

O ESTADO DE NECESSIDADE NO DIREITO PENAL PORTUGUÊS

Pelo Dr. LOPO DE BRAGANÇA

1 — NATUREZA JURÍDICA

QUE figura jurídico-penal assumirá o estado de necessidade perante a nossa lei penal? Em que grupo ou grupos de eximentes da responsabilidade penal se deve enquadrar? Não são sòmente razões de ordem sistemática que nos forcem a abordar o problema; muitas questões primaciais dependem da solução que lhe atribuímos.

Este é o problema essencial do número que desenvolvemos; trataremos a seguir da diferenciação entre o estado de necessidade e outras eximentes que lhe são afins, com as quais desprevenidamente se possa confundir, designadamente a legítima defesa. Esta última questão enquadramo-la neste número por a sua solução depender da que se encontrar para a natureza jurídica do estado de necessidade.

a) — *Natureza da eximente*

Sabemos que o art. 44.º do Código Penal se desenvolve nos seus números sob a égide da expressão: «Justificam o facto»; mas nem por isso se ocupa sòmente das causas de justificação, havendo nele também lugar para causas de exclusão da culpa-

bilidade. As primeiras se referem os n.ºs 3.º, 4.º e 5.º e às segundas os n.ºs 2.º, 6.º e 7.º. Quanto ao n.º 1.º, a ausência do elemento psíquico essencial à acção determina a carência total da liberdade de agir, a inexistência do próprio acto voluntário.

Procurando enquadrar o estado de necessidade no âmbito das disposições deste artigo — e é natural que a hipótese se verifique partindo do princípio de que a impunidade se funda em qualquer das eximentes da responsabilidade — de pronto concluiremos serem os n.ºs 2.º e 4.º, os que se lhe referem.

Mas, enquanto o n.º 4.º supõe uma causa de justificação, o n.º 2.º refere-se a uma causa de exclusão da culpabilidade. Há que determinar, pois, em que casos o estado de necessidade tomará uma ou outra forma, pois as consequências serão diversas, consoante os casos. Assim, se considerarmos o estado de necessidade como causa de justificação, o acto necessário será lícito, não se poderá contra ele verificar a legítima defesa e os co-autores e cúmplices não serão puníveis pois participam num acto lícito.

Pelo contrário, se atribuirmos ao estado de necessidade a natureza duma causa de exclusão da culpabilidade, as consequências serão opostas devido a persistir o carácter ilícito do acto: poder-se-á verificar a legítima defesa e os participantes do acto necessário não beneficiarão da impunidade porque responsáveis, embora o autor permaneça impune pela carência de culpabilidade, carência que não se verificaria quanto aos co-autores e cúmplices.

1) — O n.º 4.º do art. 44.º

Dispõe este número: «Justificam o facto: Os que o praticam em virtude de autorização legal, *no exercício dum direito* ou no cumprimento duma obrigação, se tiverem procedido com a diligência devida ou o facto for um resultado meramente casual». Ora, enquanto este número justifica os actos praticados *no exercício dum direito*, abrange o estado de necessidade pois este é a expressão duma colisão de direitos; o *exercício dum direito*, podendo originar uma colisão de direitos, cria um verdadeiro estado de necessidade.

Os arts. 13.º, 14.º e 15.º do Código Civil indicam um critério orientador para a solução da referida colisão.

Em princípio, dispõe o art. 13.º: «Quem, em conformidade com a lei, exerce o próprio direito, não responde pelos prejuízos que possam resultar desse mesmo exercício».

O art. 14.º formula a solução para o conflito de interesses de natureza diversa: «Quem, exercendo o próprio direito, procura interesses, deve, em colisão e na falta de providência especial, ceder a quem pretende evitar prejuízos».

O art. 15.º refere-se a interesses da mesma natureza: «Em concurso de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os interessados ceder recíprocamente o necessário, para que esses direitos produzam o seu efeito, sem maior detrimento de uma que de outra parte».

Logo, quando o exercício de um direito origine a colisão, existirá um verdadeiro direito de necessidade, nos termos dos artigos do Código Civil, isto é, se os direitos em conflito forem de natureza diversa — art. 14.º — exercerá um direito de necessidade quem sacrificar o menor; se os direitos forem da mesma natureza — art. 15.º — exercerá um direito quem proceder nos termos deste artigo.

Não nos deteremos na interpretação mais minuciosa dos artigos do Código Civil, pois nos parecem bem claros; é certo que só nos fornecem um critério orientador, mas deles se conclui a existência dum autêntico direito de necessidade, previsto na nossa legislação civil.

O acto necessário, quando praticado nos termos dos arts. 14.º e 15.º do Código Civil, representará o exercício de um direito. Contra ele não será possível a legítima defesa e os participantes permanecerão impunes.

2). — O n.º 2.º do art. 44.º

Preceitua este artigo: «Justificam o facto: os que o praticam dominados por medo insuperável de um mal igual ou maior iminente ou em começo de execução».

Este número considera o estado de necessidade como uma causa de exclusão da culpabilidade, pois, falando em medo insu-

perável, refere-se à vontade, e esta, com os seus problemas relevantes para o direito penal, integra-se na culpabilidade como elemento do crime.

