
Questões controversas relativas ao estado de necessidade justificante

Controversial issues related to supporting emergency

*Tiago Pires Cotias Villas**

Resumen

El estado de necesidad previsto en el Código Penal, como causa excluyente de ilicitud, es uno de los institutos más antiguos del derecho, lo que aún genera innumerables controversias entre los autores. Las divergencias doctrinarias se refieren tanto a los requisitos objetivos necesarios para caracterizar la justificación, como a la posibilidad de invocar este instituto en casos concretos.

Se puede observar la invocación del estado de necesidad como defensa, en los casos en que el agente realiza una conducta típica como consecuencia de una difícil situación económica en la cual se encuentra, principalmente, en lo que en la práctica se denomina hurto famélico. Al respecto, existen coincidencias doctrinarias y jurisprudenciales que intentan limitar al máximo la caracterización de la justificante en estos casos, imponiendo límites objetivos.

La posibilidad de invocar el estado de necesidad en el caso de torturas ha sido un tema debatido y continúa siéndolo entre internacionalistas y penalistas que discrepan en cuanto a la práctica de la tortura como método para obtener informaciones en situaciones extremas.

Palabras clave: Estado de necesidad; Excluyentes de ilicitud; Teoría unitaria; Hurto famélico; Tortura.

* *Graduado em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio*
Trabajo recibido el 4/6/2012. Aceptado 20/11/2012

Abstract

The state of necessity under the Penal Code as exclusionary because of illegality, is one of the oldest institutes of law and who still has raised many controversies between the indoctrinators. Doctrinal differences relate both to objectives requirements necessary for the characterization of justifying, that claim this Institute in specific cases.

In practice, we can observe the state's claim of necessity as a defense in cases where the agent does the typical conduct due to the difficult economic situation, which is mainly in the practice of the so-called victimless crimes theft. We can observe that there are doctrinal and jurisprudential approaches that attempt to limit to the maximum the characterization of this justifying in these cases, imposing limits.

The possibility to claim the state of necessity in the crime of torture has been a theme currently quite debated between internationalists and penalistas, which differ as regards the practice of torture as a method of obtaining information in extreme situations.

Key words: State of; Exclusive of objections; Unitary Theory; Victimless Crimes Theft; Torture.

Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro prevê no artigo 23 do Decreto-Lei n 2.848 (Código Penal), de 7 de dezembro de 1940, o estado de necessidade como causa excludente de ilicitude. Portanto, aquele que praticar conduta típica com o intuito de salvar bem jurídico próprio, ou de terceiro, em detrimento de bem jurídico alheio de igual ou menor valor, age licitamente.

Este instituto remonta ao Direito Romano. Porém, em Roma, o estado de necessidade estava voltado primordialmente para a propriedade privada. Autorizava-se a lesão de coisa alheia de igual ou menor valor, a fim de salvar a própria de perigo. Ao longo da Idade Média, houve maior desenvolvimento deste instituto, se aproximando mais aos moldes atuais, pois no Direito Canônico firmou-se o princípio preconizado no brocardo *necessitas legem, non habet*, que se traduz na idéia de que a

necessidade torna lícito aquilo que a lei declara ilícito.¹

É relevante o estudo desse instituto, devido às inúmeras controvérsias doutrinárias a respeito dos requisitos e da possibilidade de alegação em determinados casos concretos. Do mesmo modo, a jurisprudência diverge quanto a sua aplicabilidade, especialmente nas situações em que o agente pratica a conduta típica em decorrência das dificuldades econômicas as quais está passando.

Tema atual que tem gerado controvérsias entre penalistas e internacionalistas, diz respeito à aplicabilidade do estado de necessidade em crimes de tortura. Esse é um tema muito debatido no exterior, mas ainda pouco discutido pela doutrina brasileira.

1. Estado de necessidade no ordenamento jurídico brasileiro

1.1. Conceito de estado de necessidade

Ao cometer dolosa ou culposamente um fato definido por lei como crime, o agente praticou não somente uma conduta típica, como ilícita (também denominada antijurídica por alguns autores), ao menos que tenha cometido em determinada situação a qual a lei o autoriza ter agido desta forma, ou seja, situação a qual a lei considera a conduta como lícita. Tais situações em que a lei afasta a ilicitude do fato típico são denominadas de causas de exclusão de antijuridicidade, excludentes de ilicitude, causas de justificação, justificantes ou descriminantes.

Helena Fragoso ao definir a antijuridicidade afirma:

A conduta típica é, em regra, antijurídica, funcionando a tipicidade como indicio de antijuridicidade. Em conseqüência, a análise da antijuridicidade se resume ao exame da ocorrência, na realização da conduta típica, de causas de justificação, que excluam a ilicitude. Daí dizer-se que a teoria da antijuridicidade é, na prática, uma teoria do conforme ao direito, pois se trata de saber se a conduta está ou não justificada.²

1 FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 74.

2 FRAGOSO, Helena Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 16ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.223.

O artigo 23 do Código Penal³ prevê o estado de necessidade como causa excludente de ilicitude e o artigo 24 conceitua o estado de necessidade:

Exclusão de ilicitude:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em 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.

Portanto, no estado de necessidade, há um conflito entre titulares de bens ou interesses legítimos, no qual um deles ameaçado por perigo externo, viola o bem ou interesse do outro para proteger o seu. Esclarecedora é a definição de Damásio de Jesus acerca do fundamento do estado de necessidade:

Tem como fundamento um estado de perigo para certo interesse jurídico, que somente pode ser resguardado mediante a lesão de outro. Há uma colisão de bens juridicamente tutelados causada por forças diversas, como um fato humano, fato animal, acidente ou forças naturais. Em tais casos, para proteger interesse próprio ou alheio, o Direito permite a lesão de outro bem, desde que seu sacrifício seja imprescindível para a sobrevivência daquele. Se há dois bens em perigo de lesão, o Estado permite que seja sacrificado um deles, pois, diante do caso concreto, a tutela penal não pode salvaguardar a ambos.⁴

Em seguida, o autor elenca diversas situações em que o agente praticou um fato típico (lesionou um bem jurídico), porém, no caso concreto, está configurado o estado de necessidade, não há que se falar de crime. Vale destacar os principais exemplos:

3 Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

4 JESUS, Damásio de. *Direito Penal, volume I: parte geral*. 32ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 411.

...a) danos materiais produzidos em propriedade alheia para extinguir um incêndio e salvar pessoas que se encontram em perigo; (...) d) subtração de alimentos para salvar alguém de morte por inanição; e) subtração de salva-vidas de um disputante em caso de naufrágio; f) dois alpinistas percebem que a corda que os sustenta está prestes a romper-se; para salvar-se, A atira B num precipício; g) durante um incêndio, A causa ferimentos em B quando se lança na direção da porta de salvação; (...) l) caso de antropofagia entre naufragos ou perdidos na selva; (...) p) aborto praticado por médico quando não há outro meio de salvar a vida da gestante; (...) r) dois naufragos nadam em direção a uma tábua de salvação; para salvar-se, A mata B (...) ⁵

1.2. Teoria unitária e teoria diferenciadora

A teoria unitária entende que todo estado de necessidade é causa de exclusão de ilicitude. Segundo esta teoria, tanto a situação em que, para proteger o seu bem jurídico, o agente viola outro de menor valor, como na situação em que há a violação de bem jurídico de valor igual, em ambas as hipóteses estamos diante de uma justificante. Desta forma, Rogério Greco exemplifica:

Para essa teoria, não importa se o bem protegido pelo agente é de valor superior ou igual àquele que está sofrendo a ofensa, uma vez que em ambas as situações o fato será tratado sob a ótica das causas excludentes da ilicitude. A teoria unitária não adota a distinção entre estado de necessidade justificante e estado de necessidade exculpante. Para ela, todo estado de necessidade é justificante. Assim, se para salvar a sua vida o agente vier a causar a morte de outrem, ou mesmo na situação na qual, para garantir a sua integridade física, o agente tiver de destruir coisa alheia, não importando que a sua vida tenha valor igual à do seu semelhante, ou que a sua integridade física valha mais do que o patrimônio alheio, ambas as hipóteses serão cuidadas sob o enfoque

5 JESUS, Damásio de. *Direito Penal, volume I: parte geral*. p. 414 e 415.

da exclusão da ilicitude da conduta e não sobre a ausência da culpabilidade.⁶

A teoria diferenciadora, que advém da doutrina alemã, distingue “estado de necessidade justificante” de “estado de necessidade exculpante”. O primeiro é causa de exclusão de ilicitude, enquanto o segundo não afasta a ilicitude e sim a culpabilidade. Para essa teoria, havendo a violação de bem jurídico de igual (ou mesmo maior) valor do protegido, estaríamos diante do estado de necessidade exculpante. Portanto, somente se configura o estado de necessidade justificante quando, para proteger seu interesse jurídico, o agente viola outro de menor valor.

