse ponto, por uma perspectiva histórica, é possível acompanhar o tratamento jurídico em dois cenários diversos: os infantes, seres humanos em formação, e os adultos inimputáveis, pessoas acometidas por doenças ou desenvolvimentos mentais que as incapacitasse. Para os primeiros, como critério geral, os grandes sistemas jurídicos do passado confiaram em estabelecer parâmetros biológicos etários como solução genérica, analisando de forma casuística aqueles de idade ligeiramente superior; para os segundos, as legislações estabeleciam condições a priori de inimputabilidade para grupos específicos, como nos casos de surdos-mudos ou dos “selvagens” crescidos em ambiente de completo isolamento; e exames clínicos eram confiados para a aferição dos demais quadros disfuncionais de saúde mental<sup>265</sup>.

Sobre a imputação do resultado, discutia-se até então uma série diversa de questões envolvendo estes elementos subjetivos: a atribuição do resultado por dolo ou por culpa em sentido estrito, e o erro nesse processo, isto é, a possibilidade do agente, ignorando algumas circunstâncias, ter a sua vontade viciada, ou mesmo até conhecendo propriamente todas elas, desconhecer o caráter ilícito da conduta.

Uma determinação material do conceito de culpabilidade desafia até hoje os juristas. Em um primeiro momento, e voltando os olhos ao cenário anteriormente descrito, a culpabilidade era retratada sob uma definição puramente psicológica, realçando a possibilidade do autor de ter podido evitar a prática de uma conduta, assim o reprovando por não ter feito tal opção<sup>266</sup>. Sob outros olhares, a culpabilidade é caracterizada como uma atitude interna juridicamente desaprovada, sendo essa igualmente configurada a partir de um fato objetivo, porém, os defensores de tal posição<sup>267</sup> basearão este exame do fato praticado a partir de uma contemplação generalizadora orientada por parâmetros valorativos ético-sociais, normativos e

---

<sup>264</sup> Ibid. p. 249-250.

<sup>265</sup> Ibid. p. 252-261.

<sup>266</sup> **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Thomson Civitas. p. 798-800 e **WELZEL**, Hans. *Direito Penal*. Editora Romana. Segunda Tiragem. São Paulo. 2004. p. 214-216.

<sup>267</sup> **JESCHECK**, Hans-Henrich e **WEIGEND**; Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Comares Editorial. Albolote. p. 450-453.

não mais psicológicos. Outra abordagem é encontrada em Figueiredo Dias<sup>268</sup>, para quem a culpabilidade possui um fundamento ético-existencial, compreendido na forma sob a qual o homem se decide a si mesmo, criando o seu próprio ser ou afirmando a sua própria essência. Ainda, a culpabilidade recebeu um conceito funcional nas mãos de Jakobs<sup>269</sup>, para quem a culpabilidade desempenha uma função de forma a caracterizar o motivo do conflito como motivação do autor. Uma ação típica e antijurídica ingressaria em um sistema psicofísico onde o *output* seria uma ação que o autor não realizaria se ele supusesse o motivo dominante para evitar. Assim, para Jakobs, as exculpantes orbitariam em volta de fatores relevantes, tanto próximos ao autor quanto distantes, colocando sob uma balança, de um lado, as pressões sociais que podem ser imputadas ao autor afetado pela atribuição da culpabilidade, e de outro, as particularidades perturbadoras do autor que tem que ser admitidas pelo Estado, pela sociedade e pela própria vítima. Uma última definição é encontrada em Roxin<sup>270</sup>, para quem a culpabilidade deve atribuir uma conduta como injusta quando o autor da mesma, ao tempo de sua prática, se encontrava em um estado mental e anímico disponível à chamada da norma penal, não configurando nenhum estado que dificultasse este processo de acessibilidade normativa.

De toda forma, todas as definições de culpabilidade abrem espaço para o problema da liberdade trazido no capítulo introdutório. Pode-se reconhecer diferenças significativas, como em Jakobs, para quem a definição da culpabilidade e o seu reconhecimento é capaz de variar tanto quanto pode variar a constituição de uma sociedade e suas expectativas normativas; pode-se reconhecer também críticas acerca de uma caracterização psicológica de análise empiricamente impossível, se considerando o fato de um ato ter sido praticado no passado e a possibilidade de compreender o estado anímico do agente, ainda que no presente, ser peça de ficção e de estudos neurocientíficos de ponta; contudo, até mesmo estas definições reconhecem que o Direito, pressupondo alguma margem de liberdade<sup>271</sup>, empreende em definir situações e

---

<sup>268</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I*. Coimbra Editora. p. 522-525.

<sup>269</sup> JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2009. p. 687-693.

<sup>270</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Thomson Civitas. p. 798-800 e WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Editora Romana. Segunda Tiragem. São Paulo. 2004. p. 807-809.

<sup>271</sup> Jakobs nesse ponto é radical, atribuindo ser a questão irrelevante, uma vez que para ele, pertence a inculpação uma plausibilidade de cunho social-psicológico nos moldes de que existe uma disposição geral em aceitar a responsabilidade em uma situação específica. Essa suportabilidade existiria de forma independente das suposições acerca de que o autor, em seu ato, está em livre arbítrio ou não. Para o jurista, não havendo nenhuma possibilidade de ser aferido em caso concreto, o livre arbítrio se torna um conceito sem nenhuma dimensão social. JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2009. p. 694-695.

situações, de forma a reprovar algumas e tornar outras isentas de um controle estatal por meio da pena.

Assim, questiona-se: seria a inexigibilidade de uma conduta diversa, trazida por uma teoria da adequação, o fio condutor que envolve todas as causas exculpantes no universo da culpabilidade? Uma resposta positiva para tal proposição é atribuída a Freudenthal, cabendo a Eberhardt Schmidt, no contexto do pós-segunda guerra, defender ser a questão da inexigibilidade merecedora de maiores observações<sup>272</sup>. Vale lembrar que uma doutrina específica ainda fazia a distinção entre causas de exclusão da culpabilidade e causas de exculpação; na medida em que a primeira envolvia as causas para as quais faltaria desde o princípio toda a culpabilidade, não se podendo exigir uma atuação de outra maneira por parte do agente, como nos casos de inimputabilidade ou erro de proibição invencível; e na segunda haveria tão somente uma culpabilidade diminuída, de modo que o legislador renunciaria a punição por fins político criminais e de indulgência, seriam os casos do estado de necessidade desculpante e do excesso de legítima defesa<sup>273</sup>.

Para os dois problemas deve-se oferecer respostas negativas. Sobre a diferença entre exculpação e causas excludentes da culpabilidade, não há um critério seguro para dizer que entre as diversas categorias hoje inseridas na culpabilidade, umas apresentem casos onde “não se possa exigir ação diversa” de maneira absoluta – como implicaria uma pretensa análise psicológica – enquanto outras aceitem uma gradação da reprovação. E isto conduz a resposta negativa da segunda proposição. O projeto de entender todas as modalidades exculpantes – aqui incluídos um eventual estado de necessidade exculpante e suas projeções como o medo, a coação sofrida, um excesso no exercício de uma legítima defesa em razão de ambos, ou até mesmo de um fato realizado por uma decisão de consciência ou em manifesta desobediência civil – conquista um potencial muito maior de maturidade em um cenário onde se encontrarem melhor definidos de forma a autorizar uma resposta do Estado para além de um casuísmo onde cláusulas gerais são habilitadas para alguns grupos e não para outros. De toda a forma, a construção de causas extralegais de exculpação não se deve entender prejudicada por este entendimento<sup>274</sup>, seja pela razão hoje permissiva de uma analogia favorável ao réu, seja mesmo

<sup>272</sup> **JESCHECK**, Hans-Henrich e **WEIGEND**; Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Comares Editorial. Albolote. p. 541.

<sup>273</sup> **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Thomson Civitas. p. 798-800 e **WELZEL**, Hans. *Direito Penal*. Editora Romana. Segunda Tiragem. São Paulo. 2004. p. 814-815.

<sup>274</sup> Negar a inexigibilidade como princípio orientador desse conjunto de situações exculpantes não significa dizer que a ideia de pressão psíquica sofrida pelo agente ou as razões invocadas pela teoria da adequação não suportem um denominador comum para as mesmas. Nesse sentido: **STRATENWERTH**, Gunter. *Derecho Penal Parte*

pela própria razão que orienta esse trabalho: tais categorias são respostas desenvolvidas para conflitos ainda não especificamente regulados.

Em suma, pode-se observar que no cenário alemão e em sua dogmática, a teoria do conflito e a teoria da adequação representaram enfoques absolutamente diversos, seja pelo primeiro buscar identificar relações de hierarquia entre os valores, bens e interesses em conflito, seja pelo segundo se desprender primariamente desses fatores e realizar uma prognose da conjuntura experimentada pelo agente. Mir Puig<sup>275</sup> diz que tais teorias pretendem explicar dois grupos de casos diferentes. Na verdade, deve-se reconhecer que algumas conjunturas factuais se adequariam em ambos os universos de incidência destas teorias, e assim tratando, o reconhecimento de uma das razões não implicaria na neutralização da outra, tomando caminhos apartes. Isto é, um estado de necessidade atrelado a análise da ponderação de bens ou interesses poderá muito bem coexistir com um estado de necessidade vinculado a incapacidade do agente de reagir a tal situação. Essa reflexão ganhou o nome de teoria da diferenciação.

Na Espanha, país que passou por vastas reformas penais, o estado de necessidade foi objeto de embates que pretenderam adequar ambas as teorias às normas penais nacionais, tarefa que, dada as redações dos Códigos Penais de 1932, 1944 e 1995, se demonstrou de difícil execução<sup>276</sup>. Diante desse cenário, diz Mir Puig<sup>277</sup> que a doutrina espanhola admitiu a teoria da diferenciação, porém de forma diversa àquela feita pelos alemães e com resultados práticos muito insatisfatórios.

O atual Art. 20, 5º do Código Penal espanhol disciplina que “*están exentos de responsabilidad criminal [...] el que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos: (1) que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar; (2) que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; (3) que el*

---

*General I – El Hecho Punible*. Editora Thomson Civitas. p. 262-263. Um exemplo que materializa este raciocínio é o do fato praticado pela consciência. Pode-se pensar em diversos atos praticados em situações onde não há propriamente uma coação absoluta incidindo sobre o agente, porém trazendo elementos outros para exame, deve-se reconhecer que a coação em si não ser capaz de explicar por si só estas situações, de forma que categorias autônomas possam ser capazes de racionalizar melhor este processo.

<sup>275</sup> **MIR PUIG**, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Octava Edición. Editora Reppertor, Barcelona. 2010. p. 456.

<sup>276</sup> A estrutura das hipóteses de justificação e exculpação trazidas no mesmo artigo na experiência do Direito Penal espanhol é herança do Código Penal de 1848. Um estado de necessidade com incidência tão somente nos casos de dano foi trazido nesse código no Art. 8º, 7º. O Código de 1820, imediatamente anterior ao de 1848, continha uma estrutura diferente.

<sup>277</sup> *Ibid.* p. 457. No mesmo sentido **SILVA SANCHEZ**, Jesus-Maria. *Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español*. ADPCP, Tomo XXXV, Fascículo III, 1982. p. 663.

*necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.*” Mir Puig noticia que doutrina dominante na Espanha admite que de tal regra é possível extrair as duas normas admitidas pela teoria da diferenciação. Segundo a doutrina maioritária, nas palavras do jurista espanhol, a norma, ao mencionar o ato de evitar um mal que não é maior, traz consigo uma hipótese justificante, isto é, os interesses são de valores distintos e aqui se pretende excluir a ilicitude da conduta que se orientou no sentido de proteger aquele de maior dignidade. Todavia, tratando-se de valores iguais, hipótese essa que preencheria o pressuposto (1) de que o mal causado não seria maior do que aquele que se pretende evitar, haveria então uma hipótese desculpante, porém com contornos diversos da técnica alemã<sup>278</sup>.

A hipótese justificante espanhola, para o jurista espanhol, parece ser mais abrangente do que aquela trazida pela norma alemã e também a portuguesa que será adiante estudada. A norma alemã não exige que o “mal causado não seja maior do que aquele evitado. Ao contrário, exige que o interesse protegido seja essencialmente/sensivelmente superior. Para além disso, não se trata de comparar o valor dos bens ou interesses protegidos, como também pela chave dos “meios adequados” trazer outras circunstâncias para o exame da matéria. Como resultado dessas críticas, há em parte da doutrina espanhola um sentido de dar interpretações restritivas para o estado de necessidade justificante através de procedimentos hermenêuticos diversos, com o fim de dar respostas para aqueles casos onde a comparação dos bens não aparenta ser o critério preponderante. O exemplo dado por Bacigalupo<sup>279</sup> é o da extração forçada de um rim de um paciente saudável para outro à beira da morte.

Uma segunda corrente, nas palavras de Jesus-Maria Silva Sanchez<sup>280</sup>, irá contestar tal posição, entendendo que para todo o caso, tanto de valores protegidos superiores quanto de valores iguais, a regra do Art. 20, 5º deve ser interpretada como uma hipótese justificante. Está é a posição de Gimbernats Ordeig<sup>281</sup>, para quem o Direito não valora negativamente ou positivamente um ato praticado para salvar um interesse de igual valor ao daquele sacrificado, mas sim, assumindo uma neutralidade, renuncia a uma pena porque essa não é uma forma idônea para combater o ato praticado em necessidade. Como suporte para tal argumento, Gimbernats ainda traz as hipóteses de participação de terceiro em situação de necessidade, que

---

<sup>278</sup> Uma variação de tal posição é encontrada em Jose Cerezo Mir, para quem o estado de necessidade sempre será justificante, a menos que implique uma grave violação a dignidade da pessoa humana.

<sup>279</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Legítima Defensa y Estado de Necesidad em La Reforma Penal*. Revista Peruana de Ciencias Penales Número 5 1995. p. 103.

<sup>280</sup> Ibid. p. 664.

<sup>281</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *El Estado de Necesidad: Um Problema de Antijuridicidad*. 103-107.

sendo justificada, se tornaria igualmente impunível; de erro sobre os seus pressupostos (erro de tipo permissivo); e ainda a não admissão de legítima defesa pelo titular do valor sacrificado – mas sim de outro estado de necessidade.

Uma última posição é encontrada na obra de juristas que, concordando com a segunda, enxergam uma hipótese de estado de necessidade justificante, mas pretendem fundamentar uma modalidade exculpante sob maneiras diversas. Esta é a posição de Mir Puig, em seu manual, e de Horacio Roldan Barbero<sup>282</sup>, para quem a importação da categoria da não-exigibilidade da doutrina alemã, através do antigo § 54, é incapaz de se adequar em um modelo de comparação de bens e os seus módulos matemáticos, como o espanhol, de forma que seria mais adequado pensar em uma hipótese exculpante no Código Penal espanhol através da modalidade do Art. 20, 6º: “*el que obre impulsado por miedo insuperable*”. Dessa forma, seria, para essa corrente, o medo insuperável ou até mesma a construção de uma nova modalidade exculpante análoga as melhores vias de incidência para o universo de casos onde se pretendia antes pensar em um estado de necessidade exculpante<sup>283</sup>.

Na Argentina, o atual Código Penal data de 1921, sofreu reformas diversas ao longo do século, até ser restaurado no ano de 1973, com o fim do governo militar, ratificando algumas poucas alterações promovidas durante o período autoritário. A atividade acadêmica no período igualmente pode ser considerada consistente<sup>284</sup>. Todavia, o estado de necessidade na Argentina foi tratado de maneira uniforme<sup>285</sup>, perpetuando uma fórmula consagrada no Código Penal de 1886, por influência das legislações penais do período imperial brasileiro<sup>286</sup>.

---

<sup>282</sup> **ROLDAN BARBERO**, Horacio. *Estado de Necesidad y Colision de Intereses*. CPC, 1983, p. 513-514.

<sup>283</sup> Essa solução corrigiria o vício apontado por diversos juristas como Walter Perron e Horacio Roldan Barbero, para quem o estado de necessidade exculpante, na atual forma que se encontra, para os tribunais, não encontram fundamento em si, mas sim são empregados para fundamentar o não reconhecimento de uma hipótese justificante. Ver: **PERRON**, Walter. *Justificación y Exclusión de la Culpabilidad a la Luz del Derecho Comparado*. ADPCP, 1988, p. 153.

**ROLDAN BARBERO**, Horacio. *Estado de Necesidad y Colision de Intereses*. CPC, 1983, p. 513.

<sup>284</sup> Especificamente nesse ponto, Zaffaroni enumera os projetos de reforma do Código Penal de 1921, em **ZAFFARONI**, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal – Parte General – Tomo I*. p. 433-458.

<sup>285</sup> Contudo, não faltaram sugestões de reformas. Zaffaroni nos noticia a quantidade relevante de modelos alternativos trazidos pelos diversos projetos de reforma: “El proyecto de 1937 limitaba la ponderación de males al caso de la propiedad y excluía del supuesto al que estuviese obligado a soportar el riesgo (art. 15, inc. 3º). El proyecto de 1941 exigía la “racional proporcionalidad” (art. 27, inc. 1º), en lo que fue seguido por el proyecto de 1951, que requería la “racional proporcionalidad entre la conducta y el mal que se quisiera evitar” (art. 24). El proyecto de 1953 exigía que el “sacrificio del bien jurídico no pudiera razonablemente exigirse al agente”, que hubiera proporcionalidad y falta de provocación (art. 27). El proyecto de 1960 preceptuaba que el mal que se quisiera evitar fuese considerablemente mayor (art. 15). El inc. 5º del art. 59 del proyecto de 1974 mantenía el texto vigente. El proyecto de 1980 preceptúa: “No delinque el que causare un mal para evitar otro que sea mayor e inminente, no evitable de otro modo, siempre que el necesitado no tuviere el deber jurídico de afrontar el riesgo” (art. 12).”

<sup>286</sup> **ZAFFARONI**, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal – Parte General – Tomo III*. p. 623-624.



O primeiro código penal brasileiro adotava uma fórmula bastante sumária: “Art. 14. Será o crime justificável, e não terá lugar a punição d'elle: 1º Quando fôr feito pelo delinquente para evitar mal maior. [...]” O código seguinte, de 1890, assim também retratou o problema: “Art. 32. Não serão também criminosos: § 1º Os que praticarem o crime para evitar mal maior; [...]”. Assim, a fórmula argentina combinou, em seu Art. 34, 3º, a descrição sumária brasileira de um estado de necessidade como a obra daquele “*que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño*” – nota-se: distinto da fórmula espanhola “*que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar*” – com a perpetuação da tradição ibérico-latina de manter hipóteses hoje entendidas como justificantes e exculpantes no mesmo rol.

De toda forma, entende-se na Argentina que, indubitavelmente, o Art. 34, 3º traz uma hipótese de estado de necessidade justificante e adequado aos fundamentos da teoria do conflito, na medida em que a análise feita é puramente da conjuntura onde o mal causado seja menor que aquele atual ou iminente a ser evitado. Contudo, para a definição de um estado de necessidade desculpante, geralmente situado em situações-limite de ponderações de bens de igual valor ou ainda em casos da ponderação de vidas, tal qual a “Tábua de Carnéades”, as respostas dadas pela doutrina argentina não são tão uniformes.

Zaffaroni, descrevendo a hipótese da ponderação de vidas, afirma ocorrer um estado de necessidade exculpante, – “*Simplesmente la conducta será antijurídica, pero no habrá reproche de culpabilidad, pues al sujeto no se le podrá exigir otra conducta. De todas formas, el homicidio nunca podrá justificarse por estado de necesidad*<sup>287</sup>.”

Buscando fundamentar ou negar essa exculpação, muitos e diversos foram os caminhos propostos. Sebastián Soler<sup>288</sup> acenderá uma distinção entre ação necessária e ação coagida. O Art. 34, 2º do Código Penal argentino traz a hipótese de não punição daquele “*que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente*” Para o jurista argentino, a ação coagida, decorrente necessariamente de uma força humana, encontra adequação somente na segunda parte do Art. 34, 2º, enquanto a ação necessária, oriunda de uma conjuntura natural, é tão somente prevista no Art. 34, 3º. Juristas como Nuñez<sup>289</sup> e Fontán

---

<sup>287</sup> Neste sentido também entende Alfredo Orgaz, para quem, especulando quanto a existência de um “direito de exigir o sacrifício de um bem”, tais somente poderão possuir conteúdo patrimonial. Em: **ORGAZ**, Alfredo. *El Estado de Necesidad*. p. 1383-1384.

<sup>288</sup> **SOLER**, Sebastián. *Derecho Penal Argentino – Tomo I*. Editora TEA Buenos Aires. p. 463-465;

<sup>289</sup> **NUÑEZ**, Ricardo *Manual de Derecho Penal – Parte General*. Marcos Lerner Editora Córdoba. p. 196-197: Por consiguiente, esta causa de inculpabilidad no es únicamente la amenaza de un mal grave e inminente hecha

Balestra divergem de Soler, interpretando o Art. 34, 2º de forma a identificar a ameaça como tanto a decorrente de um obrar humano quanto aquela oriunda de um processo natural. Nuñez inclusive interpretará a "força física irresistível" como *vis absoluta* (coação física) ou *vis compulsiva* (coação moral). Ainda, existem manifestações favoráveis a fórmula ampla atribuída a Freudenthal da inexigibilidade de uma conduta diversa como critério supralegal de exculpação. Assim, juristas como Jimenez de Asua<sup>290</sup> fundamentaram a exculpação para algumas das situações envolvendo as hipóteses que transcendem um estado de necessidade justificante<sup>291</sup>.

Conforme já apresentado, o Código Penal português, em 1852, já trazia uma ideia próxima àquela desenvolvida pela teoria do conflito. O diploma repressor disciplinava ser uma circunstância atenuante “[...] a intenção, e necessidade de evitar um mal”. Igualmente, era prevista uma modalidade excludente da condição criminosa, tal qual a teoria da adequação, “quando (o autor) foi constringido por força irresistível”.

A legislação seguinte, em 1886 trazia ideias muito próximas a esse par: a circunstância atenuante conflitiva agora compreende “a intenção de evitar um mal ou a de produzir um mal menor”; e a ideia de coação agora assume duas formas diversas – (aqueles) violentados por qualquer força estranha, física e irresistível e os dominados por medo insuperável de um mal igual ou maior iminente ou em começo de execução<sup>292</sup>.

---

por una persona a otra para que cometa un delito, sino que es toda perspectiva de un mal grave, cualquiera que sea su origen, que se presente como de inminente realización y que, para evitarlo, obliga a la víctima a delinquir.

<sup>290</sup> **JIMENEZ DE ASUA**, Luis. *Principios de Derecho Penal – La Ley y el Delito*. Editora Abeledo Perrot. p. 414-416.

<sup>291</sup> Uma comparação entre um estado de necessidade exculpante alemão e o seu equivalente argentino presente no Art. 34, 2º é encontrado no trabalho de Roberto Javier Cadenas, que realça, entre tantos pontos de interesse, a falta na legislação argentina de limites quanto aos bens jurídicos, quanto as pessoas – isto é, o autor da necessidade, seus familiares e auxiliares –, quanto a recortes de exclusão da exculpação, como deveres especiais, posição de causador, etc. e ainda a ausência de diminuição de pena para algumas circunstâncias incompletas e de qualquer tipo de regra sobre as situações de erro quanto aos pressupostos de fato e de direito envolvendo a exculpação. Ver, **CADENAS**, Roberto Javier. *El Estado de Necesidad Exculpante em el Código Penal Alemán (§ 35); a su vez, una Confrontación con la Legislación Argentina (Art. 34, Inc. 2º - Paricalmente – del Código Penal*. p. 363-409.

<sup>292</sup> Especialmente em razão da forma peculiar pela qual foi construída, conjugando elementos subjetivos – medo insuperável – e elementos descritivos – mal igual ou maior iminente ou em começo de execução – uma crítica muito adequada é encontrada na obra de Maria Fernanda Palma, realçando a divergência encontrada na doutrina quanto a interpretação do Art. 44º, nº2 do Código Penal de 1886 e a incomunicabilidade entre o que podia-se entender sob justificação na “pré-história do Direito Penal e a justificação do atual Código, coloca em cheque a natureza justificante ou exculpante da antiga regra, questionando quais eram seus propósitos (servindo como ausência de pressupostos de responsabilização individual ou se o legislador já vislumbrava a problemática hipotética legítima defesa contra uma ação em necessidade). Dessa forma, indaga-se para os conflitos entre os bens de mesma hierarquia se existiu uma diferença de tratamento entre os dois diplomas. **PALMA**, Maria Fernanda *O Estado de Necesidade Justificante no Código Penal de 1982*. Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia. p. 173-206.

O Código Penal de 1982 pela primeira vez trouxe especificamente um direito de necessidade objetivo, regulado como excludente da ilicitude, e não como circunstância atenuante, para além de uma modalidade exculpante que agora assumiu contornos precisos. Esse caminho foi profundamente inspirado na doutrina alemã, a quem Eduardo Correia<sup>293</sup> atento já defendia, sob o código interior, uma teoria diferenciadora inspirada nos debates e na jurisprudência sobre a positivação de uma hipótese legal de justificação em território alemão, processo esse acima descrito.

Hoje, a legislação portuguesa prevê manifestamente duas hipóteses de estado de necessidade que mesmo fiéis às suas bases fundamentadoras, segundo Taipa de Carvalho<sup>294</sup>, compartilham uma situação-base comum: a existência de uma situação de perigo actual para determinado bem ou interesse jurídico de determinada pessoa, situação de perigo esta que só pode ser neutralizada mediante a lesão de um interesse ou bem jurídico de uma terceira pessoa alheia à criação da situação do perigo<sup>295</sup>. Ainda, uma modalidade diversa, antes trabalhada doutrinariamente na Alemanha, adquiriu autonomia através do nome “conflito de deveres”, merecendo mais considerações futuras.

No Brasil, uma teoria da(o) colisão/conflito foi recebida com alguma resistência. Comentando o Código Penal de 1890, João Vieira de Araújo<sup>296</sup> deduzia: “No estado de necessidade não tem império algum as normas jurídicas. Aí dominam, como absolutas, as leis animais, de luta pela existência; o fato da colisão involuntária de dois direitos, de duas vidas, não revela “temibilidade” em qualquer das duas partes empenhadas nela”. Já Candido Motta Filho<sup>297</sup>, em obra que antecedeu o Código Penal de 1940 em dois anos, atacou aqueles que reconheciam no problema da necessidade a existência de um direito, tal qual o alemão Alexander Graf zu Dohna. Esse pretense direito, para o autor, ainda que suportado por autores como Sermet, Carrara e Janka, não podia ser reconhecido na medida que, contrastando com a legítima defesa, onde um resultado como a morte pode ser imputado a um agente em razão de sua conduta hostil, não haveria razão para, sob um estado de necessidade, exigir de um homem agora inocente de qualquer circunstância o sacrifício de perder a sua própria vida. Assim, haveria, invocando Petrazky, um descompasso entre direitos e deveres, que só conduziriam a

---

<sup>293</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I*. Coimbra Editora. p. 438-439.

<sup>294</sup> TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Direito Penal – Parte Geral*. Editora Coimbra. 2008. p. 400-401.

<sup>295</sup> Taipa de Carvalho com tal definição reduz o escopo de incidência do estado de necessidade justificante tão somente para as situações de “estado de necessidade agressivo”, uma vez que a modalidade defensiva, em suas estruturas e em suas razões, mais se assemelha às situações de legítima defesa.

<sup>296</sup> ARAÚJO, João Vieira de *Código Penal Comentado, Vol. II*, 1897. p. 26.

<sup>297</sup> MOTTA FILHO, Candido. *Do Estado de Necessidade*. Saraiva & C – Editores. São Paulo. 1938. p. 186-211.

uma situação de irresponsabilidade, de destruição e de vingança. Dessa forma, o direito de necessidade para o autor não se traduziria propriamente em um direito, mas sim em um fato social, tal qual a tradição daqueles que advogaram a existência de um “espaço vazio de Direito”, onde o Estado não haveria razão para preferir, em um conflito entre duas vidas, o sacrifício de uma delas.

As abordagens de ambos os juristas parecem ser completamente orientadas no sentido de criticar ou especular a existência do fenômeno do estado de necessidade como direito, somente a partir dos casos de conflitos de interesses de igual valor – e especificamente quando estes são vidas humanas – sendo silente quanto aos méritos da teoria do conflito nos demais, confundindo um juízo de validade ou falseabilidade da teoria com um juízo de incidência ou não de uma de suas hipóteses. Isto é, pode-se defender um verdadeiro direito de necessidade ainda que se dê uma resposta negativa a justificação em um cenário de ponderação entre duas vidas.

O Código Penal brasileiro 1940 disciplinou apenas uma hipótese de estado de necessidade, agora prevista em manifesto rol de causas excludentes da ilicitude, e com seus elementos descritos no Art. 24 atualmente em vigor. Segundo o caput do Art. 24º, “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”.

Esta posição foi admitida pela doutrina como uma manifesta filiação a uma “teoria unitária”, para a qual o estado de necessidade deve ter seu tratamento jurídico disciplinado em uma só hipótese legal – como no caso justificante. Contudo, as filiações a uma hipótese dualista não deixaram de existir, entendendo para estes haver um estado de necessidade exculpante extralegal, situação inversa daquela descrita na experiência alemã<sup>298</sup>.

O Código Penal de 1969, revogado ainda em *vacatio legis*, e o seu irmão gêmeo Código Penal Militar optaram por uma solução diametralmente distinta. Segundo a própria comissão,

---

<sup>298</sup> É válido notar que o Art. 22 que disciplina a coação irresistível e a obediência hierárquica – “Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem” – o faz de forma a deixar expressa que essa coação, possuindo um autor, só poderá decorrer de uma fonte humana, fulminando as possibilidades de se especular uma modalidade legal próxima da teoria da adequação. A matéria, todavia, não é pacífica, havendo autores como René Ariel Dotti que entendem a coação como gênero, sob o qual fundam-se os estados de necessidade justificante e exculpante, de forma que o coagido, sob ameaça de morte, foi obrigado a cometer um furto, terá sua conduta justificada. **DOTTI**, René Ariel. *Estado de Necessidade e Inexigibilidade de uma Conduta Diversa*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal n° 18. p. 93-94.

em sua exposição de motivos, “o projeto, (inspirado em Reinhard Frank e na monografia “Der Notstand, ein Schuldproblem” de James Goldschmidt, publicada em 1913) acolhe a chamada teoria diferenciadora, que distingue conforme se trata de bem jurídico de valor igual ou inferior ao ameaçado”:

“Essa teoria diferenciadora (que se opõe à unitária) é hoje amplamente dominante, e sua correção nos parece indubitável. Ela se inspira na ideia de inexigibilidade de outra conduta, dando-lhe, porém, limites claramente definidos. São muito grandes as restrições que surgiram na doutrina à admissão da inexigibilidade de outra conduta, como causa geral e suprallegal de exclusão da culpa, estando hoje esse entendimento em franco descrédito, pejo menos no que concerne aos crimes dolosos.

