

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)  
25 de novembro de 2014

## **A EXCLUDENTE DO ESTADO DE NECESSIDADE NO CÓDIGO PENAL MILITAR**

Cleiton Antonio Niehues<sup>1</sup>

Rogério César Soehn<sup>2</sup>

**SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A DIFERENCIAÇÃO TRAZIDA PELO CÓDIGO PENAL MILITAR. 2.1 ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE. 2.2 ESTADO DE NECESSIDADE JUSTIFICANTE. 3 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

**Resumo:** A adoção pelo Código Penal Militar da teoria diferenciadora do estado de necessidade faz com que em seu bojo legal estejam previstas duas modalidades da excludente. O presente estudo busca apresentar e diferenciar as modalidades da excludente do estado de necessidade trazidas pelo Código Penal Militar. Para tanto, primeiramente fez-se uma pequena introdução sobre o Direito Penal Militar e as excludentes penais militares, passando-se em seguida para a análise individual de cada uma das modalidades do estado de necessidade. A metodologia adotada para a elaboração do presente estudo foi a de natureza teórica, tendo como objetivos explicar e diferenciar as modalidades da excludente do estado de necessidade, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, com o emprego de referências teóricas para a explicitação do tema. Ao final do estudo chega-se a conclusão que a utilização da teoria diferenciadora do estado de necessidade pelo Código Penal Militar se encontra acertada, tendo a excludente importante papel na vida militar.

**Palavras-chave:** Código Penal Militar. Teoria diferenciadora. Estado de necessidade.

### **1 INTRODUÇÃO**

O Direito Penal Militar é um ramo do Direito Público que possui vinculação direta com o Direito Penal, tendo por objeto de estudo a vida militar, a qual, por apresentar um caráter peculiar, tem uma regulamentação própria. Esta situação faz com que determinadas condutas do militar devam ser respaldadas por justificativas e excludentes especiais.

A convivência nos quartéis e as ocorrências em que estão expostos os militares se diferenciam do cotidiano externo à caserna militar e por tal motivo podem ocorrer situações que não fazem parte da vida do cidadão comum. Justamente estas situações fazem com que o militar tenha determinadas condutas que devem ser analisadas e justificadas por uma codificação especial. No caso em tela, o Código Penal Militar (Decreto-Lei 1.001/69) se amolda a este perfil. No entanto, para que as

---

<sup>1</sup> Acadêmico do décimo semestre do Curso de Direito da FAI Faculdades de Itapiranga. E-mail: [niehues2310@yahoo.com.br](mailto:niehues2310@yahoo.com.br).

<sup>2</sup> Professor orientador do Curso de Direito da FAI Faculdades de Itapiranga. E-mail: [rogerio.soehn@seifai.edu.br](mailto:rogerio.soehn@seifai.edu.br).

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)  
25 de novembro de 2014

normas descritas neste ordenamento jurídico sejam aplicadas de forma correta e que leve em consideração a peculiaridade da vida militar, é preciso uma justiça formada também por conhecedores destas situações, por isso da existência da Justiça Militar.

O legislador atentando a esta situação peculiar do militar, ao instituir o Código Penal Militar preferiu pela adoção da teoria diferenciadora do estado de necessidade em contraponto à teoria unitária. A exposição de motivos do Código Penal de 1969, que embora não tenha sido implantado demonstra, o ânimo dos legisladores daquele período. Segundo a Exposição de Motivos do Código Penal de 1969, “essa teoria diferenciadora (que se opõe à *unitária*) é hoje amplamente dominante e sua correção nos parece indubitável. Ela se inspira na ideia de inexigibilidade de outra conduta, dando-lhe, porém, limites claramente definidos”<sup>3</sup>.

Com este pensamento foi que o legislador institui no bojo legal do Código Penal Militar duas modalidades de estado de necessidade, uma que exclua a culpa do agente e a outra que exclua a tipicidade de sua conduta.

Para uma maior compreensão do tema se faz necessário a devida diferenciação dos estados de necessidade exculpante e justificante.

## 2 A DIFERENCIAÇÃO TRAZIDA PELO CÓDIGO PENAL MILITAR

O Código Penal Militar, diferentemente que o Código Penal Comum, ao adotar a teoria diferenciadora ou dualista para a caracterização do estado de necessidade prévio, apresenta duas modalidades de estado de necessidade: os estado de necessidade exculpante e o estado de necessidade justificante.