Logo, quando o agente viola interesse jurídico de valor igual, segundo a teoria unitária, está afastada a ilicitude; por outro lado, segundo a teoria diferenciadora, está excluída a culpabilidade.

O Código Penal brasileiro adotou a teoria unitária, considerando todo estado de necessidade como causa de exclusão de ilicitude, seja nas situações em que o bem jurídico protegido é de maior valor ou igual.

Magalhães Noronha elogia a adoção da teoria unitária pelo Código Penal brasileiro: “O Código, a nosso ver acertadamente, considera-o como discriminante: “Não há crime” (art.23). Não age contra a ordem jurídica o que lesa direito de outrem para salvar o seu. Sendo ambos juridicamente protegidos, é certo que a lesão aos interesses sociais sempre haveria, se o agente não tivesse ofendido o bem jurídico alheio, porque seria então o seu sacrificado. Em situação tal, é legítimo o procedimento da pessoa, pois a lei não lhe pode impor conduta de santo ou mártir, permitindo a ofensa a seu bem-interesse. Não age conseqüentemente contra o direito. É lícita a ação.”⁷

6 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: volume 1, Parte Geral. 11ª ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 321 e 322.

7 NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*: Volume 1, Introdução e Parte Geral. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 185.

2. Elementos objetivos e subjetivos

2.1. Perigo atual

O artigo 24 do Código Penal afirma que age em estado de necessidade aquele que pratica o fato para salvar de perigo atual, não provocado voluntariamente, inevitável (não podia de outro modo evitar), direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. O parágrafo 1º do mesmo artigo ainda prevê que não pode alegar tal excludente de ilicitude aquele que tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

Primeiramente, podemos destacar o requisito “perigo atual”. O Código Penal ao conceituar a legítima defesa, no seu artigo 25, prevê que tanto a agressão atual, como a iminente, permitem que aquele que sofre a agressão injusta pratique um fato típico. Por outro lado, ao tratar do estado de necessidade, o texto legal apenas usa a expressão “perigo atual”, fazendo surgir divergências doutrinárias.

Antes de mencionar a posição da doutrina, devemos distinguir atualidade de iminência. Perigo atual é “aquele que se apresenta no momento presente”⁸ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal: Volume 1, Introdução e Parte Geral*. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 1858, ou seja, é o perigo “concreto, imediato”⁹ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal: Volume 1, Introdução e Parte Geral*. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 185. Portanto, quando há uma inundação numa cidade ou um incêndio em uma casa, podemos afirmar que o perigo é atual, concreto, presente.

Por outro lado, o perigo iminente é aquele que está “prestes a se manifestar”¹⁰, em outras palavras, é aquele que tem alta probabilidade de se tornar atual. Portanto, quando uma barragem está quase se rompendo, o que acarretará na inundação de toda uma cidade, ou ainda quando está vazando uma quantidade imensa de gás, o que muito provavelmente acarretará numa explosão ou incêndio, em ambos os casos o perigo é iminente, tendo em vista que a inundação, explosão ou incêndio não são atuais, concretos, imediatos, ou seja, ainda não estão ocorrendo

8 MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal, volume I*. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 149.

9 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal: vol. 1, Tomo II*. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 272.

10 MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal, volume I*. p. 149.

no momento presente.

José Frederico Marques faz uma interpretação literal do texto legal, portanto, exclui a possibilidade de alegação do estado de necessidade quando o perigo for iminente: “não se inclui o *perigo iminente* porque a atualidade se refere *ao perigo e não ao dano*, pelo que é evidente que não pode exigir-se o requisito da iminência da realização do dano.”¹¹

Contudo, a doutrina majoritária entende que, embora o texto legal não mencione, em ambos os casos – perigo atual ou iminente – o sujeito pode alegar o estado de necessidade. Nesse sentido, Assis Toledo afirma ainda que o conceito de atual alberga a iminência: “perigo é a probabilidade de dano. Perigo atual ou iminente (a atualidade engloba a iminência do perigo) é o que está prestes a concretizar-se em um dano, segundo um juízo de previsão mais ou menos seguro.”¹²

Vale destacar os ensinamentos de Magalhães Noronha que não se atém à conceituação de tais palavras para definir se a atualidade do perigo engloba ou não a iminência: “Exigir sempre a efetivação do perigo será tornar impossível à pessoa a proteção do bem jurídico. Não comungamos, dessarte, da opinião de José Frederico Marques, que não admite o perigo iminente, opondo-se, aliás, à opinião dominante.”¹³

Portanto, Magalhães Noronha alega que caso o sujeito não possa alegar o estado de necessidade como justificante quando diante de um perigo iminente praticar um fato típico, significa dizer que o direito estará tornando impossível a proteção do bem jurídico. Exemplificando, caso o sujeito tenha que aguardar o rompimento efetivo da barragem, que está prestes a se romper, para só depois poder furtar um automóvel na tentativa de fugir da inundação, o direito está tornando impossível o sujeito salvar sua vida, pois após o rompimento da represa, provavelmente não terá mais tempo de alcançar um local seguro.

O mesmo ocorre no outro exemplo citado acima, pois caso o sujeito tenha que esperar que o incêndio se torne efetivo ou a explosão se concretize para poder derrubar uma porta ou destruir uma janela na tenta-

11 MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal* – volume II. 1ª ed. atualizada. Campinas: Bookseller, 1997. p. 167.

12 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 185.

13 NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal: Volume 1, Introdução e Parte Geral*. p. 186.

tiva de fuga, alta será a probabilidade de perder sua vida ou, na melhor das hipóteses, de ser atingida sua integridade física.

2.2. Perigo não provocado voluntariamente

O artigo 24 do Código Penal prevê que o sujeito só poderá alegar estado de necessidade caso a situação de perigo não tenha sido provocada por sua vontade. O texto legal não deixa claro se ao usar a expressão “por sua vontade” pretende englobar, além do dolo, a culpa, ou somente o primeiro. O uso de uma expressão pouco esclarecedora por parte do legislador acarreta novamente em discussões doutrinárias intermináveis.

A doutrina mais tradicional, como José Frederico Marques, Nélson Hungria, Magalhães Noronha e Francisco de Assis Toledo, entende que o sujeito que se colocou culposamente em situação de necessidade não pode alegar a excludente de ilicitude; afirma Hungria:

Cumprir que a situação de perigo seja alheia à vontade do agente, isto é, que este não a tenha provocado intencionalmente ou por grosseira inadvertência ou leviandade. Neste último caso, deve entender-se (para não estreitar demasiadamente os limites do estado de necessidade, com abstração do instintivo *serva te ipsum*) que o agente não só podia e devia ter previsto o advento do perigo, como também a conseqüente necessidade de violar o direito alheio.¹⁴

No mesmo sentido, Magalhães Noronha entende que o direito não pode permitir que o sujeito, que atuou de forma ilícita anteriormente, possa praticar um fato típico com a finalidade de resguardar seu bem jurídico em detrimento do interesse jurídico de outrem:

“A nós nos parece que também o perigo culposo impede ou obsta o estado de necessidade. A ordem jurídica não pode homologar o sacrifício de um direito, favorecendo ou beneficiando quem já atuou contra ela, praticando um ilícito, que até pode ser crime ou contravenção.”¹⁵

Em sentido contrário, Heleno Fragoso, Régis Prado, Damásio de

14 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*: vol. 1, Tomo II. p. 274.