Ao lado do estado de necessidade que exclui a culpa (que o anteprojeto denominava impropriamente de inexigibilidade de outra conduta) aparece O estado de necessidade que exclui a ilicitude. Pressupõe o primeiro a ação antijurídica e só tem cabimento quando for inaplicável o segundo. O estado de necessidade que exclui a ilicitude somente se configura quando o mal causado, pela sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado. Fora daí a situação de necessidade pode conduzir à exclusão da culpa. Quando o bem a salvar for do próprio agente ou de pessoa a quem esteja ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição. Em favor desta última fórmula foi abandonado o critério restrito do anteprojeto em sua formulação original (parente em linha reta, Irmão ou cônjuge). A conduta deixa de ser reprovável quando é inexigível comportamento diverso, o que haverá de ocorrer sempre em situações excepcionais. Embora não haja referência expressa, é claro que o erro quanto à inexigibilidade de outra conduta é essencial, pois se trata de situação análoga à das discriminantes putativas. A pena pode ser atenuada nos limites legais (art. 59) se a coação for resistível ou se a ordem de superior hierárquico não era manifestamente ilegal ou se, no caso de estado de necessidade como excludente da culpa, era razoavelmente exigível o sacrifício do direito ameaçado. Em tais casos, o juiz terá em vista particularmente as condições pessoais do réu, pois se trata, em última análise, de estabelecer a sua culpabilidade, vale dizer, a censurabilidade de seu comportamento”.

Hoje, com a nova Parte Geral aprovada em 1984, o estado de necessidade se encontra com redação idêntica a original de 1940. Frente a divergência aberta entre as “teorias unitárias” e uma “teoria diferenciadora”, em meio as inúmeras contribuições já antes descritas, há um relativo consenso<sup>299</sup> em se defender tão somente duas posturas: (1) um tratamento unitário, fundado na teoria do(a) conflito/colisão de bens ou de interesses; (2) uma teoria diferenciadora, ambas inspiradas na mesma supracitada teoria, porém oferecendo um juízo alternativo mais favorável para situações onde o bem salvo for de menor valor que aquele sacrificado.

---

<sup>299</sup> Ibid. p. 96 e MACHADO, Luis Alberto. *Estado de Necessidade e Exigibilidade de Outra Conduta*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. p. 44-45.

De forma sinóptica, nossa redação atual não faz menção a salvaguarda de um bem (sensivelmente) superior, assim como os modelos português e alemão, nem exige que o mal causado não seja maior do que aquele que se pretende evitar, como o espanhol, assim confiando em um juízo que diga o quão razoável seriam as alternativas do agente em dadas circunstâncias. Nesta conjuntura, a resposta para o problema da justificação brasileiro, revela-se tão elástica quanto aquela criticada por Santiago Mir Puig, de forma que um consenso quanto aos casos limites de bens de igual valor não consegue ser formado. Materializando tal afirmação, a doutrina contemporânea<sup>300</sup> aponta para o seguinte quadro:

- (1) Bens jurídicos sacrificados de menor valor que aqueles protegidos autorizam o reconhecimento da justificação.
- (2) Bens jurídico sacrificados de valor maior aos bens jurídicos de valor protegidos eventualmente implicarão uma exculpação.
- (3) Bens jurídicos sacrificados e protegidos de igual valor, autorizam o reconhecimento da justificação, para partidários da teoria unitária e parte daqueles que aderem uma teoria diferenciadora, enquanto outros desse segundo grupo, influenciados pela doutrina estrangeira, afirmarão ser caso de exculpação.

Em momento oportuno, seja na apreciação da técnica legislativa, seja a partir da especulação dos resultados práticos de tais propostas, aqui se formará um juízo destes problemas.

Por fim, é válida a referência ao sistema penal anglo-saxônico, onde Fletcher<sup>301</sup>, narra ter ocorrido na Inglaterra uma fria recepção ao problema da necessidade, havendo pelas mãos de Sir Francis Bacon as primeiras linhas consideráveis sobre o assunto. Para Bacon<sup>302</sup>, a lei não poderá punir um homem por uma falta, quando este ato tenha sido compulsório e não produto

---

<sup>300</sup> No sentido de afirmar a justificação das ações salvadoras de valores iguais: **GUEIROS SOUZA**, Artur de Brito e **JAPIASSU**, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal – I*. Editora Campus Elsevier. p. 224-225. **GRECO**, Rogerio. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 14ª Edição p. 323-324. **TOLEDO**, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. p.181. Em sentido oposto **FRAGOSO**, Heleno Claudio *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. p.189, **BITENCOURT** Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Vol I*. p.364-366., **PIERANGELI**, José Henrique e **ZAFFARONI**, Eugenio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. p. 594

<sup>301</sup> **FLETCHER**, George. “Rethinking Criminal Law” Oxford University Press. 2000. p 822-823.

<sup>302</sup> **BACON**, Sir Francis *The Elements of the Common Lawes of England*. p. 25-29. Obra disponível escaneada no sítio do Internet Archive: <<https://archive.org/details/elementsofcommon00baco>>. Acesso em 09/12/2015. A necessidade, para o filósofo era decomposta em três: a necessidade de conservar sua própria vida, a necessidade da obediência e a necessidade como ato divino ou da natureza. Sobre o desenvolvimento do reconhecimento de ações humanas como objeto do estado de necessidade no sistema jurídico norte-americano ver **DeGIROLAMI**, Marc O. *Culpability in Creating Criminal Necessity*. Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers. Parte do Criminal Law Commons. Obra disponível em: <[http://lsr.nellco.org/columbia\\_pllt/](http://lsr.nellco.org/columbia_pllt/)>. Acesso em 09/12/2015.

de sua própria vontade elegida. Por outro lado, noticia Fletcher que juristas como Sir Matthew Hale e Sir William Blackstone seguiram caminhos opostos, inclusive tendo o primeiro afirmado que “aquele que rouba para evitar morrer de fome deveria ser punido com a morte”, sendo tal pensamento benevolente com tais agentes produto de causídicos jesuítas que “têm aconselhado aprendizes e serviçais a roubar seus próprios mestres”.

Contudo, a discussão ainda seguiu por muito tempo, assumindo contornos utilitários que tornaram o solo pobre para fecundar o terreno das justificações: de um lado, Thomas Babington Macaulay, autor do Código Penal indiano de 1860, argumentava no sentido em que o mero medo de uma pena capital remota e que poderia nunca ser infligida seria incapaz de motivar alguém a não tentar salvar a sua vida; de outro, arguia James Fitzjames Stephen que seria exatamente nesses momentos em que a lei deveria afirmar da forma mais enfática e clara o contrário<sup>303</sup>.

Curiosamente, é atribuída ao próprio Stephen<sup>304</sup> uma primeira tentativa de se criar uma doutrina dos males menores (*lesser evils*), para quem agora haveria casos onde a violação de uma lei torna-se apropriada em uma proporção tão significativa que as pessoas poderão justificadamente assim fazer. Vale lembrar, que neste cenário, a opinião pública e todos os debates estavam voltados para o já exposto caso *Her Majesty The Queen v. Tom Dudley and Edwin Stephens*, onde marinheiros mataram um grumete para fazer uso de sua carne. De toda a forma, a construção de *lesser evils* trazida por Stephen, ainda que justificasse um caso de aborto necessário, não parecia abarcar a situação de conflito entre vidas já concebidas.

Na jurisprudência americana, foram muitos os casos que acenderam o problema da necessidade e da eleição de um mal menor. Entre tantos, *State v. Green*<sup>305</sup>, julgado pela Suprema Corte do Missouri, é capaz de demonstrar de forma especial o estado da arte do problema da necessidade e da coação. John Charles Green era um prisioneiro do estado, constantemente estuprado pelos demais detentos e vivendo sob ameaças. Unindo estas circunstâncias em uma constante, até o ponto de se tornar insuportável, Green evadiu-se da prisão. Forjando pela segunda vez uma tentativa de suicídio, sendo levado para a enfermaria,

---

<sup>303</sup> Fletcher afirma que uma lógica utilitarista afirmaria no sentido proposto por Macaulay, e oposto ao “momento da tentação” de Stephen: se a norma não possuir um efeito prático, ela não deve ser usada; caso possua, assim deverá a mesma agir.

<sup>304</sup> **FLETCHER**, George. *Rethinking Criminal Law*. Oxford University Press. 2000. p 825.

<sup>305</sup> *State v. Green* 470 S.W.2d 571 (1971). Resumo em: <<http://law.justia.com/cases/missouri/supreme-court/1971/55031-0.html>>. Acesso em 09/12/2015.

onde já havia pedido suporte, Green decidiu enfim escapar, sendo capturado no dia seguinte e levado a julgamento.

O tribunal, no caso, entendeu não ter existido comunicação por parte do preso relatando tais condições, não estando obstruída a via de petição, nem mesmo havendo comunicação ao corpo legal do estabelecimento prisional relatando a prática e denunciando os ofensores. Ainda, a comparação entre o valor sacrificado e o resguardado era problemática de forma que costumeiramente interesses individuais costumavam sucumbir diante daqueles coletivos, de forma que as más condições do cárcere na realidade americana não habilitavam, via de regra uma ação evasiva necessária. Uma noção de necessidade já havia sido concisamente construída através de precedentes de outros estados: *“the principle of justification by necessity, if applicable, involves a determination that `the harm or evil sought to be avoided by such conduct is greater than that sought to be prevented by the law defining the offense charged.’ The compulsion from the harm or evil which the actor seeks to avoid, should be present and impending”*<sup>306</sup> O Voto discordante, contudo, reconheceu existir no caso, não uma situação de necessidade (lesser evils), mas sim uma coação irresistível (duress), na medida que essa seria a maneira adequada para defender sua vida: *“The majority opinion does not recommend submission, and as a practical matter, self defense was impossible. All that was left was escape, and under these circumstances, the coercion and necessity were not remote in time, but present and impending. Escape or submission (and I do not believe defendant was unreasonable in not being willing to submit to five-fold sodomy) were literally all this defendant had left”*. Vale lembrar, como já exposto neste capítulo que tanto a doutrina da escolha do mal menor (choice of evils) quanto uma modalidade de coação são previstas no Model Penal Code; a primeira como fundamento geral para uma justificação, e a segunda no capítulo da culpabilidade.

---

<sup>306</sup> People v. Richards Crim. No. 6955. Resumo em: <<http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/2d/269/768.html>>.



### 3. A PONDERAÇÃO DE INTERESSES NO HORIZONTE DA JUSTIFICAÇÃO

Conforme apresentado, o Direito Penal, como intervenção aflagante subsidiária do Estado, representa um primeiro momento seletivo de conflitos para os quais se pretende desencorajar a prática de certas condutas e encorajar outras, sejam elas a abstenção do agente ou, excepcionalmente, sua intervenção ativa.

Dentro do universo desses conflitos selecionados, como afirmado no segundo capítulo, existem aqueles que, dadas as circunstâncias fáticas, são qualificados pela inexistência de uma alternativa que não implique a fragilização, neutralização ou a perda da capacidade de defesa de um dos interesses em conflito. Nesse segundo momento, resta ao Direito Penal, após ter avocado para si este papel, disciplinar os requisitos para esse exercício e elencar quais fatores deverão ser levados em consideração para alcançar uma solução.

Pôde-se compreender no segundo capítulo que, aparte da dogmática e da política criminal, os problemas e os dilemas que configuram esse conjunto de casos sempre, ao longo dos tempos, moveram os interesses dos homens, em especial de uma filosofia, berço de tantos campos do conhecimento. Esta, em constante diálogo com os homens tomadores de decisões, para além de suas investigações e os seus sistemas éticos, inspirou a criação de teorias que buscaram fundamentar um instituto de necessidade, a ser criado para servir de régua para esses conflitos. Entre estas régulas, pode-se observar que majoritariamente encontramos uma nomeada teoria da adequação, reconhecidora da incapacidade do Direito de motivar psicologicamente os homens situados nesses conflitos, e uma teoria do conflito, que buscou trazer para si um número considerável de circunstâncias para definir qual valor preponderará em uma ponderação.

Trazendo para a análise do Direito Penal e dos sistemas positivos, foi possível neste mesmo texto também identificar como estas teorias ganharam diversas formas de positivação, e, de alguma maneira, como se pode notar em países como Argentina e Espanha, levou-se com muito apreço as tradicionais formulas, porém, não necessariamente adequadas às suas alegadas bases.

Deve-se pensar no caso brasileiro, especificamente do Código Penal de 1940 ainda em vigor, que, consagrando o problema da necessidade como caso de justificação, assim o fez sob a forma das “circunstâncias, (sob as quais) não era razoável exigir-se”, fórmula esta não necessariamente idônea a representar a teoria do conflito, mas sim sendo adotada pelas

modalidades exculpantes de países como Alemanha e Portugal. Lembra-se que em Portugal a descrição da modalidade necessária desculpante se dá exatamente sob estes termos, nos casos “quando não for razoável exigir, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente”. Igualmente, na Alemanha, agora tratando das hipóteses de exclusão do reconhecimento do estado de necessidade desculpante, o legislador traz o mesmo núcleo de expectativa “sob que circunstâncias, pode-se esperar de agente que assuma o perigo”. Enfim, o que aqui se pretende afirmar é que tais expectativas normativas mais parecem advogar o problema da inexigibilidade trazido por Freudenthal do que as intenções assumidas pela lei e pela doutrina nacional, e, ao contrário do que é afirmado pela última, seria, no mínimo, curiosa uma explicação pela teoria do conflito que reconhecesse um estado de necessidade desculpante nos casos onde o interesse protegido for de igual ou menor valor, universo este, que por si só, englobaria quase a totalidade das ações humanas, se considerados como interesses lícitos a satisfação de qualquer necessidade humana<sup>307</sup>.

Assim, um estado de necessidade exculpante melhor recortado encontrará suportes mais consistentes nas já expostas razões associadas a uma teoria da adequação, onde a expectativa normativa por parte de uma ação de um agente demonstrará que o mesmo, em dadas circunstâncias, era incapaz de ser motivado pelas normas jurídicas coatoras, de forma que as mesmas seriam absolutamente ineficazes para atingir esse objetivo. Ainda, essa disposição anímica diminuída, encontraria um segundo fator de diminuição da culpabilidade, na medida que essa mesma ação foi assim orientada para promover a salvaguarda de um interesse individualmente ou socialmente valioso.

É claro, que tal construção, conjugando estes dois elementos, não é capaz de por si só explicar uma infinidade de situações, como, por exemplo, o indivíduo, que, à custa de um número grande de vidas, pratica uma ação mantenedora de sua própria existência, hipótese essa na qual uma avaliação psicológica favorável ao agente contrastaria com um sacrifício absolutamente maior, incapaz de justificar uma diminuição da culpabilidade. Outro exemplo

---

<sup>307</sup> Stratenwerth expressamente afirma não se tratar no estado de necessidade exculpante de uma comparação de bens, mas sim da inexigibilidade de uma conduta conforme o Direito, de forma que assim, para o jurista, poderá este limitar a uma lista menor de bens suscetíveis. No esquema mental do jurista, o estado de necessidade desculpante e o “estado de necessidade por consciência” são duas ideias básicas que decorrem diretamente da inexigibilidade de uma conduta conforme o direito. **STRATENWERTH**, Günther. *Derecho Penal. Parte General I*. Editora Thomson Civitas. p. 263-271. Edgardo A. Donna também tratará os delitos por consciência como colisões entre deveres impostos por normas jurídicas e deveres impostos por ordens morais e religiosas, que são constitucionalmente reconhecidas pela liberdade de crença e pela proteção do próprio Estado quanto a esse exercício. Em **DONNA**, Edgardo. A. *El Delincuente por Conciencia. Um Problema de Colisión de Deberes*. p. 385-395.

seria o de um auxílio de terceiro que, frente a existência de um risco fatal a vida de uma pessoa, o transfere para um terceiro, inicialmente fora de qualquer risco<sup>308</sup>.

Assim colocados estes exemplos, percebe-se o quão simplista se tornaria uma comparação de bens em um estado de necessidade como aquela promovida por parte silente da doutrina nacional, tão somente atenta aos valores apresentados entre os dois lados da balança a partir da negação de uma necessidade justificante<sup>309</sup>. O estado de necessidade exculpante, dessa forma, merecerá contornos mais precisos, conciliando aspectos psicológicos, como a disposição anímica do indivíduo, e aspectos normativos, como uma eventual proporcionalidade destas mesmas situações. Entre as tantas contribuições, deve-se mencionar a proposta de Roxin<sup>310</sup> por uma fundamentação político-criminal, provando em tais situações, pela sua excepcionalidade, sua falta de uma necessidade preventiva geral e especial da tutela penal.

O estado de necessidade desculpante, seja pela dupla diminuição da culpabilidade, seja pela ausência de fins preventivos gerais e especiais da tutela penal, abrirá margens para diversas escolhas legislativas quanto aos seus limites. É bastante duvidosa sua habilitação para a proteção de bens patrimoniais, havendo por um lado, o juízo de reprovação negativo de ações que, buscando defender um determinado patrimônio, sacrificam patrimônio alheio em maior valor ou ainda outro interesse de maior dignidade; por outro, contudo, não foram poucas as hipóteses onde a inexigibilidade fora ventilada, como forma de desculpar gestores por suas ações assumidas frente aos seus negócios, na medida em que os interesses coletivos protegidos nos tipos penais encontram sempre maior valoração entre as avaliações dos juristas.

---

<sup>308</sup> Situação essa diferente daquela descrita por Jakobs, do naufrago com um colete salva vidas que desarma outro para dar o seu colete para um terceiro, seu familiar. Ver: **JAKOBS**, Günther. *Tratado de Direito Penal. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2009. p. 820-821. Resta a dúvida em distinguir a diferença entre uma comunidade onde todos estejam sob o mesmo risco atual transferindo entre si o mesmo e um grupo que, organizadamente transfere o risco para um terceiro inocente. O segundo exemplo encontraria diferença daquele proposto por Judith Jarvis Thomson em sua hipótese ao problema do trolley: “A brilliant transplant surgeon has five patients, each in need of a different organ, each of whom will die without that organ. Unfortunately, there are no organs available to perform any of these five transplant operations. A healthy young traveler, just passing through the city the doctor works in, comes in for a routine checkup. In the course of doing the checkup, the doctor discovers that his organs are compatible with all five of his dying patients. Suppose further that if the young man were to disappear, no one would suspect the doctor. Do you support the morality of the doctor to kill that tourist and provide his healthy organs to those five dying persons and save their lives ?” Ver: **THOMSON**, Judith Jarvis *The Trolley Problem*. The Yale Law Journal, Vol. 94, No. 6 (May, 1985), p. 1402-1403

<sup>309</sup> Isto ainda considerando a crítica à ideia do que seria a diferença entre uma intencional instrumentalização e um simples efeito lateral certo, porém indesejado, como já demonstrada por Knobe em momento anterior. Ver: **KNOBE**, Joshua. *Intentional Action and Side Effects in Ordinary Language*. Analysis, 63, p. 190-193 e **KNOBE**, Joshua. *The Concept of Intentional Action: A Case Study in the Uses of Folk Psychology*. Philosophical Studies August 2006, Volume 130, Issue 2, p. 203-231.

<sup>310</sup> **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Thomson Civitas. p. 900-901.

De toda a forma, o problema da inexigibilidade merecerá um escrutínio mais qualificado para o qual esta dissertação não poderá oferecer melhores rendimentos, para além das pontuais considerações futuras quando contrastadas com a ponderação justificante. Esta última, merecedora de nossas atenções, antes de decomposta em todos os seus elementos e confrontada com as razões anteriormente expostas nos capítulos anteriores, a partir de agora passará por um exame fundamental para o qual serão colocados os seguintes problemas: o que se pretende afirmar quando se diz justificar no direito uma conduta? Existe uma razão substancial que una todas essas razões? Em qualquer caso, existindo ou não, qual a relação desta razão ou de seus elementos para com a fundamentação do estado de necessidade justificante fundado na teoria do(a) conflito/colisão? Por último, deve-se perguntar, em termos gerais, como se operará o agora fundamentado instituto.

### 3.1 Existe uma Teoria Geral da Justificação?

A antijuridicidade designa uma característica de uma propriedade de uma ação típica contrária às proibições e aos mandatos do Direito Penal. Dessa forma, o injusto pode ser caracterizado como a própria ação típica e ilícita, o objeto de valor e sua correspondente valoração. O injusto penal representaria, então, essa contrariedade especificamente a um tipo penal, existindo, porém, para além dessa realidade, injustos civis, injustos administrativos, etc. Todavia, a antijuridicidade como categoria, ainda que inserida em um contexto penal, na maior parte dos casos, quando negada, produz efeitos em todo ordenamento jurídico, da mesma forma como algumas medidas processuais ou de direito substancial fora do Direito Penal igualmente eliminam a antijuridicidade dos correspondentes tipos penais.<sup>311</sup>

O processo de negação da antijuridicidade se dá de forma que uma conduta típica será antijurídica a menos que esta incorra em uma causa justificante. Esta fórmula produziu as mais distintas formas de orientar a relação de uma conduta típica e sua eventual ilicitude, passando desde uma *ratio essendi*, onde uma teoria dos elementos negativos do tipo incorpora uma estrutura bipartida na qual tipicidade e ilicitude se encontram sob a mesma categoria, descoladas apenas da culpabilidade, chegando até uma postura de dissociação destes mesmos elementos, onde a tipicidade representa apenas uma indiciária *ratio cognoscendi* do problema da

---

<sup>311</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Thomson Civitas. p. 558.

antijuridicidade. No meio desse caminho, foram formuladas diversas teorias que repercutirão sobretudo no problema do erro quanto aos pressupostos e limites das hipóteses justificantes.

De toda a forma, deve-se partir para uma análise material da antijuridicidade, uma vez que será esta que trará subsídios para o conteúdo de sua constituição e de sua própria negação. Isto é, a negação da antijuridicidade permitirá estabelecer uma relação de ordem entre as hipóteses justificantes e até mesmo de construção de novas modalidades extralegais.

Contudo, especificamente neste ponto, não existe um consenso quanto a existência de um princípio fundamental que possa orientar todas as causas justificadoras, até mesmo<sup>312</sup> porque a dinâmica das intervenções justificadoras nos interesses lesados – por exemplo uma lesão corporal provocada em um inocente, uma intromissão no direito de uma propriedade alheia, a detenção de um agente pela lei, a defesa da própria vida, etc. – pode variar tanto quanto a multiplicidade das circunstâncias sociais dos tipos penais incriminadores e os seus respectivos interesses protegidos.

Ainda assim, é possível apontar na doutrina a existência de um grupo de teorias monistas, que creditam existir um fundamento único de onde todas as hipóteses justificadoras irão extrair os seus sentidos; e teorias pluralistas, para as quais não será possível identificar tal fundamento singular, mas que, de alguma forma, poderá identificar mais de uma razão informadora para a concretização de espécies justificadoras.

Entre as teorias monistas, Roxin<sup>313</sup> identificou no passado uma tentativa de adequar todas as hipóteses justificadoras na chamada teoria do fim<sup>314</sup>, onde uma conduta será justificada quando perseguir através de um meio adequado para alcançar um fim reconhecido pelo legislador como justificado. Outras chaves utilizadas para identificar esse denominador comum foram: (1) o princípio do mais benefício do que prejuízo, invocado por Wilhelm Sauer como uma lei jurídica fundamental; (2) a ponderação de valores, como um princípio de justificação para além da mera comparação de bens jurídicos, atingindo também certas relações sociais,

---

<sup>312</sup> Outra razão para um possível desenvolvimento tardio de uma possível teoria geral da justificação está na própria forma embrionária nas quais as causas justificadoras foram desenvolvidas. Da mesma forma como o estado de necessidade justificante partiu de um pequeno núcleo de circunstâncias objetivas específicas para a formação de uma cláusula geral, o estado de necessidade igualmente era previsto em muitos sistemas jurídicos tão somente nas hipóteses de ameaça a vida defendida por meio de um homicídio doloso ou uma lesão corporal. Frans von Liszt descreve esse processo de conquista de um locus na parte geral dos regramentos penais. **VON LISZT**, Franz. *Direito Penal Alemão – Tomo I*. F Brigiet. Rio de Janeiro 1899. II. §12. II a IV. p. 224-225.

<sup>313</sup> **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Thomson Civitas. p. 572-573.

<sup>314</sup> Aquela mesma aqui já anteriormente citada no problema da necessidade e associada a Hans Welzel e também a Graf zu Dohna. **FLETCHER**, George. *Rethinking Criminal Law*. Oxford University Press. 2000. p 769.

como as ordens do Estado, a administração da justiça ou a família, foi defendida pelo suíço Peter Noll; (3) a fração do curso do fato típico que contém o respeito ao bem prioritário frente ao bem lesionado, como a forma descrita por Eberhard Schmidhäuser.

Uma defesa monista encontrada na doutrina espanhola pode ser vista em Fernando Molina Fernández<sup>315</sup>, para quem as distintas causas de justificação no ordenamento jurídico não operariam de forma independente entre si, mas sim ordenadas em uma estrutura piramidal que caminha da hipótese mais geral e abstrata até a mais específica, mas que em sua cúspide estaria o princípio básico que representaria a própria essência da justificação. Molina Fernandez reconhece que entre todas as tentativas de identificar um fundamento geral para todas as justificações, por seus próprios caminhos e adotando suas diversas nomenclaturas acabam de alguma forma remetendo a um estado de necessidade – excetuando as situações de consentimento, onde não haveria propriamente um conflito. Essa teoria, inclusive, para o autor, seria capaz de explicar o efeito oclusivo que opera afastando o estado de necessidade geral e autoriza o reconhecimento das formas mais específicas. Molina Fernandez igualmente a defende das críticas daqueles que afirmam que um só princípio não seria capaz de condensar toda a sociedade, de maneira que dois ou três também encontrariam uma tarefa igualmente hercúlea. Enfim, para o autor, toda justificação implica uma ponderação de interesses que abrangeria toda as hipóteses justificantes hoje reconhecidas<sup>316</sup>.

Uma teoria pluralista, contudo, poderia muito bem conceder que o paradigma do conflito se encontre presente em todas as modalidades justificantes, e como regra geral em todo o Direito Penal. Roxin<sup>317</sup> é preciso em afirmar que uma fundamentação global tal qual pretendida, restando todas iguais, poderá alcançar um resultado para o qual não se pode esperar um resultado concreto. Pode-se inclusive, como o jurista, afirmar que a pretensão global das hipóteses justificantes é de regular de forma socialmente correta os diversos interesses que colidem. Contudo, esta pretensão só adquirirá um sentido prático doador de significado real

---

<sup>315</sup> **MOLINA FERNÁNDEZ**, Fernando *El Estado de Necesidad como Ley General (Aproximación a un sistema de causas de justificación)*. Revista de Derecho Penal Y Criminología 2ª Época nº extraordinario 1. 2000. p. 199-211.

<sup>316</sup> E o consentimento excepcionalmente, quando implicado na justificação (não integrando o tipo penal na forma de um acordo), representaria uma ausência de um interesse para o qual não precisaria existir uma ponderação entre outros interesses, visto que esta vontade seria sempre preponderante. Tal dupla de chaves “princípio do interesse preponderante/ideia de ausência de interesse” também é defendida na Alemanha por juristas como Blei e Dreher. **JESCHECK**, Hans-Henrich e **WEIGEND**; Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Comares Editorial. Albolote. p. 348-349.

<sup>317</sup> **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Thomson Civitas. p. 574. No mesmo sentido, **FIGUEIREDO DIAS**, Jorge. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I*. Coimbra Editora. p. 390 e **FLETCHER**, George. *Rethinking Criminal Law*. Oxford University Press. 2000. p 768-769.

para interpretar seus elementos quando associados aos valores específicos que realmente estruturam cada um dos discursos justificantes.

Entre as teorias pluralistas pretendendo identificar esses valores fundantes, são encontradas as mais diversas enumerações de valores. Hans Welzel<sup>318</sup> categorizou as hipóteses justificantes então reconhecidas na Alemanha sob três grupos de situações de exceção: (a) aquelas fundadas em um problema de necessidade, como a legítima defesa, o estado de necessidade justificante jurídico-civil e o estado de necessidade supralegal; (b) aquelas para as quais a própria situação exigem o emprego imediato da força, como a auto-ajuda e a detenção provisional; (c) e as situações nas quais o titular do bem poderá consentir. George Fletcher<sup>319</sup>, igualmente refutando a existência de um só fundamento para a justificação, pelas mesmas razões anteriormente expostas, afirmará que as hipóteses justificantes decorrerão de duas ideias fundamentais. A primeira dela será o valor da autonomia, o princípio pelo qual todos os indivíduos são livres e agentes responsáveis. Desse princípio, através de uma dimensão, decorrerá a análise do consentimento, na medida em que a manifestação de uma razão autônoma permitirá a disposição de um direito, se este não for contingente. Ainda, por outra dimensão é possível dar forma a uma das teorias da legítima defesa, uma vez que a manutenção da vida e de sua própria integridade é a forma por excelência do indivíduo de vindicar sua própria autonomia. A segunda ideia fundamental trazida por Fletcher é a necessidade de agir em nome do governo. Sob esta categoria, seria possível identificar condutas privativamente carregadas pelos seus agentes, como o estrito cumprimento de um dever, a detenção e todas as interferências na liberdade ou na propriedade promovidas na execução de uma ordem legal ou militar. Igualmente, seria possível identificar também condutas onde particulares agiriam autorizados, como nos casos de necessidade (pela doutrina do lesser evils), a defesa necessária, a autorização pública e os demais casos de autotutela.

Em uma realidade jurídica mais próxima, Roxin<sup>320</sup> adota um enfoque pluralista lastreada nos seguintes princípios orientadores: (1) princípio da proteção; (2) princípio do prevalecimento do direito; (3) princípio da proporcionalidade; (4) princípio da ponderação de bens; (5) e princípio da autonomia. Tais princípios não seriam *numerus clausus*, mas sim suportariam as atuais formas justificantes reconhecidas, de forma que com o desenvolvimento da sociedade e

---

<sup>318</sup> **WELZEL**, Hans. *Direito Penal*. Editora Romana. Segunda Tiragem. São Paulo. 2004. p. 139.

<sup>319</sup> **FLETCHER**, George. *Rethinking Criminal Law*. Oxford University Press. 2000. p 770 e 860-861.

<sup>320</sup> **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Thomson Civitas. p. 575-576.

as suas constantes mudanças promoverão no futuro leituras mais elaboradas do campo da teoria da justificação.

As atuais justificações no esquema do jurista alemão conjugarão a ponderação dos supramencionados princípios. Uma legítima defesa, por exemplo, poderia ser explicada através do “princípio da proteção” e o “princípio do prevailecimento do direito”, isto é, do lícito sobre o ilícito. Já o estado de necessidade defensivo, ponderaria o “princípio da proteção” com o “princípio da proporcionalidade”. O estado de necessidade agressivo, por sua vez, para Roxin, representaria o “princípio da ponderação de bens” atenuado pelo “princípio da autonomia”, uma vez que o titular inocente do direito sacrificado não poderá suportar qualquer ônus desproporcional, na medida que não participou do perigo.

O sistema proposto por Roxin é capaz de explicar as mais diversas modalidades justificantes legais e extralegais com bastante consistência, contudo, especificamente quanto ao estado de necessidade agressivo, ainda que o autor faça a respectiva correspondência, não resta tão claro qual seria esse conteúdo da autonomia, ou pelo menos que valor sobrejacente é este capaz de informar onde um sacrifício seria um ônus tolerável por parte da vítima inocente e onde essa poderá oferecer sua resistência frente a inexigível transferência.

