

# ESTADO DE NECESSIDADE E EXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA

LUIZ ALBERTO MACHADO

Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito  
da Universidade Federal do Paraná.

SUMÁRIO: Capítulo I. Da Culpabilidade no Código Penal de 1969. Capítulo II. Do Estado de Necessidade discriminante. Capítulo III. Da Exigibilidade de Outra Conduta.

## I — INTRODUÇÃO

1. Tratando, em dois trabalhos isolados — tão isolados quanto o permite a sistemática penal — do estado de necessidade discriminante e da exigibilidade de conduta adequada à norma como elemento estrutural da culpabilidade, e vendo-os aprovados em dois congressos de Ministério Público (I do Estado de São Paulo, dezembro de 1971, e III do Estado do Rio de Janeiro, dezembro de 1970, Teresópolis), senti-me atraído pela idéia de unificá-los, na medida em que me fosse possível fazê-lo.

Antes, porém, mister se fixar, como premissa, que o tratamento diferenciador do estado de necessidade, readotado em boa hora pelo Código Penal de 1969 (Decreto Lei n.º 1.004, de 21 de outubro de 1969), quando o torna exculpante (artigo 25) não o faz continente, mas conteúdo, da exigibilidade de conduta adequada à norma em sua forma negativa — **inexigibilidade**. Vale dizer, nem sempre a inexigibilidade ocorre com o estado de necessidade exculpante. Daí porque o balanço dos bens em conflito só é importante nesta forma de inexigibilidade, não o sendo nas outras (**verbi gratia**, coação moral irresistível, excusável medo, surpresa ou perturbação de ânimo).

Assim, um estado de necessidade de início discriminante pode deixar de o ser em consequência do excesso de atuação do agente, embora a censura possa ser anulada por ausência da exigibilidade

de conduta adequada à norma (artigo 30, § 1.º), desde que esse excesso seja culposo.

A consequência do raciocínio é lógica: não há se confundir o estado de necessidade exculpante (ação necessária) com a inexigibilidade de outra conduta. Aliás, a impossibilidade de exigência de conduta diversa é o fundamento da exculpação do estado de necessidade não discriminante (artigo 25, *in fine*, Código Penal de 1969) quando, dos bens em conflito, o sacrificado seja igual ou superior ao bem protegido.

Mas também não só por isso. Ao lado do tratamento dicotômico do estado de necessidade, o Código Penal de 1969 insere outras causas de não exigibilidade de conduta adequada à norma, como a obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico quando se conheça da ilegalidade (artigo 24, b), a impunidade do excesso culposo ou atenuação obrigatória da pena no doloso nas justificativas quando o agente esteja anormalmente motivado — medo, surpresa ou perturbação de ânimo em face da situação (artigo 30, §§ 1.º e 2.º) e o aborto terapêutico. (1) A redação dada à coação moral irresistível no Código Penal de 1969 pode, à primeira vista, deixar dúvida quanto à sua natureza jurídica. Porém, não há negar que se diferencia da imputabilidade. A supressão da faculdade de agir segundo a própria vontade não inutiliza a capacidade de culpa — fundamento da imputabilidade. Esta é mera possibilidade de se impor a censura pessoal ao autor, podendo inexistir a censura. Isto é, o agente que tem capacidade de culpa pode não ter culpa. Ora, a coação irresistível, seja através da força irresistível, seja através da ameaça, exclui a **censura**, não a capacidade potencial de sofrê-la, porque se não lhe pode exigir o sofrimento de um mal para não praticar outro. (2)

Por isso, na medida em que se diferenciam e se interpenetram, procurei dar um tratamento progressivo e sistemático ao estudo do estado de necessidade e da exigibilidade de outra conduta.

## II — CONCEITO DE CULPABILIDADE

2. O dogma do Direito Penal da culpa — **nullum crimen sine culpa** — oriundo já do Código Criminal do Império (artigo 36), (3) embora com coloração mais processual do que de direito material, e consagrado no Código Penal de 1969, faz com que a preocupação, na estruturação analítica do delito, se volte com maior intensidade para a conceituação da culpa **lacto sensu**.

Com o fracasso do psicologismo no tocante à teoria da culpabilidade — que a circunscrevia ao dolo e à culpa **stricto sensu** sem explicar a ausência de censura, embora a existência do dolo, **verbi gratia** — FRANK agregou, ao dolo e à culpa, a imputabilidade e a exigibilidade de conduta adequada à norma. <sup>(4)</sup>

Dentro desse conceito normativo de FRANK, três posições disputam a solução do problema da culpabilidade — extrema do dolo, culpabilidade extremada e culpabilidade limitada — todas se diferenciando pela conotação do erro de direito, ou de proibição, como elemento, ou não, do dolo, e a colocação deste na tipicidade ou na culpabilidade.

As duas primeiras — extrema do dolo e culpabilidade extremada — se antagonizam. A teoria extrema do dolo o insere na culpabilidade e, nele, como seu elemento, a **consciência da ilicitude**. <sup>(5)</sup>

Já a teoria da culpabilidade extremada, adotada pelos finalistas, é meramente um juízo normativo puro de censura e, no lugar do dolo que é transferido para a tipicidade, coloca-se a possibilidade de **conhecimento do ilícito**. <sup>(6)</sup>

Para conciliar as posições, como compromisso entre as duas, a jurisprudência alemã criou a teoria da culpabilidade limitada, <sup>(7)</sup> mantendo o dolo na culpa **lacto sensu**, porém, ao invés da consciência da ilicitude, fá-lo portar a **possibilidade** de tal conhecimento.

Ora, como alerta o Professor ALCIDES MUNHOZ NETTO, <sup>(8)</sup> o Código Penal de 1969 é compatível com um conceito normativo de culpabilidade. Entretanto, pela total inexcusabilidade do erro de direito ou do conhecimento atual ou possível do ilícito (artigo 20), o dolo não porta a **consciência da antijuridicidade** ou a **possibilidade** dessa consciência. Porém remanescem os elementos estruturais da culpabilidade normativa — entendida como um juízo de censura ou reprovabilidade pela atuação típica e antijurídica: <sup>(9)</sup> imputabilidade, dolo ou culpa e exigibilidade de conduta adequada à norma.

## CAPÍTULO II

### DO ESTADO DE NECESSIDADE DESCRIMINANTE

#### III — INTRODUÇÃO

3. A dogmática alemã considera o estado de necessidade como um dos mais tormentosos assuntos penais, ainda em elaboração científica e sobre o qual não se pode fazer afirmação com caráter de definitiva. <sup>(10)</sup>

Talvez por isso existam códigos que silenciam sobre a institucionalização do estado de necessidade, negando-lhe foro de cidadania de direito positivo. Assim o Código Penal de França, de 1810, inspirador das leis penais do Haiti e da República Dominicana. A solução encontrada pela doutrina desses países foi colocar o estado de necessidade na **força maior**, <sup>(11)</sup> negando à atuação típica às vezes a válida formação do querer — com isso excluindo a culpabilidade por inimputabilidade — outras a impossibilidade de adequação do agir às ordens do direito — inexigibilidade de outra conduta — e outras ainda na elaboração de uma vontade viciada, com isso eliminando o núcleo do delito na sua conceituação analítica.