15 NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*: Volume 1, Introdução e Parte Geral. p. 187.

Jesus, Basileu Garcia, Rogério Greco entendem que tal expressão não engloba a culpa, portanto, o sujeito que causou culposamente o perigo, ao cometer um fato típico para proteger seu bem jurídico estará agindo licitamente, pois agiu em estado de necessidade. Nas palavras de Heleno Fragoso: “não pode invocar o estado de necessidade quem por sua vontade provocou o perigo. Essa fórmula refere-se exclusivamente ao dolo. Pode haver estado de necessidade se o agente causou culposamente a situação em que surge o perigo.”¹⁶

Damásio de Jesus faz uma interpretação sistemática do Código Penal chegando à conclusão de que “vontade” se refere unicamente ao dolo, tendo em vista que o próprio Código Penal ao definir o crime tentado, usa a expressão “vontade” como indicativa de dolo, além de que a culpa exige expressa referência legal:

Entendemos que somente o perigo causado dolosamente impede que seu autor alegue encontrar-se em fato necessitado. Além da consideração de ordem humana, temos apoio no próprio CP, que define a tentativa empregando a expressão *vontade*, que é indicativa de dolo. Assim, por meio de interpretação sistemática, analisando a expressão vontade contida nos dois dispositivos (arts. 14, II, e 24), e sendo a primeira indicadora de dolo, chegamos à conclusão de que só o perigo causado dolosamente tem força de excluir a alegação justificadora do agente. Além disso, de acordo com a sistemática do Código, a culpa exige referência expressa. Ora, se o art. 24 silencia a respeito dela, é porque não a contempla.¹⁷

Por outro lado, o entendimento de que a culpa está englobada pela expressão “por sua vontade” também traz problemas práticos, como cita o próprio defensor dessa corrente doutrinária Magalhães Noronha: “Reconhecemos, entretanto, que na prática é difícil aceitar solução unitária para todos os casos. Será justo punir quem, por imprudência, pôs sua vida em perigo e não pôde salvar-se senão lesando a propriedade alheia?”¹⁸

Magalhães Noronha apresenta o problema, apenas questionando se

16 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*: parte geral. p. 233.

17 JESUS, Damásio de. *Direito Penal, volume I*: parte geral. p. 418.

18 NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*: Volume 1, Introdução e Parte Geral. p. 187.

é justo ou não o impedimento da alegação de estado de necessidade quando o sujeito coloca-se em perigo por imprudência. Primeiramente, para concluirmos em quais situações seria justo ou não, devemos pensar em duas hipóteses.

Na primeira hipótese, *A*, que se encontra sozinho na casa de *B*, causa imprudentemente um incêndio. Para salvar-se, quebra a janela da casa e foge. Na segunda hipótese, *A*, que se encontra na casa de *B*, em sua companhia, causa imprudentemente um incêndio. Ambos percebem a rápida propagação do fogo e tentam fugir. Como não há mais tempo para saírem pela porta, o único meio de fugirem é pela janela que apenas tem espaço para uma pessoa por vez. Ao perceber isso, *A* empurra *B*, que cai, bate com a cabeça e fica desacordado. *A* consegue fugir e salvar sua vida, enquanto *B* morre.

Desenvolvendo a idéia de Magalhães Noronha que entende que na prática não é possível aceitar uma solução unitária para todos os casos, propomos a seguinte tese: quando se tratar de colisão de bens jurídicos de igual valor (por exemplo, vida x vida, integridade física x integridade física, patrimônio x patrimônio), aquele que culposamente causou o perigo não poderá alegar o estado de necessidade; no entanto, quando o bem jurídico protegido for de maior valor (por exemplo, vida x patrimônio, vida x integridade física), aquele que culposamente causou o perigo poderá alegar a excludente de ilicitude.

Seguindo essa tese, na primeira hipótese citada, *A* poderá alegar estado de necessidade, tendo em vista que, embora tenha dado origem ao perigo culposamente, para salvar sua vida, atingiu um bem jurídico de menor valor – o patrimônio de *B*. Já na segunda hipótese, tratando-se de bens de igual valor (vida x vida), *A* não poderá alegar estado de necessidade.

Evidente que tal tese aqui elaborada não se vale de nenhuma previsão legal, porém, analisando o que seria mais “justo” (usando o termo de Magalhães Noronha) no caso concreto, tal solução parece ser a melhor, tendo em vista que na primeira situação não se exigiria do sujeito entregar sua vida, em troca do patrimônio de outrem, apenas pelo fato de ter causado o perigo; assim como não autoriza o sujeito, que causou culposamente o perigo, a sacrificar a vida de um inocente para se salvar.

Em suma, desse modo podemos solucionar os problemas práticos decorrentes de ambas as correntes doutrinárias.

2.3. Inevitabilidade do comportamento lesivo

Para que se configure o estado de necessidade, é necessário que o comportamento lesivo praticado pelo agente, ou seja, o fato típico, tenha sido o único meio existente para evitar o dano ao bem jurídico. Caso o sujeito pudesse, no caso concreto, evitar o perigo sem atingir bem jurídico de outrem ou optar por um comportamento menos gravoso, deve-se desta forma agir. Quanto a esse requisito, vale destacar as palavras de Damásio de Jesus:

Se o conflito de interesses pode ser resolvido por outra maneira, como pedido de socorro a terceira pessoa ou fuga, o fato não fica justificado. É preciso que o único meio que se apresenta ao sujeito para impedir a lesão do bem jurídico seja o cometimento do fato lesivo. Se o perigo pode ser afastado por uma conduta menos lesiva, a prática do comportamento mais lesivo não configura a excludente.¹⁹

Podemos verificar que, segundo Damásio de Jesus, se o sujeito praticar uma conduta mais lesiva, quando podia cometer uma menos lesiva, este não poderá argüir o estado de necessidade como causa de exclusão da ilicitude. No mesmo sentido, orienta-se Magalhães Noronha quando diz que é exigível do agente “o emprego do meio menos nocivo possível: se podia apenas ferir e matou, não há, em princípio, estado de necessidade.”²⁰

2.4. Direito próprio ou alheio

A prática de um fato típico poderá ocorrer para resguardar direito próprio ou de terceiro, configurando o estado de necessidade próprio ou de terceiro, respectivamente.

Deve-se ressaltar que os interesses em conflito devem ser legítimos,

19 JESUS, Damásio de. *Direito Penal, volume I*: parte geral. p. 421.

20 NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*: Volume 1, Introdução e Parte Geral. p. 186.

pois “se a ordem jurídica nega proteção a um dos bens jurídicos, fica afastada a ocorrência do estado de necessidade”²¹. Desta forma, Damásio de Jesus exemplifica:

O condenado à morte, p. ex., não pode alegar encontrar-se em estado de necessidade diante do carrasco, pois o Estado negou proteção a seu direito à vida. O foragido da prisão que furta roupas para não ser reconhecido não pode considerar-se acobertado pela excludente de ilicitude.²²

No estado de necessidade de terceiro, não se exige qualquer relação jurídica específica entre o interveniente (aquele que praticou o fato típico) e o terceiro (aquele que teve seu bem jurídico salvo), como por exemplo, relação de parentesco, amizade ou subordinação entre o interveniente e o terceiro necessitado.²³

2.5. Inexigibilidade de sacrifício do bem

Outro requisito do estado de necessidade é a inexigibilidade de sacrifício do bem. Podemos identificar nesse requisito a presença do princípio da razoabilidade, tendo em vista que o legislador determina examinar se era ou não razoável exigir-se o sacrifício do bem ameaçado e que foi resguardado pela prática do fato típico.²⁴

Para definir quando seria razoável ou não exigir o sacrifício do bem, devemos lembrar que o legislador, ao adotar a teoria unitária, entende que age em estado de necessidade tanto o sujeito que, para proteger seu bem jurídico, viola outro de menor valor, assim como o sujeito que sacrifica outro de igual valor. Portanto, em ambos os casos não é razoável exigir-se o sacrifício do bem ameaçado.