Nesse sentido, é curiosa a classificação dos princípios justificantes proposta por Günther Jakobs<sup>321</sup>. Para o penalista alemão, as justificações podem ser situadas em três categorias. (a) Em um primeiro grupo, pode-se identificar as hipóteses onde a justificação é a consequência de um comportamento organizatório da vítima da agressão. Assim seria um “princípio da responsabilidade” ou “princípio da causação”, na medida em que a vítima da agressão deve responder pelo seu comportamento, tal qual aquele que ilicitamente ofender a integridade de um indivíduo encontrará contra si uma resposta autorizada por parte deste ou de um terceiro. Nesse conjunto encontraríamos a legítima defesa, o estado de necessidade defensivo contra agressores, o direito de resistência, a prisão temporária, a autotutela e diversos direitos funcionais. (b) Um segundo grupo seria composto pelas situações onde prepondera o “princípio da definição do interesse por parte da própria vítima da intervenção”, pelo qual a vítima da intervenção poderá reconhecer esta como vantajosa ou, pelo menos, aceitável. Seriam os casos de consentimento justificante por parte do titular do interesse e de autorização oficial justificante. (c) Por último, e aqui de maior relevância, encontra-se o “princípio da

---

<sup>321</sup> **JAKOBS**, Günther. *Tratado de Direito Penal. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2009. p. 496-498.



solidariedade”, pelo qual é exigida da vítima da intervenção a legitimação desta no interesse de outras pessoas, sobretudo da coletividade. São os casos, para Jakobs, de estado de necessidade agressivo e alguns direitos funcionais que concedem um direito de intervenção por parte de agentes públicos. Esta intervenção, para ambos os casos, deverá respeitar algumas regras quanto a proporcionalidade entre o dano e a intervenção de forma que: aquele que ativou o curso causal do processo deverá suportar ônus maiores para sua intervenção, reduzindo esta solidariedade para uma solidariedade mínima geral; se a reestruturação for feita sem a presença do titular do interesse sacrificado, o saldo alcançado entre o valor protegido e o instrumentalizado deverá ser positivo; e esta ponderação deverá possuir não somente um saldo positivo como também que este se manifeste de maneira relevante, na medida em que um dever geral de auxílio tem lugar tão somente em situações emergenciais.

Assim, até aqui parece que o problema da necessidade e da ponderação nestas situações de conflito está intimamente vinculado ao reconhecimento de um dever positivo que faz exigir de todos um mínimo de solidariedade que se opõe tanto a um autoritário maximalismo ético quanto a um individualismo radical, questão essa que merecerá as próximas considerações.

### **3.2 O Estado de Necessidade e sua Atual Fundamentação**

Deve-se reconhecer uma fundamentação do estado de necessidade justificante sob a imposição de um mínimo de solidariedade entre os membros de uma comunidade. O conceito de solidariedade aqui deve ser compreendido como o vínculo mútuo entre indivíduos em uma sociedade, identificável tanto em um nível factual socialmente sensível quanto em um normativo reconhecedor de deveres morais<sup>322</sup>. Esta solidariedade será capaz de explicar em primeiro lugar a maximização da utilidade social encontrada na proteção dos interesses jurídicos de maior valor sob o sacrifício daqueles colocados como de menor relevância conjuntamente<sup>323</sup>. Este processo, visto na perspectiva dos agentes envolvidos na situação de

---

<sup>322</sup> Sobre o conceito de solidariedade desde o seu uso no Direito Romano (obrigação solidária), passando pela sua adoção na teoria política no século XVIII como vínculo universal, sua adoção por grupos sociais e comunidades mais restritas (no bojo de movimentos sociais) até a composição de uma ideia de justiça social no cenário de um Estado de Direito. Ver: **BAYERTZ**, Kurt. *Four Uses of Solidarity*, em “Solidarity” editado por **BAYERTZ**, Kurt. Kluwer Academic Publishers. p. 3-26.

<sup>323</sup> Figueiredo Dias entende existir uma fundamentação dual onde solidariedade e utilidade social configuram valores distintos que operam sob uma via comum na grande maioria dos casos, excepcionalmente colidindo entre si. **FIGUEIREDO DIAS**, Jorge. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I*. Coimbra Editora. p. 439-440.

necessidade, ao menos nas situações de estado de necessidade agressivo, impõe um verdadeiro dever de tolerância ou de sacrifício por parte daquele titular do interesse sacrificado, de forma que uma resistência oferecida não encontraria suporte em qualquer outra justificação. Visto desse modo, o direito de intervenção por parte do agente titular do interesse a ser protegido ou um terceiro agindo em seu lugar configuraria um verdadeiro “direito de necessidade”<sup>324</sup>.

A defesa de um direito de necessidade, aqui remetendo as considerações feitas no capítulo vestibular, implica em uma escolha no espectro político que caminha desde uma sociedade extremamente individualista, onde o indivíduo é o único suserano de seus próprios deveres morais, a uma sociedade despoticamente ética, onde cada dever moral seja imposto por um senso normativo central. O meio termo entre esses dois extremos deverá reconhecer que o indivíduo, em si, deontologicamente deverá ser tratado na justa medida do reconhecimento de seus direitos, contudo, também deverá reconhecer a existência de deveres<sup>325</sup>, na medida que a realização do mesmo só se dá em uma vida comunitária, na qual o agente está de forma inexpugnável inserido. O resultado dessa operação aritmética é evidente: os deveres decorrentes de um direito de necessidade alheio relativizarão o exercício dos direitos subjetivos sacrificados.

O direito de necessidade como situação justificante aqui encontra o seu fundamento para o qual nenhuma solução individualista ou autoritária poderiam alcançar. Uma solução individualista nunca conseguiria autorizar a imposição de um perigo, na hipótese do estado de necessidade agressivo, a outrem absolutamente inocente de sua produção. Esta intervenção, para estes, de todo o caso, seria sempre antijurídica, havendo eventuais repercussões em sede

---

<sup>324</sup> **SILVA SANCHEZ**, Jésus Maria. *Direitos de Necessidade Agressiva e Deveres de Tolerância*. Revista Justiça e Sistema Criminal. Vol. 1. 2009. p. 33-35.

<sup>325</sup> Taipa de Carvalho identifica corretamente nos crimes omissivos próprios, como o crime de omissão de socorro, a existência desse mesmo dever correspondente de solidariedade. **TAIPA DE CARVALHO**, Américo. *Direito Penal – Parte Geral*. Editora Coimbra. 2008. p. 400-401. No mesmo sentido, assim afirmam **FROSALI**, R.A. *Liceità o Illiceità dei Fatti Lesivi Necessitati*. p. 78 e Michael Pawlik, segundo Silva Sanchez. Ibid. p. 38. Vale lembrar que quanto mais uma codificação penal se pautar por tipos omissivos próprios, mais eticamente exigente esse sistema repressor será. Eticamente, o dever de omitir não encontra correspondência simétrica no dever de atuar. O dever de atuar exige que se pratique necessariamente aquela conduta descrita, enquanto o dever de omitir exige tão somente que a conduta descrita não seja praticada, de forma que qualquer outra se configurará juridicamente adequada. No caso do estado de necessidade e na omissão de socorro, o direito em necessidade deverá encontrar correspondência no dever de prestar socorro. Deve-se imaginar quais seriam as consequências da interrupção de uma ação interventora/negação de um dever de tolerar e sua relação com a figura típica da omissão de socorro. Como um direito de necessidade em um estado de necessidade agressivo acomodaria uma violação desse dever? Nesse sentido, Silva Sanchez. Ibid. p. 40-41. Caso proposto, deve-se pensar: existe um dever de abrir a porta de um morador para que um vizinho inutilize um muro ou uma parede alheia para salvar sua casa de um estado periclitante?

de culpabilidade<sup>326</sup>. Uma solução eticamente autoritária<sup>327</sup>, entretanto, representa um desafio para a construção de um estado de necessidade como modalidade justificante, uma vez que seus limites e sua definição deverão ser realizados na análise de cada um de seus requisitos, suas possíveis consequências e as chaves que as operam.

Esta abordagem utilitarista aqui inicialmente trazida, não obstante, não é a única existente para explicar a complexidade do estado de necessidade justificante, na medida que algumas características envolvidas no cenário, como a existência de deveres especiais e a exigibilidade da adequação do meio empregado, irão depor de forma contrária a algumas ações tão somente utilitariamente salvadoras<sup>328</sup>. Estas outras abordagens para a realização de um princípio da solidariedade são inspiradas por doutrinas contratualistas e institucionalistas.

A abordagem contratualista é aquela inspirada em uma teoria rawlsiana que defende que os deveres de solidariedade não são expressões de uma atitude moral, que ninguém caberia exigir, mas sim consequência de uma cooperação racionalmente motivada, a partir de um egoísmo racional que, atrás de um véu da ignorância<sup>329</sup>, teria boas razões para admitir um princípio de solidariedade mínima garantida reciprocamente<sup>330</sup>.

Já uma abordagem institucionalista defende que o princípio da solidariedade constitui uma institucionalização jurídica de um dever moral de solidariedade interpessoal integrando um pensamento comunitário. Essa é a manifestação contemporaneamente encontrada na fundamentação de juristas como Michael Pawlik e Günther Jakobs, que adequam a existência de um estado de necessidade agressivo a uma concepção de Estado não só garantidor de direitos, como também de uma dimensão material de um direito ao bem-estar. Assim, este implicaria no

---

<sup>326</sup> **JAKOBS**, Günther. *Tratado de Direito Penal. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2009. p. 583-584.

<sup>327</sup> A complexidade social que seria consequência de um modelo eticamente autoritário é bem exposta por Figueiredo Dias: haveria uma conversão de cada cidadão em polícia da salvaguarda dos interesses dos outros ou da comunidade, dessa forma provocando mais danos do que se adequando a função do Direito Penal. **FIGUEIREDO DIAS**, Jorge. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I*. Coimbra Editora. p. 440.

<sup>328</sup> Particularmente, nesse ponto a ser trabalhado nos momentos correspondentes, deve-se acreditar que a solidariedade como um vetor interpretativo possa orientar respostas casuísticas, inclusive contrariando os requisitos impostos.

<sup>329</sup> “A idéia de uma posição original é configurar um procedimento equitativo, de modo que quaisquer princípios acordados nesta posição sejam justos. O objetivo é usar a ideia de justiça procedimental pura como fundamento da teoria. Devemos, de algum modo, anular as consequências de contingências específicas que geram discórdia entre os homens, tentando-os a explorar as circunstâncias sociais em benefício próprio. Para fazê-lo, presumo que as partes se situam por trás de um véu de ignorância. Elas desconhecem as consequências que as diversas alternativas podem ter sobre a situação de cada qual e são obrigadas a avaliar os princípios apenas com base em ponderações gerais.” Em: **RAWLS**, John. *Uma Teoria da Justiça*. Editora Martins Fontes. São Paulo. p. 165-166.

<sup>330</sup> **SILVA SANCHEZ**, Jesús Maria. *Direitos de Necessidade Agressiva e Deveres de Tolerância*. Revista Justiça e Sistema Criminal. Vol. 1. 2009. p. 36.

reconhecimento por parte do cidadão de situações para as quais ele deve se ocupar de maneira geral, pressupondo para além de uma sociedade civil, a existência de relações públicas justas, sustentadas pela ideia de uma responsabilidade política de todos os cidadãos em atuar em casos de catástrofes, sacrificando bens de pouco valor ou suportando esse tipo de ações<sup>331</sup>. Em suma nestas situações haveria um choque de “pretensões de liberdade”, promovendo uma dialética entre direitos abstratos e um direito ao bem-estar, ambos parciais em uma ideia complexa de liberdade juridicamente garantida.

Diante dessas breves explanações, é possível compreender o mérito de converter em normas os deveres de solidariedade, de forma que acertadamente não está se falando de uma análise consequencialista quando são invocadas abordagens contratualistas ou institucionalista. Contudo, o resultado dessa operação, incorporando mais alguns fatores, tal qual pretendeu a tentativa de conciliar a teoria dos fins adequados com a teoria da ponderação, não resultará em um produto absolutamente estranho a lógica utilitária defendida ao longo desse trabalho. As ideias de um direito ao bem-estar e de relações públicas justas promoverão consequências sensíveis em relação à análise dos direitos abstratos, mas o resultado dessa operação não deixará de representar uma mitigação de um direito abstrato em razão de circunstâncias que possuem um resultado desejável em seu horizonte.

Assim, ultrapassando mais algumas breves considerações finais, é tempo de decompor os elementos que representam a configuração do estado de necessidade, de forma a identificar como esse dever de solidariedade poderá informar cada um deles, levando em consideração as divergências já demonstradas nos modelos positivos nos mais diversos ordenamentos jurídicos.

### **3.3 Operabilidade do Estado de Necessidade**

Conforme foi possível perceber, os estados de necessidade justificante e exculpante encontram fundamentos distintos, de maneira que o primeiro se encontra assentado em bases como a utilidade social e a solidariedade, radicanando sua análise no maior valor objetivo que teria a preservação dos interesses salvaguardados em comparação com aqueles sacrificados para uma sociedade justa inserida em um Estado de Direito. Este exame, conforme também

---

<sup>331</sup> Ibid. p. 36-37.

apontado, é produto da colisão de teorias que pretenderam identificar a cadeia multifatorial que nos conduziria a uma decisão mais rica e esclarecida.

O estado de necessidade desculpante, por outro lado, não compartilha esses mesmos pressupostos. Parte da confusão se dá na medida que historicamente a teoria da adequação, surgida através do pensamento kantiano e de todas as reflexões jusnaturalistas, era uma resposta que pretendia configurar o estado de necessidade no que depois ficou entendido ser uma exculpação. Esse universo teórico, como visto, era bastante rico: entendia não ser capaz o Direito de demover o agente em dadas circunstâncias, assim sendo uma zona livre de Direito; entendia não existir para o agente uma alternativa plausível; entendia-se que escolhas éticas daquela magnitude seriam em último caso decisões da consciência ou juízos morais para os quais não deveria o Direito ingressar; entendia ser a motivação do agente absolutamente reduzida pelas próprias circunstâncias como uma coação de origem natural ou até um processo astênico não reprovável.

De toda forma, um estado de necessidade exculpante, hoje não mais como uma alternativa teórica em sede de uma teoria unitária, mas sim independente e carente de seu próprio desenvolvimento, só compartilhará com o estado de necessidade justificante o fato de que ambos os juízos serem feitos em situações de conflitos entre interesses onde um deles acaba por ser sacrificado ou diminuído. Esta crítica deve ser estendida ao exercício hoje existente de considerar o estado de necessidade exculpante como “um estado de necessidade justificante imperfeito” ou que tenha falhado especificamente em algum requisito, tal qual a comparação entre interesses sacrificados e resguardados.

É bem verdade que muitas hipóteses de estado de necessidade exculpante são situações para as quais um estado de necessidade justificante não pôde ser reconhecido, entretanto nada impediria que em uma situação justificada igualmente existisse um juízo de reprovabilidade diminuído e neutralizado pela exculpação. Sob esta crítica, é possível afirmar ser um tanto quanto estranha a compreensão de haver como positivados ambos os institutos necessários sob um mesmo artigo, tal qual a forma defendida pela maioria da doutrina espanhola, ao interpretar o Art. 20, parágrafo 5º de seu diploma repressivo nacional<sup>332</sup>. No caso espanhol, a diferença para estes institutos que partem de pressupostos tão distintos residiria tão somente no fato do mal causado não ser maior do que o interesse que se pretende justificar, afirmação essa

---

<sup>332</sup> Uma crítica muito rigorosa nesse sentido pode ser encontrada em **BERNAL DE CASTILLO**, Jesús. *Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses en el estado de necesidad*, em *El Nuevo Derecho Penal Español – Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. p. 81-87.

não muito distinta da forma como a doutrina nacional brasileira interpreta o elemento da razoabilidade em nosso estado de necessidade legal.

Assim, deve-se trazer o mesmo espírito que buscou distinguir os fundamentos para todas as modalidades justificantes de nosso Direito Penal para além do que aparentava ser óbvio existir entre elas. A especificidade no tratamento jurídico e o rigor em apurar seus elementos deverão evidenciar institutos com contornos mais precisos e justos – e caso existir categorias ainda menores capazes de serem pormenorizadas em cada um deles, será pelas mesmas razões igualmente desejoso que se defenda a sublimação dessas. Por esses motivos, no próximo momento será iniciado o exame dos elementos de um estado de necessidade justificante.

#### **4. A PONDERAÇÃO DE INTERESSES E AS CHAVES DE POSITIVAÇÃO DO ESTADO DE NECESSIDADE**

A estrutura desse capítulo obedecerá uma régua específica. Em primeiro lugar, serão vistos elementos que compreendem majoritariamente os modelos legais de estado de necessidade pelo mundo: (a) o objeto de proteção, isto é, quais seriam os interesses idoneamente passíveis de proteção; (b) os elementos objetivos que fazem referência a situação necessária de perigo – a atualidade e a inevitabilidade das circunstâncias; (c) os elementos objetivos que fazem referência a vítima e ao agente que intervêm na situação de perigo – a sua relação para com a criação do mesmo e as eventuais circunstâncias funcionais que possam modificar, estendendo o âmbito de seus deveres; (d) os elementos subjetivos do agente interventor. Em segundo lugar, algumas considerações serão feitas quanto a relação entre os interesses em conflito e o que podem dizer as circunstâncias temporais e espaciais sobre o mesmo. Por último, antes de tecer as críticas ao atual estado da matéria, será feita uma análise do elemento da ponderação de interesses, que, pela sua capacidade de ser positivado sob tantas chaves distintas, merecerá uma atenção especial.

##### **4.1 Elementos da Situação de Necessidade**

###### 4.1.1 O Objeto de Proteção

A primeira grande pergunta que se deve responder diz respeito a quais interesses do agente poderão ser tomados em consideração em situações de necessidade. Formulando de outra forma: o que diria o princípio da solidariedade quanto as situações da vida que imporiam a um titular de um interesse sacrificado o dever de tolerar as condutas salvadoras? No primeiro momento desta dissertação, pôde ser visto que a subsidiariedade do Direito Penal por si só não é capaz de restringir o seu espectro de atuação, devendo este buscar uma legitimação material que o autorize a selecionar um número menor de conflitos. Igualmente foi visto que as teorias que pretenderam cumprir essa tarefa ainda não foram capazes de oferecer um recorte preciso, de forma que hoje existem as mais diversas tentativas legitimadoras, inclusive fazendo uso de categorias distintas, menores e concorrentes entre si. Neste quadro, seria a teoria do bem jurídico um critério adequado para identificar estes interesses envolvidos?

O objeto de proteção do estado de necessidade no Brasil por muito tempo foi eclipsado pela adoção de formas legislativas que não faziam menção ao bem, interesse ou valor tutelado. As codificações criminais nacionais de 1830 e 1890, por exemplo, trabalhavam com a forma de “ação para se evitar um mal maior”, ocultando o que seria protegido por este. Em Portugal, os códigos anteriores ao Código Penal de 1982 adotavam formas desculpantes igualmente sem referências ao universo de interesses protegidos, envolvendo núcleos como “atuação sob uma força irresistível” (1852 e 1886) ou “dominados por um medo insuperável de um mal igual ou maior, iminente ou em começo de execução” (1886).<sup>333</sup>

No Brasil, atualmente o Código Penal de 1940, com a reforma da Parte Geral em 1984, manteve sua redação original, prevendo a tutela de direito próprio ou alheio, sem pretender exemplificar quais direitos seriam protegidos. Postura diversa pode ser encontrada na atual redação do Código Penal alemão de 1871, que enumera exemplificativamente os interesses passíveis de proteção no estado de necessidade justificante através da chave “bem jurídico”: “salv guarda da vida, corpo, liberdade, honra, propriedade ou qualquer outro bem jurídico não evitável de outra maneira”. Esse mesmo código, quanto ao estado de necessidade exculpante, buscou reduzir seu espectro apenas para a defesa da vida, corpo ou liberdade. Em Portugal, similarmente, o legislador não buscou reduzir o escopo de atuação do estado de necessidade justificante, contudo assim o fez não enumerando exemplificativamente bens jurídicos, mas sim promovendo a “salv guarda de interesses juridicamente protegidos”. Quanto ao estado de necessidade exculpante, o Código Penal português, assim como o alemão, restringiu o alcance do instituto, ao prever apenas a tutela da vida, integridade física, honra ou liberdade do agente ou de terceiros, podendo a defesa de interesses jurídicos diversos implicar uma atenuação da pena, ou excepcionalmente, sua própria dispensa.

Respondendo à pergunta colocada, e diante desse quadro normativo de direitos, interesses e bens jurídicos, a doutrina mais contemporânea tem se manifestado no sentido de entender o mais extensivamente possível o conceito de interesse juridicamente protegido. Neste ponto, Figueiredo Dias<sup>334</sup> é preciso em retomar os debates pelas razões de se adotar hoje a noção de interesses juridicamente protegidos e não mais “bens jurídicos”. Conforme já descrito anteriormente, a teoria da ponderação dos bens restou evidenciando esse objeto de proteção ao dizer que não agia antijuridicamente quem lesionasse ou colocasse em perigo um bem jurídico

---

<sup>333</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I* – Segunda Edição. 2007 Coimbra Editora. p. 438.

<sup>334</sup> *Ibid.* p. 441-442.



de valor inferior, se apenas desta maneira pudesse salvar um bem de valor maior. Contudo, a substituição terminológica da ponderação entre bens jurídicos pela ponderação entre interesses foi justificada por razões já aqui expostas, quais sejam: (a) a necessidade de fugir de qualquer consideração acerca do conteúdo de um conceito de bem jurídico penal limitador do poder punitivo, assim abrindo a possibilidade de defesa de interesses e valores não penalmente tutelados porém lícitos na ordem jurídica<sup>335</sup>; (b) evidenciar que na teoria da ponderação de interesses o valor do bem jurídico é apenas uma entre diversas abordagens possíveis a serem colocadas em contenda.

Esta defesa de um conceito mais alargado o possível de interesses protegidos encontra perfeita adequação nos valores fundamentais aqui trabalhados: utilidade social e solidariedade. Especificamente quanto ao segundo, não seria de todo adequado esperar que o Estado diga quais são os valores que deveriam ser dignos de uma ponderação em um estado de necessidade justificante. Deve-se pensar que em uma sociedade plural, qualquer interesse que não seja contrário a lei seja merecedor desta dignidade. Quanto ao fato dele circunstancialmente preponderar ou não no bojo de uma ponderação trata-se de uma questão diversa. A verdade é que indivíduos formam escalas de valores distintas e intuem valores morais para a mesma série de interesses materiais presentes no viver comunitário. Se estes valores possuem o mesmo significado e dimensão social para o resto da sociedade trata-se de um segundo momento. A legitimação tão somente se importa quanto a viabilidade de seu reconhecimento. No sentido de reconhecer extensivamente o conceito de interesses protegidos podem ser mencionados autores

---

<sup>335</sup> Um exemplo dado é o do segurança que empurra um fotógrafo causando uma lesão corporal leve em defesa de seu emprego, a partir da expectativa laboral que se tem de que um empregado de segurança proteja a intimidade do artista que o contratou. Assim, pela teoria do bem jurídico talvez seria forçoso dizer que o interesse por parte do empregado na manutenção de seu vínculo e de sua correspondente contraprestação econômica seja um bem jurídico em um sentido estrito.

como Roxin<sup>336337</sup>, Bernal del Castillo<sup>338</sup>, Taipa de Carvalho<sup>339</sup>, Mir Puig<sup>340</sup>, Jakobs<sup>341</sup> e Figueiredo Dias<sup>342</sup>.

Quanto aos modelos legais que pretenderam, taxativamente ou exemplificativamente, disciplinar os bens jurídicos passíveis de serem tutelados pelo estado de necessidade é curioso notar que sempre assim o fizeram sob uma base causalista natural, isto é, sob processos físicos de causação, trazendo a Tábua de Carnéades para o mundo contemporâneo, para dentro de hospitais, vias públicas ou calamidades. Neste sentido, interesses como vida, propriedade, integridade sempre de fizeram presente, havendo excepcionalmente a previsão em alguns destes diplomas da proteção da honra.

Entretanto, seguindo a lógica defendida acima por todos os mencionados autores e pelos fundamentos anteriormente deduzidos, não há óbice algum para entender que situações onde interesses individuais ou difusos que não necessariamente são corporificados e aferidos através de resultados no mundo sensível possam eventualmente em circunstâncias de necessidade violar outras regras que determinem uma mera conduta ou que possuam esse mesmo resultado normativamente determinado, bastando para isso que os demais elementos objetivos e subjetivos da situação de necessidade estejam presentes<sup>343</sup>.

---

<sup>336</sup> O jurista alemão inclusive cita um curioso caso de violação de cadáver julgado no Tribunal de Frankfurt, onde um envolvido em um acidente coletou sangue do corpo da vítima alcoolizada e falecida, de forma a evitar uma eventual ação futura indevida exigindo a reparação. Neste caso, de alguma forma, pode-se dizer que existe um interesse econômico, porém, o mesmo se dá de uma forma indireta através de uma prova que eventualmente poderia ser aproveitada em uma eventual ação. Em **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Thomson Civitas. p. 574.

<sup>337</sup> Roxin igualmente compreende a viabilidade de interesses inclusive supraindividuais, tal qual o exemplo do episódio da crise de abastecimento na região de Ruhr. Ver nota 253.

<sup>338</sup> Fazendo referência a insuficiência do conceito de bem jurídico para abranger toda a complexidade do conflito. Em **BERNAL DEL CASTILLO**, Jesús. *Algunas Reflexiones Sobre el Principio de Ponderación de Intereses*. El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz. p. 90-91.

<sup>339</sup> Categoricalmente afirmando: não têm que ser bens jurídico-penais. **TAIPA DE CARVALHO**, Américo. *Direito Penal – Parte Geral*. Editora Coimbra. 2008. p. 408-409.

<sup>340</sup> Para quem o interesse protegido tão somente não poderá ser valorado de forma positiva pelo Direito, assim como não poderá um preso alegar o seu interesse de ser livre como um interesse superior a sua própria clausura. **MIR PUIG**, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Octava Edición. Editora Reppertor, Barcelona. 2010. Parágrafo 42. p. 462-463.

<sup>341</sup> **JAKOBS**, Günther. *Tratado de Direito Penal. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2009. p. 588-589.

<sup>342</sup> **FIGUEIREDO DIAS**, Jorge. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I*. Coimbra Editora. p. 442-443.

<sup>343</sup> Quanto ao estado de necessidade de interesses coletivos, deve-se concordar com a crítica de Figueiredo Dias, na medida que muito excepcionalmente, reunido todos os elementos, uma conduta individual será um meio adequado e menos lesivo para a salvaguarda destes. **FIGUEIREDO DIAS**, Jorge. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I*. Coimbra Editora. p. 442. Um exemplo polêmico de estado de necessidade na defesa de interesses coletivos está, segundo Rodrigues de Sousa, na conduta daquele que assume, em um contexto de guerra, infiltrado uma posição em um grupo sublevado de forma a empreender esforços dissimulados no sentido de neutralizar suas atividades e promover sua desagregação. **RODRIGUES DE SOUSA**, Alberto R. R. *Estado de Necessidade: Um Conceito Novo e Aplicações Mais Amplas*. Editora Forense. p. 60-61.

#### 4.1.2 O Perigo que Ameaça o Objeto de Proteção – Atualidade e Inevitabilidade

O perigo é, por excelência, o elemento essencial da doutrina da necessidade. Nesse momento, importa compreender os elementos de um conceito de perigo que não façam necessariamente referência a uma ação ou condição anterior do agente interventor (e nem de um eventual provocador), e assim pode-se identificar as exigências da atualidade e da inevitabilidade do perigo, afastando, a partir do objeto dessa dissertação, qualquer consideração acerca do erro de tipo permissivo que poderia recair sobre um desses elementos<sup>344</sup>.

O conceito de perigo no estado de necessidade, nas palavras de Roxin<sup>345</sup>, é o conceito mais dúbio e polêmico da parte geral, havendo para a maioria dos autores uma despreocupada transposição da doutrina do perigo concreto trazida pelo princípio da lesividade. Para o jurista, o problema se dá na medida que o perigo concreto pressupõe um perigo incrementado que só pelo acaso não se traduziu em resultado, enquanto o perigo no estado de necessidade, a partir dos critérios a serem definidos na ponderação de interesses, poderá não necessariamente exigir tamanha proximidade do mesmo. Esse grau de perigo, para Roxin, deve ser considerado relevante o suficiente para ser levado a em consideração em uma ponderação de interesses. O exemplo dado pelo jurista alemão é o da justificação do crime de uso não autorizado de veículo (Art. 248b do CP alemão) ainda que as eventuais chances de morte do paciente socorrido possam ser estimadas na casa dos 10%. Esta construção fica evidente nas lições de Jakobs<sup>346</sup>, para quem no perigo em estado de necessidade não é necessária uma probabilidade preponderante de um desfecho causal ruim, havendo de se considerar antes da ponderação a existência de um mínimo de perigo. Assim, o conceito de perigo aqui trabalhado implica a existência de uma probabilidade ou possibilidade de lesão ao interesse ameaçado, mas esta não obedecerá a nenhum standard arbitrário sem antes ser submetida a uma ponderação com o valor sacrificado.<sup>347</sup>

---

<sup>344</sup> Não há óbices para se reconhecer um erro de tipo permissivo quanto a alguma circunstância de fato e de direito presente na justificação de um delito.

<sup>345</sup> **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Ed. Thomson Civitas. Segunda Edição. 1997. p. 676.

<sup>346</sup> **JAKOBS**, Günther. *Teoria do Injusto Penal*. In. Tratado de Direito Penal. Editora Del Rey Belo Horizonte. 2009. p. 590.

<sup>347</sup> Sobretudo quando se pretende estabelecer qualquer relação de lesividade com bens jurídicos abstratos ou qualquer outra técnica jurídico-penal de tutela não tão facilmente observável.

O juízo quanto a existência do perigo deverá ser um juízo prognóstico (ex-ante), ainda que aferição desse no curso de um processo se dê por meio de retrocessão mental (ex-post)<sup>348</sup> por parte do juiz. Contudo, a doutrina alemã diverge bastante quanto a natureza prognóstica desse juízo. Para muitos, este juízo prognóstico deverá ser o de um observador inteligente, combinado, eventualmente, com o do especialista na área.<sup>349</sup> Outras formulações<sup>350</sup> existem, concordando, porém, formulando como “conhecimentos atuais” ou “conjunto do conhecimento empírico humano”, ou divergindo, assumindo uma perspectiva um pouco mais subjetiva, considerando um eventual conhecimento especial do sujeito atuante. De toda forma, há um senso comum de que essa aferição nunca será puramente subjetiva, sob pena de criar um juízo particular para cada sujeito submetido as mesmíssimas condições, mas também não deixará de levar em consideração algumas circunstâncias não necessariamente reconhecíveis pelo agente no momento da intervenção.

Ainda, este juízo prognóstico deverá ser de uma possibilidade de lesão necessariamente atual. Porém, ao contrário da legítima defesa, a atualidade do dano não se trata de um dano imediato, mas sim de uma necessidade de proteção imediata<sup>351</sup>. Dessa forma a atualidade da necessidade de proteção, nas lições de Roxin<sup>352</sup>, pode ser configurada não apenas para aqueles casos de perigo atual ou iminente como para todos aqueles onde posteriormente já não se poderia fazer frente em momento ulterior sem correr riscos ainda maiores.