Porém, o exemplo dessas legislações inspiradas pelo Código francês de 1800 não frutificou, pois as modernas codificações de Direito Penal institucionalizam o estado de necessidade.

#### IV — EVOLUÇÃO HISTÓRICA

4. O estado de necessidade, encarado como um instituto autônomo de Direito Penal, era desconhecido em Roma. O Direito Romano, a esse respeito, era casuista, como faz ver a permissibilidade de atuação não criminosa do capitão do navio que arroja ao mar a carga para impedir o naufrágio. <sup>(12)</sup>

Já o Direito intermédio reconhecia a necessidade como causa de exclusão do ilícito, limitada, entretanto, à proteção do corpo ou da vida, <sup>(13)</sup> como modernamente ocorre com o Código alemão. A **Constitutio Carolina**, v. g., aceitava o estado de necessidade como justificativa em caso de furto famélico, mesmo o de coisas sagradas. <sup>(14)</sup> O Direito espanhol medievo o adotava no Código das Partidas, admitindo o canibalismo do pai em relação ao filho. <sup>(15)</sup> Como exceção de melhor formulação, o Direito Canônico afastava a regulamentação do estado de necessidade: **necessitas non habet legem, quod non est licitum necessitas facit licitum**. <sup>(16)</sup>

De qualquer forma, essas legislações mantinham o estado de necessidade junto à elaboração da figura típica, cabendo ao Direito moderno seu transporte para a parte geral dos códigos, ao mesmo tempo em que procura fixar-lhe os contornos definitivos. <sup>(17)</sup>

#### V — CONCEITO

5. Entende ANIBAL BRUNO que “a necessidade pode justificar um fato que realiza a figura do ilícito penal”. <sup>(18)</sup> E o insígne professor pernambucano conceitua o estado de necessidade como “a situação

em que se encontra o homem que, para salvar de perigo atual ou iminente um bem jurídico próprio ou alheio, é obrigado a sacrificar um bem jurídico de outrem". (19)

Nesse conflito de interesse jurídico fundam os autores a conceituação do instituto. Assim também JOSÉ FREDERICO MARQUES E EDGARD MAGALHÃES NORONHA. (20 e 21)

Para MAURACH "el estado de necesidad es un estado de actual peligro para intereses legítimos que unicamente puede conjurar por lesión de intereses legítimos de un extraño". (22)

"Estado de necesidad es una situación extraordinaria de peligro actual ("necesidad") frente a la cual cabe solamente la propia protección mediante la lesión de un bien jurídico ajeno (o mediante el incumplimiento de un deber jurídico)". (23)

Justificando o estado de necessidade como causa de exclusão do crime, PIETRO NUVOLONE afirma: "ecco il fondamento logico dello stato di necessità: mentre nella legittima difesa la liceità del sacrificio dell'interesse dell'aggressore deriva dalla qualificazione dell'interesse difeso, qui la liceità dello stesso sacrificio deriva della **indiferenza** dell'ordinamento per appartenenza a più soggetti concretamente confligenti — del medesimo interesse". (24)

Da mesma forma CALÓN situa o estado de necessidade: "el estado de necesidad es una situación de peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede ser evitada mediante la lesión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona". (25) "El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses del otro, jurídicamente protegidos". (26)

## VI — NATUREZA JURÍDICA

6. Embora concordando à unanimidade quanto à conceituação do estado de necessidade, a doutrina divide-se no tocante à sua natureza jurídica: causa de justificação ou de exculpação somente, ou, também, às vezes uma, às vezes outra.

Para os subjetivistas pouco importa o valor dos bens defendido e sacrificado, assim como a natureza da ação. O estado de necessidade constitui-se num constrangimento moral excludente da imputabilidade. A ausência dos efeitos intimidativo e exemplar da pena a inutilizam, pelo que não deve ser aplicada. É a posição de KANT

e FEUERBACH. <sup>(27)</sup> Porém, a indagação psicológica requerida para aquilatar da inimputabilidade, mesmo com a solução de FEUERBACH do afastamento da livre auto-determinação do agente, <sup>(28)</sup> é praticamente impossível de ser respondida, seja afirmativa, seja negativamente. Para os adeptos da **teoria unitária subjetiva**, o estado de necessidade é uma causa de exculpação.

A essa teoria opôs-se a **objetiva unitária**, para a qual importa apenas a natureza particular da ação. A visão subjetiva de que "a necessidade de sacrificar um bem de outrem é **desculpada** pela necessidade interior, pela coação psíquica, que leva o agente a salvar um bem que é titular", é superada por "uma **visão objetiva**, na qual aquele sacrifício é **legitimado** pela necessidade que tem o Estado ou a ordem jurídica de salvar outros interesses ou valores jurídicos, independentemente da situação de coação em que se encontra o beneficiário desta valoração e a termos de, em vez de simplesmente o desculpar, lhe atribuir um verdadeiro **direito de necessidade**". <sup>(29)</sup>

Mas o exemplo de CARNEADES, repetido por CICERO, <sup>(30)</sup> da **tabula unius capax** — caso dos dois naufragos e da tábua única — não pode adquirir legitimidade jurídica. O direito, **in casu**, não deve considerar legítimo o sacrifício de uma vida, embora, nessa circunstância, não deva censurar a conduta do agente. Daí porque a doutrina evoluiu para a chamada **teoria diferenciadora**, para a qual às vezes o estado de necessidade torna legítima a ação — quando o bem sacrificado é menor que o defendido — e às vezes elide o juízo de censura sobre o qual repousa a culpabilidade — quando os bens são de valores iguais ou o conflito se resolve em favor do bem menor. Esta **teoria objetiva diferenciadora** recebe hoje o apoio da esmagadora maioria dos estudiosos e vem evoluindo, desde a conceituação divisional hegeliana entre bens condicionados e incondicionados. <sup>(31)</sup> MAURACH chega a afirmar que "el llamado tratamiento **diferenciado** del estado de necesidad ("teoria de la discriminación") responde en realidad al criterio hoy dominante". <sup>(32)</sup>

MEZGER entende que se deve distinguir: "1. La necesidad excluye, en tanto en cuanto se reconoce por el Derecho, el carácter antijurídico de la acción. 2. También la necesidad no reconocida como causa de exclusión del injusto puede en determinados casos excluir, por lo menos, la culpabilidad del agente". <sup>(33)</sup> E conclui o mestre: "no actúa antijurídicamente el que lesiona o pone en peligro un bien jurídico si solo por ello puede ser salvado otro bien de más valor". <sup>(34)</sup>