Acerca desse requisito, devemos mencionar as lições de Assis Toledo:

O bem de maior valor prefere ao de menor valor. Não há, entretanto, critérios milimétricos para o balanceamento dos bens em

21 JESUS, Damásio de. *Direito Penal, volume I*: parte geral. p. 417.

22 JESUS, Damásio de. *Direito Penal, volume I*: parte geral. p. 417.

23 JESUS, Damásio de. *Direito Penal, volume I*: parte geral. p. 417.

24 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI; Renato N.. *Manual de Direito Penal: Parte Geral, Volume 1*. 27ª ed.. São Paulo: Atlas, 2011. p. 165.

conflito. A lei fala em sacrifício “não razoável”. O princípio da razoabilidade preside, portanto, a opção. (...) Havendo identidade ou equivalência entre os bens, o sacrifício de qualquer deles, para salvação do outro, estará autorizado, como já se disse.²⁵

Se o sacrifício do bem era razoavelmente exigível, ou seja, quando o bem protegido for de maior valor em relação ao sacrificado, o sujeito que praticou o fato típico não poderá argüir a excludente de ilicitude, pois o estado de necessidade não estará configurado.

Contudo, o Código Penal prevê no artigo 24, parágrafo segundo, a seguinte minorante: “Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços”.

2.6. Dever legal de enfrentar o perigo

O parágrafo primeiro do artigo 24 do Código Penal prevê que “não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.” Portanto, só poderá argüir estado de necessidade como justificante, quem não tem o dever previsto em lei de enfrentar o perigo.

Nelson Hungria conceitua a expressão *dever legal*: “Dever legal é somente aquele que o Estado impõe, normativamente, em matéria de serviço de utilidade pública ou na defesa de interesse da comunhão social.”²⁶

Damásio de Jesus elenca determinadas situações em que o sujeito tem o dever legal, decorrente da sua profissão, de enfrentar o perigo e, conseqüentemente, deve sofrer o risco de sacrificar o seu bem jurídico:

...a) o militar não pode invocar risco à sua vida ou integridade corporal para fugir às operações bélicas; b) o funcionário público da repartição sanitária não pode escusar-se de atender vítimas de uma epidemia; c) o policial não pode deixar de perseguir malfeitores sob o pretexto de que estão armados e dispostos a resistir; d) o bombeiro não pode deixar de subir a um edifício incendiado

25 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. p. 187.

26 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*: vol. 1, Tomo II. p. 280.

invocando a possibilidade de sofrer queimaduras; e) o capitão do navio não pode salvar-se à custa da vida de um passageiro.²⁷

Há limites para essa imposição legal, pois não se exige desses profissionais comportamentos heróicos ou que se tornem um mártir. Portanto, no caso concreto, se o bombeiro, que se encontra num edifício em chamas, observar que há alta probabilidade de que ele venha a morrer antes mesmo de salvar uma pessoa, poderá abandonar esta, que de qualquer modo viria a morrer – pois o auxílio seria inútil, e se salvar.

Obviamente, não podemos também exigir que aquele que tem o dever legal de enfrentar o perigo coloque em risco bem jurídico próprio de maior valor para proteger bem jurídico de outrem de menor valor. Podemos citar as palavras de João Mestieri: “Existirá, ainda, uma limitação baseada no critério de proporcionalidade: não se exigirá, por exemplo, dos bombeiros, que arrisquem a própria vida no combate a incêndio em que se objetiva exclusivamente a salvaguarde de bens patrimoniais.”²⁸

2.7. Conhecimento da situação de estado de necessidade

Não poderá alegar estado de necessidade como excludente de ilicitude, aquele que não atuou com a finalidade de salvar o bem jurídico, pois desconhecia a situação de perigo que se encontrava.

Imaginemos a situação em que um sujeito furta um carro. Posteriormente, tem conhecimento que no estacionamento onde cometeu o fato típico tinha uma bomba prestes a explodir. Não poderá argüir a justificante, pois não atuou com a finalidade de salvar seu bem jurídico (vida), tendo em vista que não tinha conhecimento da situação de perigo existente. Em relação a essa situação descrita, podemos mencionar as lições de Assis Toledo:

O mero acaso, ou a coincidência ocasional de fatores desconhecidos, não basta para justificar um fato previsto em lei como crime e realizado com propósitos criminosos. Embora não se exija do autor do fato necessário a exata consciência da licitude do seu

27 JESUS, Damásio de. *Direito Penal, volume I*: parte geral. p. 419.

28 MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal, volume I*. p. 150 e 151.

ato, exige-se que, pelo menos, se tenha motivado pelo desejo de salvação do direito em perigo.²⁹

Em suma, o sujeito deve ter “ciência da situação fática, vontade ou ânimo (*animus salvationis*) de salvar o bem ou direito em perigo. O agente, além do conhecimento dos elementos objetivos da justificante, deve atuar com o fim, com a vontade de salvamento.”³⁰

3. Furto famélico

3.1. Conceito e histórico

Em decorrência das dificuldades econômicas em que se encontra, pode ocorrer do sujeito praticar um fato típico como o único meio para saciar uma necessidade extrema, como a fome.³¹

O furto de alimentos para saciar a fome é denominado furto famélico. José Henrique Pierangeli o define: “furto famélico é o praticado por quem, em situação de extrema penúria, é compelido pela fome (*coatus fame*), por uma necessidade urgente e inadiável de se alimentar (*propter necessitatis vim*)...”³²

A *Constitutio Criminalis Carolina*, promulgada em 1532 pelo soberano Carlos V do Sacro Império Romano-Germânico, previa expressamente no seu artigo 166, a hipótese de não aplicação da pena ao agente que praticasse furto de alimentos pela necessidade de saciar fome própria ou da família. O nome que se dava a essa excludente era “extrema necessidade”.³³

Na França, o Código Napoleônico não previa o furto famélico como excludente da ilicitude, ou seja, como caso específico de estado de ne-

29 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. p. 184.

30 PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: volume 1, Parte Geral. 3ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 322.

31 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: volume 1, Parte Geral. p. 335.

32 PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal*: volume 2, Parte Especial. 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 211.

33 FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Código Penal Comentado*. p. 74.

cessidade, o que gerou debates. Porém, foi reconhecida a isenção de pena em decisão do Tribunal de Chateau-Thierry, sob o fundamento de que a fome é suscetível de privar parcialmente a todo ser humano do livre- arbítrio e reduzir a noção do bem e do mal.³⁴

O Código Penal suíço, em seu artigo 138, possibilita a concessão do perdão judicial, quando o agente atua para satisfazer uma necessidade, desde que se trate de coisa de pequeno valor. Portanto, nesse caso, o juiz pode deixar de aplicar a pena.³⁵

O Código Penal brasileiro não prevê, na Parte Especial, nenhum caso específico de estado de necessidade relacionado ao furto famélico. Porém, a doutrina tem admitido a aplicação da regra geral do estado de necessidade, prevista no artigo 24, nos casos em que o agente furta alimentos, devido à situação de extrema fome e necessidade urgente de se nutrir para sobreviver.

Damáσιο de Jesus ao elencar diversas situações em que o sujeito pratica um fato típico em estado de necessidade, cita o seguinte exemplo:

“subtração de alimentos para salvar alguém de morte por inanição”³⁶. Tal hipótese nada mais é do que o denominado furto famélico. Do mesmo modo, João Mestieri afirma: “O furto famélico é exemplo de estado de necessidade; e.g., os furtos ocorridos em supermercados por pessoas indigentes, com a finalidade de sobrevivência”³⁷.

Pacificamente podemos afirmar que o agente que praticou o denominado furto famélico, poderá alegar que agiu em estado de necessidade, desde que preenchidos os requisitos desta excludente de ilicitude. Portanto, aquele que praticar fato típico, suprimindo bem jurídico de menor valor (patrimônio alheio), para salvar bem jurídico de maior valor (vida) de perigo atual (morte por inanição), age em estado de necessidade.