Na doutrina, várias teorias justificam a inclusão do estado de necessidade nesta categoria. Assim, Mezger (1) serve-se do requisito que consiste em o autor para permanecer impune não ter provocado o perigo, a fim de demonstrar a influência essencial do estado de necessidade na culpabilidade através do dolo ou da culpa, e daí deduzir a inclusão do estado de necessidade entre as causas de exclusão da culpabilidade. Contieri (2) nega esta teoria, afirmando que Mezger não distingue dois momentos cronológica e conceitualmente diversos: a ocasião em que surge o estado de necessidade — e para que este exista é que se exige não ter o agente provocado o perigo —, e a prática do acto necessário, o qual, correspondendo, independentemente da situação de necessidade, a um tipo de infracção legal, será perpetrado com a relação dolosa ou culposa que a lei exigir entre a vontade e o evento; portanto no acto necessário existiria a culpabilidade do agente.

Outro fundamento adoptam Alimena e Delitala. pois recorrer ao conceito da *não exigibilidade de outro comportamento*. Consiste este no princípio de que o direito não deve punir os homens quando a sua conduta seja insusceptível de reprovação devido a não ser exigível outro procedimento, por difícil ou impossível humanamente.

Esta teoria foi suscitada pelo próprio estado de necessidade, mas, como bem se vê, tem maior alcance. A culpabilidade determina-se em função da reprovabilidade do agente, e esta ou se funda só em motivos psicológicos ou também num elemento normativo — a não exigibilidade. Na frase de Delitala (3): «Podemos concluir com Goldschmidt que no estado de necessidade não existe nem a punibilidade nem a culpabilidade, pois que o legislador, não obstante a anti-juridicidade objectiva do facto, apre-

(1) *Tratado de Derecho Penal*, trad. espanhola.

(2) *O Estado de necessidade*, trad. port., pág. 148.

(3) *Il fatto nella teoria general del reato*, pág. 23.

ciando humanamente todas as circunstâncias do caso, renunciou à pretensão de o agente se abster de cometer o acto». Como se vê, Delitala atribui à reprovabilidade um elemento normativo. Mas nós seguimos a opinião do Prof. Cavaleiro de Ferreira, enquanto bem observa que a não exigibilidade se refere não à culpa, mas à conduta (1); consiste numa noção pre-legislativa que o legislador não deve desconhecer ao formular as normas, mas só deve ter-se em conta na medida em que essas normas a admitem. É certo que a não exigibilidade como causa geral de exclusão da culpabilidade estaria de harmonia com a moderna evolução do direito penal: o impulso de individualização ética, a deficiente coacção psicológica da lei penal em certos casos, a melhor adequação que se pretende do facto à personalidade do autor, exigiriam o elemento normativo da reprovabilidade.

Parece-nos que esta doutrina debela o sistema repressivo, favorecendo o arbítrio do julgador ao permitir-se-lhe criar mais causas de exclusão da culpabilidade por meio da analogia; além de que o art. 52.º do Código Penal: — «Têm responsabilidade todos os agentes de factos puníveis, em que não concorrer alguma circunstância dirimente dessa responsabilidade nos termos do art. 41.º e subsequentes, salvas as excepções expressas nas leis» — proíbe tal interpretação.

Por último citaremos a teoria do constrangimento moral, seguida por Carrara (2) e Pessina.

Esta teoria não fornece a explicação unitária do fundamento da impunidade do acto necessário pois não explica os numerosos possíveis casos em que coexistem o acto necessário e a vontade livre, isenta de qualquer vício; logicamente também não podemos aceitá-la como determinante da natureza jurídica do estado de necessidade. Não é da essência do estado de necessidade a carência da vontade livre, e, portanto, da culpabilidade.

Mas, o n.º 2 do art. 44.º fala em «medo insuperável». O medo é um estado emotivo que consiste na perturbação causada por um

(1) *O estado de necessidade em Direito Penal, in Justiça Portuguesa, 1939, n.º 68, pág. 114.*

(2) *Programa, vol. I.*

perigo; a adjectivação de insuperável qualifica o medo, como é óbvio, de invencível (o medo vencível é uma circunstância atenuante, nos termos do n.º 15 do art. 39.º). Mas nós sabemos que, no nosso Código Penal, os estados emotivos não excluem por si a culpabilidade, e o medo, mesmo quando insuperável — pois esta adjectivação é formulada em função do efeito no espírito do agente — poderá, pois, não excluir a culpabilidade. Porém, a lei determinou a exclusão da culpabilidade quando o medo insuperável tivesse uma causa justa, um motivo com valor social relevante. E, assim, o medo insuperável, quando for o resultado emotivo no agente, do perigo de um mal igual ou maior ao que se evitou por meio do acto necessário, isto é, quando for causado por estado de necessidade, constitui uma causa de exclusão da culpabilidade.

O estado de necessidade poderá pois excluir a culpabilidade quando seja causa justa de medo insuperável, e sendo o acto necessário um lícito penal, poderá verificar-se a legítima defesa e a punição dos participantes.