Nesse mesmo sentido CALÓN: "los autores discrepan acerca de

su naturaleza jurídica. Dos grupos de teorías: A) Aquellos casos en los bienes o derechos en conflicto son de diversa clase y distinto valor. El estado de necesidad es **causa de justificación**; B) Cuando los bienes en conflicto son de igual valor, especialmente cuando son vidas humanas. El que para salvar su vida causa la muerte de otro no ejecuta un hecho justo porque sacrifica el derecho de un tercero que no puede ser inculpado pues nada hizo para provocar la situación de necesidad. Aquí no hay causa de justificación sino una **causa de exclusión de culpabilidad y por consiguiente de la pena**". (35)

## VII — DIREITO BRASILEIRO: evolução histórica

7. A primeira legislação positiva brasileira — o Código Criminal do Império de 1830 — adotou, pelo artigo 14, a teoria diferenciadora, ao dispor que "será o crime justificável e não terá lugar a punição dele: § 1.º Quando for feito pelo delinquente para evitar mal maior". (36) A mesma linha foi mantida pelo Código Penal de 1890, através de seu artigo 32. (37)

Porém, tanto o Projeto SÁ PEREIRA, no artigo 11, (38) como o Projeto ALCÂNTARA MACHADO, no artigo 14, inciso III, (39) afastaram-se das legislações anteriores, adotando a teoria objetiva unitária, considerando o estado de necessidade só como causa de justificação, quaisquer os valores dos bens em conflito. Essa orientação também foi acolhida pelo Código Penal de 1940, ainda em vigor, regulando o instituto no artigo 20, (40) abonando o entendimento do ilustre A. J. DA COSTA E SILVA. (41)

O Anteprojeto de Código Penal elaborado pelo Ministro NELSON HUNGRIA retornou à adoção da teoria diferenciadora, ora excluindo a criminalidade do ato quando o bem sacrificado seja de valor consideravelmente inferior — art. 26, (42) ora excluindo a culpabilidade, quando o bem sacrificado seja de igual ou maior valor que o bem protegido. (43)

A posição do Anteprojeto HUNGRIA foi a adotada pelo Código Penal de 1969, como se examinará adiante.:

## VIII — DIREITO COMPARADO

8. As legislações podem ser divididas quanto à adoção das teorias unitária ou diferenciadora, bem como em relação à relevância do excesso e, ainda, quanto aos bens a serem defendidos.

Entre os códigos que adotam a teoria unitária, situam-se o italiano, (44) o português (art. 45), e o alemão, (45) este limitando a

excusante (como o trata) à proteção da vida ou do corpo. Já consagram o estado de necessidade como excludente da criminalidade desde que não haja causado mal maior que o evitado, os códigos russo, <sup>(46)</sup> Penal Tipo para a América Latina, <sup>(47)</sup> espanhol, <sup>(48)</sup> grego, <sup>(49)</sup> argentino, <sup>(50)</sup> mexicano <sup>(51)</sup> e projeto de Código Penal português elaborado pelo professor EDUARDO HENRIQUES DA SILVA CORREIA. <sup>(52)</sup>

Quanto ao excesso, tratam-no as legislações penais da Itália (art. 55) e Grécia (art. 23), bem como o Código Penal Tipo para a América Latina (art. 4). Todas as leis penais admitem o estado de necessidade por conflito entre quaisquer bens jurídicos, exceto a alemã.

## IX — ELEMENTOS DO ESTADO DE NECESSIDADE

9. O Código Penal editado em 21 de outubro de 1969 e calado do Projeto HUNGRIA adotou, como se já disse, a teoria diferenciadora quanto ao estado de necessidade, somente o admitindo como justificante desde que concorram os elementos (art. 28).

1. do perigo certo e atual a bem jurídico do agente ou de outrem (auxílio necessário); 2. causação de mal sensivelmente menor que o evitado e inevitabilidade desse dano; 3. inexistência da obrigação, pelo agente, de enfrentar o perigo.

9.1 "Perigo é a modificação do mundo exterior que contém a probabilidade (não mera possibilidade) de provocar um dano". <sup>(53)</sup>

Duas concepções procuram resolver o conceito de perigo. Para os subjetivistas "o perigo não tem existência concreta, sendo apenas fruto de nossa imaginação e de nossa incapacidade de conhecer todas as causas e condições dos fenômenos". <sup>(54)</sup> Já os objetivistas entendem que o perigo é "a possibilidade objetiva de ocorrência de um dano". <sup>(55)</sup>

Não há negar que ao conceito de perigo, como admitia ARTURO ROCCO, <sup>(56)</sup> concorrem elementos objetivos e subjetivos.

No entanto, o perigo deve ser constatado objetivamente, <sup>(57)</sup> o que não afasta, para o seu conhecimento, uma determinada **previsibilidade** do agente. <sup>(58)</sup>

Por outro lado, há que existir a atualidade e certeza do perigo. <sup>(59)</sup> Na afirmação de MAURACH, "la acción de necesidad tan solo está justificada si el bien a salvar en su concreta situación de peligro, **necesita de protección**". <sup>(60)</sup>



9.2 O mal causado deve ser, como diz o Código Penal de 1969, consideravelmente inferior ao mal evitado. Essa valoração dos bens em conflito para situar-se o estado de necessidade como justificativa, deve ser feita objetivamente. "La valoración de los bienes en conflicto habrá de realizarse con criterios objetivos, en primer lugar conforme a los preceptos legales, y si en ellos no se hallare base suficiente para efectuarla, se hará sobre las ideas de derecho y de justicia". (61)

Essa posição — da solução do conflito de bens pelo critério legal — é defendida por NUVOLONE. (62) Mas naqueles casos em que não haja solução para o conflito tão só pelo critério legislativo, seja pela maior valoração ao bem jurídico tutelado, seja pela maior gravidade, qualitativa ou quantitativa, da sanção imposta, como quer GROSSO, (63) nada obsta a que se recorra a um critério ético-social. (64) Mas não se negue que este deve ser o último socorro a ser procurado, em que pese a opinião de REALE JUNIOR, (65) pela ampla dose de arbítrio que se comete ao julgador, ainda mais porque, na valoração das ações para erigi-las em tipos e dar-lhes diferentes sanções, tal critério político já foi observado pelo legislador.

Aliás, a propósito é válida a afirmação de JESCHEK, ao combater o aumento dos poderes discricionários do juiz: "infatti, sebbene nelle discussioni internazionali si parli ora ripetutamente a favore di un potere discrezionale del giudice il più possibile libero, il progetto ha preso a cuore il vincolo del giudice ad opera del legislatore, non perchè il nostri giudizi siano meno degni di fiducia di quelli stranieri, mas perchè la sicurezza della libertà, mediante una rigorosa osservanza della divisione dei poteri, appare più importante di un utile dal punto di vista politico-criminale, che potrebbe essere trovato nella estensione della discrezionalità del giudizio". (66)

9.3 O agente não deve ter a obrigação de enfrentar o perigo, quer essa obrigação derive de lei, de contrato ou de seu comportamento anterior. Tanto é irrelevante a alegação de necessidade por quem tem o dever legal de enfrentar o perigo (v. g., bombeiro no combate ao fogo), como por quem assumiu essa obrigação em decorrência de contrato ou por haver acarretado o perigo. Parece-me não mais cabimento a discussão sobre se o dever a afastar o estado de necessidade seria apenas o **legal** ou também o **jurídico**. O tratamento dado pelo Código Penal de 1969 (art. 13) à omissão insere-se sistematicamente no estado de necessidade discriminante.