Na grande maioria dos casos de furto famélico, o autor não responderá pelo crime em decorrência do princípio da insignificância, também conhecido como princípio da bagatela. Em outras palavras, apesar de ter praticado o fato típico formal, a lesão ao patrimônio da vítima é tão

34 PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal*: volume 2, Parte Especial. p. 212.

35 PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal*: volume 2, Parte Especial. p. 212.

36 JESUS, Damásio de. *Direito Penal*, volume I: parte geral. p. 415.

37 MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal*, volume I. p. 150.

insignificante que está excluída a tipicidade conglobante ou material da conduta. Porém, deve-se ressaltar que o princípio da insignificância não tem previsão específica no ordenamento jurídico brasileiro, sendo apenas uma construção doutrinária e normalmente aplicada pelos Tribunais. Portanto, não raro se vê decisões que não acatam o princípio da insignificância, como podemos observar nos seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

(...) Quanto a aplicação do princípio da insignificância, é criação da doutrina não aceita pela legislação pátria. De se dizer que o furto de bagatela constitui crime, já que fático típico, atuando o pequeno valor do objeto material somente na fixação da pena, *ex vi legis* do art. 155, parágrafo 2º, do Código Penal.³⁸

Apelação. Furto Noturno. Atipicidade da conduta. Crime de bagatela. No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da insignificância não pode ser invocado para afastar a tipicidade.³⁹

3.2. Doutrina e jurisprudência acerca do preenchimento de determinados requisitos da justificante no caso concreto

Como já dito anteriormente, evidente que só poderá ser alegado o estado de necessidade como causa excludente de ilicitude se no caso concreto estiverem preenchidos todos os requisitos dessa justificante. Primeiramente, para que esteja configurado o estado de necessidade, o agente deve praticar o furto de alimentos para salvar sua vida (ou de terceiros) de perigo atual.

O furto deve ter como finalidade saciar fome atual ou iminente, que poderá resultar na sua morte ou seqüelas em decorrência da inanição. Tendo em vista tal requisito, Maximiliano Führer afirma: “é injustificável a subtração de coisas para estocagem ou consumo posterior, já que a referida fome é imediata.”⁴⁰

No mesmo sentido, o extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo já decidiu:

38 Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Habeas Corpus n° 3531/2009, Relatora Desembargadora FatimaClemente, Rio de Janeiro, 2 de junho de 2009.

39 Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação n° 2005.050.00022, Relator Desembargador Manoel Rebêlo dos Santos, Rio de Janeiro, 24 de maio de 2005.

Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar-se de perigo atual, (...). Nenhuma das condições preenche a apelante, com a simples menção de que possui família numerosa e esposa doente mental. Se a família estivesse passando extrema necessidade – como afirmou – bastar-lhe-ia salvar-se do perigo atual e iminente, isto é, a morte por fome. Nesse caso, teria simplesmente furtado quantidade pequena, cerca de 1 kg de arroz. Não foi o que fez o réu. Furtou cerca de 25 kg, consumiu cerca de 5 kg durante a semana, até ser o restante encontrado. Como se vê, se houve perigo atual a direito seu – não morrer de fome – o apelante procurou furtar quantidade tal que lhe resguardasse de perigo futuro, pois a quantidade furtada daria (considerado o consumo de 5 kg de arroz por semana) para mais quatro semanas. Ora, o estado de necessidade só é excludente quando o perigo é atual, e não futuro.⁴¹

De fato, no caso em tela, não há como reconhecer que o agente atuou em estado de necessidade, tendo em vista que, embora sua família seja numerosa como alegado, furtou quantidade tamanha que poderia alimentá-lo por mais de um mês. Portanto, não está preenchido o primeiro requisito da justificante que é praticar o fato típico a fim de salvar bem jurídico de perigo atual.

Porém, devemos analisar situações como essa com bastante cautela. Supondo que o agente tivesse furtado quantidade de alimentos equivalente para saciar sua fome e de sua família por uma semana ou alguns dias, a decisão seria outra? O sujeito teria agido para salvar sua vida e de seus entes queridos de perigo atual ou ainda a decisão correta seria também não aplicar o estado de necessidade, tendo em vista a quantidade de alimentos furtada excederia a necessidade para salvá-lo da fome atual?

Certamente, o sujeito que recorreu à prática de um fato típico para salvar sua família da fome, passa por situações econômicas tão difíceis

40 FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Código Penal Comentado*. p. 375.

41 Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Apelação, Relator Bonaventura Guglielmi. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*: volume 1, Parte Geral. 7ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 381.

que não poderá tão brevemente (em uma semana ou alguns dias) ter como comprar alimentos para salvá-los novamente da inanição. Entender que o agente só poderá alegar estado de necessidade na prática de furto famélico, quando subtrair quantidade de alimentos suficientes para saciar sua fome atual, ou seja, a fome que sente no exato dia em que foi praticado o delito, aparenta ser uma forma de restringir ao máximo a aplicabilidade da excludente de ilicitude.

De fato, a aplicação do estado de necessidade deve ser restrita às situações em que o perigo é atual (ou iminente, como entende a doutrina majoritária). Porém, é razoável entendermos que aquele que está desempregado há meses, não consegue de forma alguma obter recursos financeiros para comprar o mínimo de comida, age em estado de necessidade caso venha a furtar quantidade de alimentos suficientes para saciar a fome atual de seus filhos, além da fome iminente que fatidicamente terão nos próximos dias.

Outro requisito que deve ser analisado, a fim de ser verificar se está caracterizado o estado de necessidade, é o fato do perigo não ter sido provocado voluntariamente pelo agente. Como é sabido, qualquer ser humano necessita freqüentemente se alimentar, caso contrário, por questões fisiológicas, virá a morrer por inanição. Portanto, deve-se analisar se o sujeito se colocou em tal situação de perigo voluntariamente, ou seja, se dolosamente (ou ainda culposamente, seguindo o entendimento de parte da doutrina) o sujeito agiu de certa forma que provocou o perigo de morrer por inanição.

Evidente que aquele que passa por extrema dificuldade econômica, que há meses procura por trabalho e de todas as formas suplicou por doações, não se colocou dolosamente em situação de perigo, ou seja, sua fome não é decorrente de sua vontade.

Suponhamos a situação em que uma pessoa, que tem recursos suficientes para sua subsistência, revoltada com os políticos de seu país, resolve protestar fazendo greve de fome em frente à prefeitura da cidade. Passa dias neste local, sem nada comer. Até que certo dia, compelido pela fome e necessitando se alimentar urgentemente, caso contrário não irá sobreviver, corre para o mercado mais próximo e rouba um pão.

Nesse caso narrado, o perigo foi voluntariamente provocado pelo su-

jeito, pois ao passar dias sem comer, o sujeito dolosamente se colocou em situação de perigo. Portanto, não poderá alegar que ao furtar o pão do mercado, agiu em estado de necessidade. Logo, sua conduta é típica e ilícita.

Do mesmo modo, aquele que escolhe pela ociosidade, ou seja, por sua vontade não trabalha para obter recursos para a própria subsistência, não poderá alegar a discriminante caso venha a furtar alimentos para salvá-lo da inanição.

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul já decidiu que não se pode alegar o estado de necessidade, “sem-terras” que subtraem alimentos, tendo em vista que provocaram a situação de perigo, pois sabiam que faltariam alimentos para a subsistência do grupo:

Não caracteriza a excludente de criminalidade do estado de necessidade a conduta de acampados “sem-terra” que subtraem carga de caminhão contendo gêneros alimentícios e produtos de limpeza e higiene, pois os próprios agentes, voluntariamente, criaram a situação de necessidade, eis que cientes de que faltariam alimentos para o sustento do grupo.⁴²

O relator, deste julgado, Rubens Bergonzi Bossay fundamenta sua decisão afirmando que os “sem-terras” provocaram a situação de perigo ao não exercerem trabalho honesto. Ao agirem dessa forma, sabiam que faltariam alimentos para a própria subsistência. O relator ainda afirma que poderiam ter evitado o perigo, se deixassem o acampamento onde se encontravam e procurassem trabalho para sustentá-los, como podemos observar na parte do seu voto destacada abaixo:

Assim é que todos os acusados e as testemunhas ouvidas deixam claro que, sendo um bando de pessoas, conhecidos por “sem-terra”, acampado às margens da rodovia que liga Tacuru a Sete Quedas, passavam, como passam diuturnamente, por necessidades básicas de alimentação, falta de higiene, vida precária, quase subumana e estavam há vários dias sem qualquer alimentação que pudesse lhes saciar a fome, não restando outra alternativa a não ser saquearem o caminhão da firma vítima, para se apropriarem

42 Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Apelação n° 49.107-2/01, Relator Desembargador Rubens Bergonzi Bossay, Campo Grande, 22 de setembro de 1999.

de gêneros alimentícios, como em outras oportunidades assim o fizeram, não sendo uma atitude isolada e esporádica (...).