### 2.1 ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE

---

<sup>3</sup>LOBÃO, Célio. **Comentários ao Código Penal Militar**: Parte Geral. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 168.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)  
25 de novembro de 2014

O estado de necessidade exculpante se apresenta juntamente com outras excludentes de culpabilidade, tendo previsão legal no art. 39 do CPM.

Art. 39. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa<sup>4</sup>.

Assim, encontra-se em estado de necessidade exculpante quem para salvar bem próprio ou de terceiro, a quem esteja ligado intimamente por relações de parentesco ou afeição, de flagrante situação de perigo certo e eminente, a qual não deu causa, sacrifica bem juridicamente igual ou superior ao bem protegido.

O estado de necessidade como é trazido neste art. 39 do CPM, do mesmo modo que as demais excludentes de culpabilidade, se caracteriza pela inexigibilidade de conduta diversa, que consiste em causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

Alexandre Saraiva aponta os requisitos do estado de necessidade exculpante como sendo: a) existência de uma situação de perigo certo e atual a direito próprio ou de terceiro a quem o agente esteja ligado por estreita relação de parentesco ou afeição; b) inevitabilidade do perigo; c) o perigo não pode ter sido voluntariamente provocado pelo agente; d) não razoabilidade de sacrifício do interesse sob perigo; e) conhecimento da situação justificante<sup>5</sup>.

O perigo certo e atual é aquele risco iminente de dano determinado e presente. No estado de necessidade exculpante este risco deve estar direcionado a bem jurídico próprio ou de terceiro, a quem o sujeito tenha uma estreita ligação, derivada de parentesco ou afeição. Por inevitabilidade do perigo entende-se como a situação em que não mais se pode agir de modo a evitar o acontecimento danoso. Para Guilherme

<sup>4</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de Outubro de 1969**. Institui o Código Penal Militar. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm)>. Acesso: 20 set. 2013.

<sup>5</sup> SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. **Código Penal Militar Comentado**: parte geral. São Paulo: Método, 2009. p. 101 a 102.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)  
25 de novembro de 2014

de Souza Nucci, “há o dever de fuga no estado de necessidade, de modo a não prejudicar, gratuitamente, bem alheio”<sup>6</sup>.

Segundo o entendimento majoritário, para que a excludente esteja configurada é preciso que o perigo não tenha sido provocado pelo agente, não se aceitando que o perigo resulte de sua conduta culposa.

Para Saraiva, o estado de necessidade exculpante “só poderá ser reconhecido nas situações em que não se podia esperar ou exigir do agente o sacrifício do interesse próprio ou de terceiro submetido à situação de perigo atual”<sup>7</sup>. Nucci lesiona que este requisito refere-se diretamente para a existência de situação de inexigibilidade de conduta diversa, e explica que “a situação é dramática o suficiente para não permitir que o agente do fato necessário tenha condições de discernir, com clareza, qual bem merece ser salvo, optando, então, pelo que lhe parece mais importante”<sup>8</sup>.

O conhecimento da situação justificante ocorre quando o agente atua para salvaguardar bem jurídico determinado que saiba estar em perigo certo e atual. Alexandre Saraiva explica que o agente deve ter a consciência do perigo incidente sobre determinado bem jurídico, e por consequência, atue no intuito de impedir o seu acontecimento<sup>9</sup>.

Portanto, resta configurada a excludente do estado de necessidade exculpante quando o agente atua com o intuito de proteger bem jurídico, próprio ou de terceiro, com quem tenha estreitos laços de amizade ou parentesco, de situação de perigo certo e atual por ele não provocada, não tendo como agir de outro modo e nem podendo evitá-lo, sacrifica bem jurídico alheio de igual ou superior valor jurídico.

## 2.2 ESTADO DE NECESSIDADE JUSTIFICANTE

---

<sup>6</sup> NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código Penal Militar Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 85.

<sup>7</sup> SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. **Código Penal Militar Comentado: parte geral**. São Paulo: Método, 2009. p. 102.

<sup>8</sup> NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código Penal Militar Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 85.

<sup>9</sup> SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. **Código Penal Militar Comentado: parte geral**. São Paulo: Método, 2009. p. 102.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)  
25 de novembro de 2014

O estado de necessidade como excludente de ilicitude é trazido no art. 42 do Código Militar, juntamente com outras formas de exclusão da ilicitude. No entanto, sua definição vem prevista no art. 43.