Embora o Código Penal de 1940 permita a dirimente quando o agente houver causado o perigo **culposamente**, como faz ver a expressão "não causou por sua vontade" (art. 20), (67) tal não ocorre

na nova legislação penal. Basta o perigo haver sido provocado pelo agente: tem o dever de enfrentá-lo, pouco importando que, na causação do perigo, o agente tenha atuado com dolo ou culpa **stricto sensu** (art. 13, § 2.º, e 17, II, C. Penal de 1969).

Mas não se creia que a simples **causação** do perigo basta para excluir o estado de necessidade. O caso fortuito e a força maior (art. 18), assim também os casos em que o perigo tenha sido criado sem dolo ou culpa em sentido estrito, mantém a possibilidade da excludente de criminalidade do estado de necessidade (art. 19).

Também, mister que o bem ameaçado não possa ser salvo sem o sacrifício de outro, sob pena de não haver cobertura jurídica, pelo estado de necessidade, à ação lesiva.

### CAPÍTULO III

#### EXIGIBILIDADE DE CONDOTA ADEQUADA À NORMA

##### X — CONCEITO

10. Como já se afirmou, na dogmática penal um dos elementos do delito que mais insistentemente tem merecido atenção é, não há negar, a culpabilidade. Não só pela angústia que tem provocado a sistemática definidora de nossos diplomas legais com relação à imputabilidade, dando-a sempre pela forma de sua inexistência (incapacidade bio-psicológica normativa de entender e de querer), como em relação aos conceitos de dolo e culpa em sentido estrito e, principalmente, com a não estratificação, em forma sólida, da **exigibilidade de conduta adequada à norma** como elemento integrante do juízo de censura. Daí porque a audácia de tentar indicar as dificuldades que a envolvem, sem, porém, o atrevimento de buscar afastá-las.

A exigibilidade é, para alguns, <sup>(68)</sup> a possibilidade de "formação de um querer imune de defeitos", <sup>(69)</sup> enquanto, para outros, <sup>(70)</sup> representa a "possibilidade de motivação normal da vontade do agente, em consequência da normalidade das circunstâncias concomitantes do fato".

Verdade que o ilustre professor alemão MAURACH se contrapõe ao conceito de circunstâncias concomitantes, afirmando-o uma ficção, desde que afirma inexistir crime que não resulte de certo estado de coação, puramente subjetivo embora. <sup>(71)</sup>

Erroneamente se procura condicionar sua existência à falta de liberdade, dizendo-se que "vontade sem liberdade não é vontade". <sup>(72)</sup> Ora, tanto na coação moral irresistível, como na obediência hie-

rárquica, assim também na ação necessária, o agente atua com liberdade de optar entre sofrer um mal ou agir injustamente. Há, pois, aquele mínimo de liberdade necessário à existência da vontade e, ao mesmo tempo, incensurabilidade por não exigibilidade de conduta adequada à norma.

Fugindo a uma conceituação direta, EBERHARD SCHMIDT di-la existente "cuando el proceso de motivación del autor, atendiendo a la situación de conjunto, no deba ser motejado de incorrecto, o contrario a lo debido". (73) Na mesma forma a estrutura REINHARD FRANK ao crer impossível a reprovação quando o "autor de certas ações tenha agido debaixo de certa anormalidade". (74)

Pode-se concluir que a exigibilidade de conduta adequada à norma "é a faculdade, que se reconhece no homem normal, de resistir aos seus próprios impulsos, conformando sua conduta às exigências do direito". (75)

É, enfim, **a possibilidade de se exigir do agente imputável (capacidade de culpa), nas condições do seu atuar doloso ou culposo, a adequação do seu comportamento às normas do direito.**

## XI — EVOLUÇÃO HISTÓRICA

11. Em Stuttgart, 1857, VON WACHTER referiu-se a "circunstâncias nas quais uma extraordinária força física ou psíquica coloca o agente, que vê atacados ou em perigo seus bens ou os de um estranho, em tal situação que se lhe não pode exigir, como regra, que se resigne ao sacrifício, e, se atua, se o deve estimar impune, o que não supõe que o ato seja lícito". (76) Não resta dúvida que a conjugação do juízo de antijuridicidade — não suposição de ato lícito — com uma causa de exculpação — inexigibilidade de resignação ao sacrifício — conduziu à inclusão de outro elemento, que não só o dolo e a culpa em sentido estrito, na estrutura da culpabilidade, embora ainda de forma incipiente e sem maiores preocupações de ordem sistemático-doutrinária.

Ainda no século XIX, DOLMAN afirmava que a lei, "no estado de necessidade, desculpa uma conduta antijurídica porque não pode exigir o heroísmo", (77) concluindo BERNER (Berlim, 1898), que "o estado de necessidade se fundamenta sobre um direito de necessidade ou constitui uma simples causa de inculpabilidade", (78) isto é, excluindo, **ultima ratio**, a censurabilidade pessoal.

Essas posições da doutrina se compatibilizaram com a decisão do **Reichsgericht**, proferida em 23 de maio de 1897 pela IV Sala de

Penal, em relação a um crime culposo de lesões corporais e apontada como a primeira que se ocupou da **inexigibilidade de outra conduta** como motivo de exculpação. Decidiu o tribunal pela não culpabilidade de um cocheiro que viu-se compelido, pelo patrão, a atrelar à sua carroça um cavalo assustadíssimo, com isso ocorrendo um atropelamento previsível e previsto, <sup>(79)</sup> ainda que não aceito nem querido.

Com base nesse entendimento jurisprudencial, FRANK, em 1907, formulou a concepção normativa da culpabilidade, em oposição à psicológica, na qual inseriu, ao lado do dolo ou da culpa **stricto sensu** e da imputabilidade do autor, o núcleo da reprovação consistente na possibilidade de se exigir normal motivação ou, em outras palavras, adequação da conduta às normas do direito. <sup>(80)</sup>

Partindo dessa motivação anormal como um dos elementos do juízo de censura que é a culpabilidade normativa, JAMES GOLDSCHMIDT afirmou que "embora a motivação normal não seja o único pressuposto da exibibilidade e da reprovabilidade, a motivação anormal constitui, em contrapartida, o único pressuposto da não exigibilidade". <sup>(81)</sup>

Hoje, não há duvidar, espancou-se da doutrina um conceito meramente psicológico da culpabilidade, em que pese a oposição abalada e ponderável de SEBASTIÁN SOLÉR, <sup>(82)</sup> ainda que se não tenha alcançado a sua estruturação definitiva, mercê da evolução constante que vem sofrendo como elemento estrutural do delito. Mas pode-se colocar a exibibilidade de outra conduta como o núcleo de reprovação pessoal irrogável ao autor de uma ação típica e antijurídica.