É inegável que os acusados encontravam-se espontaneamente acampados no dia dos fatos narrados da denúncia. Tinham ciência de que, sem o exercício de trabalho honesto, certamente iriam ficar sem os gêneros alimentícios de primeira necessidade; podiam evitar a situação aflitiva, bastando que deixassem o acampamento e procurassem trabalho, não obstante pudessem continuar seus objetivos de reformular a política fundiária do país.⁴³

É necessária também a inevitabilidade do comportamento lesivo, ou seja, que o comportamento lesivo praticado pelo agente, tenha sido o único meio existente para salvar o bem jurídico de perigo. No caso concreto, se o sujeito puder evitar o perigo por mais de um meio, deve optar por um comportamento menos gravoso.

Desse modo, aquele que opta por roubar alimentos, não poderá alegar que agiu em estado de necessidade, pois poderia optar por um comportamento menos gravoso que é o furto. Nesse sentido já julgou o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

A excludente do estado de necessidade não se compadece com a prática de roubo, pois, caso verídica a situação extrema, bastaria o furto para afastá-la, não se admitindo dano mais extenso ou mais intenso.⁴⁴

Rogério Greco afirma que o sujeito deve subtrair alimento que cause menos prejuízo, ou seja, havendo várias opções de alimentos para subtrair, deve optar pelo menos lesivo ao patrimônio da vítima:

(...) o agente deve subtrair patrimônio alheio (alimento) que cause menos prejuízo, uma vez que, havendo alternativa de subtração, deve optar por aquela menos lesivo à vítima, pois, caso contrário, não poderá beneficiar-se com a causa de justificação em estudo. Assim, aquele que, no interior de um supermercado, podendo sub-

43 Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Apelação n° 49.107-2/01, Relator Desembargador Rubens Bergonzi Bossay, Campo Grande, 22 de setembro de 1999.

44 Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Apelação n° 687.345-5, Relator Haroldo Luz, São Paulo, 3 de outubro de 1991.

trair um saco de feijão, seleciona uma peça de bacalhau, por mais que tenha necessidade de se alimentar, não poderá ser beneficiado com o raciocínio do estado de necessidade, pois a escolha do bem a ser subtraído deve recair sobre aquele que traga menor prejuízo à vítima.⁴⁵

De fato, o sujeito deve optar pelo comportamento menos lesivo e ao furtar, ao invés de roubar ou cometer outro crime ainda mais grave, ele já preencheu tal requisito. Portanto, tal entendimento de que o agente deve optar pelo alimento menos custoso, aparenta ser uma forma de reduzir ao máximo a aplicabilidade da excludente de ilicitude. Ora, estamos tratando de situações que, muitas vezes, o agente não tem a menor capacidade de auferir se o alimento, o qual vai subtrair a fim de saciar sua fome e tirá-lo da situação urgente que se encontra, é menos custoso ou não do que outros alimentos.

Exigir do sujeito que está num estado de fome extrema e, conseqüentemente, em perigo de vir a morrer por inanição, que aufira os preços do supermercado para não subtrair certo alimento por ter valor econômico maior do que outro, é uma exigência totalmente desumana. A idéia humanitária e de solidariedade, presente na possibilidade de aplicação do estado de necessidade como causa de excludente de ilicitude nos casos de furto famélico, é totalmente rompida caso venha a se exigir que se subtraia sempre o alimento menos custoso para a vítima. Tal exigência tem a finalidade meramente de prestigiar o patrimônio em detrimento do bem jurídico de maior valor que é a vida. Como dito anteriormente, o que não se pode admitir é o roubo, pois nesse caso realmente o agente estaria optando por um comportamento mais gravoso.

3.3. *Res furtiva*

A subtração de coisa alheia móvel só poderá ser tida como furto famélico, se no caso concreto, a *res furtiva* for efetivamente alimento, destinado unicamente a saciar a fome do agente ou de seus familiares, a fim de salvá-los da situação extrema em que se encontram. Portanto, a subtração de coisas supérfluas, não necessárias para a sobrevivência,

45 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Especial*, volume III. 5ª ed.. Niterói, RJ: Impetus, 2008. p. 42

não caracteriza o furto famélico. Nesse sentido, destacam-se as palavras do promotor Cleber Rogério Masson:

Em casos excepcionais, admite-se a prática de um fato típico como medida inevitável, ou seja, para satisfação de necessidade estritamente vital que a pessoa, nada obstante seu empenho, não conseguiu superar de forma lícita. (...) quando se apodera de bens supérfluos ou em quantidade exagerada, afasta-se a justificativa.⁴⁶

Isso não significa que nunca poderá ser admitida a alegação de que agiu em estado de necessidade, caso venha a subtrair outras mercadorias que não sejam propriamente alimentos, como bem observa Maximiliano Führer:

No Brasil a caracterização do furto famélico é doutrinária e baseia-se no bom senso, não sendo absurdo admitir o benefício nas subtrações para saciar as necessidades corporais primordiais, como a água para beber, o cobertor para proteger o do frio intenso e o medicamento para passar a dor.⁴⁷

Nessa ótica, destacam-se duas decisões que admitiram a caracterização do estado de necessidade em situação em que não ocorreu propriamente furto de alimentos, porém, a conduta típica visava salvar bem jurídico (vida ou integridade física) de perigo atual ou iminente:

Atua em estado de necessidade e, pois, não comete crime (artigo. 23, I, do CP), o sujeito que, suspenso o fornecimento de energia elétrica à sua residência por falta de pagamento (e não tendo condições de satisfazer o débito com a empresa concessionária, uma vez responsável pelo sustento de família numerosa e carente de recursos), procede a ligação clandestina da rede pública para pôr em funcionamento aparelho de inalação (vaporizador), com o intuito de tratar de filho de tenra idade acometido de enfermidade grave (rinite infecciosa e bronquite).⁴⁸

Estado de necessidade. Funcionário de confiança de empresa que

46 MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal Esquemático*: Parte Geral, volume 1. 5ª ed.. São Paulo: Método, 2011. p. 396.

47 FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Código Penal Comentado*. p. 375.

48 Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Apelação n° 1.201.111/3, Relator Carlos Biasotti, São Paulo, 17 de agosto de 2000.

lança mão de recursos sob sua responsabilidade a fim de acudir despesas de tratamento de sua saúde em razão de grave moléstia, age em estado de necessidade.⁴⁹

Como bem observa Maximiliano Führer, para que esteja caracterizada a justificante, é necessário que se comprove que o produto foi furtado com a efetiva intenção de saciar a fome ou salvar o bem jurídico de outro perigo, como a sede, frio, doença grave.⁵⁰ Quem furta sem este *animus* e sim com a finalidade de vender a *res furtiva* para obtenção de vantagem econômica, não age em estado de necessidade, como bem decidiu o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:

Furto famélico – Estado de necessidade – Descaracterização – O reconhecimento do estado de necessidade impõe prova convincente dos requisitos contidos na definição legal do art. 24 do CP, tornando-se inviável quando, incorrente esta, o agente, agricultor apto para o trabalho e sem indicação de extrema miserabilidade, subtrai um saco de feijão de quase 60 kg, para logo a seguir vendê-lo, sem usá-lo, mesmo parcialmente, para a própria alimentação.⁵¹

No entanto, não devemos deixar de mencionar a nobre decisão do Juiz Albano Nogueira, que veementemente defende a caracterização do estado de necessidade nos casos de furto famélico, inclusive quando o agente revende o objeto furtado com a finalidade de utilizar o dinheiro obtido para comprar alimentos que possam saciar sua fome:

Tais requisitos se encontram configurados no saco *sub examen*. O perigo atual e inevitável é a fome, em face da qual poderá o agente sucumbir. Este perigo não foi provocado por ele, porque seu desemprego é fato alheio à sua vontade. Não é razoável, finalmente, que se deixe sucumbir para não infringir a lei. Cabe refular, enfim, a alegação de que o acusado não tinha fome, porque

49 Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Apelação n° 294.859, Relator Albano Nogueira. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*: volume 1, Parte Geral. 7ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 379.

50 FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Código Penal Comentado*. p. 375.

51 Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, Apelação, Relator Gonzaga Pila Hofmeister. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*: volume 1, Parte Geral. 7ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 387.

afirmou pretender revender os tabletes subtraídos para conseguir dinheiro vivo. A revenda, no entanto, deveria ter a mesma finalidade – saciar a fome.