O já mencionado caso *State v. Green* oferece um ótimo parâmetro. Deve-se pensar que para diversos tipos penais a atualidade do perigo seja uma circunstância bastante duradoura. Duradoura o suficiente para abrir outros caminhos para o agente, como, por exemplo, a comunicação às autoridades competentes, por parte do preso vítimas de constantes ameaças de estupro. Contudo, ainda nestes casos, a atualidade deverá ser recobrada no momento da ação

---

<sup>348</sup> No que toca os crimes de perigo concreto, existe um esforço doutrinário que entende que um juízo ex-post possa representar um tratamento mais benéfico ao agente, no caso do mesmo ser favorecido por circunstâncias nas quais não poderia de forma alguma antever, mas que de alguma forma pudesse diminuir ou afastar o perigo. A transposição dessa lógica para o estado de necessidade repercutiria na análise de seus elementos subjetivos, favorecendo agentes que agiram sem consciência de estarem agindo sob a necessidade, porém seria de pronto afastada por muitos por não atender o sentido ético fundamental do instituto. Deve-se voltar a esse ponto na ocasião da análise dos elementos subjetivos do estado de necessidade.

<sup>349</sup> **CIRINO DOS SANTOS**, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. Lumen Juris. 2006 p. 240-241, **JAKOBS**, Günther. “Teoria do Injusto Penal”. In. *Tratado de Direito Penal*. Editora Del Rey Belo Horizonte. 2009. p. 590.

<sup>350</sup> **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Ed. Thomson Civitas. Segunda Edição. 1997. p. 677-679. **JAKOBS**, Günther. *Teoria do Injusto Penal*. In. *Tratado de Direito Penal*. Editora Del Rey Belo Horizonte. 2009. p. 590.

<sup>351</sup> **CIRINO DOS SANTOS**, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. Lumen Juris. 2006 p. 241 e **ROXIN**, Claus. “Derecho Penal. Parte General. Tomo I”, Ed. Thomson Civitas. Segunda Edição. 1997. p. 680.

<sup>352</sup> *Ibid* p. 680.

salvadora, de forma que o preso, ainda que não tenha sido diligente e comunicado a autoridade competente, estará circunstancialmente em uma situação necessária no momento que continuamente estiver sob as novas ameaças<sup>353</sup>. Nesse sentido, a jurisprudência alemã já apontava no período do estado de necessidade exculpante a construção de um conceito de perigo permanente para todas as situações onde não se poderia determinar ao certo o momento preciso do perigo existente. Os exemplos tradicionalmente dados pela doutrina são encontrados nos casos de desabamento e intervenções na esfera de liberdade de inimputáveis<sup>354</sup>.

No mais, o perigo atual em uma situação necessária exigirá que o mesmo “não possa ser evitado de outro modo”. Isto implica dizer que a intervenção deverá ser o meio mais brando para a eliminação do perigo<sup>355356</sup>. Muitos critérios poderão decorrer deste requisito e sob a luz do valor fundamental da solidariedade. Pode-se argumentar que entre os meios encontrados para a neutralização de um perigo, deve-se preferir sempre o uso de interesses do favorecido

---

<sup>353</sup> Rodrigues de Souza se manifesta positivamente quanto ao reconhecimento de algumas das situações já trazidas no curso dessa dissertação: circunstâncias de fome intensa, sede, frio, dor e exposição a intempéries. **RODRIGUES DE SOUSA**, Alberto R. R. *Estado de Necessidade: Um Conceito Novo e Aplicações Mais Amplas*. Editora Forense. p. 59-60. Candido Motta realça o potencial rendimento do reconhecimento do estado de necessidade diante dessas situações, sobretudo relacionando-as aos desafios geográficos conjunturais brasileiros e parafraseando Euclides da Cunha. Enfim conclui: “Nesse quadro angustiante, que os sociólogos modernos vão examinando mais de perto, - tudo é necessidade. O direito recua com o aparecimento da seca!”. **MOTTA FILHO**, Candido. *Do Estado de Necessidade*. Saraiva & C – Editores. São Paulo. 1938. p. 160. Por outro lado, excetuando algumas circunstâncias de guerra e outras em estado de exceção, a atualidade e a inevitabilidade da situação de necessidade acabam depondo contra as hipóteses de crimes cometidos motivados pela miséria em uma sociedade desigual. Isto porque, um conceito elástico de perigo inevitável de outro modo encontraria abrigo em uma grande universidade de casos nos mais diversos campos específicos do Direito Penal, não representando necessariamente uma abordagem menos lesiva para a resolução dos conflitos, mas sim uma abertura para práticas que exigirão demasiadamente das vítimas dessas ações. De toda forma, situações como estas encontrariam uma adequação melhor em sede de exculpação. Algumas dessas hipóteses podem acender a discussão quanto a possibilidade de trazer o exame desses motivos a juízo a partir da vida pregressa possível do agente, tal qual **TANGERINO**, Davi, em *Culpabilidade*, Campus Elsevier – Campus Jurídico. Igualmente a ideia de um critério político-criminal da pena – pena útil – poderá depor contra a habilitação de uma sanção penal pouco sensível quanto a análise dessa sociedade, sentido este não oposto aquele orientado por **ESCAMILLA**, Margarita Martinez. *Pobreza, Estado de Necesidad y Prevención General: Los “Correos de la Cocaína” y El Tribunal Supremo Español*. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal nºs 20/21.

<sup>354</sup> *Ibid* p. 680 e **FIGUEIREDO DIAS**, Jorge. “Direito Penal. Parte Geral. Tomo I” Segunda Edição. 2007 Coimbra Editora. p. 443. Sobre perigos duradouros, também **HIRSCH**, Hans Joachim. *El Estado de Necesidad Defensivo em la Discusión Alemana*, em Estudios Penales em Homenaje a Enrique Gimbernat – Tomo I” Edisofer. Madrid 2008. p. 1010-1011. Sobre “perigos duradouros”, Taipa de Carvalho se manifesta no sentido que o conceito de perigo atual em sentido estrito seria suficiente para interpretar todo esse universo de casos. **TAIPA DE CARVALHO**, Américo. *Direito Penal – Parte Geral*. Editora Coimbra. 2008. p. 409-410.

<sup>355</sup> , **JESCHECK**, Hans-Henrich e **WEIGEND**; Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Comares Editorial. Albolote. p. 387-388.

<sup>356</sup> Mir Puig distingue a necessidade abstrata e concreta. Para a primeira não haverá nenhuma outra alternativa para a salvaguarda daquele interesse. Já quanto a segunda, poderá ser reconhecida mesmo na ocorrência de existir um meio mais adequado não empregado. A distinção é feita no sentido de distinguir o estado de necessidade completo e incompleto no Direito Penal espanhol. **MIR PUIG**, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Octava Edición. Editora Reppertor, Barcelona. 2010. p. 467.

pela intervenção<sup>357</sup>, sendo este meio mais brando do que exigir a solidariedade alheia, somente habilitando essa na medida que a primeira se encontre em desproporção. Igualmente, havendo a escolha entre diversos meios proporcionalmente iguais, deverá o responsável pela criação do perigo assumir um ônus significativamente maior do que aquele assumido por qualquer outro. Em suma, a solidariedade como valor fundamental, para todos esses casos, somente habilitará ações para as quais os titulares imediatos e aqueles com alguma relação para com o perigo não possam oferecer uma alternativa proporcionalmente viável<sup>358</sup>, assim não encerrando exigências éticas tão extensivas. Como a “menor danosidade” representa para uma doutrina tão somente um aspecto da adequação da conduta<sup>359</sup>, retornaremos a esta em momento diverso para dissertarmos sobre o aspecto da idoneidade e sua relação para com as demais chaves geralmente empregadas na positivação do estado de necessidade justificante.

#### 4.1.3 A Relação da Vítima e do Autor da Conduta Justificada com a Criação do Perigo – A Involuntariedade e as Posições Especiais de Dever

Outras características do perigo, para além daquelas já expostas, fazem referência a alguma circunstância anterior ou a uma posição especial de dever por parte daquele que age em necessidade. O perigo pode originar tanto de fenômenos naturais quanto de atividades humanas, estas últimas podendo ter origem em acidentes, atividades econômicas, bélicas ou pós-bélicas, decorrer do estado do homem e suas construções, ou ainda podem se materializar no próprio homem, como no caso do estado de necessidade defensivo.

Conforme já dissertado, o estado de necessidade justificante penal surgiu da necessidade de adequar modalidades de exclusão da ilicitude civil, de forma que as hipóteses de defesa frente aos perigos provocados por coisas e os casos de uso em necessidade dessas mesmas coisas já encontravam autonomamente regulados. Hoje, a doutrina acusa existir um estado de necessidade defensivo, seguindo analogicamente esses exemplos previstos nos §§ 228 e 904 do Código Civil alemão, em todos os casos onde o agente interventor atua no sentido de se defender

---

<sup>357</sup> **JAKOBS**, Günther. *Tratado de Direito Penal. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2009. p. 594.

<sup>358</sup> Contudo, deve-se entender proporcionalmente viável quando a alternativa seja aferida como uma probabilidade efetivamente concreta, próxima de um juízo de certeza. Não se devendo exigir de um agente que confie em meios hipoteticamente menos lesivos, porém muito provavelmente pouco efetivos. **RODRIGUES DE SOUSA**, Alberto R. R. *Estado de Necessidade: Um Conceito Novo e Aplicações Mais Amplas*. Editora Forense. p. 53.

<sup>359</sup> **TAIPA DE CARVALHO**, Américo. *Direito Penal – Parte Geral*. Editora Coimbra. 2008. p. 410.

de um perigo que tem origem na pessoa que vai ser vítima da ação necessitada<sup>360</sup>. Os exemplos podem variar desde o caso do aborto humanitário com o fim de salvar a vida da mãe até aqueles onde apenas uma circunstância distânciava seu reconhecimento de uma legítima defesa autêntica, como na defesa contra um ataque epilético que com muita razão não configuraria uma ação ilícita.

Dessa forma instaura-se uma dúvida: mereceria o estado de necessidade defensivo um tratamento autônomo? Em primeiro lugar, pode-se observar uma maior fundamentadora para os casos supramencionados não seria um valor de solidariedade, para além da utilidade social de preservar as vidas e integridades sob riscos. O fundamento, por certo, seria o mesmo de uma legítima defesa já aqui trabalhado: um princípio de causação que implicaria o reconhecimento por parte da vítima o reconhecimento de seu interesse de se autopreservar.

A doutrina oferece duas respostas para esse problema – e é bem verdade que ambas encontram consequências um tanto quanto próximas<sup>361</sup>: (a) a primeira seria de que a distinção aqui encontrada não representaria mudanças substanciais na estrutura de uma eventual ponderação de interesses, de forma que esta representaria apenas um fator a mais a ser levado em consideração na mesma. Assim, a estrutura que aqui vem sendo exposta, e que no próximo capítulo será demonstrada, produziria respostas bastante satisfatórias para a resolução desse universo de casos; (b) uma outra parte da doutrina entenderá que o estado de necessidade defensivo originado por pessoas deverá receber um tratamento autônomo, na medida que uma ponderação de interesses que o exija que o interesse salvaguardado seja sensivelmente superior poderia em algumas situações limites depor contra uma preservação da integridade do agente ou até de sua própria vida frente a um perigo realmente grave contra o mesmo. E assim aqui temos a verdadeira distinção entre as duas posturas: seria justificada por um estado de necessidade defensivo uma conduta que buscando preservar uma vida, provocasse a morte de outrem, esses não dolosamente responsáveis pelo perigo?

É bem verdade que a vida tem um valor quase absoluto em nosso sistema jurídico, doador de sentido para todas as demais realidades estudadas. Igualmente, é tomado como verdadeiro, como demonstrado no segundo capítulo, todos os problemas estruturais nas formas pretéritas de resolver os problemas envolvendo ponderações de vidas: “princípio do duplo efeito”, “instrumentalização de uma vida para o fim”, de forma que não se encontra meios

---

<sup>360</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I*. Segunda Edição. 2007 Coimbra Editora. p. 460.

<sup>361</sup> Ibid. p. 462.

seguros para distinguir diversas situações limites. Outra verdade é que no ordenamento jurídico, nunca houve problema em reconhecer a possibilidade de justificar uma conduta em legítima defesa que sob o pretexto de salvar a vida do agente ou de terceiro provocasse a morte do agressor. No mais, o próprio exemplo dado do aborto humanitário implica o sacrifício de uma vida<sup>362</sup>, ainda que não ainda nascida, porém em seu limiar. Haveria em uma régua de valores uma distinção tão grande entre esta vida e outra?

Um grande conjunto de casos de necessidade defensivo provocado por agente pode ser encontrado em circunstâncias de trânsito de automóveis<sup>363</sup>, onde agentes conduzindo com diligência possam eventualmente ser obrigados a praticar condutas que impliquem em resultados fatais para vítimas como única forma de preservar a própria vida. Deve-se pensar no exemplo de um condutor que trafegando dentro dos limites de velocidade e com a atenção esperada de um motorista hábil, ao fazer uma curva, encontra-se imediatamente e de maneira inesperada de frente com um acidente, de forma que, incapaz de frear tempestivamente e não o sendo exigido que se colida propositalmente com o veículo danificado, conduza na medida do possível pelo lado livre da pista, expondo as eventuais vidas dos acidentados ali situadas a um perigo. Outro exemplo que pode ser pensado é o do socorrista trabalhando em um resgate complicado em um prédio ou em um acidente geográfico, e em circunstâncias onde muitas pessoas estejam na iminência de cair. Na ocasião de uma dessas pessoas, movida pelo desespero<sup>364</sup>, tentar agarrar de forma inadequada e em condições de expor o profissional a um risco de morte intenso – caírem juntos de uma altura considerável – pode-se pensar que este, em último caso poderá também defender a sua vida. A verdade que ambos os casos implicarão necessariamente o mesmo juízo de proporcionalidade<sup>365</sup> e os requisitos até então estudados – a inevitabilidade e a atualidade – deverão estar aqui presentes, assim como os demais a serem vistos.

A questão acima proposta divide significativamente a doutrina. Maria Fernanda Palma está entre aqueles que entendem por esse juízo, mesmo considerando a redação da justificação

---

<sup>362</sup> **HIRSCH**, Hans Joachim. *El Estado de Necesidad Defensivo em la Discusión Alemana*, em Estudios Penales em Homenaje a Enrique Gimbernat – Tomo I” Edisofer. Madrid 2008. p. 1010-1011.

<sup>363</sup> Figueiredo Dias, de maneira em geral, caracteriza esses casos como atividades lícitas, mas que oferecem riscos mesmo considerando uma condução diligente. Muitos exemplos são possíveis na administração de atividades que compreendem um risco coletivo, como atividades econômicas e de manejo do meio ambiente.

<sup>364</sup> Alguns casos de estado de necessidade defensivo envolvem manifestações psíquicas e físicas incontrolláveis do agente criador do perigo, tais quais ataques epiléticos que podem ensejar intervenções para a proteção de um bem de valor considerável.

<sup>365</sup> **BACIGALUPO**, Enrique. *Legítima Defensa y Estado de Necesidad em la Reforma Penal*. Revista Peruana de Ciencias Penales Número 5. 1995. P. 98-99.



portuguesa, que como requisito exige “haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado”. Para Palma<sup>366</sup>, casos em que dois bens em abstrato de igual valor não fundamentam interesses de igual dignidade, em face de pontos de vista de sensibilidade cultural, pré-normativa, aos valores devem afirmativamente ser adequados a tal requisito. As razões seriam três: (a) a razão aqui afirmada não seria aquela do princípio da igualdade entre vidas deduzida no estado de necessidade agressivo e frequentemente vista em concepções normativas éticas; (b) a ponderação de interesses aqui não seria desfavorável à vítima em razão de sua responsabilidade positiva, não podendo-se falar em responsabilidade objetiva, mas sim em razão de um princípio de responsabilidade negativa do atingido por parte do atingido pela ameaça; (c) o ameaçado não poderá ficar exposto a uma eventual legítima defesa como um normal agressor, já que a sua ação possui contornos defensivos contra o autor do perigo.

Uma sugestão encontrada na doutrina portuguesa, através de José de Oliveira Ascensão<sup>367</sup>, para tais situações necessárias seria de adequar tais condutas ao instituto da acção directa (autotutela), previsto no Art. 336 do Código Civil português:

- “1. É lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, quando a acção directa for indispensável, pela impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais, para evitar a inutilização prática desse direito, contanto que o agente não exceda o que for necessário para evitar o prejuízo.
2. A acção directa pode consistir na apropriação, destruição ou deterioração de uma coisa, na eliminação da resistência irregularmente oposta ao exercício do direito, ou noutro acto análogo.
3. A acção directa não é lícita, quando sacrifique interesses superiores aos que o agente visa realizar ou assegurar.”

Diante desse quadro, ainda que seja possível trabalhar tais hipóteses dentro do estado de necessidade legal – sugestão essa conduzida pela grande parte da doutrina estrangeira, como Figueiredo Dias<sup>368</sup>, Jescheck<sup>369</sup>, Roxin<sup>370</sup>, etc. – levando em consideração todas as

<sup>366</sup> PALMA, Maria Fernanda. *O Estado de Necessidade Justificante no Código Penal de 1982*. Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Professor Eduardo Correia”.

<sup>367</sup> QUINTELA DE BRITO, Teresa. *Homicídio Justificado em Legítima Defesa e em Estado de Necessidade*. Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues. Coimbra Editora 2001. p. 208-215.

<sup>368</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I*. Segunda Edição. 2007 Coimbra Editora. p. 462-463.

<sup>369</sup> JESCHECK, Hans-Henrich e WEIGEND; Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Comares Editorial. Albolote. p. 382.

<sup>370</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Ed. Thomson Civitas. Segunda Edição. 1997. p. 722-723.

circunstâncias existentes em uma ponderação de interesses, de forma que aqui não se estaria falando nem em uma aplicação por analogia<sup>371</sup>, seria de todo desejoso buscar uma maior definição para esse universo peculiar de casos, que se daria por meio de uma justificação autônoma. Nesse sentido, deve-se concordar com Taipa de Carvalho<sup>372</sup>, sobretudo quando deduz a mesma crítica trazida por Palma ao argumento que em todos os casos de estado de necessidade justificante estamos diante de uma absoluta imponderabilidade da vida, valor este absoluto. Enfim, esta premissa já demonstrada falsa nos casos de legítima defesa, será retomada quando abordarmos os conflitos de deveres, outra categoria merecedora de uma crítica particular.

Em suma, um estado de necessidade justificante defensivo seria aquele que exigiria a proporcionalidade do meio adequado para a proteção de um interesse vital por parte do titular sob um perigo originado por uma pessoa ou corporificado na mesma, de forma que inevitavelmente não se poderia exigir forma menos lesiva de preservação. Os contornos para uma melhor determinação e positivação de tais situações são merecedores de um estudo aparte.

Por fim, para além dessas circunstâncias envolvendo a vítima da intervenção, outras duas relações, agora vinculadas ao agente, devem ocupar as atenções. São elas a exigência da involuntariedade da criação do perigo e as eventuais posições especiais de dever anteriormente assumidas por parte do interventor. Os códigos modernos costumam trazer um requisito especial na relação da origem do perigo com aquele que agiu em necessidade. Segundo o Código Penal brasileiro, que manteve a redação original de 1940, o perigo no estado de necessidade deverá não ter sido provocado pela vontade do agente. Tal requisito igualmente se encontra expressamente presente nos mais diversos diplomas, como, por exemplo, os estados de necessidade italiano, espanhol e português, neste último havendo ainda a possibilidade de dispensar tal elemento nos casos envolvendo a defesa de terceiro.

No caso alemão, nos noticia Roxin<sup>373</sup> que a antiga suprema corte alemã em decisão sobre um caso de estado de necessidade extralegal, inspirado nos estados de necessidade civis e ao contrário do que entendia o antigo estado de necessidade penal exculpante, admitiu a justificação, inclusive em caso de provocação, em razão da ausência de tal elemento nas hipóteses civis.

---

<sup>371</sup> Ibid. p. 722-724.

<sup>372</sup> **TAIPA DE CARVALHO**, Américo. *Direito Penal – Parte Geral*. Editora Coimbra. 2008. p. 402-403.

<sup>373</sup> **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Ed. Thomson Civitas. Segunda Edição. 1997. p. 697-699.

Na doutrina, tal construção desafiou a rigorosa posição de Binding, que assumia a defesa de uma interpretação sob o brocardo “quem tenha se posto em perigo, que pereça”. Como bem coloca Figueiredo Dias<sup>374</sup>, esta doutrina se revela completamente desajustada face o fundamento justificante do estado de necessidade que é a solidariedade, havendo hoje a interpretação antagônica de voluntariedade apenas como uma real intenção deliberada de provocar a situação de necessidade para poder se valer da causa à custa da lesão de bens jurídicos alheios.<sup>375</sup>

Assim, em apertada conclusão, deve-se seguir as lições de Cirino dos Santos<sup>376</sup> e ampla doutrina pátria, entendendo que o perigo no estado de necessidade justificante deve ser involuntário, não podendo ser provocado intencionalmente pelo autor, porém admitindo a justificação na produção imprudente. Desta forma, a mera provocação não intencional não impede a invocação do estado de necessidade pelo agente, porém deverá esta ser considerada em momento posterior entre as tantas circunstâncias envoltas em uma ponderação de interesses.

Além das considerações realizadas acerca da criação do perigo, alguns ordenamentos jurídicos contemporâneos, como o brasileiro, o espanhol e o italiano, preveem expressamente a impossibilidade de se alegar o estado de necessidade por aqueles que tinham o dever legal de enfrentar o perigo. Tal previsão também é encontrada no Código Penal alemão para o estado de necessidade exculpante, porém sendo unanimemente admitido tão somente como circunstância a ser considerada em uma ponderação de interesses no estado de necessidade justificante.<sup>377</sup>

Entende-se o requisito da não possibilidade de invocação do estado de necessidade, a partir dos deveres jurídicos especiais de proteção da comunidade, como decorrentes da expectativa social do cumprimento de funções específicas, como observamos na relação do policial e a proteção de pessoas e bens, do bombeiro e os perigos oferecidos por estados calamitosos, dos juízes e o conteúdo de suas decisões, dos pais e a saúde e integridade dos filhos, dos médicos e os riscos oferecidos pelo exercício da medicina, etc.<sup>378</sup>

---

<sup>374</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I*. Segunda Edição. 2007 Coimbra Editora. p. 444.

<sup>375</sup> Até mesmo porque as hipóteses extralegais de estado de necessidade, presentes no Código Civil alemão não faziam menção ao requisito da involuntariedade da criação do perigo.

<sup>376</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. Lumen Juris. 2006 p. 241-242.

<sup>377</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Ed. Thomson Civitas. Segunda Edição. 1997. p. 701.

<sup>378</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Octava Edición. Editora Reppertor, Barcelona. 2010. p. 476-477.

Porém, importa dizer não ser absoluta tal vedação, não prestando o Direito exigir o máximo ético dos cidadãos, assim cedendo nas hipóteses de certeza ou grande proximidade de morte ou grave dano à saúde.<sup>379</sup> Dessa forma, deve-se integrar a ocupação de uma posição especial de dever ao fundamento da solidariedade aqui trabalhado, que não oferecerá resposta diversa àquela já deduzida àqueles que criaram um risco, porém de forma não intencional.

#### 4.1.4 Elementos Subjetivos do Estado de Necessidade

Para além dos elementos que caracterizam o perigo a ser evitado, a doutrina do estado de necessidade reconhece a existência de elementos subjetivos que devem necessariamente restar configurados para a justificação da conduta. Figueiredo Dias<sup>380</sup> leciona que “para atender as exigências subjetivas do estado de necessidade justificante, o agente deve conhecer a situação de conflito e atuar com a consciência de salvaguardar o interesse preponderante”<sup>381</sup>. Igualmente, para o jurista, esta vontade deve ser orientada no sentido de defender o interesse preponderante, não importando a motivação subjacente, podendo ela assumir justificativas diversas, inclusive ilegítimas ou imorais, como a vontade de aparecer em um meio de comunicação, receber uma recompensa financeira ou tornar-se célebre<sup>382</sup>.

Santiago Mir Puig<sup>383</sup> traz uma questão interessante: qual relação poderá ser deduzida da exigibilidade de que o agente conheça a situação necessária frente aos crimes culposos? Para o jurista e doutrina majoritária, o fato de uma conduta imprudente ter sido realizada criando um perigo abstrato e este venha a ser concretizado em uma lesão não poderá obstar o reconhecimento da situação necessária, na medida que era o conhecimento desta que autorizava o sujeito agir. Esta ação, estaria por essa doutrina, autorizada por uma manifestação particular de risco permitido: “se está permitido o risco, não poderá castigar se o risco vir a

---

<sup>379</sup> **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Ed. Thomson Civitas. Segunda Edição. 1997. p. 701.

<sup>380</sup> **FIGUEIREDO DIAS**, Jorge. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I – Segunda Edição*. 2007 Coimbra Editora. p. 459.

<sup>381</sup> Uma construção majoritária encerraria tão somente a primeira parte: “o agente deve conhecer tão somente a situação de conflito”. Esta posição foi manifestamente assumida pelo Tribunal Superior de Justiça do País Basco na ocasião do julgamento de colaboração com grupos armados por parte de sujeitos que atuaram como intermediários financeiros do ETA sob ameaças (coação de origem humana). Sobre o caso. **VALLE MUÑIZ**, José Manuel. *El Elemento Subjetivo de la Eximente de Estado de Necesidad y El Delito de Colaboracion con Bandas Armadas*. Actualidade Penal n 17/24. 1995.

<sup>382</sup> *Ibid.* p. 459-460 e **MIR PUIG**, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Octava Edición. Editora Reppertor, Barcelona. 2010. p. 468.

<sup>383</sup> *Ibid.* p. 468-469.

produzir um resultado lesivo”. O exemplo seria de uma direção imprudente de automóvel com o fim de obter socorro para uma vítima de um acidente em estado grave, e que com a sua realização provocasse uma segunda vítima ferida. A ponderação no primeiro caso entre direção perigosa versus risco de morte que deverá ser cognoscível por parte daquele que age.

Enfim, a teoria pessoal do injusto aqui então defendida pode ser definida como aquela para a qual a tomada de decisão do agente em situação justificante deve coincidir necessariamente com a intenção da proposição defensiva. Uma alternativa a essa teoria seria uma teoria do injusto orientada ao resultado, inclinada a rechaçar a presença de qualquer elemento subjetivo<sup>384</sup>. Neste caso, deve-se seguir para um próximo problema: como ficaria a punibilidade de um médico que realiza um aborto desconhecendo uma situação de necessidade que aconselharia absolutamente a interrupção de uma gravidez em um sistema jurídico que criminaliza tal conduta<sup>385</sup>? Haveria então nesta e nas situações de estado de necessidade defensivo a orientação de ignorar o elemento subjetivo da mesma forma como parte da doutrina faz entender adotando uma teoria objetiva nas hipóteses de legítima defesa? Ou seria esse desvalor da ação, materializado na intenção criminosa, suficiente para habilitar a cominação de uma tentativa tal como deduz Jescheck<sup>386</sup> e Roxin<sup>387</sup>?

Ao todo, são quatro as posturas que oferecem respostas para o problema da exigência do elemento subjetivo da forma como foi colocada:

- a) Um grupo de autores, que, segundo Rusconi<sup>388</sup>, é minoritário na Alemanha, porém de presença marcante na Espanha e na Itália, defende não ser possível generalizar a exigibilidade dos elementos subjetivos em todas as categorias justificantes, devendo esse caminho ser individualmente configurado em cada uma delas. Rodrigues

---

<sup>384</sup> **JESCHECK**, Hans-Henrich e **WEIGEND**; Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Comares Editorial. Albolote. p. 353.

<sup>385</sup> Rodrigues de Sousa, aderindo a uma teoria subjetiva da ilicitude, é de opinião pela não justificação no caso do aborto. Outro exemplo famoso de ausência de elemento subjetivo no exercício de um estado de necessidade está na hipótese trazida por Graf zu Dohna do agente que provoca um dano desconhecendo circunstâncias sob as quais, a partir do dano, pode salvar uma vida humana, tal qual a inverossímil pedra que atinge uma vidraça, salvando um menino que morria de asfixia. **RODRIGUES DE SOUSA**, Alberto R. R. *Estado de Necessidade: Um Conceito Novo e Aplicações Mais Amplas*. Editora Forense. p. 53.

<sup>386</sup> **JESCHECK**, Hans-Henrich e **WEIGEND**; Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Comares Editorial. Albolote. p. 354.

<sup>387</sup> **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Ed. Thomson Civitas. Segunda Edição. 1997. p. 720-721.

<sup>388</sup> **RUSCONI**, Maximiliano Adolfo. *La Justificación em el Derecho Penal*. Editora Ad Hoc. Buenos Aires. p. 20-21.

Sousa<sup>389</sup>, ainda que conclua parcialmente no sentido oposto que será aqui defendido, assentiu tal posição como premissa: “estipular, como princípio geral, aplicável a todas as hipóteses de justificação, a presença dos correspondentes elementos subjetivos, significaria, em termos práticos, alargar os limites da ilicitude penal”.

- b) Uma segunda postura seria aquela que, em oposição à primeira aqui apresentada, busca deduzir de um princípio fundamental de justificação a existência de certos elementos subjetivos em todas as hipóteses justificadoras. Se for entendido que um princípio geral de justificação possa ser encontrado em uma fórmula sem referencial à elementos subjetivos, haveria então a adesão a uma teoria objetiva. Se esta, por outro lado, identificar em sua fórmula qualquer referência do agente conhecer e decidir por tal conjuntura, desta se deprenderia uma teoria subjetiva.
- c) Uma terceira postura seria aquela de completa adesão a uma teoria objetiva, assim como defendida por juristas como Carlos Santiago Nino<sup>390</sup> e positivamente adotada no Código Penal italiano: “Art 59 – *“Le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti.”* Ou seja, o agente sempre se beneficiará das circunstâncias que excluírem a pena, mesmo que ele não as conheça”.
- d) A tese dominante é aquela já aqui deduzida, para a qual, em respeito ao modelo de injusto penal onde a tipicidade é analisada em seus elementos objetivos e subjetivos, estes deverão ser igualmente exigidos em sede de ilicitude. Para esta doutrina, os elementos descritivos e normativos das situações justificantes cumpririam a função de neutralizar o desvalor do resultado, enquanto o conhecimento deles, o desvalor da ação. Nos casos de ação em necessidade desconhecendo a existência objetiva da mesma, subsistiria um “certo desvalor da ação” que justificaria a cominação de uma tentativa.

---

<sup>389</sup> **RODRIGUES DE SOUSA**, Alberto R. R. *Estado de Necessidade: Um Conceito Novo e Aplicações Mais Amplas*. Editora Forense. p. 74-75.

<sup>390</sup> “Hemos visto que el caso básico en el que una acción descripta como delito no es enantiotélica, es decir está justificada, es aquel en el que la acción no causa el daño o no genera el peligro que la ley penal pertinente está destinada a prevenir. Hemos visto también que la propiedad de una acción de crear un riesgo irrazonable tiene una cierta prioridad, sobre su posible carácter dañoso, para determinar su enantiotelidad. Una conducta no es enantiotélica a pesar de que cause un daño, si no puede afirmarse que ella, abstracción hecha de la producción del daño, fue irrazonablemente peligrosa, de acuerdo con las normas que fijan el cuidado que debe ponerse y los riesgos que puedan razonablemente asumirse en distintas actividades. Finalmente, hemos visto que esta evaluación de la conducta es independiente de las actitudes subjetivas del agente. Aunque el agente quiera causar daño, su acción no es enantiotélica, y no hay razón para penarlo dentro de un sistema jurídico que se desentienda de la evaluación moral de la personalidad de los individuos, si la acción es objetivamente correcta de acuerdo con las normas del debido cuidado y no produce la clase de riesgo o daño que el derecho está destinado a precaver”. Em **NINO**, Carlos Santiago. *Los limites de la Responsabilidad Penal*. Astrea. Buenos Aires. p. 470-471.