## XII — NATUREZA JURÍDICA

12. Ainda que WELZEL tenha construído um conceito de culpabilidade do qual não consta a exigibilidade de outra conduta por considerá-la tão só causa de exclusão da antijuridicidade nos delitos culposos e dolosos omissos, excepcionalmente nos dolosos comissivos, <sup>(83)</sup> a esmagadora maioria dos autores a inclui entre os elementos do juízo de censura (culpabilidade).

Para ANIBAL BRUNO a culpabilidade estará excluída também "se concorrerem circunstâncias em face das quais não se pode exigir de quem atua um comportamento ajustado ao dever". <sup>(84)</sup> E o ilustre professor pernambucano é mais explícito nessa posição ao desdobrar a culpabilidade em seus elementos integrantes. <sup>(85)</sup> "A culpabilidade, assim, não consiste somente em se ter querido o resultado

com consciência de sua ilicitude, ou dado causa a este por negligência ou imperícia, sua essência está na censurabilidade”, vale dizer, “a exigibilidade de conduta diversa é, assim, pressuposto da censurabilidade pessoal”. (86)

RICARDO C. NUÑEZ, por igual, insere a exigibilidade no conceito da culpabilidade, ao dizer que a reprovação se dará “se as circunstâncias internas e externas, concomitantes à sua ação delituosa, demonstram que era exigível comportamento psíquico distinto do observado”. (87) “O juízo de censura em que se estrutura a culpa não se esgota numa relação subjetiva do fato com o agente sob a forma de dolo ou negligência, mas supõe sempre a possibilidade de se exigir do agente um outro comportamento”. (88)

MEZGER nota que “embora o juízo de culpabilidade ligue-se a uma determinada situação de fato, que reside no agente, não se pode duvidar que esta situação deva ser valorizada e considerada como um processo reprovável para o agente”, (89) colocando, como se vê, a exigibilidade na estrutura da culpa **lacto sensu**. (90)

Mesmo MAURACH que havia criado a **responsabilidade do fato**, (91) inserida entre a antijuridicidade e a culpabilidade — que denomina **atribuibilidade** (“el delito es una acción típicamente antijurídica, atribuible”. (92) — e fundada na exigibilidade de conduta adequada ao direito, embora a situasse não “al final de la teoría de la culpabilidad, sino **fuera**, esto es, **antes** de ella”, (93) parece ter reconsiderado ao afirmar, em 1966, que “o terceiro e último elemento da culpabilidade também se configura por um juízo de valor: é a exigibilidade também se configura por um juízo de valor: é a exigibilidade de uma conduta conforme o direito, ou conforme a norma, que é elemento necessário da culpabilidade; portanto a não exigibilidade constitui fator que elimina a culpabilidade, de acordo com o aforisma **ultra posse nemo obligatur**”. (94)

Aliás, nesse sentido BETTIOL, ao situá-la como “o terceiro requisito para que o juiz possa reconhecer como culpável um ato lesivo” (“a normalidade das circunstâncias com que a ação foi praticada”). (95) Porém, JOSÉ FREDERICO MARQUES, que acompanha o autor italiano, labora em equívoco ao situar o erro de fato — onde inexistente dolo por ausência de representação (elemento intelectual) — como não exigibilidade de outra conduta. (96)

Ora, partindo do conceito normativo de culpabilidade, a ausência da exigibilidade implica na inexistência do juízo de censura pessoal e, a grosso modo, na impossibilidade de se exigir do autor uma

conduta compatível com o direito, ou, no falar de SCARANO, "a não exigibilidade constitui a **ratio** das causas que excluem a culpabilidade". (97)

Em verdade, o inimputável ou o que atua sem dolo ou culpa **stricto sensu** age de forma a se lhe tornar inexigível outra conduta. Como se exigir do louco uma atuação conforme o direito? O que importa, pois, é a colocação da exigibilidade na estrutura da culpabilidade, mas de forma a que só se alcance um juízo de valor sobre ela quando vencidos os pressupostos de sua apreciação e existência: imputabilidade e atuação dolosa ou culposa do autor.

Por isso, "a culpabilidade requer a imputabilidade do autor, sua vinculação psicológica ao crime e a normalidade de motivação, com a consequente exigibilidade de comportamento diverso". (98)

### XIII — CAUSAS LEGAIS DE NÃO EXIGIBILIDADE:

#### **Autoria Mediata e Ação Necessária**

13. Indubitável que a exigibilidade assim conceituada, em sua face negativa — inexigibilidade, tem íntima ligação com a problemática da autoria mediata ou indireta.

Como autor mediato é quem atua por intermédio de outrem sem culpabilidade, (99) no cumprimento a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico e na coação moral irresistível há incidência do problema, tanto que se pune o autor da coação ou da ordem (art. 18 do Código Penal de 1940 e art. 24, par. único, do Código Penal de 1969).

Tanto a obediência hierárquica como a coação moral irresistível podem ser casos de **não exigibilidade de conduta adequada à norma**, previstos como motivos de exculpação.

Embora a obediência hierárquica possa atuar no dolo e na culpa por ausência de representação do fato como ilícito, nada impede que o executor da ordem a saiba ilegal — ainda que não manifestamente — e, diante da impossibilidade de não cumpri-la sem graves riscos pessoais, ter um atuar não censurável por não exigibilidade de outra conduta. FREDERICO MARQUES também entende que o executor da ordem tanto pode presumir sua licitude, quanto se sentir impossibilitado de desobedecer àquele que a ditou, (100) secundando o pensamento de ANTÓN ONECA. (101)

Outro é o entendimento de ARTURO SANTORO ao afirmar exculpável o agente somente quando, pela não manifesta ilegalidade

da ordem, não atue com dolo. Estende, porém, a exculpação quando o erro sobre a legitimidade deriva de culpa. **Quando il destinatario dell'ordine penalmente illegittimo, cioè criminoso, non era tenuto ad eseguirlo, può non aversi responsabilità di lui per difetto di colpevolezza.** <sup>(102)</sup>

Quanto à coação moral irresistível há, não é temerário afirmá-lo, quase unanimidade de autores situando-a no campo da não exigibilidade. Aqui o agente imputável também atua com dolo, porém é impossível exigir-se-lhe uma adequação de sua conduta às normas do direito. Como já se afirmou anteriormente (n. 1), a redação dada pelo Código Penal de 1969 à coação irresistível não muda a sua natureza jurídica.

14. O Código Penal de 1969 (art. 25) regulou a ação necessária como causa de exculpação quanto a conflito de **direito**, não a restringindo apenas à vida ou à integridade física.