Estado de necessidade, como excludente do crime

Art. 43. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para preservar direito seu ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, por sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo.<sup>10</sup>

Deste modo, ao se analisar a norma penal, tem-se que se encontra abarcado pela excludente do estado de necessidade justificante aquele que pratica a conduta a fim de resguardar direito seu ou alheio, de perigo certo e atual, a que não deu causa e nem podia de outro modo evitar. Para esta modalidade de estado de necessidade, o bem jurídico sacrificado é consideravelmente de menor importância jurídica em comparação ao bem salvo.

Saraiva apresenta os requisitos para o reconhecimento da excludente do estado de necessidade justificante, como sendo:

1.º) que um direito próprio ou de terceiro esteja diante de um perigo certo e atual; 2.º) que a situação de perigo não tenha sido provocada pelo agente; 3.º) a inexigibilidade de conduta diversa; 4.º) que as consequências do ataque ao bem jurídico sacrificado (mal causado) sejam menos severas do que o dano evitado ao bem jurídico protegido (mal evitado); 5.º) que o agente não seja obrigado a enfrentar o perigo.<sup>11</sup>

Observa-se que os requisitos para a configuração da necessidade são basicamente os mesmos para o estado de necessidade justificante e exculpante. Contudo, denotam-se algumas diferenças que devem ser explicitadas.

<sup>10</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de Outubro de 1969**. Institui o Código Penal Militar. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm)>. Acesso: 30 set. 2014.

<sup>11</sup> SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. **Código Penal Militar Comentado**: parte geral. São Paulo: Método, 2009. p. 107.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)  
25 de novembro de 2014

De modo diverso ao que ocorre no estado de necessidade exculpante, o estado de necessidade justificante não exige qualquer ligação entre o sujeito que pratica a conduta e o terceiro cujo bem jurídico é defendido. Neste sentido ensina Damásio de Jesus:

A intervenção necessária pode ocorrer para salvar um bem jurídico do sujeito ou de terceiro (estado de necessidade próprio e estado de necessidade de terceiro). No último caso, não se exige qualquer relação jurídica específica entre ambos (não se exige relação de parentesco, amizade ou subordinação entre o agente e o terceiro necessitado).<sup>12</sup>

No estado de necessidade de terceiro não se exige qualquer ligação entre o agente do ato e o sujeito necessitado, sendo que este não precisa ter a intenção de resguardar o seu bem jurídico, pois a intenção a ser analisada é a do agente de ato necessário. E ainda, para que a conduta do agente esteja abrangida pela excludente é preciso que ambos os bens jurídicos, tanto o resguardado quanto o sacrificado, sejam protegidos pelo Direito.

Outra diferença entre os estados de necessidade se encontra no dever legal de enfrentar o perigo, pois a lei confere a certos sujeitos, de acordo com a função por eles exercida, o dever de enfrentar o perigo para salvar bem jurídico ameaçado, mesmo que para isso possa o agente correr certos riscos.

Neste sentido, Cícero Robson Coimbra Neves e Marcelo Streifinger afirmam que os militares, policiais e bombeiros têm o dever jurídico de agir e enfrentar o perigo. No entanto, no caso concreto, deve-se verificar se era realmente exigível o sacrifício de bem jurídico do agente, já que o Direito não pode exigir renúncia à vida ou a aceitação de graves lesões à saúde ou ao corpo.<sup>13</sup>

Guilherme de Souza Nucci aponta que “não se exige da pessoa encarregada de enfrentar o perigo qualquer ato de heroísmo ou abdicação de direitos fundamentais”. E complementa ainda o autor, afirmando que “a finalidade do

<sup>12</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: Parte Geral. Vol 1. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 371.

<sup>13</sup> NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. **Manual de Direito Penal Militar**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 377.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)  
25 de novembro de 2014

dispositivo é evitar que pessoas obrigadas a vivenciar situações de perigo, ao menor sinal de risco, se furtem ao seu compromisso”<sup>14</sup>.

Porém a diferença mais expressiva entre o estado de necessidade justificante e o exculpante ocorre no confronto entre os bens jurídicos tutelados. Em ambos os estados de necessidade existirá um conflito de interesses, sendo justamente na comparação entre os bens tutelados que se encontra a diferença primordial entre o estado de necessidade exculpante e justificante. Nos dizeres de Cícero Robson Coimbra Neves e Marcelo Streifinger, “a comparação entre o bem jurídico sacrificado e o protegido dará a classificação do fato como abrangido por estado de necessidade exculpante ou justificante”<sup>15</sup>.

A Exposição de Motivos do Código Penal de 1969 demonstra a intenção do legislador em adotar a teoria diferenciadora na instituição do CPM.