- e) Uma última postura ainda interpretaria tais situações como uma tentativa inidônea, porém, divergiria de forma, que para uns, assim sendo, como delito putativo/crime impossível, não haveria lugar para a tipicidade, enquanto para outros, tal conjuntura configuraria tão somente casos similares a uma tentativa inidônea punível.

Maximiliano Rusconi, que em último caso adere a essa última posição, apresenta uma crítica adequada a doutrina dominante e a postura que pretende deduzir a existência de elementos subjetivos a partir de um princípio geral<sup>391</sup>. Neste ponto, deve-se retomar as críticas feitas as pretensões inférteis de se estabelecer uma teoria geral da justificação, em suma: não há descrição idônea o suficiente para estabelecer com precisão quais razões subsidiarão realidades tão diversas como o estado de necessidade, a legítima defesa, o consentimento da vítima e os mais diversos deveres funcionais. O autor igualmente se insurge contra a exigência simétrica necessária de que o juízo positivo de existência do delito (elementos objetivos e subjetivos – desvalor da ação e desvalor do resultado) deve ser negado pelo juízo negativo da ilicitude (através de elementos objetivos e subjetivos que materializem: valor da ação e valor do resultado)<sup>392</sup>. Neste ponto, deve-se concordar com o jurista argentino<sup>393</sup> quando afirma que o jogo de demonstrações e exclusões de cada instância sistemática funciona com bastante autonomia, porém, deve-se parcialmente divergir de adesão à teoria objetiva do mesmo na medida que aqui foi defendida que a exigência de uma vontade necessária agressiva não está apenas fundada em uma noção de utilidade social, mas também se traduz em uma manifestação de solidariedade, devendo imbuir suas condutas, neutralizando o desvalor da ação que sacrifica um interesse jurídico.

Esta posição corresponde a primeira enumerada no rol anterior, e só abre divergência contra a última, quando o reconhecimento do crime impossível, na medida que este não seria reconhecível nas situações necessárias agressivas. O exemplo absurdo do Conde demonstra isso: o homem que atirou a pedra e inesperadamente salvou uma criança de uma asfixia, efetivamente provocou um dano. O sujeito que detona um explosivo em uma área residencial e

---

<sup>391</sup> Quanto a esta última, se for adotada uma fundamentação tão somente baseada na preponderância de um interesse, não haveria a exigência de qualquer elemento subjetivo para além da descrição fática. Assim, não se poderia pensar em cominar a tentativa de aborto para o médico que realizou um aborto proibido desconhecendo circunstâncias existentes que autorizaria a prática em necessidade.

<sup>392</sup> RUSCONI, Maximiliano Adolfo. *La Justificación em el Derecho Penal*. Editora Ad Hoc. Buenos Aires. p. 24-26.

<sup>393</sup> Ibid. p. 27.

inesperadamente liberta um grupo de cativos capturados por um grupo criminoso igualmente provoca um dano através de um meio idôneo. Contudo, como igualmente afirmado, e em especial atenção ao exemplo do aborto objetivamente necessário, porém não conhecido, deve-se notar não se tratar de uma hipótese de estado de necessidade agressivo fundada na solidariedade, mas sim de um estado de necessidade defensivo, imbuído das mesmas razões justificantes da legítima defesa, conforme já defendido. Para estes casos, pelas razões adotadas em sede da própria legítima defesa, deve-se entender pela dispensa do elemento subjetivo.

#### **4.2 A Relação entre os Interesses em Conflito**

Em diversos momentos durante o curso dessa dissertação foi colocada em evidência a natureza multifatorial da ponderação de interesses em uma situação de necessidade. Deve-se perguntar por tantas vezes, enfim, que valores são esses que direcionariam os juízos dos intérpretes frente a tão dramáticas conjunturas de fatos. O rol das circunstâncias que poderiam oferecer uma resposta para tal pergunta será desenvolvido de maneira analítica, pormenorizando cada uma dessas circunstâncias, contudo sem a pretensão de encerrar todos juízos possíveis para cada um dos conflitos. Isto é, algumas situações de fato muito provavelmente demandarão uma análise onde será tomada uma decisão no curso da colisão de um conjunto finito de fatores, enquanto outros se demonstrarão estranhos ou até absolutamente incapazes de até mesmo adquirir sentido naquela realidade.

Enfim, o primeiro desses valores será o próprio critério normativo penal, ou seja, aquele determinante do valor que o próprio Direito Penal dá ao interesse protegido e ao interesse sacrificado, a serem depreendidos através da moldura penal do crime de lesão. Isto é, a vida, por exemplo, protegida através do crime de homicídio, encontra uma reprimenda penal situada na moldura abstrata de seis a vinte anos de reclusão, enquanto um furto, buscando resolver os conflitos envolvendo a propriedade, encontra uma moldura penal de um a quatro anos da mesma pena. Pode-se assim depreender que a vida encontra um interesse em sua preservação muito maior do que a propriedade. Tal critério inicial revela-se inseguro. Quando João nos fala sobre Maria, mais sabemos sobre João do que propriamente sobre Maria. Assim é o Direito Penal. A moldura abstrata dos tipos penais pouco nos noticiará sobre a natureza de suas realidades tipificadas, mas sim a respeito de sua própria intervenção.



Um segundo critério seria a pretensão de corrigir essas assimetrias, através de uma compreensão normativa, porém não jurídica, mas sim social dessas mesmas realidades. Através dela, buscará a descrição de uma escala de valores que buscará determinar entre todos aqueles com maior dignidade e reconhecimento social quando contrapostos.

Um terceiro critério enfim envolveria a compreensão da dinâmica risco *versus* lesão, envolvendo a proximidade do perigo, a intensidade da lesão e o seu correspondente objeto afetado.

Quanto ao critério sucessivo, – a origem do perigo – para aqueles que defenderem a ponderação de interesses da forma aqui apresentada como idônea para solucionar os casos de estado de necessidade defensivo, deve-se pensar que o fato do perigo consubstanciar uma origem humana e nela se fazer presente, tal conjuntura determinará um sentido para a resolução do conflito, de forma que aquele deverá ser levado em perspectiva.

Os critérios seguintes pretenderão identificar o poder de disposição do indivíduo diante daquele interesse lesionado e a sua concepção particular de valor de ambos os interesses envolvidos por parte dos agentes envolvidos. Por esta perspectiva, pode-se pensar que crimes patrimoniais de maior ou menor escala possuirão significados distintos em sociedades economicamente diferentes, abastadas ou carentes, igualitárias ou desiguais, etc.

Em momento seguinte, deve-se pensar em um grande universo de casos específicos. Entre eles, especula-se quanto a possibilidade de se reconhecer dentro do estado de necessidade coações morais irresistíveis em flagrante desproporção. Deve-se pensar também no grande universo de conflitos envolvendo vidas humanas, contrapostas aos demais valores ou até mesmo entre si. Deve-se refletir quanto a possibilidade de reconhecer a ponderação dos atos praticados por agentes públicos e os efeitos de suas posições especiais de dever. Com alguma curiosidade, igualmente pode-se indagar sobre os efeitos de uma colisão de interesses de um mesmo titular. E por fim deve-se pensar, nas consequências dos atos daqueles provocaram ou incrementaram os riscos e suas respectivas consequências na ponderação.

Todos esses critérios aqui colocados igualmente deverão ser suportados pelo duplo filtro já apresentado. A concepção de um Direito Penal como intervenção menos aflitiva para a resolução dos conflitos<sup>394</sup>, em primeiro lugar, teria um potencial de rendimento maior em um

---

<sup>394</sup> Deve-se ter em mente que a busca pela forma menos aflitiva de resolver um problema de conflito entre interesses como os aqui dissertados não implica necessariamente a renúncia do Direito Penal de discipliná-los.

estágio *lege ferenda* no momento em que os conflitos são selecionados. Pode-se entender, por exemplo, que conflitos em estado de necessidade envolvendo uma propriedade sacrificada e outra protegida no mesmo curso causal encontraria um rendimento muito mais adequado no âmbito de uma ação civil reparatória do que em uma instância penal estigmatizante e sempre personificada como uma eventual ameaça às liberdades individuais, de forma que qualquer situação já catastrófica, através desse critério, seria plenamente apaziguada pela primeira e potencializada pela segunda.

Já os valores utilidade social e solidariedade deverão servir como verdadeiros marcos interpretativos para cada um dos critérios acima descritos, de maneira a alcançar o verdadeiro sentido fundamental do instituto do estado de necessidade, integrando suas dimensões e principalmente desfazendo alguns lugares comuns reiteradamente trazidos pela doutrina irrefletidamente.

Contudo, antes de empreender na descrição de todas essas características, deve-se pensar nos efeitos das mais diversas dimensões temporais e circunstâncias que poderão nos conduzir para o reconhecimento de algumas situações bastante peculiares. Da mesma forma como o estado de necessidade defensivo revelou possuir algumas características bastante particulares, será possível apurar se estas condições que aqui serão deduzidas serão igualmente capazes de recortar e fragmentar ainda mais o nosso objeto.

### **4.3 Ação e Omissão e a Dinâmica Temporal no Conflito**

Quando aqui se pretendeu muitas vezes abordar as “situações necessárias” ou “situações em necessidade”, assim foi feito com a pretensão de abarcar um conjunto enorme de circunstância nas quais existem interesses diversos, um ou mais focos de perigo para um ou mais deles e uma conduta pretendendo interferir ou redistribuir a incidência dos riscos entre eles. Desse modo, fica claro vislumbrar a multiplicidade de circunstâncias que poderão ser possivelmente combinadas entre todos esses fatores.

Entre elas, pode-se pensar que dois interesses podem estar situados originalmente em uma situação de exposição a um mesmo risco. Igualmente, pode-se pensar no caso de haver um só interesse originalmente exposto a um perigo e este, através de uma interferência, ser desviado para outro dentro do mesmo sistema. Ainda, pode-se pensar no caso de existir um interesse sob

risco de perecer, e este ser salvo, não pela redistribuição do risco original, mas sim pela criação de um novo para um bem jurídico diverso à princípio fora desse sistema de risco. Para tornar as questões ainda mais complexas, todos esses problemas podem envolver não só o titular dos interesses envolvidos, como também terceiros prestando auxílio, fazendo surgir o questionamento de até que grau seria possível tolerar a distribuição dos riscos por parte de um terceiro e quando este teria alguma autonomia para escolher quem sofrer e quem salvar.

Enfim, deve-se pensar que somos capazes de organizar essa universidade de problemas em conjuntos de casos que possuem as mesmas propriedades dentro dessas dinâmicas temporais e espaciais.

Em um primeiro lugar, foi possível identificar que o critério temporal combinado com uma ação periclitante por parte daquele que teve, em último caso, o interesse sacrificado encontrou razões para determinarmos especificamente duas categorias menores: o estado de necessidade defensivo de coisas, nascido no âmbito das justificações civis; e o estado de necessidade defensivo de pessoas, analogicamente identificado nos casos onde o agente titular materializa o próprio perigo. Em ambas as circunstâncias, o perigo criado, no primeiro caso, ou materializado no próprio agente, no segundo, situa-se de forma que a ação salvadora o transferirá ulteriormente para o interesse sacrificado. Esta dinâmica, no segundo caso, para um espectador externo na maioria dos casos pouco diferirá daquela encontrada no exercício de uma legítima defesa. Por essa razão, em ambos os casos, entende-se majoritariamente<sup>395</sup> que tais circunstâncias devem ser levadas para uma ponderação de forma até a justificar a manutenção de um interesse não propriamente sensivelmente superior, e minoritariamente, como aqui exposta, tratando-a como uma hipótese autônoma e próxima de uma legítima defesa, onde a proporcionalidade se dará de maneira semelhante a esta, sem desconsiderar as distinções existentes, como a ausência do desvalor de uma ação ilícita<sup>396</sup>.

Para além desses casos, é possível identificar um segundo conjunto de situações fáticas onde haverá essa mesma transferência de risco encontrada no grupo anterior, no qual um interesse inicialmente ameaçado é desviado para outro de menor dignidade ou substituído

---

<sup>395</sup> Assim, para estes, o interesse protegido não poderá ser tão somente desproporcionalmente inferior ao interesse sacrificado, como aponta Roxin. Pode-se pensar como exemplo na ação do homem que mata um cachorro raivoso de forma a proteger a sua integridade e saúde ou de terceiro. **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Ed. Thomson Civitas. Segunda Edição. 1997. p. 722-723.

<sup>396</sup> Por este motivo, como foi visto no item anterior, foi possível, inclusive, fundamentar a dispensa do elemento subjetivo para tais casos. Se pudermos aplicar ao caso da nota anterior, aquele que mata um cachorro sem saber sua condição hidrofóbica e o risco objetivamente a sua própria vida, por este caminho, igualmente veria sua conduta justificada.

necessariamente por um novo risco, porém não havendo no perigo original essa materialização necessária na pessoa do criador ou em sua propriedade (bens, animais, etc). Aqui pode-se encontrar a grande maioria dos casos de estado de necessidade justificante resolvidos pela ponderação de interesses<sup>397</sup>:

- a) O famoso problema do trem – *trolley problem* – no Direito Penal originalmente apresentado por Welzel, e no campo ético-normativo possuindo uma variação original desenvolvida por Foot, já trabalhada no segundo capítulo dessa dissertação. De uma forma em geral, os problemas envolvendo o trem na iminência de descarrilhar ou de colidir com outro inesperadamente parado oferecem para um operador de uma agulha a possibilidade de salvar um sem-número de vidas, alterando o curso do trem e provocando a morte de um número sempre menor de trabalhadores situados no curso de uma linha originalmente não utilizada. Em condensada suma, a ação do operador pretende salvar um número significativo de vidas, as custas de um processo que provocará quase que necessariamente um número menor de mortes fora de risco.
- b) O caso da ambulância ou do socorrista que, precisando conduzir até o hospital um ferido grave sob risco de morte, conduz em velocidade excessiva, criando uma série de riscos para os demais motoristas e transeuntes.
- c) A vítima de um acidente grave que chega ao hospital com vida necessitando ser imediatamente ligado a uma máquina de reanimação originalmente ocupada por paciente com menos chances de viver.
- d) O célebre exercício mental da Tábua de Carnéades, onde naufrago desocupa outro de uma tábua que se mantinha razoavelmente seguro de não se afogar, assim salvando sua vida enquanto neutraliza as chances do outro de obter esse mesmo suporte, e todas as suas variações envolvendo auxílios de terceiros, como no caso do naufrago que desapossa o possuidor original da tábua para assistir um terceiro, seu filho.
- e) Um universo de delitos cometidos nos mais diversos cenários de gestão de empresas, negócios ou até mesmo, eventualmente, na administração da coisa pública, onde ações criminalmente tipificadas contra bens jurídicos não corporificados são praticadas dolosamente buscando a realização de um interesse superior.

---

<sup>397</sup> Alguns dos exemplos aqui dados foram retirados da obra de Maria Ferreira da Cunha. **FERREIRA DA CUNHA**, Maria Conceição. *Vida Contra Vida – Conflitos Existenciais e Limites do Direito Penal*. Coimbra Editora. 2010. p. 693-694.

Em suma, o rol acima apresenta exemplarmente apenas uma pequena quantidade de conjunturas fáticas possíveis, porém não necessariamente implicando existir um juízo positivo de reconhecimento da justificação necessária para as mesmas – ou pelo menos para todas as suas variações pensáveis. Quanto a esse ponto, no próximo capítulo, a partir dos critérios encontrados em cada um desses problemas, será possível dar respostas mais qualificadas em busca de uma solução previsível e coerente.

O que se pôde depreender até então foi que todos os casos até aqui presentes correspondem a uma alternância de riscos entre interesses ameaçados e aqueles até então livres. Até mesmo a categoria de “estado de necessidade defensivo” corresponde tão somente a uma espécie qualificada de todas essas conjunturas. Georgios Mangakis<sup>398</sup> denominou todas essas famílias de casos como “comunidades de perigo alternativas”. Sob esta categoria, foi possível distinguir um segundo grupo bastante significativo de casos onde, para além da existência de um conflito de interesses, a simultaneidade temporal dos perigos determinou também um verdadeiro conflito de deveres por parte do agente situado.

Essa segunda família de casos, também denominada pelo jurista grego tão somente como “comunidade de perigo”, pode ser caracterizada pela existência de dois ou mais interesses simultaneamente expostos a perigos comuns ou diversos, havendo, assim, a impossibilidade temporal do agente de cumprir ambos, ou excepcionalmente em alguns casos, uma distribuição de perigo que torna os riscos existentes vinculados entre si nas mais diversas formas.

Especialmente quanto aos casos gerais, pode-se pensar nos mais diversos exemplos:

- a) O médico que vê chegar dois pacientes igualmente em estado grave a uma emergência de forma concomitante ou quase imediata, devendo escolher entre ambos, aquele que receberá sua atenção profissional.
- b) O mesmo exemplo clínico anterior, porém agora não envolvendo a disposição presencial do médico, mas sim o uso de um aparelho que seja indispensável para a manutenção da vida, tal qual uma máquina de reanimação.
- c) Um pai ou uma mãe que após um acidente de barco ou durante um banho de mar se vê em uma situação na qual só dispõe de condições físicas para salvar um entre dois filhos, no curso de mudança das condições da água, tal qual um tsunami.

---

<sup>398</sup> Ibid. p. 694-695.

- d) Uma variação do caso acima, igualmente poderia ser encontrado, retirando a posição de garantir, nas hipóteses de catástrofes naturais, onde um homem, sob o dever geral de auxílio, só possui meios para salvar uma entre duas pessoas
- e) Por último, pode-se pensar nos casos de contradição lógica<sup>399</sup> entre os resultados das ações possíveis, como o caso do condutor de automóvel que se encontra em uma condição física e temporal adversa onde, quer ele pare, quer ele acelere, ou ainda quer ele tente mudar de direção, todas as ações resultarão na criação de perigos a condutores imediatamente atrás ou no sentido contrário.

Aqui deve-se tomar como exemplo os dois primeiros casos descritos: dois pacientes que chegam simultaneamente a um hospital com condições insuficientes para o mútuo atendimento, seja ele caracterizado pelo uso de uma máquina de reanimação, seja tão somente a dedicação do profissional médico. Nesse caso, esse profissional imbuído pelo dever funcional de agir se encontraria em um conflito entre dois deveres comissivos, impossíveis de serem conciliados. Restaria aqui, então, uma situação onde o cumprimento do dever funcional do profissional nunca será integral, podendo eventualmente ser parcial, se uma entre as duas ações salvadoras possíveis for tentada. Essa mesma lógica é encontrada nos demais exemplos: o pai, na impossibilidade de salvar os dois filhos (cumprimento integral), poderá salvar um deles (cumprimento parcial), ou omitir-se de seus dois deveres (descumprimento integral). Qual razão o Direito deverá perseguir?

O reconhecimento da autonomia desse conjunto de situações tomou forma nos mais diversos ordenamentos jurídicos. Em sua mais bem definida expressão, o Código Penal português positivou o conflito entre deveres em seu Art. 36: “1 - Não é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, satisfizer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrificar. 2 - O dever de obediência hierárquica cessa quando conduzir à prática de um crime”.

As razões para a defesa de uma resposta autônoma para esse conjunto de problemas podem ser apreendidas pela incapacidade de adequá-las à forma da defesa de um interesse sensivelmente superior trazida pelos regulamentos dos estados de necessidade justificantes. A grande maioria desses casos envolve a tutela da vida, de maneira que a relação do cumprimento parcial para com a parte descumprida é quase sempre de igualdade. Assim, o Direito falharia

---

<sup>399</sup> Na literatura, a expressão “Ardil 22” ganhou forma a partir da obra de mesmo nome de Joseph Heller que descreve uma situação paradoxal, na qual uma pessoa não pode evitar um problema por causa de restrições ou regras contraditórias. Especificamente aqui no caso descrito, trata-se uma “no win situation”.

em oferecer uma solução materialmente justa nesses casos onde há mais de uma possibilidade de agir. A ponderação aqui feita se dá na medida em que se reconhece o papel do Direito de motivar o cumprimento dos deveres, e na impossibilidade de ambos serem cumpridos, – isto é, as condições materiais para o cumprimento de um deles traria como consequência temporal e fática a impossibilidade de tutelar o outro – deverá o mesmo, concretamente, dentro da situação global<sup>400</sup>, buscar intervir nas circunstâncias dadas.

Assim, um corpo de bombeiros que possuir o dever concomitante de apagar dois incêndios não dispendo de meios para tal, deverá escolher aquele de maior intensidade e de maior risco para as vidas e o patrimônio envolvidos. Já nos casos envolvendo a ponderação de vidas singulares, o cumprimento parcial de defesa de qualquer uma das mesmas seria suficiente para configurar o reconhecimento da justificação.

Quanto ao conflito de deveres, existem algumas divergências quanto a sua configuração, em razão de seu ainda recente estágio de maturação, sendo tão somente positivado em Portugal, ainda que reconhecido por parte considerável da doutrina alemã e espanhola como causa suprallegal de justificação. A principal delas pode ser encontrada na determinação de quais deveres são idôneos a ser reconhecidos como conflitantes. Diante do panorama espanhol, Santiago Mir Puig<sup>401</sup>, definindo o conflito de deveres como uma manifestação particular do estado de necessidade (insatisfatoriamente disciplinada no Art. 20, 5º do CP espanhol), deduz que ao contrário do estado de necessidade, onde o agente possui a faculdade de agir para proteger um interesse, no conflito de deveres, esse se vê forçado a agir, cumprindo um entre dois deveres de agir (comissão) ou de omitir-se (omissão). Esta postura é igualmente defendida por uma minoria bastante numerosa de autores alemães. Por outro lado, uma posição majoritária tanto em Portugal<sup>402</sup> quanto na Alemanha<sup>403</sup> caminha no sentido de reconhecer existir tão somente conflitos de deveres necessariamente comissivos.

Se a primeira postura, aquela assumida por Mir Puig, estiver certa, os conflitos de deveres assumiriam o protagonismo da grande maioria dos casos de estado de necessidade, sobretudo grande parte daqueles aqui identificados como hipóteses de transferência de riscos.

---

<sup>400</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I* – Segunda Edição. 2007 Coimbra Editora. p. 468-469.

<sup>401</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Octava Edición. Editora Reppertor, Barcelona. 2010. p. 453-454.

<sup>402</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I*. – Segunda Edição. 2007 Coimbra Editora. p. 466-467.

<sup>403</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Ed. Thomson Civitas. Segunda Edição. 1997. p. 724-725.

Por exemplo, poderíamos adequar a esta fórmula a grande maioria de variações do caso do *trolley problem*, na medida que o maquinista que desvia o curso do trem para salvar seus passageiros estaria violando um dever de omissão para com os trabalhadores agora sacrificados. O exemplo dos médicos nazistas que sob a coação dos oficiais do Partido Nazista nomeava apenas alguns pacientes para eutanásia, de forma a salvar o maior número de vidas igualmente aqui encontraria razão. Isto é, os médicos, seguindo aquelas ordens posteriormente julgadas pelos vencedores com ilegais, identificavam um número menor de pacientes (violação de um dever de abster-se de provocar a morte de seus pacientes) com o fim de salvar os demais (cumprimento de um dever de salvar seus pacientes). Enfim, os únicos casos que restariam fora de tal categoria seriam aqueles onde o interesse a princípio ameaçado não correspondesse a nenhum dever de solidariedade e assim para o agente fosse disponível, tal qual o homem que vendo coisa sua em perigo, renúncia o uso de coisa alheia, deixando-o perecer.

Os conflitos de deveres positivos traduzem uma categoria autônoma pela inexistência da transferência de riscos. Em suas conjunturas fáticas, nela existem dois interesses concomitantemente em perigo, podendo ser este oriundo da mesma fonte ou não. Assim, os casos onde um dever de agir entra em conflito com um dever geral de omissão (fundado na não ingerência nos bens jurídicos alheios, como seguir um mandamento de não matar) estariam fora do que aqui se pretende disciplinar.

O conflito de deveres enfim traduz uma gama de problemas éticos indissolúveis. O direito de necessidade, via de regra, tenta retirar do homem o poder divino de escolher entre vivos e mortos, mártires e sobreviventes, aqueles que serão guardados nas mais tristes recordações e aqueles que deverão conviver com essas pelos restos de suas vidas, porém não há instância moral externa capaz de afirmar um sentido para além de obrigar o cumprimento parcial. Poderá um homem em uma situação de perigo optar pelo seu filho mais novo ou pelo mais velho, poderá um bombeiro profissional optar pela retirada dos moradores do apartamento do final do corredor ou daqueles do apartamento imediatamente ao lado. Drasticamente, em conjunturas uniformes<sup>404</sup>, o conflito entre deveres envolvendo vidas humanas significa a possibilidade do agente escolher livremente quem perecer e quem salvar e não há interpretação mais sensível e razoável que esta.

---

<sup>404</sup> Sobre ponderação quantitativa e qualitativa de vidas humanas em conflitos caracterizados pela transferência de riscos, ver o item específico do próximo capítulo.



#### 4.4 A Preponderância do Valor Resguardado e as Opções Legislativas no Direito Comparado

No curso deste capítulo, o exame das situações de conflito qualificadas pela existência de interesses colidentes foi decomposto em elementos comuns a todas as conjunturas – como a existência de um perigo atual e inevitável por outra via, por exemplo – e características próprias de alguns dos conjuntos de casos – como a simultaneidade da exposição a perigo no conflito entre deveres e a personificação do perigo no estado de necessidade defensivo de pessoas. O último elemento faltante para integrar o estudo das situações necessárias, sobretudo de um estado de necessidade agressivo, é exatamente aquele que estabelece a expectativa normativa que deverá a ação salvadora cumprir. Deverá esta ser proporcional? Deverá ser adequada para cumprir um fim lícito? Ou resguardar um interesse maior? Estabelecer um cálculo utilitário de valores? Ser uma intervenção razoável ante as expectativas externas? Sem dúvidas muitas são as chaves empregadas – ainda mais se pensarmos na polissemia de cada uma destas expressões – para estabelecer esse dever de solidariedade que faz exigir sacrifícios por um lado e nascer direitos de tolerância por outro. Neste momento será feita uma breve análise de algumas dessas chaves empregadas.

##### 4.4.1 A Adequação do Meio Empregado

Herança da incorporação de uma teoria dos “meios adequados” à teoria da ponderação de bens e trazida literalmente como requisito em diversas das formas legais mais aperfeiçoadas, – Portugal e Alemanha, por exemplo – exige-se para a configuração de um estado de necessidade justificante que a conduta seja praticada como meio adequado para afastar o perigo atual e inevitável por outra maneira.

A partir desse quadro surgiram duas opiniões quanto ao conteúdo de tal expressão: em primeiro lugar, Figueiredo Dias<sup>405</sup> ser o emprego de tal vocábulo absolutamente redundante frente às demais exigências depreendidas da lei pela doutrina, isto é, o reconhecimento de deveres especiais por parte de alguns agentes, a preservação da autonomia da vítima, o

---

<sup>405</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I* – Segunda Edição. 2007 Coimbra Editora. p. 458-459.

reconhecimento das ponderações conduzidas pela própria lei, o sentido ético-social da conduta a justificar, etc. Em sentido próximo, Taipa de Carvalho<sup>406</sup> afirma ser a adequação do meio desmembrada em dois critérios: a idoneidade da conduta e a menor danosidade. Especialmente quanto a primeira, o legislador pretenderia com esta tão somente afastar condutas inidôneas a não eliminar totalmente o perigo; uma segunda posição, contrária a primeira, defende tal exigência não ser vazia de sentido, traduzindo-se em um importante elemento para a compreensão do sentido social do instituto. Jakobs<sup>407</sup> afirma ser a adequação uma importante garantia do Estado de Direito formal em face de uma livre otimização de vantagens por meio da ponderação de interesses. Para o jurista, tal exigência possuiria três dimensões: em primeiro lugar traduziria a impossibilidade de substituir procedimentos regulados, mesmo quando inexecutáveis, por meios diversos; em um segundo sentido, significaria um importante pórtico de proteção de atividades de caráter público, significando a possibilidade de substituir um procedimento regulado público tão somente por outro de mesma natureza, mas nunca um procedimento privado; em um último caso, significaria a substituição de atividades reguladas pela atuação de agentes privados em situações de extrema necessidade, no âmbito que significar um perigo para a segurança pública. Desse complexo quadro algumas consequências são depreendidas pelo jurista alemão: a justificação de um pai que diante de um caso extremo subtrai um remédio necessário para a sobrevivência do filho tão somente se este for possível de exigir da assistência social/saúde pública; a impossibilidade de afastar as regras de vinculação dos recursos públicos, ainda que o interesse no evento seja primordial. Por outro lado, questões dramáticas não encontrariam uma resposta fácil mesmo adotando tal critério, como o caso daquele que adota provas manifestamente falsas para evitar uma perda iminente de um direito que represente um perigo passível de estado de necessidade.

Neste ponto Claus Roxin<sup>408</sup> caminha em sentido próximo de Jakobs, recusando ser a adequação uma mera clausula de controle. Para o jurista, a adequação representaria um segundo escalão valorativo buscando evitar soluções que ponderassem tão somente os interesses em conflito de uma maneira abstrata, desprendidos de seu sentido ético-social e as concepções valorativas da comunidade. O exemplo da extração forçada de sangue para salvar uma vida representaria o que aqui se pretende dizer. Uma compreensão sensível a dignidade da pessoa

---

<sup>406</sup> **TAIPA DE CARVALHO**, Américo. *Direito Penal – Parte Geral*. Editora Coimbra. 2008. p. 410.

<sup>407</sup> **JAKOBS**, Günther. *Tratado de Direito Penal. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2009. p. 608-611.

<sup>408</sup> **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Ed. Thomson Civitas. Segunda Edição. 1997. p. 714-716.

humana poderia denunciar ser qualquer intervenção forçosa na integridade do indivíduo atentatória contra a mesma, ainda que exista um valor maior passível de ser resguardado pela ação. Assim, para Roxin, a função de tal cláusula seria maior do que uma mera chamada de atenção para o sentido dado em uma ponderação em concreto, representando verdadeiramente a impossibilidade de relativizar o valor de uma vida humana, nunca essa servindo de meio adequado para se tutelar um interesse.

Sobre o conceito de adequação, ambas as posições, excetuando o desenvolvimento de Jakobs, parecem encontrar mais pontos em comum do que divergências propriamente ditas. As exigências enumeradas por Figueiredo Dias não fogem das expectativas normativas da comunidade e o seu sentido real de colocar a dignidade da pessoa humana no mais alto patamar de significação. Contudo, deve-se concordar que o emprego do termo “adequação” cumpre uma importante missão de realçar o sentido histórico de sua adesão, a saber que uma ponderação representou a conciliação da ponderação de bens para com a observância do sentido social da ação salvadora. Especificamente quanto a afirmação de Roxin, os conflitos entre vidas e seu eventual confronto merecerão a devida atenção.

#### 4.4.2 A Cláusula da Razoabilidade

Fora afirmado em momento anterior que a doutrina brasileira diverge quanto a incidência do estado de necessidade legal nos casos onde os interesses sacrificados e os salvaguardados são iguais, o que abrangeria mais especificamente o universo de problemas envolvendo ponderação de vidas. Entretanto, qual seria a relação da razoabilidade das circunstâncias exigida em nosso estado de necessidade com os fundamentos do estado de necessidade? Que sentido tal conceito poderia adquirir?