Adotou, no tocante ao auxílio necessário, a teoria da identidade pessoal, perante a qual o auxílio só é válido quando o agente igualmente se sacrificaria pela pessoa em favor de quem atua. Daí porque a restrição pessoal contida no corpo do artigo 25.

#### XIV — CAUSA GERAL DE EXCULPAÇÃO

15. Sendo, pois, um elemento estrutural da culpabilidade, imposto ao agente imputável e que atua com dolo ou culpa com normal motivação, a ausência da exigibilidade de outra conduta implica no afastamento do juízo de reprovação em relação ao ato típico e anti-jurídico. "Não há por que deixar de admitir a exclusão da culpabilidade quando uma conduta típica ocorreu sob pressão normal de acontecimentos e circunstâncias que excluem o caráter reprovável dessa mesma conduta. Cortar, **a priori**, uma forma genérica de inexigibilidade de outra conduta como causa de exclusão da culpabilidade, ou é supor que o legislador penal tem uma consciência que em outros setores do direito ninguém afirma existir, ou então considerar o Direito Penal uma espécie **sui generis** da ciência jurídica, em que não há omissões nem lacunas — verdadeira zona do universo jurídico, onde o sentido finalístico da norma jurídica, como imperativo das exigências sociais, deve ser de todo riscado". <sup>(103)</sup>

Também para ANIBAL BRUNO a ausência da exigibilidade constitui uma causa supra-legal de exculpação. "Cabe admitir a não exigibilidade de conduta diversa com o caráter de causa geral de exclusão da culpabilidade em qualquer de suas formas, dolo ou culpa.

Tal princípio está realmente implícito no Código e pode aplicar-se, por analogia, a casos semelhantes aos expressamente previstos no sistema. Na realidade, são casos de verdadeiras lacunas da lei, que a analogia vem cobrir pela aplicação de um princípio latente no sistema legal. É a analogia **in bonam partem**, que reconhecemos como tendo aplicação ao Direito Penal". (104)

MUNHOZ NETTO, ao referir que "a conduta só se considera culpável quando outro comportamento não se poderia exigir do agente", (105) evidentemente coloca a não exigibilidade como causa geral de exculpação, o que, aliás, deixa patente ao citar DELITALA na afirmação de excluir-se "a reprovação e, portanto, a culpabilidade, se ocorrem circunstâncias em face das quais não se pode exigir de quem atua um comportamento ajustado ao direito". (106) **"Cuando no pueda serle exigida al autor una conducta conforme a Derecho, a pesar de que el agente ha apercebido el alcance real y jurídico de su conducta, o por lo menos, a pesar de que hubiera debido e podido apreciarlo, cuando no era posible esperar que la representación del resultado típico y carácter socialmente dañino fueran contra motivo decisorio para que el autor motivara su conducta de acuerdo con el Derecho; o, dicho con otras palabras: cuando el proceso de motivación del autor, "atendiendo a la situación de conjunto no deba ser motejado de incorrecto o contrario a lo debido".** (107)

No mesmo passo WELZEL, após considerar que **"por regla general, el Derecho exige al autor imputable e que puede, además, conocer la antijuridicidad de su proceder voluntario, que determine su voluntad conforme a estas posibles consideraciones"**, conclui: "sin embargo, hay situaciones decisivas en que un obrar adecuado al Derecho no es exigible al autor imputable que actúa con intero conocimiento de lo injusto". (108) ASÚA, após situar a exigibilidade como a base da reprovação, afirma que, "en consecuencia, si no le es exigible esa conducta, la reprovabilidad no puede dirigirse contra quién, incluso voluntariamente, ha procedido antijuridicamente". (109)

A não exigibilidade pode ser invocada, apesar de não haver texto expresse de lei, como forma genérica de exculpação, visto que se trata de princípio inerente ao sistema penal. (110)

MAURACH, após reformular a sua construção e situar a exigibilidade na estrutura da culpa **lacto sensu**, também admite a sua inexistência como causa de exclusão da culpabilidade, cauteloso, embora, no generalizá-la. Apenas MEZGER, após considerar a não exigibilidade como causa geral de exclusão do juízo de reprovabilidade, no decorrer do domínio político do nacional-socialismo, não mais a ca-



talogueu dessa forma por motivos pragmáticos, mais do que dogmáticos. <sup>(111)</sup>

Por outro lado está, hoje, superada a controvérsia da aplicabilidade dessa causa geral de exculpação aos delitos dolosos, tanto os omissivos quanto os comissivos. Em suma, a não exigibilidade de outra conduta deve ser considerada causa geral de exclusão da culpabilidade, ainda que não prevista especificamente, em relação a quaisquer delitos.

Aliás, tomando-se o conceito de força maior como a compulsão da vontade humana à prática de uma ação positiva ou negativa, <sup>(112)</sup> não se afasta a continência da não exigibilidade de outra conduta, por esse conceito, e, assim, pelo artigo 18 do Código Penal de 1969, que regula esse instituto, não há falar em culpabilidade. Esse dispositivo, complementado pelo art. 25 e o parágrafo 1.º do artigo 30, regula a não exigibilidade como causa geral de exclusão da culpa **lacto sensu** no direito positivo brasileiro, quanto mais não seja pela aplicação da analogia **in bonam partem**.

## XV — CRITÉRIO LIMITADOR

16. Entanto se faz necessário o estabelecimento de um critério que permita a fixação dos limites da exculpação por não exigibilidade, solucionando a aplicação do instituto. Não resta dúvida da importância de tal fixação a fim de prevenir abusos no seu reconhecimento. 16.1 Não há negar que só é relevante a não exigibilidade quando exista colisão de direitos, isto é, interesses juridicamente reconhecidos, em que pese a posição de EDUARDO CORREIA ao entender que "a colisão entre deveres morais, ou entre deveres jurídicos e morais ou de consciência que, nem por não serem juridicamente reconhecidos, deixar de ser merecedores — porventura até no mais alto grau de conduzir a uma exclusão de culpa quando o agente se pronunciar a favor deles". <sup>(113)</sup>

Assim, seria exigível uma conduta adequada à norma quando a compulsão se desse em razão de fatores morais. A situação exógena, pois, concomitante à conduta e capaz de viciar a escolha conducente à não exigibilidade, seria aquela calcada em direito e como tal reconhecido. Por isso que, v. g., seria censurável a conduta daquele pai que deixa de internar a filha gravemente enferma, com isso ocorrendo a morte, para cumprir a promessa feita à mulher moribunda, ou a daquele sacerdote que dirige sem habilitação para prestar consolo espiritual a alguém prestes a morrer. <sup>(114)</sup>

À ordem jurídica deve imperar, por sua superioridade e independência, sobre valores morais e ou religiosos.

16.2 Por outro lado, a motivação do agente só pode ser considerada anormalmente referida quando resulte de "excusável medo, surpresa ou perturbação de ânimo" (art. 30, § 1.º, Código Penal de 1969).