E é forçoso convir que, transformando o produto da subtração em dinheiro, o agente poderia adquirir um tipo de alimentação mais satisfatório que chocolate. A um estômago vazio satisfaz mais um simples sanduíche de mortadela que um sofisticado tablete de chocolate.⁵²

4. Estado de Necessidade e Tortura: *ticking bomb scenario*

Suponhamos um caso em que as autoridades policiais tenham conseguido prender alguém que tenha plantado uma bomba que explodirá dentro de algumas horas. Porém, as autoridades não têm conhecimento de onde se encontra a bomba. Para obter as informações e, deste modo, salvar inúmeras vidas, os policiais poderiam torturar o terrorista sob a alegação de que agiram em estado de necessidade?

Essa situação hipotética descrita é denominada de *ticking bomb scenario*. É uma das questões que mais tem gerado controvérsias entre penalistas e internacionalistas, que divergem se seria lícito e moralmente legítimo torturar alguém para obter informações, mesmo em circunstâncias extremas.

Os internacionalistas entendem que a proibição de tortura é uma norma de *jus cogens*, ou seja, é uma norma cogente de direito internacional e, por isso, jamais pode ser violada. Por mais extrema que seja a circunstância, como é o caso do *ticking bomb scenario*, essa norma não pode ser excepcionada. Esse entendimento é justificado através de argumentos legais e de ordem moral. Diversas convenções e tratados internacionais de Direitos Humanos dispõem acerca da vedação à tortura.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵³ de 1948, a Con-

52 Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Apelação n° 281.887, Relator Albano Nogueira. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*: volume 1, Parte Geral. 7ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 381.

53 A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada pela Resolução 217, na 3ª Sessão Ordinária da Assembléia Geral da ONU, em Paris, em 10/12/1948.

venção Americana sobre Direitos Humanos⁵⁴ (também conhecido como Pacto de San José da Costa Rica) de 1969, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes⁵⁵, de 1984, dispõem que ninguém pode ser submetido a tortura e tal proibição não pode ser violada em qualquer hipótese. O artigo 1º da Convenção contra a Tortura de 1984 prevê que qualquer ato de violência física ou mental infligido intencionalmente a uma pessoa para obter dela, ou de terceira pessoa, informações ou confissões é considerado como tortura.

A Association for the Prevention of Torture⁵⁶ expõe argumentos de ordem moral que repudiam a prática da tortura e também afirma, justificadamente, que este não é um meio eficaz de se obter informações. O argumento moral mais relevante é que a tortura viola a dignidade da pessoa humana. Certas formas de tratamento, como o genocídio, escravidão e a tortura, são totalmente incompatíveis com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Logo, a prática desses atos em nenhuma circunstância será justificada, ou seja, são absolutamente proibidas pelo direito internacional.⁵⁷

Na doutrina pátria, podemos destacar as lições de Luiz Regis Prado que entende que o estado de necessidade só poderá ser alegado quando a conduta do agente não violar a dignidade da pessoa humana:

De conseguinte, é de todo aconselhável restringir o campo de abrangência do estado de necessidade justificante: este será uma causa de justificação quando o mal causado for menor que o evitado, desde que a conduta realizada não implique uma infração grave do respeito devido à dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, como já destacado, possui significado

54 A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) foi adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22/11/1969. Foi ratificada pela República Federativa do Brasil e promulgado pelo Decreto 678 de 06 de novembro de 1992.

55 A Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes foi adotada pela Resolução 39/46 da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10/12/1984. Foi ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto 40 de 15 de fevereiro de 1991.

56 A Association for the Prevention of Torture é uma organização não-governamental fundada pelo suíço e advogado Jean-Jacques Gautier em 1977.

57 Association for the Prevention of Torture. *Defusing the Ticking Bomb Scenario*. Disponível em <http://www.acat.ch/_/frontend/handler/document.php?id=460&type=42>. Acessado em 10 de outubro de 2011. pg 13.

constitucional, enquanto fundamento da ordem política e da paz social, figurando como um princípio material de justiça, de validade *a priori*, que represente um limite do Direito positivo.⁵⁸

O *ticking bomb scenario* parte do pressuposto que aquele que foi detido pelas autoridades efetivamente foi quem plantou a bomba ou tem informações relevantes sobre esta. Porém, essa situação hipotética muitas vezes não se verifica no mundo real. No caso concreto, grande parte das vezes não se terá a total certeza de que a pessoa, a qual recai a suspeita, realmente tem informações que possam evitar a explosão da bomba. Logo, permitir a tortura para obtenção de informações faz surgir o perigo de que pessoas, que não têm nenhuma ligação com o ataque criminoso que está para acontecer, sejam torturadas com base em suspeitas equivocadas, como ocorre nos casos de erro de identidade.⁵⁹

Por outro lado, os penalistas entendem que o estado de necessidade estaria caracterizado, tendo em vista que há uma situação de perigo e os bens jurídicos violados (integridade física e dignidade) são de menor valor em relação aos bens jurídicos salvos (a vida de diversas pessoas). Se é admissível o estado de necessidade como causa excludente de ilicitude de homicídio, não haveria razão para não admiti-lo como justificante do crime de tortura, que se trata de um crime como outro qualquer.

Alan Dershowitz, jurista americano e professor da Universidade de Harvard, defende a expedição de mandados judiciais de tortura (*torture warrants*) nos casos em que este é o último recurso para obter informações, que podem evitar um ataque terrorista e salvar inúmeras vidas.⁶⁰ Tal argumento se baseia no fato de que, embora os países sejam signatários de tratados e convenções internacionais que proíbem a tortura, assim como as leis internas também vedam essa conduta, na prática, os Estados secretamente violam tais normas.

Portanto, tendo em vista que de qualquer forma os Estados violam a proibição absoluta à tortura, o jurista americano sugere a criação de um

58 PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: volume 1, Parte Geral. 3ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 320 e 321.

59 Association for the Prevention of Torture. *Defusing the Ticking Bomb Scenario*. p. 7 e15.

60 CNN International. *Dershowitz: Torture could be justified*. Disponível em <<http://edition.cnn.com/2003/LAW/03/03/cnna.Dershowitz/>>. Acessado em 23 de outubro de 2011.

mecanismo o qual permite os juízes da Suprema Corte, assim como o próprio Presidente do país, expedir mandados de tortura, aprovando a prática desta, caso estejam convencidos no caso concreto que esse método poderia frustrar um ataque iminente.

Dessa forma, segundo Dershowitz, a tortura seria regulada, com registros de responsabilização, padrões e limitações que teriam que ser observados no uso desse método⁶¹. Aquele que expediu o mandado teria que demonstrar a necessidade factual de administrar essa técnica, se responsabilizando quando não houver fundamento. Do mesmo modo, os torturadores seriam responsabilizados quando extrapolassem os limites impostos normativamente. Assim sendo, segundo o jurista, o Estado estaria praticando a tortura, em circunstâncias extremas com o intuito de salvar vidas, de forma transparente para toda a sociedade e com responsabilidade.

Os internacionalistas rebatem a possibilidade de legitimação do uso da tortura, mesmo nas circunstâncias mais extremas e com o intuito de salvar inúmeras vidas, ainda que seja através de controle judicial e praticada por autoridades estatais profissionais nesse método.

O diretor executivo da Human Rights Watch⁶², Ken Roth, contrapõe veemente a possibilidade de expedição de mandados de tortura, pois o fato de que a norma cogente, que a proíbe em qualquer hipótese, é violada não significa que se possa legitimar o uso desse método em determinadas situações de perigo iminente.⁶³

A Association for the Prevention of Torture afirma que legitimada a tortura em casos excepcionais, inevitavelmente, o uso desse método será cada vez mais difundido. Na prática, cada vez mais será permitido o uso da tortura em diversos outros casos diferentes daquela situação que justificou originariamente a legitimação deste método. Desse modo, a prática difundida gerará a dependência da tortura como técnica de investigação e, assim, a exceção se tornara regra.⁶⁴

61 Alan Dershowitz and the "Ticking Bomb" Scenario. Disponível em <http://torture.stanford.edu/2007/05/alan_dershowitz_and_the_ticking_bomb_scenario>. Acessado em 23 de outubro de 2001.