Juarez Cirino dos Santos<sup>409</sup> afirma não existir relação entre a adequabilidade da legislação alemã com a razoabilidade do Código Penal brasileiro, porém assume que ambos possuem uma função equivalente como critérios normativos para definir a juridicidade da ação. O exemplo dado pelo autor caminha no sentido de afirmar existir ações necessárias e apropriadas para salvaguardar um interesse, porém que seriam injustas, de forma que seria razoável exigir o sacrifício do bem jurídico inicialmente ameaçado frente a circunstâncias não

---

<sup>409</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. Lumen Juris. 2006 p. 248-249.

razoáveis de se exigir do interesse passível de ser sacrificado. Assim, para Cirino dos Santos, a razoabilidade possuiria uma função de resguardar a dignidade da pessoa humana contra medidas que muito embora passassem pelos filtros anteriores, falhariam quanto ao confronto com um valor absoluto vinculante a todos os critérios.

Pela forma assumida – e pelo exemplo dado pelo autor da não razoabilidade de uma extração forçada de um rim para salvar a vida de um terceiro – a determinação do conteúdo de tal cláusula mais parece identificar uma simples mudança de referencial – de uma característica da ação salvadora (idoneidade) para outra do objeto sacrificado (razoabilidade das circunstâncias) – do que uma verdadeira transformação de sentido daquilo que se pretendeu afirmar pela teoria dos “meios adequados”. Inclusive, é curioso o silêncio quanto a este sentido do que seria razoável por parte da doutrina. Rogério Greco<sup>410</sup> explora tal termo no sentido de identificar uma simples comparação de bens. Fernando Galvão<sup>411</sup> igualmente interpreta ser a razoabilidade a materialização do princípio da ponderação de bens, sem entrar necessariamente na precisão e no direcionamento do seu conteúdo. Enfim, é bem verdade que o conceito de razoabilidade, como propriedade daquilo que é razoável – produto da razão – é capaz de remeter a ideias muito próximas à “adequação de um meio para se alcançar um fim”, porém a forma um tanto quanto difusa aliada a indefinição por parte da doutrina em estabelecer um sentido compatível para com a história do desenvolvimento do conceito denuncia não ser a melhor forma de positivar tal questão, mais parecendo, para muitos, atender ao apelo de Figueiredo Dias a sua redundância.

#### 4.4.3 A Cláusula da Proporcionalidade

Outro conceito igualmente próximo da cláusula de razoabilidade – e tão polissêmico quanto – pode ser encontrado em uma cláusula de proporcionalidade. A proporcionalidade tanto pode significar um sentido comutativo de justiça – tal qual a *lex talionis* – passando por uma entre as diversas formas de justiça distributiva – como um desenvolvimento moral aristotélico buscando um termo entre os dois extremos – até alcançar o atual sentido assumido pela doutrina constitucional e publicista continental europeia.

---

<sup>410</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral – Tomo I*. Editora Impetus. 14ª Edição. p. 323-324.

<sup>411</sup> GALVÃO, Fernando. *Direito Penal – Parte Geral*. 4ª Edição. Editora Lumen Juris. p. 364-365.

Nesse último sentido, o termo proporcionalidade pode ter ainda dois alcances. Em um sentido lato, mais abrangente, o princípio da proporcionalidade, já descrito quando no momento de nossa pretensão de identificar os filtros materiais de um Direito Penal, representou o esforço de se estabelecer uma proibição por parte das agências executivas de uma ação que representasse uma restrição excessiva da liberdade dos indivíduos (*ubermassverbot*), e este esforço seria imbuído de três expressões que devem ser sucessivamente afirmadas para sua configuração. Assim, a proporcionalidade como proibição de um excesso tomaria forma através de três juízos, sendo o último deles a proporcionalidade em um sentido estrito.

O primeiro desses juízos, a adequação ou conformidade dos meios, possui um sentido próximo daquele deduzido por Cirino dos Santos e distante do desenvolvido especificamente pela doutrina alemã do estado de necessidade penal. A adequação dos meios empregados para aquela doutrina constitucional (*geeignetheit*) reflete um juízo preliminar de apropriação para a prossecução do fim, ou seja, tal aptidão diz somente respeito a possibilidade de se alcançar um resultado prático. A adequação trazida pela doutrina penal, aqui antes abordada, faz exigir a observância de fatores diversos para além destes, porém, incluindo também aqueles trazidos por um exame de exigibilidade da doutrina constitucional (*erforderlichkeit*), que, como afirmado no capítulo preliminar, reconhece que as ingerências do estado na ordem privada devem implicar a menor desvantagem possível, valendo dizer que muito embora uma ação possa ser idônea para alcançar um determinado fim, o seu grau de intervenção espacial, temporal, material ou pessoal possa tornar outras medidas preferíveis para sua realização. O último desses juízos, a proporcionalidade em sentido estrito (*verhältnismässigkeit*), tem a pretensão de comparar a justa medida da carga coativa com aquilo que se pretende intervir, através de um juízo de ponderação entre as vantagens dos fins e as desvantagens dos meios.

É verdade que a clausula de adequação como aquela defendida pela parte majoritária da doutrina penal envolve uma série de ponderações muito próxima daquela conduzida pelo princípio da proporcionalidade no direito público, envolvendo diversos pontos de contato. Em ambos, há uma especial atenção a dignidade da pessoa humana como limite material da intervenção. Através das duas técnicas também há um sentido de ponderar a lesividade da medida empregada com a eventual vantagem buscada com a mesma. Entretanto, a adequação aliada a comparação dos males feita no problema da necessidade apresenta uma série de particularidades, na medida que não se adequa a determinar o sentido da elaboração de uma norma jurídica ou de atuação do poder público, expressões de uma utilidade social, mas também de interferir numa situação situada no passado, particularizada e envolvendo agentes

específicos, elasticendo e diminuindo o alcance das ações em pró de um dever de solidariedade. Dessa forma, a relação dos agentes privados com a criação do risco e as perspectivas individuais dos mesmos, a relação dos deveres funcionais e as circunstâncias nas quais agentes públicos e privados estão envolvidas e muitos outros questionamentos poderão ser determinantes para a definição específica do problema da necessidade penal.

#### 4.4.4 A Comparação Entre Males ou Interesses

Se uma ideia de adequação foi legada ao problema da necessidade pela teoria dos “meios adequados”, a comparação de bens remonta a todas as doutrinas que escusavam a aplicação de uma pena em razão da defesa de um interesse superior. Na Alemanha, conforme já afirmado, esta postura foi denominada inicialmente teoria da ponderação de bens e, logo depois, teoria da ponderação de interesses. Em muitos outros lugares, inclusive aqui desde nosso Código Penal de 1830, a ideia de que um valor superior mereça proteção nesses casos floresceu com mais ou menos autonomia e rigor.

Hoje, conforme já demonstrado, a ideia de comparar os interesses em conflito ganhou diversas formas positivadas, entre aquelas que assumem uma carga negativa entre os males causados e evitados e aquelas que adotam uma postura positiva entre os interesses em ambos os lados. Em todo o caso, a divergência quanto a viabilidade da proteção de direitos iguais àqueles sacrificados acaba marcando grande parte das divergências tanto no Brasil quanto em Portugal e Espanha. E para estes, o grande efeito prático<sup>412</sup> está na medida que se pretende especular quanto à possibilidade ou não de ponderar qualitativa e quantitativamente vidas humanas assumindo a hipótese de elas serem eventualmente sacrificadas.

Contrastando com as demais chaves empregadas na positivação do estado de necessidade justificante pelo mundo, a ideia de uma comparação entre males ou interesses aliada a necessidade que a conduta seja adequada para tal fim é aquela que melhor representa a especificidade do problema aqui trazido, desde sua síntese histórica até aquilo que se pretende

---

<sup>412</sup> É muito difícil imaginar um exemplo de comparação de interesses que sejam iguais para além do exemplo citado na medida que, ainda que dois bens sejam iguais, a natureza da intervenção necessária sempre deparará contra o interesse possível de ser protegido. Por exemplo, imaginando bens patrimoniais de mesmo valor, faria mais sentido o titular de um carro inicialmente exposto ao risco assumir o mesmo do que o transferir para o de seu vizinho de mesmo valor. Não deverá o vizinho suportar um ônus tão grande quanto ter o seu bem disponível a todo e qualquer um que se encontre imediatamente ameaçado.

significar com cada um de seus termos. A defesa não só de um interesse superior, mas sim de um interesse sensivelmente superior será a razão fundamental para modificar as relações abstratas entre direitos e deveres e esta redação possui o grande mérito de deixar tal relação em manifesta evidência.

#### **4.5 Crítica aos Modelos Comparados sob a luz da Fundamentação Ética e da Dinâmica Temporal do Conflito – Conclusões**

Enfim, em uma apertada síntese do que pôde ser deduzido nestes pontos:

1 – Em primeiro lugar, deve-se sempre lembrar que o estado de necessidade justificante como técnica sempre teve a pretensão de resolver conflitos não ainda regulamentados, por um lado, antevendo problemas ainda não existentes ou concebidos pelo legislador e, por outro, concebendo respostas incapazes de se adequar aos recortes do legislador penal como medida de justiça. Esse caminho de correção é orientado por dois valores: uma utilidade social e um dever de solidariedade, não importando se inseridos em uma postura institucionalista ou se tratados de forma consequencialista. Em todo o caso, um resultado desejado poderá interferir ou não na resposta penal.

2 – Um certo senso pragmático costuma subestimar os efeitos trazidos pela distinção do reconhecimento de um estado de necessidade justificante e um estado de necessidade desculpante, na medida em que, em último caso, não haverá cumprimento da pena por parte do agente. Contudo, para além das eventuais questões de responsabilidade civil, sua incidência e a proporção de uma eventual reparação, por seus fundamentos e pelas razões anteriores, o estado de necessidade justificante possui pretensões singulares. Uma conduta justificada – sobretudo aquelas reiteradamente justificadas em um mesmo cenário – tem o condão de determinar a reforma de uma política pública, seja ela no campo regulatório específico do problema, seja uma ação menos aflitiva no campo da política criminal. Questões como o aborto em estado de necessidade surgiram antes no âmbito de determinação de um conteúdo então extralegal do estado de necessidade do que no campo das portarias e regulamentos de saúde do Estado. E ainda que não seja o caso de se fazer exigir uma reforma para conflitos não regulamentados, a reiteração do reconhecimento do estado de necessidade em áreas tradicionais e já regulamentadas igualmente poderá oferecer uma alternativa para aqueles conflitos

específicos nestes campos. Em suma, o estado de necessidade justificante, ao contrário do estado de necessidade exculpante, tem o condão de buscar tornar as exceções regras – estas, ao menos específicas para o seu menor universo de caso.

3 – Um estado de necessidade defensivo, seja ele de coisa ou de pessoa, encontra um fundamento diverso daquele conjunto maior de casos aqui estudados. Para esse menor número de casos, muito embora não se fale em uma defesa contra um ato ilícito, é possível sim identificar uma interferência na esfera de organização do ameaçado, de forma que o interesse em sobreviver desse não se dê na mesma lógica da transferência de risco ou criação de um novo para aquele que se encontrava a princípio seguro. Em outras palavras, e aqui seguindo o vocabulário, não há para estes casos a instrumentalização de um homem para a persecução de um fim, mas sim uma defesa contra um cenário de risco. Como consequência desta aproximação com uma doutrina da legítima defesa, pode-se pensar em algumas consequências típicas da mesma, como, por exemplo, a dispensa de um elemento subjetivo.

4 – Igualmente o conflito de deveres possui uma série de particularidades, a começar pela relação de simultaneidade entre o risco protegido e o risco sacrificado. Neste conjunto de casos não há propriamente um dever de tolerar fundado no princípio da solidariedade. A relação de tolerância com riscos e de proteção de interesses é puramente pragmática: defende-se que em dadas circunstâncias práticas é melhor proteger parcialmente um interesse do que aceitar o sacrifício completo do mesmo. Assim, nesses casos não se fala propriamente em um espaço livre de direito, uma zona onde a consciência do agente determine em que sentido ele deve agir. Pelo contrário! O Direito determina uma ação no sentido de proteger o interesse de hierarquia superior ou, pelo menos igual ao interesse sacrificado, e é essa determinação que fundamenta a existência de um instituto justificante e não exculpante.

5 - Por último, quanto a técnica de positivação de um estado de necessidade justificante, foi possível observar que muitas das chaves empregadas são capazes de identificar conteúdos parecidos por parte da interpretação das respectivas doutrinas nacionais, porém, entre todas, a técnica legal que melhor representa o problema do estado de necessidade pode ser encontrado na consagração da forma que evidencia a conjunção histórica das teorias “dos meios adequados” e a da ponderação de interesses. Será essa, mais do que a adoção não particularizada das demais chaves, que será capaz de refletir todas as dimensões do problema da ponderação de interesses no caso penal. Ponderações essas que serão abordadas no próximo capítulo.



## 5. A PONDERAÇÃO DE INTERESSES EM SEU HORIZONTE DE APLICAÇÃO

### 5.1 As Molduras Penais

O critério de comparação de interesses mais evidente entre todos é aquele que deriva da própria avaliação que a lei faz dos interesses em disputa. Esta avaliação pode se dar através de uma hermenêutica constitucional, a partir dos mandados de criminalização, mas também, com mais clareza a partir dos preceitos secundários das normas jurídicas criminalizadoras. Isto é, a intensidade na qual o sistema jurídico protege os interesses em ambos os lados da contenda.

Tal entendimento foi promovido pelo Tribunal de Justiça do Reich Alemão no RGSt 61, 242, consignando que a ponderação de bens deveria levar em consideração as expressões gerais das cominações penais do Direito vigente.<sup>413</sup> Assim, um delito de homicídio representaria o maior valor do bem jurídico vida do que o bem jurídico liberdade, protegido pelo crime de sequestro ou cárcere privado, na medida que no primeiro o delito de lesão é cominado uma pena de seis a vinte anos de prisão enquanto no segundo uma pena tão somente de um a três anos da mesma espécie.

Conforme já afirmado em momento anterior, o uso de molduras penais mais diz respeito sobre o sistema jurídico positivo propriamente dito do que ao eventual valor dos interesses protegidos por ele, e não é difícil encontrar assimetrias que não correspondam a uma escala de valores desejável ou aquela assumida por grande parte da sociedade. Deve-se lembrar que um furto consumado é protegido por uma sanção de um a quatro anos de reclusão e multa, enquanto uma lesão corporal é amparada por uma pena de três meses a um ano. Como crítica, pode-se ainda pensar em todos os momentos onde uma atividade legislativa simbólica e alarmista preponderou em relação a prudência e a coerência que todo sistema se pretendeu buscar.

Por último, o critério supramencionado igualmente falha nos casos envolvendo um interesse lícito, porém não penalmente protegido quando contrastado por outro penalmente tutelado. O exemplo citado do segurança que por um esbarrão provoca uma lesão corporal em um fotografo que pretendia cobrir abusivamente seu empregador aqui encontra guarida. Seu interesse pela manutenção de seu posto de trabalho e todos os reflexos morais e patrimoniais

---

<sup>413</sup> **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Ed. Thomson Civitas. Segunda Edição. 1997. p. 683-684.

para a sua vida podem justificar uma conduta que não represente uma grande ameaça à integridade alheia.

## 5.2 O Valor Abstratos dos Objetos de Proteção

Outra avaliação normativa pretendendo corrigir a interpretação feita com base no próprio sistema jurídico seria aquela baseada em uma valoração social destes elementos. Neste sentido, existe um esforço doutrinário em tentar estabelecer regras gerais sobre a proporção valorativa dos interesses em disputa. São elas: os preceitos de ordem geral cedem diante daqueles frente a danos concretos e problemas específicos; os valores da personalidade têm preferência aos de ordem patrimonial; e o valor da vida e da integridade fundamentam um interesse superior, inclusive frente a outros valores da personalidade ou de bens jurídicos supra individuais.<sup>414</sup>

O primeiro preceito seria capaz de justificar a prática de condutas violadoras de interesses difusos ou de bens jurídicos remissíveis apenas indiretamente ao indivíduo. Pode-se pensar na violação do sigilo médico para quadros nos quais o desconhecimento público pode acarretar um perigo direto a integridade do indivíduo e dos demais, como nos surtos de doenças letais<sup>415</sup>, e no uso de um passaporte falso por parte de um solicitante de asilo político<sup>416</sup>. Sob esse preceito, é possível desafiar todos os conflitos que envolvem de um lado um dano ou o perigo concreto e do outro um perigo abstrato.

De acordo com o segundo preceito, pode-se justificar uma conduta destruidora de um bem público ou alheio a partir da necessária ação para resguardar a vida ou a integridade de um agente. Esta perspectiva toma o homem como doador de sentidos do mundo a sua volta, colocando-o acima de qualquer ordem patrimonial.

Por último, o terceiro preceito é capaz de justificar ações que restrinjam a liberdade do agente no sentido de preservar a sua própria integridade. Deve-se pensar nos casos de cárcere privado como única maneira de acautelar um indivíduo sofredor de transtornos mentais

---

<sup>414</sup> Ibid. p. 684.

<sup>415</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. Lumen Juris. 2006 p. 244.

<sup>416</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Ed. Thomson Civitas. Segunda Edição. 1997. p. 685.

enquanto se aguarda a chegada do poder público ou a prática de uma ação mais adequada para o fim necessário. Aqui deve-se lembrar do já citado “Caso Muccioli”.

Os preceitos acima dispostos não são necessariamente capazes de oferecer a melhor resposta para todos os casos de ponderação. Deve-se pensar que um dever de solidariedade se dá através de uma via dupla, tanto do indivíduo para a coletividade quanto da coletividade para o indivíduo, não havendo um primado do interesse público<sup>417</sup> derogatório de qualquer valor individual, nem mesmo uma razão particular que se oponha a tudo e a todos soberanamente. Roxin<sup>418</sup>, por exemplo, aponta a possibilidade de leves ingerências nos direitos da personalidade serem justificadas na proteção de valores patrimoniais importantes. Em alguns casos, esta desproporção pode chegar ao caso excepcional de uma vida não se qualificar sequer como o interesse superior. Em casos complexos, envolvendo coações humanas e ainda a ação de agentes públicos, recentemente agentes estatais de diversos países foram colocados em circunstâncias conflituosas envolvendo tratativas com organizações beligerantes. Deve-se lembrar de todos os casos de sequestro e as ameaças promovidos pelo Estado Islâmico nos últimos anos e suas consequências, havendo tanto Estados que atenderam as reivindicações quanto aqueles que se negaram. Sobre as duas questões de fundo, a atuação ilícita sob coação humana e a atuação de agentes públicos, abordaremos nos momentos oportunos.

### **5.3 A Intensidade da Lesão e o Grau da Exposição a Perigo do Objeto de Proteção**

Ainda que os preceitos acima mencionados sejam capazes de oferecer direções gerais, deve-se nunca perder de vista que interesses diversos podem ser submetidos a ameaças e lesões em diversos graus, e uma técnica de ponderação não poderá desconsiderar igualmente esses fatores em concreto. Com isso, pretende-se dizer que interesses jurídicos protegidos por sanções mais graves e também tidos socialmente como mais valiosos poderão eventualmente ceder em uma ponderação, se a intensidade da lesão ou a proximidade do perigo forem insignificantes ou

---

<sup>417</sup> Essa perspectiva acaba sendo sempre defendida por um senso comum que não admite em nenhuma hipótese uma violação de uma regra que proteja um bem jurídico coletivo por uma ação que assim faça em pró de um interesse individual ou societário. Admitir a admissão dessa forma de pensar sem levar em considerações todos os fatores globais em uma ponderação de interesses não apenas faz essa mais pobre como também marca tal decisão política de contornos extremamente autoritários. Evidentemente que tal interpretação não tem o condão de justificar qualquer conduta pretensamente realizada para proteger um interesse individual estimado pelo seu titular.

<sup>418</sup> Ibid. p. 685.

pelo menos fora de proporção quando contrapostas com o interesse abstratamente de menor valor.

A respeito da intensidade da lesão, pode-se pensar que uma conduta que prive brevemente a liberdade humana, valor da personalidade, pode ser justificada em defesa de um valor patrimonial de grande vulto ou do adequado funcionamento de um serviço público coletivo.

Igualmente, o exame da intensidade poderá ser um vetor relevante para a solução da ponderação para todos os casos onde a comparação entre interesses feita abstratamente sob os dois primeiros critérios restar sem significativas diferenças. Dessa forma, ressalvadas as críticas feitas quanto a necessidade da tutela penal do patrimônio em alguns casos de dano, perdas econômicas de mesmo gênero, mas de ordens diferentes – como aquele que avaria um bem como recurso para mitigar o dano então existente em outro – podem oferecer uma resposta conclusiva para a ponderação.

Igualmente, a avaliação do maior potencial de um perigo para a integridade do agente poderá exigir uma intervenção que venha violar essa mesma integridade sob riscos menores, isto porque tão importante quanto a aferição da intensidade do dano é a avaliação da probabilidade de sua produção. Assim, entende majoritariamente a doutrina que as condutas que buscarem afastar um dano real admitirão a justificação quando apenas produzirem situações remotas de perigo para esses interesses. Estas situações, contudo, não poderão alcançar um nível intolerável de risco, ao ponto de concretamente ser idôneo a produzir efeitos desastrosos. Entre os exemplos mais comuns dados pela doutrina, está o do motorista que no transporte emergencial de um ferido grave para o hospital, o faz violando algumas normas de trânsito.

#### **5.4 A Origem do Perigo**

Na dinâmica da relação da origem do perigo para com os envolvidos no estado de necessidade é possível pensar em três possibilidades: (a) a situação de perigo ter sido produto de uma coação natural ou uma coação humana criada por um terceiro, não guardando relação para com os titulares dos interesses inicialmente expostos a perigo e os eventualmente passíveis de serem sacrificados; (b) a situação de perigo ter sido produto de uma ação imprudente ou voluntário, mas não intencional daquele que pretende salvar seu interesse à custa de um

interesse alheio<sup>419</sup>; (c) a situação ser produto de um comportamento da vítima, titular do interesse sacrificado.

Quanto a esta última possibilidade, a vítima criadora do perigo que sofre a intervenção em um direito de sua titularidade ainda pode assumir duas posições particulares em relação ao evento gerador do perigo: (1) ter contribuído de forma lícita ou ilícita para a ocorrência do perigo, no primeiro caso devendo valorar tais ações a partir das posições especiais de dever ou das condutas anteriores provocadoras ou incrementadoras do perigo, no segundo caso existindo alguns esforços em se reconhecer para além das condutas imprudentes, uma justificação com base no sofrimento de uma coação moral irresistível; (2) representar ela mesma ou um bem seu, *in corpus*, o perigo.

Nesse segundo caso, remete-se às considerações feitas quando abordado o estado de necessidade defensivo. As hipóteses seriam duas: (a) fazer exigir do interventor que atue assim como o mesmo atuaria em legítima defesa, porém exigindo do mesmo que esta leve em consideração, no exame da proporcionalidade, o fato da situação ensejadora da situação defensiva não ter sido uma conduta ilícita; (b) aplicar a ponderação de interesses do estado de necessidade, porém reconhecendo que a particularidade do caso faz exigir que o juízo de ponderação nesses casos se dê de forma inversa a regra geral onde há a exigência de que o dano evitado seja desproporcionalmente maior, enquanto no estado de necessidade defensivo admite uma violação proporcionalmente maior, na medida que a relação não se situa mais na ponderação entre os dois valores, mas sim na do perigo com o bem jurídico defendido.

De toda a forma, a razão para se defender qualquer uma das posições é encontrada na medida que não existe por parte daquele que atua em estado de necessidade defensivo um dever jurídico de suportar indefeso ameaças que cheguem de fora, contudo, não autorizando, de todo o caso, uma defesa flagrantemente desproporcional.

## **5.5 A Autonomia Pessoal do Lesado**

Conforme foi visto no capítulo anterior, a cláusula da adequação e o sentido global da ponderação faz exigir, para além dos critérios abstratos e concretos anteriormente dissertados,

---

<sup>419</sup> E para estes casos, deve-se voltar as considerações feitas no ponto. “A Valoração a Partir das Condutas Anteriores Provocadoras ou Incrementadoras do Perigo”.

uma postura diante da intromissão na esfera de autonomia do titular do interesse jurídico lesado. Como bem exposto por Mir Puig<sup>420</sup>, não é sempre satisfatória a justificação nos casos onde a pouca ou até ínfima diferença entre os bens em conflito resulta político-criminalmente excessivo um dever de solidariedade, fazendo exigir do Direito que aprove sem mais a sua perturbação da ordem jurídica e assim, a intromissão nos direitos alheios que supõe a ação lesiva realizada em estado de necessidade.

O que se pretende dizer é que a ingerência por si só traz uma conotação negativa para a ação em necessidade. É vista como a ruptura de um processo em curso, um desvio para onde a princípio não haveria perigo, uma verdadeira transferência de risco à custa da nova vítima, e assim considerando, pode-se entender a razão de sistemas jurídicos como o português em positivamente enfatizar a ideia de que a defesa seja de um interesse sensivelmente superior.

A ideia da autonomia, em apertada síntese, implica o reconhecimento da autodeterminação da pessoa da vítima<sup>421</sup>, a sua liberdade para se direcionar livremente em sociedade sem sofrer ingerências desproporcionais. Desta maneira, considerando interesses de mesma natureza, existe o senso comum de reconhecer a justificação quando a lesão cometida é de valor consideravelmente menor do que a lesão que seria potencialmente causada se a ação salvadora não tivesse sido realizada. Entretanto, quando contrapostos interesses mais próximos, existe um dissenso quanto à possibilidade de se justificar lesões médias para evitar lesões graves.

É através desta reflexão que muitos casos limites, sobretudo aqueles envolvendo vidas, integridade, são apaixonadamente debatidos por portadores de opiniões distintas ainda que o seu universo de incidência seja pequeno ou até anedótico<sup>422</sup>. Uma destas celebres discussões envolve a intromissão na integridade e na autonomia de um indivíduo para salvar uma vida a partir da extração forçada de sangue, chegando a especular ainda quanto à possibilidade de uma intervenção mais grave, como a extração não consentida de um órgão pareado como o rim para esse mesmo fim. Maiores considerações sobre esse valor da autonomia e a viabilidade de uma

---

<sup>420</sup> **MIR PUIG**, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Octava Edición. Editora Reppertor, Barcelona. 2010. p. 458-459.

<sup>421</sup> **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Ed. Thomson Civitas. Segunda Edição. 1997. p. 693-694.

<sup>422</sup> Não há mal em promover um debate especulativo sobre uma questão de baixa incidência. É através dele que se constrói um sistema coerente que seja pronto para debater questões futuras como a bioética, o transhumanismo e todos os grandes dilemas que a tecnologia irá nos proporcionar.

transferência de riscos nesses casos será dissertado no ponto específico sobre conflitos envolvendo vidas e sua particular relação com os riscos quantificáveis.

## 5.6 A Importância Pessoal do Dano Causado e do Dano Evitado em Perspectiva

Conforme já deduzido, um sentido de solidariedade entre os membros de uma comunidade, não importando a postura adotada quanto a sua fundamentação, tem o condão de modificar o alcance dos direitos e deveres nesse meio. Entretanto, este não será dado de maneira homogênea nem de forma a desconsiderar as particularidades dos agentes envolvidos no conflito. Em outras palavras, uma ponderação de interesses em conflito com a pretensão de compreender a relevância desses valores não poderá restar dissociada da percepção destes a partir das perspectivas dos atores do conflito, isto é, tanto daquele que age em estado de necessidade quanto do titular do interesse sacrificado.

Na perspectiva do primeiro agente, pode-se pensar no exemplo de laboratório de Roxin<sup>423</sup> onde um estudante que, para entregar tempestivamente um trabalho realizado continuamente nas últimas seis semanas, teve que cometer um pequeno dano a uma propriedade alheia como a tranca de um alojamento universitário ou de um laboratório.

Da mesma forma e como já particularizada no ponto anterior, a percepção da vítima deve ser tomada igualmente em consideração como reflexo de sua própria autonomia. Pode-se pensar no exemplo da interrupção de uma gravidez de risco por recomendação médica que esbarra na própria autonomia da gestante de pretender levar a cargo a gestação. Igualmente será a consideração do caso do paciente que não consente ser submetido a uma intervenção cirúrgica de risco, ainda que esta seja a única forma de salvar a sua vida<sup>424</sup>.

No mais, para além dos debates sobre ortotanásia e uma morte digna, distanásia e a autonomia para consentir intervenções dolorosas e arriscadas, etc., o problema do suicídio acaba sendo visto como uma realidade mais complexa. Seja pelo reflexo de um quadro depressivo que imbui muitas manifestações de vontade, seja pelos reflexos sociais naqueles vinculados ao indivíduo, filósofos e estudiosos dos mais diversos campos costumam desprezar

---

<sup>423</sup> **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Ed. Thomson Civitas. Segunda Edição. 1997. p. 704-705.

<sup>424</sup> *Ibid.* p. 704-705.

a autonomia do agente que pretende terminar com a sua própria vida. De toda forma, a conduta daquele que provocar uma lesão no suicida poderá encontrar uma resposta satisfatória através da teoria da imputação objetiva. No mesmo sentido, a vida humana sofrendo uma coação a partir de um conflito interno igualmente justificaria uma ação neutralização por meio do sacrifício de um interesse inferior.

### **5.7 A Atuação Ilícita em Coação e o Estado de Necessidade**

Entende-se, que uma situação de conflito poderá surgir de um fato natural ou inerente das complexas cadeias de risco que envolvem todas as atividades humanas, mas também como produtos de ações periclitantes imediatamente associadas a condutas humanas. Particularmente quanto a essa segunda modalidade, questiona-se quanto a possibilidade de se invocar uma ação em estado de necessidade por aquele que pratica um ilícito penal sob uma coação moral de um terceiro. A situação pode se desenhar como no exemplo daquele que sofre uma coação, a partir de uma ameaça a sua vida ou de terceiro – pensando no caso de um sequestro – não sendo possível, inclusive em alguns exemplos, contar nem mesmo com o apoio do poder público (elemento da necessidade), e assim de forma inevitável ser levado a cometer um delito<sup>425</sup>.

É possível reconhecer de um lado um interesse como a vida ou a integridade de uma pessoa e de outro o interesse jurídico propriamente violado e também a administração da justiça, que aqui estaria estabelecendo uma conduta categoricamente ilícita como licita. Sobre esse problema, duas posições são contrapostas.

Uma primeira e majoritária doutrina exclui categoricamente a possibilidade de se aplicar a justificação, uma vez pressupondo que o interesse do coagido nunca é superior ao interesse da vítima, de forma que o indivíduo, ainda que forçado, se coloca como parte do injusto, não podendo o Direito renunciar o seu pressuposto elementar de sua própria vigência.<sup>426</sup> Pode-se pensar que tal solução tornaria dificultosa a justificação de uma possível legítima defesa por parte da vítima, na medida que essa seria, por essa forma, justificada.

---

<sup>425</sup> Vale a leitura da experiência basca em VALLE MUÑIZ, José Manuel. *El Elemento Subjetivo de la Eximente de Estado de Necesidad y El Delito de Colaboracion con Bandas Armadas*. Actualidade Penal n 17/24. 1995.

<sup>426</sup> LENCKNER, Theodor. 1965 apud. Ibid. p. 702.