Só fundado nesse princípio dicotômico — colisão de deveres juridicamente reconhecidos e vontade originada de excusável medo, surpresa ou perturbação de ânimo — se pode reconhecer a inexistência da exigibilidade de outra conduta e afastar-se, por isso, o juízo de reprovação em que consiste a culpabilidade.

### BIBLIOGRAFIA

1. HANS HEINRICH JESCHEK, **Le Basi Ideologiche e Politiche del Progetto per un Nuovo Codice Penale Germanico**, in "Scuola Positiva", IV Serie, ANNO VI, 1964, p. 13.
2. Em contrário, ALCIDES MUNHOZ NETTO, **Causas de Exclusão da Culpabilidade no Código Penal de 1969**, Semana do Advogado, Curitiba, 7 de agosto de 1972.
3. "Art. 36. Nenhuma presunção, por mais vehemente que seja, dará motivo para imposição de pena".
4. REINHART MAURACH, **A Teoria da Culpabilidade no Direito Penal Alemão**, Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n. 15, p. 22/3.
5. V, nota 4, p. 30.
6. V. nota 4, p. 32. Também HANS WELZEL, **Derecho Penal Alemán**, 11.a ed., Chile, 1970, p.
7. V. nota 4, p. 33.
8. ALCIDES MUNHOZ NETTO, **A Culpabilidade no Novo Código**, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, n. 13, p. 141.
9. HANS WELZEL, **Derecho Penal, parte general**, p. 148.
10. VON HIPPEL, **Direito Penal Alemão**, v. I, p. 236, e ANIBAL BRUNO, **Direito Penal**, t. I, p. 375. Este autor faz a comparação entre o estado de necessidade e a legítima defesa. Também GIAN DOMENICO PISAPIA, **Istituzioni di Diritto Penale**, Padova, 1970, p. 145.
11. "Se invece la volontà umana è piegata al compimento di un'azione (positiva o negativa), si parlerà di forza maggiore". ENRICO ALTAVILLA, **La Colpa**, p. 195.
12. GALDINO DE SIQUEIRA, **Tratado de Direito Penal**, v. I, p. 346. Também ANIBAL BRUNO, op. cit., t. I, p. 374, citando, **in casu**, a **Lex Rhodia de Jactu**.
13. ANIBAL BRUNO op. cit., loc. cit..
14. "Furto necessário ou em caso de penúria para salvar-se o acusado ou sua mulher e filhos, casos em que, se fosse considerável e manifesto, deviam ser consultados os jurisperitos. Igualmente em caso de furto de coisas sagradas, cometidos em virtude de fome", cf. GALDINO DE SIQUEIRA, op. cit., p. 346/7.
15. "Seguno el fuero leal de España, seyendo el padre cercado en algun castillo que touiesse señor si fuesse tan cuytado de fambre que non ouiesse al que comer, puede comer al fijo sin mal estança, ante que diese el castillo, sin mandado de su señor". Part. 4.ª, tit. XVII, ley VIII.

16. Veja-se, a propósito, SEBASTIÁN SOLÉR; **Causas de Justificação da Conduta**, in *Revista de Direito Penal*, n. 5, p. 14.
17. ANIBAL BRUNO, op. e loc. cit..
18. ANIBAL BRUNO, op. cit., t. I, p. 373.
19. ANIBAL BRUNO, idem, ibidem.
20. "O estado de necessidade tem como **abstractum** uma situação de perigo para determinado bem jurídico, que somente pode salvar-se mediante violação de outro bem jurídico". JOSÉ FREDERICO MARQUES, **Tratado de Direito Penal**, v. 2, p. 124.
21. "Diz-se em estado de necessidade a pessoa que, para salvar um bem jurídico seu ou alheio, exposto a perigo atual ou iminente, sacrifica o de outrem. Existe no estado de necessidade um conflito de bens-interesses". MAGALHÃES NORONHA, **Direito Penal**, v. I, p. 211.
22. REINHARD MAURACH, **Tratado de Derecho Penal**, v. I, p. 389.
23. WILHELM SAUER, **Derecho Penal**, p. g., p. 195.
24. PIETRO NUVOLONE, **Diritto Penale**, p. g., p. 172
25. EUGÉNIO CUELLO CALÓN, **Derecho Penal**, t. I, p. 375.
26. JUAN DEL ROSAL, **Tratado de Derecho Penal Español**, v. I, p. 829/30.
27. EDUARDO CORREIA, **Direito Criminal**, v. II, p. 73, e GALDINO DE SIQUEIRA, op. cit., p. 349.
28. EDUARDO CORREIA, op. cit., v. II, p. 74.
29. EDUARDO CORREIA, **Direito Criminal**, v. II, p. 80.
30. CICERO, **De Officiis**, lib. 3, cap. II/III.
31. EDUARDO CORREIA, op. cit., v. II, p. 84 — HANS WELZEL discorda dessa diferenciação: "la necesidad es independiente de una proporcionalidad entre el bien agredido y la lesión necesaria para su protección (**Derecho Penal**, p. g., p. 93).
32. REINHART MAURACH, op. cit., v. I, p. 389.
33. EDMUND MEZGER, **Tratado de Derecho Penal**, v. I, p. 449.
34. EDMUND MEZGER, op. cit., v. I, p. 464.
35. EUGÉNIO CUELLO CALÓN, op. cit., v. I, p. 376/7.
36. "Para que o crime seja justificável, neste caso, deverão intervir conjuntamente a favor do delinquente os seguintes requisitos: 1.º Certeza do mal que se propõe evitar. 2.º Falta absoluta de outro meio menos prejudicial. 3.º Probabilidade da efficacia do que se empregou". Código Criminal de 1830, art. 14.
37. "Art. 32. Não serão criminosos: § 1.º Os que praticarem o crime para evitar mal maior". Código Penal de 1890.
38. "Encontra-se em estado de necessidade aquele que infringir a lei penal para preservar um bem, seu ou de outrem, notadamente a vida, a integridade corpórea, o patrimônio, a liberdade e a honra, de dano relevante com que o ameaça perigo atual, que não tenha voluntariamente provocado, nem de outra maneira pudesse evitar".
39. "Não será também punível aquele que praticar a ação ou omissão: III — para salvar a vida, a liberdade, a honra ou outro direito relevante, próprio ou alheio, de perigo atual e grave, que o agente não tenha voluntariamente provocado, não possa evitar de outra maneira e não tenha o dever jurídico de afrontar".