62 A Human Rights Watch é uma organização não-governamental americana, com sede em Nova York, que atua na defesa de direitos humanos.

63 CNN International. *Dershowitz: Torture could be justified*.

64 Association for the Prevention of Torture. *Defusing the Ticking Bomb Scenario*. p. 15 e 17.

Em 2002, ocorreu um caso na Alemanha que gerou debates acerca desse tema. O filho de onze anos de um executivo de um banco alemão foi seqüestrado. Foi exigido um milhão de euros para a sua libertação. Logo após ter sido pago o resgate, a polícia prendeu o estudante de direito Magnus Gaefgen, suspeito de ser o agente do crime. Durante o interrogatório, Gaefgen se recusava a dizer onde se encontrava o menino e se ele ainda estava vivo.

Wolfgang Daschner, oficial de polícia que liderava a investigação, autorizou seus funcionários, por escrito, a extrair informações por meio da imposição de dor, sob supervisão médica e aviso prévio. Gaefgen foi avisado, pelos policiais, que estava sendo enviado um especialista para lhe infligir dores, as quais nunca tinha sentido antes, caso continuasse em silêncio. A mera ameaça foi suficiente para induzir Gaefgen a admitir que matou a criança e revelar o paradeiro do corpo.⁶⁵ Magnus Gaefgen, comprovadamente, não sofreu quaisquer agressões físicas. Porém, a ameaça psicológica foi suficiente para os policiais obterem as informações.

O Tribunal Regional de Frankfurt condenou Gaefgen por rapto e assassinato e condenado à pena de prisão perpétua. Daschner foi condenado por instruir um subordinado a cometer uma infração penal. Do mesmo modo, o policial que seguiu as instruções foi condenado por ameaça. Porém, a pena de ambos limitou-se a um ano de liberdade condicional e multa.

Wolfgang Daschner alegou que agiu em estado de necessidade justificante, ou ainda legítima defesa de terceiro. Tal tese de defesa foi rejeitada pela justiça alemã, que fundamentou a decisão afirmando que a conduta de Daschner infringiu a proibição constitucional absoluta de atos que violem a dignidade da pessoa humana.⁶⁶ Portanto, o tribunal alemão seguiu o entendimento dos internacionalistas que repudiam em qualquer situação a prática desse crime.

Interessante é que, embora, o uso da tortura não tenha sido necessário, tendo em vista que a mera ameaça foi eficaz, o tribunal alemão en-

65 WARD, Tony. *Is Torture Ever Permissible?* Disponível em <http://www.hmprisonerservice.gov.uk/assets/documents/100048A9is_torture_ever_possible.pdf>. Acessado em 12 de outubro de 2011.

66 WARD, Tony. *Is Torture Ever Permissible?*

tendeu que a simples permissão de uso desse cruel método e o constrangimento infligido pelos policiais já caracterizou uma violação à dignidade humana e que, portanto, deveria ser punida.

Embora a pena tenha sido branda, a decisão condenatória do caso Daschner é a expressão máxima do entendimento de que a tortura é uma prática cruel e que deve ser evitada, seja qual for a circunstância.

Conclusão

A partir da análise dos entendimentos doutrinários e das decisões jurisprudenciais quanto à alegação da justificante nos casos de furto famélico, podemos concluir que diversos limites são impostos para caracterização da justificante no caso concreto.

Entre tais limites, vale destacar o entendimento de que o agente, ao furtar alimentos para saciar a fome, deve optar pelo alimento menos custoso, a fim de agredir de forma menos lesiva o patrimônio alheio, tendo em vista que o sujeito deve optar pelo comportamento menos lesivo para poder alegar a justificante.

Podemos afirmar que este limite imposto pela jurisprudência e parte da doutrina não é razoável, assim como desumano. É inadmissível imaginarmos que o sujeito, que se encontra num estado de extrema fome, tenha que verificar os preços dos alimentos e subtrair apenas o menos custoso, caso contrário sua conduta não estará justificada pelo estado de necessidade. Além do mais, o sujeito já optou pelo comportamento menos lesivo ao apenas furtar. Não teria optado caso tivesse cometido o crime de roubo ou outro mais grave.

Não raro encontramos decisões que afirmam que as dificuldades econômicas e financeiras nunca podem justificar o reconhecimento da justificante em crimes contra o patrimônio. Entender desta forma é negar o estado de necessidade nos casos de furto famélico. Impor limites como esse significa prestigiar e proteger o patrimônio, ou a ordem econômica, em detrimento do bem jurídico tutelado de maior valor que é a vida.

A *Constitutio Criminalis Carolina*, promulgada em 1532 pelo soberano Carlos V do Sacro Império Romano-Germânico, previa expressamente o furto famélico como caso específico de estado de necessidade, ao prever a não aplicação da pena ao agente, que em situação extrema, subtraísse alimentos com o intuito de saciar a fome.

Melhor seria se o legislador brasileiro, a exemplo da *Constitutio Criminalis Carolina*, tivesse previsto na Parte Especial do Código Penal, o furto famélico como caso específico de estado de necessidade, assim como fez no “aborto necessário”, em que o médico está autorizado a praticar o fato típico se não houver outro meio de salvar a vida da gestante, como previsto no artigo 128, inciso I, do Código Penal Brasileiro.

Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro evitaria qualquer dúvida quanto à aplicabilidade da justificante, podendo inclusive impor requisitos necessários para a caracterização desta no caso concreto.

O debate mais atual acerca do estado de necessidade se refere à possibilidade deste justificar a prática do crime de tortura cometido em circunstâncias extremas, como forma de obtenção de informações relevantes que possam evitar, por exemplo, ataques terroristas. Após o atentado de 11 de setembro de 2001 e as notícias de que supostamente os Estados Unidos da América e seus aliados têm praticado, nos últimos anos, a tortura como método para obtenção de informações relevantes acerca de futuros ataques terroristas, este debate se intensificou ainda mais.

Esse tema coloca em confronto duas posições antagônicas no Direito. Destacamos diversos argumentos legais e de ordem moral que justificam o entendimento dos internacionalistas de que o uso da tortura não deve ser admitido em qualquer hipótese, pois além de violar a dignidade da pessoa humana e infringir os Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, não é o método mais eficaz de obtenção de informações relevantes, que possam obstar a prática de um crime.

Por outro, o estado de necessidade pode ser alegado como excludente de ilicitude nos casos de homicídio. Seguindo o raciocínio dos penalistas, como podemos afirmar que é admissível a alegação de estado de necessidade como justificante do crime de homicídio e ao mesmo tempo proibimos veemente no crime tortura? A dignidade da pessoa humana seria

mais importante que a própria vida?

Em outras palavras, soa estranho admitirmos pacificamente a possibilidade de alguém matar outrem para salvar sua própria vida, ou de terceiro, como ocorre no caso da *tabula unius capax* sempre citado pela doutrina, enquanto não admitimos a possibilidade de torturar alguém com o intuito de obter informações, que possam fazer cessar a situação de perigo em que se encontram inúmeras vidas.

Certo é que esse debate está longe de chegar ao fim. Todos os argumentos analisados, tanto por parte dos internacionalistas e defensores dos Direitos Humanos, quanto por parte dos penalistas, são razoáveis e bem fundamentados, o que nos leva à dúvida quanto à melhor solução a ser tomada.

Porém, deve-se ressaltar que a violação da norma cogente de direito internacional, que proíbe a prática da tortura em qualquer hipótese, gera inúmeros riscos à sociedade. Além de violar gravemente a dignidade da pessoa humana, não devemos esquecer que a história tem nos demonstrado que a prática desse método de investigação está ligada aos governos mais opressores e tirânicos que já existiram.

Como afirmado por Ken Roth, criar exceções à norma cogente, que proíbe absolutamente o uso da tortura, significa afirmar que os fins justificam os meios e esse é o pensamento básico do próprio terrorismo. Portanto, ao violarmos a vedação à tortura, estamos reafirmando a falsa ideologia dos terroristas.⁶⁷

67 CNN International. *Dershowitz: Torture could be justified*. Disponível em <<http://edition.cnn.com/2003/LAW/03/03/cnna.Dershowitz/>>. Acessado em 23 de outubro de 2011.