Assim, para estes, este conjunto de hipóteses encontraria uma melhor solução em sede de culpabilidade, pela menor reprovação daquele figurado na situação periclitante, e por essa forma excluindo a culpabilidade do agente comissivo e preservando a ilicitude da ação, pode-se preservar a responsabilidade penal do autor intelectual que provocando uma coação pretendeu alcançar um determinado objetivo. Essa foi a opção adotada na maioria dos Códigos Penais contemporâneos, inclusive o nosso.

Uma doutrina diversa e minoritária, porém, assume que em casos absurdamente desproporcionais, sobretudo quando os direitos ofendidos são supra individuais (e assim o exercício da legítima defesa perde parte de sua dimensão ético-normativa), pode-se pensar em uma resposta distinta. Os exemplos dados por Roxin<sup>427</sup> são produto da abertura de divergência entre os juristas alemães e compreendem o caso do caixa do banco que entrega o dinheiro sob a ameaça de uma arma de fogo traz uma reflexão acerca do rendimento de uma justificação, ou pelo menos da possibilidade de se trabalhar com alguma solução alternativa, como a aferição de um consentimento presumido na gestão por parte do gestor do banco. Um segundo exemplo encontrado na libertação de presos sob a ameaça beligerante de assassinar reféns for merecedor de considerações já feitas em pontos diversos desse trabalho.<sup>428</sup>

## **5.8 A Titularidade dos Interesses em Conflito na mesma Pessoa**

Por via de regra, os casos onde os interesses sacrificados e resguardados são de titularidade da mesma pessoa são disciplinados pela régua do estado de necessidade justificante. Pode-se pensar no exemplo do amigo que viola uma correspondência para realizar ações necessárias para o destinatário; um agente que defende o próprio dono de um animal de uma agressão do mesmo; e do médico que submete um paciente inconsciente a uma intervenção cirúrgica de emergência.

Um conjunto específico de casos exigirão uma solução própria para além da técnica da ponderação de interesses. São aqueles casos onde mais do que a identidade entre a titularidade

---

<sup>427</sup> Ibid. p 703.

<sup>428</sup> A ponderação entre a vida e os pressupostos de existência do Estado através da sua ordem jurídica costuma ser invocada como razão para não entender excepcionalmente a vida como um valor superior para os casos envolvendo chantagens promovidas por organizações beligerantes. A ponderação desses perigos, para a primeira doutrina mencionada neste ponto, seria decisão exclusiva da cúpula do executivo, de forma que à princípio a ação de um diretor penitenciário em dadas circunstâncias seria ilícita.

do interesse jurídico sacrificado e daquele protegido resta configurada a incapacidade do agente titular de consentir a intervenção. Para Claus Roxin<sup>429</sup>, tais casos devem ser tratados a partir das regras de consentimento presumido, na medida da probabilidade de como decidiria o titular do interesse.

Nesse último caso, a manifestação de vontade e a autonomia do indivíduo de assumir riscos e se autodeterminar apresenta sérias controversas quando se colocam em oposição a um dever legal de agir e a própria constituição dos interesses protegidos. O exemplo do médico que tratando de um conhecido paciente cuja crença impõe um dever de consciência de não se submeter a certos tipos de intervenções cirúrgicas e o encontra já em estado de inconsciência, poderá fundamentar uma abstenção da prática de intervenção do mesmo.

Contudo, mesmo nestes casos, ignorando a manifestação de vontade anterior e a partir da impossibilidade do titular de ambos não puder dispor do interesse em risco ou não tiver a capacidade de consentir o sacrifício, deverá o agente intervir pela régua geral. Temos como exemplos, respectivamente, os casos onde um suicida é salvo por um amigo (havendo o sacrifício da autonomia da vontade em ponderação com a vida) e um bombeiro que salva uma criança pela única maneira possível, porém causando uma necessária lesão corporal.

## 5.9 A Atuação dos Agentes Públicos

A atuação dos agentes públicos é regida por uma estrita legalidade de forma que com bastante curiosidade deve-se pensar em situações peculiares envolvendo o exercício de funções públicas por agentes que encontram, para além dos deveres gerais decorrentes da função, regramentos específicos já determinando no caso expressamente qual ação deverá ser intentada<sup>430</sup>. Contudo, existe um esforço em reconhecer que a ruptura de alguns limites das regras legais em alguns casos é estatisticamente inevitável e até mesmo necessária. Para isso um conceito de antijuridicidade especial poderia justificar hipóteses as quais não seriam tradicionalmente admitidas pelo estado de necessidade<sup>431</sup>.

---

<sup>429</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Ed. Thomson Civitas. Segunda Edição. 1997. p. 718.

<sup>430</sup> Nesses casos, a ponderação de interesses já foi feita pelo próprio legislador, afastando, em regra, a aplicação de um estado de necessidade justificante.

<sup>431</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. Lumen Juris. 2006 p. 256-258.

Conforme foi visto em Jakobs<sup>432</sup>, pode-se depreender da cláusula de adequação uma importante garantia do Estado de Direito formal em face de um Estado absolutamente utilitário. As três dimensões de tal reflexão teriam o condão de defender os procedimentos já regulados, ou buscar racionalizar em quais contextos pode-se pensar em uma substituição por um procedimento público diverso ou até mesmo admitir uma ação privada excepcional<sup>433</sup>.

O cerne do problema aí reside. Haverá uma doutrina profundamente preocupada com as consequências político-criminais de uma autorização dos agentes públicos para violar as próprias normas impostas a eles. Para esses, uma prática política inspirada no apotegma “*desperate times call for desperate measures*”<sup>434</sup> seria capaz, por exemplo, de derrogar todas as garantias processuais penais em pró de uma investigação orientada para se demonstrar um fim. Igualmente, por meio desta, deve-se se ter em consideração a capacidade do poder público por meio de sua ação tornar letra morta tais dispositivos, demonstrando toda a sua capacidade de constituindo uma exceção, para depois fazer dela a própria regra, aplicada em todas as circunstâncias quase sempre “excepcionais”.

Por outro lado, existem problemas que exigem o reconhecimento de uma solução excepcional, levando em consideração tanto a incapacidade do legislador de prever todas as variáveis na composição de uma determinada realidade quanto a impossibilidade de se alcançar um efeito prático vantajoso para aquele interesse superior. Materializando essa necessidade, por exemplo, Roxin<sup>435</sup> possui o entendimento restritivo de só reconhecer a possibilidade da atuação de agentes públicos em circunstâncias não particularizadas pelo legislador.

## 5.10 A Valoração das Posições Especiais de Dever

Tema interessante é a relação da existência do cumprimento de deveres especiais e a eventual possibilidade de se admitir uma justificação para além destes a partir da ponderação de interesses. O Art. 24, §1º de nosso Código Penal estabelece que “não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo”. Todavia, a doutrina nacional

---

<sup>432</sup> **JAKOBS**, Günther. *Tratado de Direito Penal. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2009. p. 608-611.

<sup>433</sup> Como no exemplo de Jakobs do médico que em dada situação periclitante não possui a capacidade para realizar um procedimento cirúrgico enquanto um não-médico disponível possui. *Ibid.* p. 586.

<sup>434</sup> Em tradução: “Temos difíceis exigem medidas difíceis/desperadas”.

<sup>435</sup> **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Ed. Thomson Civitas. Segunda Edição. 1997. p. 719-720.

entende com razão que estes deveres não são absolutos e isso implica apurar o grau de relevância na existência de tal cláusula no curso de uma ponderação de interesses envolvendo os seus titulares. Igualmente, no caso específico do conflito de deveres, a ponderação de interesses assume contornos especiais nos casos onde deveres gerais são contrapostos a deveres especiais. Portanto cabe aqui duas importantes categorias de consideração.

Em primeiro lugar, especificamente sobre a ação em estado de necessidade daquele sob um dever especial de ação, ampla doutrina defende que em face da certeza ou grande probabilidade de morte ou de lesão grave, o interesse em sobreviver deve prevalecer sobre qualquer dever específico de enfrentar o perigo. Isto porque não caberia ao Direito exigir do agente, ainda que imbuído de um dever, a renúncia certa sobre a própria vida ou a admissão de graves lesões à saúde e ao corpo.<sup>436</sup> Importaria afirmar que o Direito Penal não é feito para heróis, não fazendo exigir os atos que contagiam os mitos de nossa cultura<sup>437</sup>.

Quanto ao conflito de deveres, existem hipóteses nas quais um agente estará entre o cumprimento de dois deveres, sendo um deles fundado no dever geral de solidariedade e outro especial, decorrente de alguma condição específica do agente. Assim, pode-se pensar no dramático caso da necessidade de socorro mútuo, se poderia um homem deixar de salvar o seu filho para salvar outra criança (a1), ou ainda se em caso ainda mais complexo admitiríamos uma resposta diversa se o filho desse homem estivesse apenas levemente ferido enquanto a outra criança se encontrasse em um estado significativamente pior (a2)<sup>438</sup>.

Conforme já afirmado, a doutrina assume uma postura de inadmitir a ponderação entre vidas humanas, mas o que aqui se encontra está para além da ponderação qualitativa entre homens bons e ruins, novos ou idosos, ignorantes ou inteligentes. Como resposta ao dilema do pai (a1), Roxin admite a partir dos elementos do tipo alemão de omissão de socorro (Art. 323, c) enxergar uma hierarquia entre esses deveres, uma vez que esse tipo exige que a atuação seja feita em casos sem considerável perigo próprio e sem lesionar outras obrigações importantes<sup>439</sup>.

---

<sup>436</sup> **CIRINO DOS SANTOS**, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. Lumen Juris. 2006 p. 252. **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Ed. Thomson Civitas. Segunda Edição. 1997. p. 701.

<sup>437</sup> Contudo, obviamente, não deve-se deixar de notar que o garantidor não deixa de ter um dever especial de agir. Sobre o

<sup>438</sup> **CIRINO DOS SANTOS**, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. Lumen Juris. 2006 p. 253.

<sup>439</sup> **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Ed. Thomson Civitas. Segunda Edição. 1997. p. 728.

Tal interpretação é divergente na doutrina alemã, sendo seguida por Jakobs<sup>440</sup> e Stratenwerth<sup>441</sup>, porém sofrendo a resistência de juristas como Blei e Schmidhäuser.

De toda forma, parece ser a posição de Roxin<sup>442</sup> que a existência de um dever especial no conflito de deveres deve ser levada em consideração como mais um entre os tantos critérios relevantes na ponderação de interesses, de maneira que no segundo caso (a2), o pai diante do conflito entre socorrer seu filho em um estado significativamente melhor e uma outra criança carente de maiores atenções, deverá, observando os demais fatores, socorrer a criança mais carente de cuidado.

### **5.11 A Valoração a Partir das Condutas Anteriores Provocadoras ou Incrementadoras do Perigo**

Para a ponderação de interesses, igualmente será de considerável importância buscar estabelecer a relação da vítima do perigo e do agente que atua em necessidade com a criação da situação periclitante. Nesse ponto deve-se remeter ao exame da involuntariedade feito no capítulo anterior. Conforme apresentado, a dogmática penal seguiu por muito tempo as lições de Binding, para quem “aquele que tenha se colocado em perigo, que pereça pelo mesmo”, tendo cambiado de posição a partir tanto do confronto com a ausência de tais requisitos nos primeiros modelos justificantes civis<sup>443</sup> quanto da sua incompatibilidade com o princípio da solidariedade que foi consagrada como fundamento de um estado de necessidade justificante<sup>444</sup>. Dessa forma, como visto, hoje, admite-se a possibilidade de se criar um risco de forma imprudente e ainda assim poder se valer de um direito de necessidade.

Entretanto, o que agora se questiona é a influência de tais fatores na ponderação de interesses. Uma segunda questão a ser respondida envolve também a relação da criação ou incremento lícito de riscos, de forma prudente, com os demais fatores presentes na ponderação de interesses, presente em diversas atividades econômicas e profissionais.

---

<sup>440</sup> **JAKOBS**, Günther. *Tratado de Direito Penal. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2009. p. 634-635..

<sup>441</sup> **STRATENWERTH**, Günther. *Derecho Penal. Parte General I*. Editora Thomson Civitas. p. 214.

<sup>442</sup> *Ibid.* p. 728.

<sup>443</sup> *Ibid.* p. 698

<sup>444</sup> **FIGUEIREDO DIAS**, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I – Segunda Edição*. 2007 Coimbra Editora. p. 444.

No primeiro caso, não se deve desprezar que existe um verdadeiro dever legal de garantia para aquele que “com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado” (Art. 13, §2º, c). Assim, é de se imaginar que o agente que tenha agido dessa forma, possua também contra si um fator negativo em uma futura ponderação<sup>445</sup>. Todavia, existe uma constelação de casos que precisam de respostas de acordo com as suas particularidades.

A auto exposição a um perigo é conatural das mais diversas atividades lícitas e por si só não é proibida<sup>446</sup>, e ainda que se tenha em casos de imprudência a previsibilidade da situação específica (inclusive necessitando o sacrifício de interesses jurídicos de terceiros), a justificação por si só não poderia ser afastada de forma absoluta afastar sua possibilidade. O que se pretende defender é que só há uma impossibilidade absoluta de se alegar um estado de necessidade justificante quando o agente deliberadamente pretende se fazer da criação do perigo para se justificar uma futura ação.

Assim, aquele que de forma negligente se coloca em situação de perigo, como no caso do montanhista (a) que desobedece uma instrução de segurança, ficando preso em uma seção de uma montanha, poderá ainda se valer da justificação através da violação de um domicílio com o fim de passar uma noite protegido.<sup>447</sup> Pela mesma razão o provocador (b) de um acidente automobilístico, diante de uma turba nervosa representando uma ameaça contra a sua vida, poderá violar a norma penal e evadir-se do local do acidente sem prestar socorro. Da mesma forma o proprietário de uma barca não poderá se eximir de salvar um suicida arrependido (c) à custa de bens materiais próprios ou de terceiros, em razão da conduta anterior voluntária daquele que se precipitou do barco<sup>448</sup>.

O que há em comum nesses três casos é que aquele que criou o perigo (a) (b) (c) teve seu interesse resguardado à custa do sacrifício de interesses de terceiros, tendo em um grau maior ou menor antevisto, em razão de sua imprudência, a possibilidade de ter que se fazer por valer de tais ingerências, ainda que não seja ele mesmo o agente atuante em necessidade (c). De toda forma, é de enorme pretensão – e de difícil aferição – distinguir os casos onde seja possível antever a necessidade de tais ingerências dos casos onde essa vontade é deliberada em se fazer valer da justificação (*actio illicita in causa*) para se alcançar um fim, ainda que de forma

---

<sup>445</sup> Há um senso comum em estabelecer uma escala onde condutas meramente incriminadoras de um perigo contem com um juízo mais favorável em comparação com condutas verdadeiramente negligentes.

<sup>446</sup> **CIRINO DOS SANTOS**, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. Lumen Juris. 2006 p. 251.

<sup>447</sup> **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Ed. Thomson Civitas. Segunda Edição. 1997. p. 698.

<sup>448</sup> *Ibid.* p. 698.

eventual. Tal discussão remete os profundos debates acerca do dolo eventual e da culpa consciente.

Um segundo grupo de casos não envolve propriamente a auto exposição imprudente, mas sim a exposição de um outro indivíduo. A estrutura de tais casos se dá na forma onde o criador da situação periclitante salva um agente em perigo à custa de um interesse de titularidade de um terceiro. Quando esta exposição recai apenas sobre terceiros, entende-se que nestes casos a análise desta circunstância não poderá influenciar o resultado da ponderação de tal forma, uma vez que esta não poderia fazer recair sobre o inocente socorrido nenhum prejuízo em razão da ação causadora<sup>449</sup>.

Ainda, fazendo uma remissão aos conflitos envolvendo a ponderação entre vidas, caso diverso é aquele encontrado em uma comunidade de perigo criada ou tendo o seu sentido incrementado por um de seus participantes, porém, qual solução deverá o Direito trazer para tal hipótese? O criador do perigo, caso sobreviva, carregará, para além de uma reprovação negligente pelos seus resultados, as chagas de ter restado à custa de um eventual alguém. Caso o mesmo finado, que tipo de justiça terá sido feita? E que tipo de pretensão poderá ter alguém em pretender disciplinar todas essas circunstâncias? Por tais razões, a ponderação de interesses, em meio a tantos fatores, deverá se fazer da forma mais coerente possível quanto aos seus fundamentos e suas variáveis. Porém, não haverá caso, por menos dramático que seja, e por mais que não envolva necessariamente bens existenciais, onde restará tanto conforto na cabeça daqueles envolvidos às circunstâncias da vida.

## **5.12 Vida contra Vida e os Demais Conflitos envolvendo a Vida**

Um universo particular de casos de necessidade merecerá uma releitura de muitos pressupostos dissertados até então. São os casos onde a ponderação compreende o sacrifício de uma vida humana para alcançar um fim supostamente superior.

Foi aqui defendido que o Direito, ao menos aquele oriundo das fontes estatais, é um produto histórico, surgido e tendo o seu conteúdo modificado no contexto dos mais diversos arranjos de poder, se adequando a distintas disposições compatíveis com valores reconhecidos

---

<sup>449</sup> Ibid p. 699.

pelo homem. Nesse curso, ainda que se pretenda deduzir um “Direito melhor” a partir dos deveres assumidos e as finalidades pretendidas, deve-se imaginar que existam mais de uma forma que a princípio satisfaça racionalmente essa pretensão.

Nesse curso, igualmente o Direito Penal deve ser integrado, como um fenômeno historicamente situado e que pretendeu dentro dessa relação do homem com o mundo e consigo mesmo, participando do Direito, oferecer uma resposta subsidiária para muitos dos conflitos assumidamente de maior relevância.

Os conflitos envolvendo a salvação e renúncia de vidas humanas são aqueles que dentro da filosofia política mais promoveram choques e tensões entre as diversas formas de solve-los. Basta observar que muitas das definições políticas sempre vão envolver a relação da estrutura política para com os indivíduos que as compõe. Aqueles que pretenderam “evitar a guerra de todos contra todos” e aquele que “não admitia ser usado como instrumento para um fim estranho a si”. Aqueles que deduziam a correção e a necessidade da ação na medida de um resultado global e aqueles que desprezando tal resultado, orientavam suas ações em busca de uma propriedade desejável do objeto. Aquele que imaginava que tais conjunturas e dimensões deveriam ser previamente escolhidas de forma completamente despida do seu lugar no cenário e aqueles que pretenderam sediar e descrever algumas condições como invioláveis em razão de alguma propriedade inerente do homem. Todos buscarão através de seus pressupostos definir o alcance das normas que disciplinarão as relações entre os participantes, e todas elas definirão com algum alcance o sentido do reconhecimento das ações políticas e o impacto na tutela da vida.

Hoje, no Direito é reconhecida em algumas circunstâncias a ponderabilidade da vida humana. Essa conclusão não renuncia alguns dos fatores acima deduzidos e pode ser inclusive alcançada em diversas formas. Basta recordar que um direito de defesa em São Tomás de Aquino foi reconhecido por um princípio do duplo efeito. Igualmente é possível ver essa ponderação na tão infame pena de morte, abusiva e desnecessária. O exemplo das mais diversas leis nacionais de abate de aviões igualmente pode ser dado, mesmo lembrando dos desafios quanto a constitucionalidade nos mais diversos países<sup>450</sup>. Ainda, há uma série de casos envolvendo a vida sendo disciplinados nos mais diversos níveis constitucionais, legais e até infralegais. O aborto em decorrência de um estupro não deixa de ser uma ponderação feita pelo legislador. Os problemas limítrofes envolvendo o início e o fim de uma vida digna igualmente

---

<sup>450</sup> O Tribunal Constitucional alemão declarou a lei de abates de aviões inconstitucional no ano de 2006.



desafiam legisladores pelo mundo na busca de soluções. E ainda deve-se lembrar da extensão aqui adotada nos casos de defesa contra ingerências não ilícitas presente nos casos de estado de necessidade defensivo.

Enfim, diante desse conjunto bastante significativo seria forçoso dizer que a vida humana é um valor imponderável frente as mais diversas circunstâncias. Entretanto, diante de um Estado que é um dos que mais mata em legítima defesa em todo mundo e ainda provoca em seus agentes através de suas políticas públicas as mais diversas circunstâncias de conflitos de deveres, é de se pensar igualmente no impacto da conformação de uma ideia de que a vida é apenas um valor entre tantos<sup>451</sup>.

É certo que a admissão de uma ponderação entre vidas nos casos estudados de transferência de perigo resulta em consequências muito difíceis de distinguir entre um caso e outro, bastando lembrar do experimento conduzido onde 60% das pessoas afirmavam ser o uso da integridade de alguém através da tortura sempre moralmente errado, não importando as circunstâncias, enquanto nesse mesmo universo tão somente 24% deixariam de tomar uma ação que à custa de poucas vidas – inocentes – salvaria uma quantidade desproporcionalmente maior.

Uma conclusão que se pode assumir de tais experimentos é que as pessoas não necessariamente são coerentes para com suas autoimpostas normas de dever, mas quando provocadas e colocadas em situações de estresse emocional e forte necessidade de tomada de decisão, acabam fazendo escolhas ao revés. Por óbvio não se deve a partir desse quadro fundamentar uma punição que não integraria nenhum sentido preventivo para as pessoas envolvidas em tais circunstâncias, – e nem mesmo aparentemente se traduziria na forma menos lesiva para solucionar o insolúvel – mas é sempre válido reiterar não ser esse o papel da justificação.

Quanto a valoração da vida, hoje prepondera a ideia de que a vida é quantitativa e qualitativamente imensurável. Isto é, a vida já nascida, é tida para quase absoluta maioria da doutrina um interesse jurídico de valor incomparável e insubstituível, que ocupa o primeiro e indisputável lugar, devendo presidir toda a ordem jurídica liberal e democrática<sup>452</sup>.

---

<sup>451</sup> O exemplo extremo seria inclusive encontrado no conceito nazista de “vida sem valor vital” para seres humanos portadores de necessidades especiais. **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Ed. Thomson Civitas. Segunda Edição. 1997. p. 686.

<sup>452</sup> **FIGUEIREDO DIAS**, Jorge. *Direito Penal. Parte Geral Tomo I*. Segunda Edição. 2007. Coimbra Editora. p. 450.

Sob esse princípio, seriam ilegítimas quaisquer avaliações quantitativas (tomada em consideração o número de vítimas para cada ação) ou qualitativas (consideração de gênero, capacidade, idade e esperança de vida, condição social, econômica, etc.) das vidas em todos esses conflitos. Assim, todo homem, qualquer que seja o seu destino e sua condição, suas dores e alegrias, é tomado como uma fonte doadora de sentidos e significação para o sistema normativo, produto subjacente, não devendo ser conformado como um objeto de um cálculo utilitário. Figueiredo Dias<sup>453</sup> sintetiza tal expressão de forma poética: uma vida vale exatamente o mesmo que dez, cem ou mil vidas, porventura o mesmo que todo o resto da humanidade.

Entretanto, as diversas dinâmicas envolvendo as circunstâncias de perigo anteriormente dissertadas poderão oferecer respostas discordantes para alguns conjuntos menores de casos – ou pelo menos desafiarão em parte um senso comum consolidado.

Um primeiro grupo de casos poderia ser constituído por todos aqueles casos onde há uma transferência de risco para um terceiro em um primeiro momento fora da situação de perigo. Os exemplos já apresentados que integram esse grupo são muitos: (a) “A tábua de Carnéades”, onde um naufrago desapossa o detentor original de uma tabua que impede um segundo homem de afundar”; (b) O problema do trolley, onde um operador de uma agulha desvia um trem, evitando um desastre iminente com muitas vítimas à custa da vida dos homens que trabalhavam na via alternativa; (c) A releitura moderna do problema da tábua, onde um médico recebendo um paciente em melhores condições de sobrevivência e decide interromper um tratamento já em curso para submeter o novo paciente ao instrumento então utilizado; (d) O homem que para evitar ser alvejado por tiros usa outro a princípio protegido como escudo, assim o expondo a perigo e provocando a sua morte como sua defesa.

Uma primeira impressão que se deve afastar é que nesses casos, ao contrário do que foi defendido em um estado de necessidade defensivo de pessoas, aqueles para os quais foi transferido o risco não se encontravam imediatamente em perigo, ou ainda que inseridos em uma situação periclitante, não encontravam no provável curso causal daquele resultado demasiadamente ofensivo causado pela intervenção. No caso (b), presume-se que os trabalhadores na via auxiliar tinham total consciência de sua segurança, não havendo sob hipótese alguma conferir licitude para uma ação que negue sua humanidade através de uma razão utilitária. No caso (c), há uma interrupção de um curso salvador já iniciado, não havendo

---

<sup>453</sup> Ibid. p. 451, inspirado em *A Condição Humana* de André Malraux: “Aprendi que uma vida não vale nada, mas também que nada vale uma vida”

expectativa para o paciente, consciente ou não, de que por qualquer circunstância estimativa poderá alguém, habilitado ou não, fazê-la cessar<sup>454</sup>.

Os dois casos descritos correspondem uma dinâmica onde no (b) havia um agente livre de perigo e no (c) alguém na posse de um meio de salvação. Hipóteses distintas são aquelas (a) (d) onde as pessoas compartilham em algum grau o mesmo perigo. No caso (a), há alguém em posse de um meio de salvação, assim como no caso (b), porém o perigo sob o qual estão expostos é simultâneo e compartilham a mesma origem, havendo nessa transferência de risco apenas a detenção da posse do meio de salvação. No caso (d), o agente submete o outro presente na circunstância de perigo a um incremento deste ainda maior, como se esse materialmente agisse como o próprio meio de salvação.

Nesses dois casos, ao contrário dos dois primeiros, existe um fator de perigo comum no qual o próprio indivíduo atuante em necessidade experimenta e compartilha. Isto é, o agente em necessidade não age tão somente na proteção de uma vida, mas sim no próprio interesse em sobreviver. Inegavelmente, se aplicadas as demais circunstâncias descritas durante o curso desse capítulo é possível vislumbrar que, pela sua própria perspectiva, o interesse em sua própria subsistência a uma situação de alta probabilidade de morte – e aqui por extensão deve-se pensar também naquelas onde há um risco grave à integridade física do mesmo – representa um interesse maior que a da vida alheia. Entretanto, a perspectiva particular da vítima, igualmente necessária à análise, se levada em consideração, equacionaria tal exame, que contaria ainda com o gravame de que uma eventual adequação da conduta faria ainda exigir o respeito a autonomia pessoal do lesado, de forma que em todos os casos deverá a justificação ser de pronto afastada.

Todavia, é possível imaginar uma terceira conjuntura bastante específica, onde haveria não somente uma comunidade de perigo, mas também uma distribuição absolutamente desigual entre os seus participantes. Nesse quadro, duas possibilidades podem ser descritas: (e) uma comunidade de perigo onde diversas pessoas, em diferentes condições encontram-se sob um perigo de forma que seja mais provável que algumas pré-selecionadas pelas suas próprias condições eventualmente sobrevivam enquanto outras se encontram em condições mais

---

<sup>454</sup> Especificamente sobre esse caso **FERREIRA DA CUNHA**, Maria Conceição. *Vida Contra Vida – Conflitos Existenciais e Limites do Direito Penal*. Coimbra Editora. 2010. p. 731-762 possui uma interessante análise quanto a natureza do ato de interromper o uso de um aparelho, se este deve ser interpretado como uma omissão – na medida em que significa a interrupção de um tratamento – ou uma comissão – em razão de exigir uma conduta ativa, ainda que seja de desligar um botão e figurar de forma próxima a um ato comissivo através de uma omissão. Esta segunda postura parece corresponder melhor a realidade.

favoráveis; (f) uma comunidade de perigo onde o afastamento do perigo para alguns se dê necessariamente a partir de uma ação que provoque a morte de um ou mais participantes em determinadas condições inerentes a sua posição na comunidade de perigo.

Como exemplos do primeiro caso (e), pode-se mencionar todos os casos de desastres nos capítulos anteriores trabalhados onde em razão das circunstâncias, um indivíduo ou um grupo menor se encontravam em piores condições de sobrevivência. É o caso Mignonette, onde o grumete se encontrava em relação ao demais do grupo com as menores condições de sobrevivência; é o exemplo do Méduse, onde entre subordinados e insubordinados havia aqueles que beberam uma quantidade significativa de água salgada.

Particularmente, esses problemas só se distinguem do problema da tábua de Carnéades (a) do conjunto anterior na medida que se afere uma melhor condição de sobrevivência de um naufrago quando comparado globalmente aos demais, havendo também uma proximidade ao exemplo (d) na medida que o ato de salvação implica com um juízo de certeza a destruição daquela vida.

Assim, não há razão alguma que modifique a resposta possível de ser dada pelo ordenamento jurídico. Não haveria ação admissível que tolerasse uma intervenção tão grave na esfera de direitos daqueles em piores condições, podendo se pensar tão somente a exculpação nesses casos, tanto em razão da quase ausência de reprovabilidade como também na inexistência de qualquer fim político criminal.

Contudo, caso curioso é aquele encontrado no exemplo (f), distinguindo do primeiro (e), na medida em que não existe tão somente uma desigualdade nas condições de sobrevivência entre um grupo ou outro, como também, estes estão vinculados a um nexo de causalidade absolutamente próximo de certeza no sentido que o salvamento de uns se dará tão somente por uma ação que provoque a morte dos demais. É o debatido caso dos alpinistas que se encontram presos por uma corda de forma que as chances de sobreviver de alguns dependem necessariamente de uma ação que provoque a morte daquele(s) que se encontrarem próximos do extremo.

Na doutrina, sobre o exemplo dos alpinistas, existe opiniões, como a de Eberhard Schmidt<sup>455</sup>, que entendem, ao contrário do exemplo anterior<sup>456</sup>, pela justificação uma vez que

---

<sup>455</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Ed. Thomson Civitas. Segunda Edição. 1997. p. 688.

<sup>456</sup> E também dos médicos nazistas que tentando salvar a maior quantidade de pacientes determinados a morrer pela direção, escolhia tão somente alguns entre tantos.

nessas hipóteses específicas de comunidades de perigo não há propriamente uma seleção arbitrária entre quem sofrerá ou não a ação destruidora, nem mesmo há uma maior incidência de riscos para uns ou outros, estando as vítimas previamente “marcadas pelo destino”. O homem que figura no extremo da corda seria aquele previamente escolhido, não existindo rearranjo que fizesse outro assumir seu lugar.

Uma doutrina absolutamente majoritária<sup>457</sup> irá recusar o reconhecimento da justificação também nesses casos, na medida que tal pensamento utilitário contrastaria com os critérios anteriormente deduzidos nesse capítulo, seja pela impossibilidade de estabelecer um interesse superior pela submissão de vidas humanas a um cálculo ponderador, seja pela admissão do imperativo kantiano de não usar a humanidade – a sua ou qualquer outra pessoa – como um meio para um fim do qual ela não participa.

Contudo, no curso dos conflitos de deveres, em todas as hipóteses envolvendo garantidores, foram abordadas situações onde factualmente inexistem ações salvadoras viáveis, tal qual o exemplo do garantidor que tem o dever concomitante de salvar duas vidas (g) e somente a faz quanto a uma pela sua incapacidade de simultânea ação.

Pode-se reconhecer haver entre os exemplos (f) e (g) um ponto de contato, na medida que a perspectiva adotada varia tão somente do agente. No exemplo (e) aquele que age, interessado em se salvar ou salvar a si e mais um número significativo, assim intenta de forma que produz tal resultado e mais um outro destruidor, porém previsível em sua esfera psíquica. No caso (g), o agente é externo e tem que optar por uma ação que produzirá como efeito uma ação salvadora que, porém, também implicará a abstenção de outra antes possível de ser tentada.