40. "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".
41. "Somente a teoria unitária, que vê no estado de necessidade uma circunstância que tira ao fato o caráter criminoso, reputando-o conforme ao Direito, leva a resultados satisfatórios". Código Penal, São Paulo, 1943, v. 1, p. 156.
42. "Considera-se em estado de necessidade quem pratica um mal para preservar de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, direito seu ou alheio, 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".
43. "Também não é culpado quem, pela necessidade de proteger direito próprio ou de seu parente em linha reta, irmão, cônjuge, 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".
44. "Art. 54. Stato di necessità. Non é punibile chi ha commesso il fatto per esseri stato costretto dalla necessità di salvare sè od altrui dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, nè altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo".
45. "Art. 54. L'acte punissable n'existe pas lorsque, se trouvant das un état de nécessité indépendante de sa volonté et inévitable par un autre moyen, l'auteur a comis un acte, autre qu'un acte de légitime défense, pour sauver d'un danger actuel sa perscne cu sa vie, ou celles d'un de ses proches". A legislação a entrar em vigor a partir de 1.º de janeiro de 1973 adota a teoria diferenciadora.
46. "Art. 14. No constituye delito el acto que, aun reuniendo los caracteres de un acción prevista por la ley penal, sea cometido en estado de extrema necesidad, es decir, para conjurar el peligro que amenaza a los intereses del Estado soviético, los intereses sociales, a la persona o los derechos de esta o de otros ciudadanos, si dicho pelibro, dadas las circunstancias del caso, no pudo ser eliminado por otros medios y cuando el daño causado sea menos grave que el evitado".
47. "Art. 2.º. No comete delito el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor".
48. "Art. 8. Son exempts de responsabilité pénale: 7.º, a) que le mal causé ne soit pas plus grand qui celui que l'on a tenté d'éviter".
49. "Art. 25. L'acte commis afin d'écarter un danger présent et autrement inélutable, menaçant, sans qu'il y ait faute de l'auteur, sa personne ou ses biens ou ceux d'altrui, n'est pas injuste, lorsque la nature et l'importance du dommage causé sont considerablement inferieures au dommage évité".
50. "Art. 34. Non son punibles. 3.º El que causare un mal para evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño".
51. "Art. 15, IV, ... o la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave y inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos prejudicial".

52. "Art. 37. 2.º. A ponderação dos interesses em conflito, considerando-se especialmente o bem jurídico em perigo, mostra que o interesse que o agente visa proteger é sensivelmente superior ao interesse sacrificado".
53. HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, v. I, p. 99.
54. HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Conduta Punível*, p. 80.
55. HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *idem*, *ibidem*.
56. ARTURO ROCCO, *L' Oggetto del Reato*, p. 303. "Ogni pericolo ha un quid di subbiettivo, anzi di obbiettivo e subbiettivo ensieme, e non esiste un pericolo puramente oggetivo e puramente soggettivo".
57. FILIPPO GRISPIGNI, *Diritto Penale*, v. II, p. 77.
58. HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, v. 3, p. 622.
59. ANIBAL BRUNO, *Direito Penal*, t. I, p. 381.
60. REINHART MAURACH *op. cit.*, v. I, p. 393.
61. EUGÉNIO CUELLO CALÓN, *op. cit.*, v. I, p. 377.
62. PIETRO NUVOLONE, *I Limiti Taciti della Norma Penale*, p. 122.
63. CARLO F. GROSSO, *Difesa Legitima e Stato di Necessità*, p. 31. HANS WELZEL afirma categoricamente que "para la apreciación de los bienes jurídicos habrá que recurrir al orden jurídico en su conjunto; un punto de apoyo ofrece especialmente el monto de las cominaciones penales en hechos que en lo demás tengan características similares" (*Derecho Penal Alemán*, 11.ª ed., p. 132).
64. MIGUEL REALE JUNIOR, *Dos Estados de Necessidade*, p. 86.
65. MIGUEL REALE JUNIOR, *op. e loc. cit.*
66. HANS HEINRICH JESCHEK, *Le Basi Ideologiche e Politiche del Progetto per un Nuovo Codice Penale Germanico*, Scuola Positiva, IV Serie, ANNO VI, 1964, p. 16
67. ANIBAL BRUNO, *op. cit.*, t. I, p. 383. A legislação alemã a vigorar a partir de 1.º de janeiro de 1973, além de adotar a teoria diferenciadora (v. nota 45), permite o estado de necessidade mesmo àquele que cria o perigo, seja dolosa, seja culposamente.
68. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado de Direito Penal*, v. 2, p. 223.
69. GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto Penale*, p. g., p. 334.
70. ANIBAL BRUNO, *Direito Penal*, t. 2, p. 97.
71. REINHART MAURACH, *op. cit.*, p. 91.
72. ODIN AMERICANO, *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*, Forense, p. 336.
73. Cf. aponta LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, v. VI, p. 938.
74. V. nota 73, p. 939.
75. ALCIDES MUNHOZ NETTO, *Aspectos da Culpabilidade no Direito Penal*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, n. 10, p. 96.
76. Cf. notícia histórica de LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, nota 73, p. 933.
77. V. nota 76.
78. V. nota 76.
79. V. nota 73, p. 934/5.
80. V. nota 74, p. 934.
81. JAMES GOLDSCHMIDT, *Concepción Normativa*, p. 31.
82. SEBASTIÁN SOLÉR, *Culpabilidade Real e Culpabilidade Presumida*, Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n. 4, p. 5/36.
83. HANS WELZEL, *Derecho Penal*, p. g., 1956, p. 180.

84. V. nota 70, p. 30.
85. V. nota 70, p. 38.
86. ALCIDES MUNHOZ NETTO, **Aspectos do Anteprojeto de Código Penal**, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, n. 9, p. 91.
87. RICARDO C. NUÑEZ, **La Culpabilidad en el Código Penal**, p. 4/5, noticiando a concepção normativa de culpabilidade.
88. EDUARDO CORREIA, **Direito Criminal**, v. I, p. 443.
89. EDMUNDO MEZGER, **Tratado de Derecho Penal**, t. II, p. 4.
90. V. nota 89, p. 203 e seguintes.
91. REINHART MAURACH, op. cit., p. 34.
92. V. nota 91, v. I., p. 154.
93. V. nota 91, v. II, p. 48.
94. REINHART MAURACH, **A Teoria da Culpabilidade no Direito Penal Alemão**, Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n. 15, p. 35.
95. V. nota 69.
96. V. nota 68, p. 224.
97. V. nota 68.
98. ALCIDES MUNHOZ NETTO, **A Culpabilidade no Novo Código Penal**, IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, Recife, 1970, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, n. 13, p. 139.
99. V. nota 70, p. 267.
100. V. nota 68, p. 236.
101. JOSÉ ANTÓN ONECA, **Derecho Penal**, v. I, p. 274.
102. ARTURO SANTORO, **L'Ordine del Superiore nel Diritto Penale**, p. 252.
103. V. nota 68, p. 227.
104. V. nota 70, p. 102.
105. V. nota 75, p. 95.
106. V. nota 75, p. 95.
107. V. nota 73, p. 938.
108. V. nota 83.
109. V. nota 79, p. 932.
110. V. nota 69, p. 335/6.
111. V. nota 79, p. 939.
112. ENRICO ALTAVILLA, **La Colpa**, p. 195.
113. V. nota 88, p. 454.
114. V. nota 113.