O estado de necessidade que exclui a ilicitude somente se configura quando o mal causado, pela sua natureza e importância, é *consideravelmente inferior ao mal evitado*. Fora daí, a situação de necessidade pode conduzir à exclusão da culpa, quando o bem a salvar for do próprio agente ou de pessoa a quem esteja ligado por estreita relação de parentesco ou afeição<sup>16</sup>.

A doutrina, contudo, neste ponto apresenta divergência. Guilherme de Souza Nucci e Célio Lobão apontam que para se caracterizar estado de necessidade exculpante seria necessário que o bem jurídico sacrificado fosse de valor maior que o protegido. Telma Angelica Figueiredo, Claudio Amin Miguel, Ione de Souza Cruz, Cícero Robson Coimbra Neves e Marcelo Streifinger, entendem de forma diversa. Para eles, o estado de necessidade exculpante estaria configurado com o sacrifício de bem jurídico de valor igual ou superior ao bem protegido.

Contudo, ao se verificar as origens da teoria diferenciadora pode-se observar que este último entendimento é o mais adequado. Este entendimento pode ser

<sup>14</sup> NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código Penal Militar Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 95.

<sup>15</sup> NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. **Manual de Direito Penal Militar**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 373.

<sup>16</sup> LOBÃO, Célio. **Comentários ao Código Penal Militar: Parte Geral**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 171. (*grifos do texto*) (n. 14)

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)  
25 de novembro de 2014

extraído da análise conjunta dos artigos que descrevem os estados de necessidade. No art. 39 do CPM, temos a expressão “*ainda quando superior*”, que analisado em combinação com o trecho do art. 43 CPM, “*desde que o mal causado, por sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado*”, leva a conclusão que para a teoria diferenciadora se caracteriza estado de necessidade exculpante quando o bem jurídico sacrificado é de igual ou superior valor jurídico.

Para elucidação da diferença entre os estados de necessidade, Claudio Amin Miguel e Ione de Souza Cruz demonstram quando se estará diante um ou de outro.

A diferença reside no confronto entre os bens juridicamente tutelados. Temos as seguintes situações:

- a) se o bem jurídico protegido for de valor maior do que o sacrificado – excludente de ilicitude (artigo 42);
- b) se o bem jurídico protegido for de valor igual ao sacrificado – excludente de culpabilidade (artigo 39);
- c) se o bem jurídico protegido for de valor menor do que o sacrificado – excludente de culpabilidade (artigo 39)<sup>17</sup>.

Assim, tem-se estado de necessidade exculpante sempre que o bem jurídico protegido for de inferior ou igual valor jurídico se comparado ao bem sacrificado. E estar-se-á diante do estado de necessidade justificante quando o bem jurídico protegido for de valor superior em comparação com o bem jurídico sacrificado.

### 3 CONCLUSÃO

O presente estudo demonstra que embora sejam bastante semelhantes, por trazerem situações de necessidade, as excludentes possuem diferenças importantes e que se amoldam a peculiar situação vivida pelos militares. Isto porque muitas vezes, pelo caráter de suas funções, os militares são obrigados a enfrentar situações em que devem optar entre bens jurídicos, não se observando e nem se exigindo em todas elas o sacrifício de bem jurídico inferior a protegido.

---

<sup>17</sup> CRUZ, Ione de Souza; MIGUEL, Claudio Amin. **Elementos de Direito Penal Militar: Parte Geral**. 2 ed. 3 tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 92.



Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR  
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)  
25 de novembro de 2014

Em outra análise, pode-se concluir que não é possível ao Direito eximir o caráter ilícito de todas as condutas necessárias, contudo também não se pode exigir que o militar sacrifique bem jurídico seu ou de pessoa íntima, o qual no seu íntimo considera valioso, em detrimento de bem jurídico diverso ao seu meio.

Assim, a adoção pela teoria diferenciadora do estado de necessidade encontra-se em conformidade à peculiaridade da vida na caserna. E a opção do legislador em adotá-la no bojo legal do Código Penal Militar faz com que esta codificação atenda a todas circunstâncias inerentes a estes indivíduos de grande importância à Pátria brasileira.

### REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de Outubro de 1969.** Institui o Código Penal Militar. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm)>. Acesso: 30 set. 2014.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal:** Parte Geral. Vol 1. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. **Manual de Direito Penal Militar.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código Penal Militar Comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. **Código Penal Militar Comentado:** parte geral. São Paulo: Método, 2009.

LOBÃO, Célio. **Comentários ao Código Penal Militar:** Parte Geral. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2011.