Nestes casos, é didático o já apresentado problema trazido por Nielsen do homem gordo que fica preso obstruindo a passagem de uma caverna prestes a inundar com o resto do grupo expedicionário. Na perspectiva de um dos membros do grupo (f) o que configuraria o ato de explodir a rocha de forma que muito provavelmente resultará no óbito do pobre homem? E qual seria a resposta se a ação tentada fosse de um observador externo que hipoteticamente no caso tivesse um dever de garantir a sobrevivência do grupo (g)?

---

<sup>457</sup> Ibid. p. 689.

Para esses casos, foi aqui igualmente exposto no campo da Ética<sup>458</sup> em momento anterior a dificuldade de a partir de diversas circunstâncias definir – fora dos exemplos de laboratório e academia – quais ações representariam efeitos colaterais de certas ações e omissões e quais representariam um uso instrumental da pessoa para um fim. Se tal ética inspirada em valores deontológicos que afirmam o primado da vida inadmite o “uso instrumental” de uma vida, como ela conformaria todos os efeitos colaterais existentes em uma sociedade de riscos, profissionais, econômicos, etc.? Se um princípio do duplo efeito aquiniano somente tolera a destruição de uma vida se essa não for desejada, mas sim efeito colateral de uma ação perseguindo um efeito positivo sobressalente, como conformaríamos tais condutas onde a fronteira entre o previsto, porém indesejado e o desejado para alcançar um fim resta tão indefinida? Ainda, haveria em uma perspectiva consequencialista limitada por um lado como aquela adotada pela noção de um Direito Penal como resolução menos aflitiva para as partes presentes na dinâmica uma abertura para admitir o sacrifício de tais vidas?

Enfim, assumindo as respostas já deduzidas às duas primeiras perguntas e respondendo a terceira de forma afirmativa, o único problema restaria então na comprovação de todos esses pressupostos em uma eventual instrução? A princípio a resposta seria positiva. Não haveria hipoteticamente no caso (f) medida com maior utilidade social se não aquela adotada. Contudo, existem dois problemas que depõe contra tal resolução para os problemas envolvendo participantes de comunidades de perigo. O primeiro deles, de contornos pragmáticos, é encontrado na medida em que na esmagadora maioria dos casos é impossível determinar em quais situações possa existir um juízo absoluto de certeza quanto a produção de um resultado de forma que autorizasse em um determinado momento o ato de cortar a corda ou explodir a rocha. Este raciocínio especulativo, como coloca Roxin<sup>459</sup> representaria uma estimativa indemonstrável do tempo provável de sobrevivência daqueles agora sacrificados, podendo, se estendida, alcançar uma universidade de casos de perigos comunitários onde uma ação salvadora induzida seria de toda forçosa. Igualmente, deve-se lembrar que um dever de solidariedade igualmente informa tais situações de transferência de riscos, de forma que deverá em cada homem uma esperança que o seu valor seja reconhecido até o último segundo de sua vida. Assim, entre esses casos e os demais de transferência de riscos não se deve reconhecer a

---

<sup>458</sup> Ver notas 221 e 222 sobre os experimentos conduzidos por Joshua Knobe e o pensamento de Gilbert Harman.

<sup>459</sup> Ibid p. 689-690. Tal reflexão possui relevante repercussão quanto a autorização da eutanásia e uma eventual probabilidade de uma sobrevivência digna. A valoração quantitativa do tempo de vida é igualmente lembrada nos casos envolvendo autorizações oficiais para o abate de aviões.

justificação, porém devendo-se reconhecer não só a exculpação como também uma resposta jurídica global sensível a tragicidade das circunstâncias.

Quanto ao caso (g), não se tratando mais de um caso de transferência de riscos onde esse dever de solidariedade resta mais evidente, as teorias da ação muito provavelmente oferecerão uma resposta mais adequada para distinguir uma ação salvadora que represente uma transformação das circunstâncias que impossibilite o curso salvador alternativo e uma ação que mesmo diante desse quadro reproduza a mesma dinâmica da transferência de riscos do caso (f), fazendo assim exigir o mesmo tratamento normativo.

Qual seria a responsabilidade do homem que sendo obrigado a segurar duas diferentes mãos, na incapacidade de puxar ambas, fosse energeticamente obrigado a largar uma, escolhendo tão somente a outra?

## REFERÊNCIAS

**ALEXANDER**, Larry and **MOORE**, Michael, *Deontological Ethics*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/ethics-deontological/>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

**ANSCOMBE**, G. E. M. *Modern Moral Philosophy*. Disponível em: <<http://www.philosophy.uncc.edu/mleldrid/cmt/mmp.html>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

**AQUINO**, São Tomás. *Suma Teológica*. Disponível em: <<http://www.newadvent.org/summa/>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

**ARAÚJO**, João Vieira de. *O Código Penal Comentado Theorica e Praticamente, Vol. II*. Rio de Janeiro: Laemmert & c Editores, 1897.

**ARAVENA**, Fernando Leal. *El Hurto Famélico a la Luz de las Sentencias del Bem Juez Magneau*. Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios, Santiago, Chile, 2002, nº 4.

**ARENDT**, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

**ARISTÓTELES**. *Nicomachean Ethics*. Disponível em: <<http://www.virtuescience.com/nicomachean-ethics.html>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

**BACIGALUPO**, Enrique. *Legítima Defensa y Estado de Necesidad em La Reforma Penal*. Revista Peruana de Ciencias Penales, Lima, Peru, 1995, nº 5.

**BACON**, Sir Francis *The Elements of the Common Lawes of England*. p. 25-29. Disponível em: <<https://archive.org/details/elementsofcommon00baco>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

**BATISTA**, Nilo. **ZAFFARONI**, E. Raúl. **SLOKAR**, Alejandro, **ALAGIA**, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

**BAYERTZ**, Kurt. *Four Uses of Solidarity*, em “Solidarity” editado por **BAYERTZ**, Kurt. Dordrecht, Países Baixos: Kluwer Academic Publishers, 1999.



**BECCARIA**, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

**BECHARA**, Ana Elisa Liberatore. *O Rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal Atual*. Revista Liberdades. São Paulo: IBCCRIM, 2009, nº 1.

**BECKER**, Gary. *Crime and Punishment: An Economic Approach* em “Essays in the Economics of Crime and Punishment”. Chicago: Gary S. Becker and William M. Landes, eds, 1974. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

**BEDAU**, H. A. *Retribution and the Theory of Punishment* em The Journal of Philosophy Vol. 75, New York, Estados Unidos: Journal of Philosophy, Inc, 1978, nº 11.

**BEDAU**, Hugo Adam and **KELLY**, Erin, *Punishment*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/punishment/>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

**BENTHAM**, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Capítulo I. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/278>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

**BERNAL DE CASTILLO**, Jesús. *Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses em el estado de necesidad*, em El Nuevo Derecho Penal Español – Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Madrid, Espanha: Editorial Aranzadi, 2001.

**BOBBIO**, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus – Elsevier, 2004.

**BOWRING**, John. *The Works of Jeremy Bentham. Vol 4*. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/bentham-the-works-of-jeremy-bentham-vol-4>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

**BURGESS**, Anthony. *A Condição Humana*. Reproduzida no Jornal Estadão, São Paulo, 9 nov 2012, Caderno Cultura. Disponível em: <http://cultura.estadao.com.br/noticias/geral,a-condicao-humana-no-incomodo-limite-entre-o-bem-e-o-mal,958141>. Acesso em: 22 jun. 2016.

**CADENAS**, Roberto Javier. *El Estado de Necesidad Exculpante em el Código Penal Alemán (§ 35); a su Vez, una Confrontación con la Legislación Argentina (Art. 34, Inc. 2º - Parcialmente – del Código Penal*. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Buenos Aires, Argentina: Editorial AD-HOC S.R.L., 1997, nº 7.

**CANOTILHO**; José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra, Portugal: Edição Almedina, 2003.

**CANTERBURY**, Anselm of. *Proslogium*. Capitulo III. 1078. Disponível em: <[http://legacy.fordham.edu/halsall/basis/anselm-proslogium.asp#CHAPTER III](http://legacy.fordham.edu/halsall/basis/anselm-proslogium.asp#CHAPTER%20III)>. Acesso em: 22 jun. 2016.

**CHING YU**, Pai. *Registro nacional de operações não cardíacas: aspectos clínicos, cirúrgicos, epidemiológicos e econômicos*. 2010. 114 f. Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

**CHOI**, Charles. *Brain tumour causes uncontrollable paedophilia*. The New Scientist, Daily News, 21, out, 2002. Disponível em: <<https://www.newscientist.com/article/dn2943-brain-tumour-causes-uncontrollable-paedophilia/>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

**CICERO**, Marco Tullios. *De Officiis*. Livro 3. Obra em domínio público disponível em: <<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A2007.01.0048>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

**CIRINO DOS SANTOS**, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

**COSTA**, Michael J. *Another trip on the trolley*. Southern Journal of Philosophy. Memphis, Estados Unidos: The University of Memphis, 1987, nº 25.

**DE PIERRIS**, Graciela; **FRIEDMAN**, Michael. *Kant and Hume on Causality*. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/kant-hume-causality/>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

**DECARTES**, René. *Discurso Sobre o Método*. Quarta Parte. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.

**DeGIROLAMI**, Marc O. *Culpability in Creating Criminal Necessity*. Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers. Parte do Criminal Law Commons. Disponível em: <[http://lsr.nellco.org/columbia\\_pllt/](http://lsr.nellco.org/columbia_pllt/)>. Acesso em: 22 jun. 2016.

**DONNA**, Edgardo. A. *El Delincuente por Conciencia. Um Problema de Colisión de Deberes*, em “Doctrina Penal”, Buenos Aires: Depalma, 1989, Ano 12, nº 46-47.

**DOTTI**, René Ariel. *Estado de Necesidade e Inexigibilidade de uma Conduta Diversa*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo: Editora Lex Magister, nº 18.

**DOUZINAS**, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

**DUFF**, Antony, *Legal Punishment*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2013 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/legal-punishment/>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

**DURKHEIM**, Émile. *Da Divisão do Trabalho Social*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

**DWORKIN**, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

**ESCAMILLA**, Margarita Martinez. *Pobreza, Estado de Necesidad y Prevención General: Los “Correos de la Cocaína” y El Tribunal Supremo Español*. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, Argentina: Editorial AD-HOC S.R.L., 2006, nº. 20-21.

**FARIA COSTA**, José Francisco. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. 2. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2009.

**FARIA COSTA**, José Francisco. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1992.

**FEINBERG**, Joel *Doing & Deserving. Essays in the Theories of Responsibility*. Princeton, Estados Unidos, Princeton University Press, 1974.

**FEINBERG**, Joel. *The Expressive Function of Punishment*. The Monist. Philosophy of Law. 1965, Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 1965, v. 49, nº 3

**FEINBERG**, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law Volume 1: Harm to Others*. New York, Estados Unidos: Oxford Press, 1987.

**FERRAJOLI**, Luigi. *Direito e Razão*. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 2010.

**FERREIRA DA CUNHA**, Maria Conceição. *Vida Contra Vida – Conflitos Existenciais e Limites do Direito Penal*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2010.

**FIGUEIREDO DIAS**, Jorge. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I*. – 2. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2007.

**FLETCHER**, George. *Rethinking Criminal Law*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2000.

**FOOT**, Phillipa. *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy*. Berkeley, Estados Unidos: University of California Press, 1978.

**FOOT**, Phillipa. *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect*. Oxford Review, Reino Unido: Oxford University College, 1967, nº 5.

**FROSALI**, R.A. *Liceità o Illiceità dei Fatti Lesivi Necessitati*. Archivio Penale. Pisa, Italia: Pisa University Press, 1948. nº 1-12.

**FULLER**, Lon. *The Case of the Speluncean Explorers*. Harvard Law Review, Cambridge, Estados Unidos: The Harvard Law Review Association, 1949. nº 62.

**GALVÃO**, Fernando. *Direito Penal – Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

**GARCIA-PABLOS DE MOLINA**, Antonio. *Supuesta Función Resocializadora del Derecho Penal*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, Espanha: Ministerio de Justicia, 1979, Tomo 32, nº 3.

**GIMBERNAT ORDEIG**, Enrique. *El Estado de Necesidad: Um Problema de Antijuridicidad*. Nuevo Pensamiento Penal: Revista de Derecho y Ciencias Penales. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1973-1977.

**GRECO**, Luis. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

**GRECO**, Luiz. *A Ilha de Kant, em Direito Penal como Crítica da Pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

**GRECO**, Rogerio. *Curso de Direito Penal – Parte Geral – Tomo I*. 14. ed. Niterói: Editora Impetus, 2012.

**GUEIROS SOUZA**, Artur de Brito e **JAPIASSU**, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal – 1*. Rio de Janeiro, Editora Campus Elsevier, 2011.

**GUIMARÃES**, Aquiles Côrtes. *Fenomenologia e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

**HABERMAS**, Jürgen. *Consequências Práticas do Progresso Técnico-Científico*. em “Teoria e Práxis”. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

**HARMAN**, Gilbert. *Practical Reasoning*. The Review of Metaphysics Washington, Estados Unidos: Philosophy Education Society, Inc., 1976 (março), v. 29, nº 3.

**HART**, H. L. A. *The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment*. Proceedings of the Aristotelian Society New Series., Londres, Reino Unido: The Aristotelian Society, 1959-60, v. 60.

**HART**. Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Editora WMF, 2009.

**HAYES**, B. Rutherford. *Diary and Letters of Rutherford Birchard Hayes*. Columbus, Estados Unidos: Ohio State Archaeological and Historical Society, 1922.

**HEGEL**, George W. F. *Princípio da Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

**HIRSCH**, Hans Joachim. *El Estado de Necesidad Defensivo em la Discusión Alemana*, em Estudios Penales em Homenaje a Enrique Gimbernat – Tomo I”, Madrid, Espanha: Edisofer, 2008.

**HOLBACH**, Paul Henry Thiry, Barão de. *The System of Nature*, Volume 1. Disponível em: <<https://www.gutenberg.org/ebooks/8909>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

**HORWITZ**, Allan. *The Logic of Social Control*. New York, Estados Unidos: Springer Science & Business Media, 1990.

**HUME**, David. *Treaty of Human Nature*. Disponível em: <<https://www.gutenberg.org/files/4705/4705-h/4705-h.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

**HURSTHOUSE**, Rosalind. *Virtue Ethics*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2013 Edition), Edward N. Zalta (ed.) Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/ethics-virtue/>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

**JAKOBS**, Günther. *Sociedade, Normas e Pessoa*. Barueri: Editora Manole, 2003.

**JAKOBS**, Günther. *Tratado de Direito Penal. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

**JESCHECK**, Hans-Henrich; **WEIGEND**; Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Albolote, Espanha: Comares Editorial, 2003.

**JESUS**, Damásio de. *Estado de Necessidade*. Ciência Penal. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1973, nº 1.

**JIMENEZ DE ASUA**, Luis. *Principios de Derecho Penal – La Ley y el Delito*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Sudamericana, 1958

**KANT**, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. 2. ed. São Paulo: Editora Edipro, 2008.

**KANT**, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2007.

**KAUFMAN**, Whitley R. P. *Honor and Revenge: A Theory of Punishment*. Dordrecht, Países Baixos: Springer Netherlands, 2013.

**KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

**KNOBE**, Joshua. *Intentional Action and Side Effects in Ordinary Language*. Analysis, Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2003, v. 63, issue 279.

**KNOBE**, Joshua. *The Concept of Intentional Action: A Case Study in the Uses of Folk Psychology*. Philosophical Studies. Dordrecht, Países Baixos: Springer Netherlands, August 2006, v. 130, issue 2.

**LALANDE**, André. *Vocabulário Técnico e Crítico de Filosofia*. São Paulo: Editorial Martins Fontes, 1999.

**LONGO**, Giannetto. *Note Critiche in Tema di Stato di Necessita e di Variazione dela Pena*. Rivista Italiana di Diritto Penale. Anno VIII, Milão: Giuffrè, 1955, (fev).

**MACHADO**, Luis Alberto. *Estado de Necessidade e Exigibilidade de Outra Conduta*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba: UFPR, 1997 (jan), v. 15.

**MACHIAVELLI**, Nicolo. *The Prince*. Disponível em:  
<<https://www.gutenberg.org/ebooks/1232>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

**MACIVER**, Robert Morrison. *The Web of Government*. New York, Estados Unidos: The Macmillan Company, 1965.

**MALLE**, B. F. & **KNOBE**, Joshua. *The folk concept of intentionality*. Journal of Experimental Social Psychology. Amsterdam, Países Baixos: Elsevier, 1997, v. 33.

**MASLOW**, Abraham. *A Theory of Human Motivation*. 1943. Obra disponível em:  
<<http://psychclassics.yorku.ca/Maslow/motivation.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

**MCINTYRE**, Alison, *Doctrine of Double Effect*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.) Disponível em:  
<<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/double-effect/>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

**MESLIER**, Jean. *Supertitions in All Ages*. 1732. Disponível em:  
<<https://www.gutenberg.org/ebooks/17607>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

**MILL**, John Stuart. *On Liberty*. Disponível em: <<https://www.gutenberg.org/files/34901/34901-h/34901-h.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

**MIR PUIG**, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 8 ed. Barcelona, Espanha: Editora Reppertor, 2010.

**MOLINA FERNÁNDEZ**, Fernando *El Estado de Necesidad como Ley General (Aproximación a un sistema de causas de justificación)*. Revista de Derecho Penal Y Criminología. Madrid, Espanha: Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 2000, (2ª época - nº extraordinario 1).

**MOORE**, Michael. *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Express, 2010.

**MOORE**, Michael. *The Moral Worth on Retribution*. Em Responsibility, Character, and the Emotions. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 1988.

**MORISHITA**, Tadashi. *Etat de necessite em droit penal japonais*. Revue de Scinece Criminelle et de Droit Pénal Comparé. Paris, França: Institut de Criminologie de Paris, 1936, nº 1.

**MORUS**, Thomas. *Utopia*. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/ebooks/2130>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

**MOTTA FILHO**, Candido. *Do Estado de Necessidade*. São Paulo: Saraiva & C – Editores, 1938.

**NIELSEN**, Kai. *A Defense of Utilitarianism*. 1972. Ethics. Chicago, Estados Unidos: The University Chicago Press Journals, 1972, nº 3, v. 82.

**NINO**, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

**NINO**, Carlos Santiago. *Los limites de la Responsabilidad Penal*. Buenos Aires, Argentina: Astrea, 1980.



**NOZICK**, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

**NUÑEZ**, Ricardo. *Manual de Derecho Penal – Parte General*. Córdoba, Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999.

**NYE JR**, Joseph S. *Soft Power – The Means to Succeed in World Politics*. New York, Estados Unidos: Public Affairs, 2005.

**ORGAZ**, Alfredo. *El Estado de Necesidad*. Revista Jurídica Argentina La Ley: Derecho Penal: Doctrinas Esenciales 1936-2010, Buenos Aires, Argentina: Thomson Reuters - La Ley 2011, Tomo I.

**PALMA**, Maria Fernanda *O Estado de Necessidade Justificante no Código Penal de 1982*. Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra, Portugal: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1985.

**PERRON**, Walter. *Justificación y Exclusión de la Culpabilidad a la Luz del Derecho Comparado*. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Buenos Aires, Argentina: Editorial AD-HOC S.R.L., 1997, n° 7, v. 3.

**PIOVESAN**, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

**PLATO**. *Gorgias*. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/1672/1672-h/1672-h.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

**PONTES DE MIRANDA**, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado - Parte Especial - Tomo 53*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

**RADBRUCH**, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

**RAWLS**, John. *Punishment*. The Philosophical Review. Durham, Estados Unidos: Duke University Press, 1955, v. 64.

**RAWLS**, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

**RODRIGUES DE SOUSA**, Alberto R. R. *Estado de Necessidade: Um Conceito Novo e Aplicações Mais Amplas*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.

**RODRIGUEZ ACHUTEGUI**, Edmundo. *Deserción, objecion y estado de necesidad*. Jueces para la Democracia : Información y Debate. Madrid, Espanha: Edisa, 1990, nº 11.

**ROLDAN BARBERO**, Horacio. *Estado de Necesidad y Colision de Intereses*. Cuadernos de Política Criminal. Madrid, Espanha: CESEJ - Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 1983, nº 20.

**ROXIN**, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Madrid, Espanha: Ed. Thomson Civitas. 2. ed. 2008.

**ROXIN**, Claus. *Es La proteccion de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?* em La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid, Espanha: Marcial Pons, 2007.

**ROXIN**, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Artigo “Normativismo, Política Criminal e Dados Empíricos na Dogmática do Direito Penal”. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012.

**ROXIN**, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Artigo “Sobre a Fundamentação Político Criminal do Sistema Jurídico Penal”. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012.

**ROXIN**, Claus. *O Conceito de Bem Jurídico Crítico ao Legislador em Cheque*. Revista dos Tribunais nº 922. São Paulo: Editora RT, 2012.

**RUSCONI**, Maxmiliano Adolfo. *La Justificación em el Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Editora Ad Hoc., 2001.

**SANDEL**, Michael J. *O Que o Dinheiro Não Compra*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2012

**SCHÜNEMANN**, Bernd. *Aporías de la teoría de la pena em la filosofía*. Revista Para el Analisis del Derecho. nº 2. Em Bernd Schünemann – Obras. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2009.

**SEELMANN**, Kurt. *El Concepto de Bien Juridico, el Harm Principle Y el Modelo del Reconocimiento como Criterios de Merecimiento da Pena*. Em La Teoria del Bien Juridico. HEFENDEHL. Roland (org). Madrid e Barcelona, Espanha: Marcial Pons, 2007.

**SERENI**, Andrea *Il Caso Muccioli e i Motivi Dell'azione Necessitata*. Giurisprudenza Sotto Obbiettivo. L'indice Penale, Padova, Itália: CEDAM/Antonio Milani, 1989, v. 2, nº 23.

**SHECAIRA**, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 2012.

**SILVA SANCHEZ**, Jésus Maria. *Direitos de Necessidade Agressiva e Deveres de Tolerância*. Revista Justiça e Sistema Criminal. Curitiba: FAE – Centro Universitário Franciscano, 2009, v. 1.

**SILVA SANCHEZ**, Jesus-Maria. *Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, Espanha: Boletín Oficial del Estado, 1982, v. 3, nº 35.

**SIMPSON**, Brian. *Cannibalism and Common Law: A Victorian Yachting Tragedy*. London, Reino Unido: The Hambledon Press, 2003.

**SOLER**, Sebastián. *Derecho Penal Argentino – Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Editora TEA, 1992.

**STARK**, Andrew e **DAVIS**, Michael. *Conflict of Interest in the Professions*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2001.

**STOCKER**, Michael *The Schizophrenia of Modern Ethical Theories*. The Journal of Philosophy. New York, Estados Unidos: Journal of Philosophy, Inc., 1976, v. 73, nº 14.

**STRATENWERTH**, Günther. *Derecho Penal - Parte General I*. Madrid, Espanha: Editora Thomson Civitas, 2005.

**STRYK**, Johann Samuel. *Commentatio iuridica de iure necessitatis Vom Noth-Recht*. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?id=5cBKAAAACAAJ&redir\\_esc=y](https://books.google.com.br/books?id=5cBKAAAACAAJ&redir_esc=y)>. Acesso em: 24 jun. 2016.

**SUNSTEIN**, Cass R. *O que é a moral?* Jornal Público de Lisboa. Disponível em: <<http://www.publico.pt/ciencia/noticia/o-que-e-a-moral-1663393>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

**TAIPA DE CARVALHO**, Américo. *Direito Penal – Parte Geral*. Coimbra, Portugal: Editora Coimbra, 2008.

**TANGERINO**, Davi, em “Culpabilidade”, Rio de Janeiro: Campus Elsevier – Campus Jurídico, 2011.

**TAVARES**, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

**THOMSON**, Judith Jarvis em *The Trolley Problem*. The Yale Law Journal. New Haven, Estados Unidos: The Yale Law Journal Company, Inc., 1985, v. 94, nº 6 (may).

**VALLE MUÑIZ**, José Manuel. *El Elemento Subjetivo de la Eximente de Estado de Necesidad y El Delito de Colaboracion com Bandas Armas*. Revista Actualidade Penal. Las Rozas de Madrid: La Ley-Actualidad, 1995, nºs 17/24.

**VOLTAIRE**, François-Marie Arouet. *Candide*. Obra em domínio público disponível em: <<http://www.gutenberg.org/ebooks/19942>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

**VON BAR**, Carl Ludwig. *A History of Continental Criminal Law*. Boston, Estados Unidos: Little, Brown and Company, 1916.

**VON HUMBOLDT**, Wilhelm. *On the Limits of State Action*. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/589>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

**VON LEIBNIZ**, Gottfried. *Theodicy: Essays on the Goodness of God, the Freedom of Man and the Origin of Evil*. Disponível em: <<https://www.gutenberg.org/ebooks/17147>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

**VON LISZT**, Franz. *Direito Penal Alemão – Tomo I.F Brigiet*. Rio de Janeiro. 1899. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496219>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

**VON MISES**, Ludwig. *Intervencionismo – Uma Análise Econômica*. 2. ed. São Paulo: Instituto Liberal, 2010.

**WALEN**, Alec, *Retributive Justice*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2015 Edition), Edward N. Zalta. Disponível em:

<<http://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/justice-retributive>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

**WELZEL**, Hans. *Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Romana, 2004.

**YALOM**, Irvin. D. *Existential Psychotherapy*. New York, Estados Unidos: Basic Books, 1980.

**ZAFFARONI**, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal – Parte General – Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 1998.

**ZAFFARONI**, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal – Parte General – Tomo III*. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 1981.

## **ANEXOS**

Observação: As seguintes regras, quando não em seu idioma original, foram livremente traduzidas pelo autor ou por órgãos estatais correspondentes. A tradução do Código Penal alemão para o espanhol é de Claudia Lopez Diaz. A tradução do Código Penal francês para o espanhol é do Legifrance – Serviço Público de Difusão do Direito.

### **Brasil (1984)**

#### **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.

### **Brasil (1969)**

#### **Estado de necessidade como excludente do crime**

**Art. 28.** Considera-se em estado de necessidade quem pratica um mal para preservar direito seu ou alheio de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, pela sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo.

### **Brasil (1940)**

#### **Estado de necessidade**

Art. 20. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º Embora reconheça que era razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, o juiz pode reduzir a pena, de um a dois terços.

### **Brasil (1890)**

**Art. 32.** Não serão também criminosos:

§ 1º Os que praticarem o crime para evitar mal maior;

**Art. 42.** São circunstancias attenuantes:

§ 6º Ter o delinquente commettido o crime para evitar mal maior;

### **Brasil (1830)**

**Art. 14.** Será o crime justificavel, e não terá lugar a punição delle:

1º Quando fôr feito pelo delinquente para evitar mal maior.

Para que o crime seja justificavel neste caso, deverão intervir conjunctamente a favor do delinquente os seguintes requisitos: 1º Certeza do mal, que se propôz evitar: 2º Falta absoluta de outro meio menos prejudicial: 3º Probabilidade da efficacia do que se empregou.

## Portugal (1982)

### Direito de necessidade

Artigo 34º - 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.

### Estado de necessidade desculpante

#### Artigo 35º

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.

### Conflito de deveres

#### Artigo 36º

1 - Não é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas de autoridade, satisfizer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrificar.



2 - O dever de obediência hierárquica cessa quando conduzir à prática de um crime.

### **Portugal (1886)**

Art. 44.O Justificam o facto:

- 1 .O Os que praticam o facto violentados por qualquer força estranha, física e irresistível;
- 2.O Os que praticam o facto dominados por medo insuperável de um mal igual ou maior iminente ou em começo de execução ;

Art. 39." São circunstâncias atenuantes da responsabilidade criminal:

5ª - A intenção de evitar um mal ou a de produzir um mal menor;

### **Portugal (1852)**

Artigo 20º

São circunstâncias atenuantes: [...]

4ª – A Intenção, e necessidade de evitar um mal.

Artigo 14º

Nenhum ato é criminoso: [...]

2º: Quando foi constrangido por força irresistível;

### **Espanha (1995)**

Art. 20

(...)

5º. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

(...)

7º. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

### **Espanha (1944)**

8. Están exentos de responsabilidad criminal:

[...]

7º El que, impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

### **Espanha (1932)**

7º El que en estado de necesidad lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Que el mal causado sea menor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo obligación de sacrificarse.

### **Alemanha (1871)**

*Redação de 1998*

#### **§ 34. Estado de necesidad justificante**

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

#### **§ 35. Estado de necesidad disculpante**

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

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

### **Argentina (1921)**

*Restaurado em 1984*

Art. 34.– No son punibles:

(...)

2°. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente;

3°. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño;

4°. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo;

5°. El que obrare en virtud de obediencia debida;

6°. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla;

c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia;

7°. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

### **Uruguay (1934)**

**27.** (Del estado de necesidad)

Está exento de responsabilidad el que, para defender su vida, su integridad física, su libertad, su honra o su patrimonio, ataca alguno de estos derechos en los demás, con tal que el mal causado sea igual o menor que el tratarse de evitar, que éste no haya sido provocado por su conducta y que revista el doble carácter de inminente e inevitable.

Cuando el daño causado fuere patrimonial y tuviere por objeto prevenir un daño de la misma naturaleza, el mal causado debe necesariamente ser menor.

El artículo no se aplica al que tuviere, jurídicamente, el deber de afrontar el mal ni al que intentare prevenir el mal que amenazara a terceros, salvo que éstos fueran sus parientes dentro del grado establecido por el inciso 2º del artículo 26.

### **França (1994)**

#### Artículo 122-7

No será penalmente responsable quien, ante un peligro actual o inminente que le amenace a él mismo, a otro o a un bien, ejecute un acto necesario para la salvaguarda de la persona o del bien, salvo si existe desproporción entre los medios empleados y la gravedad de la amenaza.

### **Código Modelo (EUA)**

#### **Section 3.02. Justification Generally: Choice of Evils**

(1) Conduct which the actor believes to be necessary to avoid a harm or evil to himself or to another is justifiable, provided that:

(a) the harm or evil sought to be avoided by such conduct is greater than that sought to be prevented by the law defining the offense charged; and

(b) neither the Code nor other law defining the offense provides exceptions or defenses dealing with the specific situation involved; and

(c) a legislative purpose to exclude the justification claimed does not otherwise plainly appear.

(2) When the actor was reckless or negligent in bringing about the situation requiring a choice of harms or evils or in appraising the necessity for his conduct, the justification afforded by this Section is unavailable in a prosecution for any offense for which recklessness or negligence, as the case may be, suffices to establish culpability.

### **Itália (1938)**

#### **Art. 54. Stato di necessità.**

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, né 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.

### **China (1997)**

#### **Art. 24**

A conduct performed by a person to avert imminent danger, otherwise unavoidable to the life, body, freedom, or property of himself or of another is not punishable. If the measure of averting danger is excessive, punishment may be reduced or remitted.

The provisions of the preceding paragraph relating to averting danger to him do not apply to a person acting under an obligation resulting from his official or business duties.

**Macau (1995)****Artigo 33.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 34.º****(Estado de necessidade desculpante)**

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, 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, a pena pode ser especialmente atenuada.

**Artigo 35.º****(Conflito de deveres)**

**1.** Não é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, satisfaz dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrifica.

**2.** O dever de obediência hierárquica cessa quando conduz à prática de um crime.