3 — Conclusões

Concluimos, com o Prof. Dr. Cavaleiro de Ferreira, por reconhecer ao estado de necessidade na nossa lei penal uma natureza híbrida; ora de causa de justificação, ora de causa de exclusão da culpabilidade.

Demarquemos agora o campo de aplicação dos dois números do art. 44.º. É fácil concluir que o n.º 4 lida com elementos de carácter objectivo, enquanto que o n.º 2, servindo-se dum elemento subjectivo — o medo insuperável —, consta também dum elemento objectivo — a ameaça e valorização dum mal igual ou maior que o praticado. Mas então parece à primeira vista que um destes números é inútil, representando uma simples repetição. Com efeito, para que será preciso o n.º 2, se o n.º 4 justifica o acto necessário quando praticado no exercício dum direito, isto é, quando nos termos dos arts. 14.º e 15.º do Código Civil? E até as exigências destes artigos correspondem aos requisitos do n.º 2 quando preceituam que o mal evitado, para que se trate do exercício dum direito, deve ser igual ou maior que o praticado. Qual a dife-

rença entre os dois números? É que o n.º 2 exige o medo insuperável. E, nesse caso, opinamos com o Prof. Dr. Cavaleiro Ferreira (1) que, da redundância dos dois artigos, conclui pela impunidade do acto necessário que ofenda um bem maior e cause um mal maior que o evitado, quando se verifique o medo insuperável. De facto só assim se explica a utilidade do requisito do medo insuperável, pois para os casos em que o mal evitado é igual ou maior, o n.º 4 é bastante. Além do que, se o medo vencível é circunstância atenuante independente de qualquer causa (2), é natural que o medo insuperável causado por estado de necessidade exclua a culpabilidade, mesmo que o mal evitado seja menor que o mal causado.

Resumindo: — Se o estado de necessidade causa medo insuperável, há exclusão de culpabilidade independente da valoração recíproca dos bens; se não se verifica o medo insuperável, o estado de necessidade constituirá uma causa de justificação quando o acto necessário represente o exercício dum direito nos termos dos arts. 14.º e 15.º do Código Civil.

b) — *O estado de necessidade e outras eximentes da responsabilidade penal*

Vamos agora cotejar o estado de necessidade com outras eximentes que lhe são afins e com as quais se possa, porventura, confundir. Trataremos em separado da legítima defesa e noutro número das outras eximentes.

1 — *Estado de necessidade e legítima defesa*

Começemos por diferenciar o estado de necessidades da legítima defesa.

Em primeiro lugar observaremos que têm um elemento comum: o perigo que ameaça um bem jurídico. É devido a este

(1) *Justiça Portuguesa*, pág. 116.

(2) Vidé art. 39.º, n.º 15, do *Código Penal*.

elemento comum, que Moriaud e Marchand (1) atribuem à legítima defesa a natureza dum estado de necessidade privilegiado.

Asua (2) diz ser mais científico falar num direito de necessidade donde derivem o estado de necessidade e a legítima defesa. Se não atribuirmos à palavra necessidade um sentido técnico, é evidente que a legítima defesa emana dum autêntico estado de necessidade; mas se atribuirmos ao estado de necessidade o sentido técnico-jurídico cuja essência consiste na colisão de bens jurídicos, concluiremos pela radical diferenciação dos dois institutos. Quais são, pois, os elementos que os distinguem? De Marsico fala em «direcção pessoal» e «direcção impessoal» da defesa, atribuindo-as respectivamente à legítima defesa e ao estado de necessidade. É de resto a doutrina de Carrara (3) quando diz que contra o estado de necessidade haverá uma acção — o perigo é causado por terceiro ou originado por um caso fortuito — consistindo a defesa legítima numa reacção — o acto que evita o perigo é dirigido contra quem o provocou.

Parece-nos não ser bastante esta diferenciação de Carrara. O que caracteriza essencialmente o perigo que causa a legítima defesa é consistir na ameaça duma ofensa justa, e depois é que diremos com Carrara que o acto de defesa deverá dirigir-se contra quem ilícitamente originou o perigo; a legítima defesa verificar-se-á sempre contra uma acção, injusta, contra uma agressão ilegal. Diz-nos Carnelluti (4): «Se o interesse está tutelado pela lei com a atribuição dum direito ao seu titular, a lei distingue consoante o dano for sofrido pelo *ofensor* ou pelo *neutral*». No primeiro caso tratar-se-á de legítima defesa, no segundo de acto necessário. As expressões *ofensor* e *neutral* exprimem bem a diferença entre os dois institutos. Daqui se conclui que enquanto na legítima defesa há um acto ilícito e uma defesa lícita, conforme ao direito, no estado de necessidade verifica-se o conflito entre dois bens jurídicos.

(1) *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*, págs. 18 e segs.

(2) *El hambre ante las leyes penales*. *Revista de Ciências Jurídicas y Sociales*, 1922, ano V, pág. 170.

(3) *Ob. cit.*, vol. I, pág. 224.

(4) *Teoria general del delito* (trad. espanh. de V. Conde), pág. 113.

Enquanto, pois, a legítima defesa só será possível contra o homem, o estado de necessidade pode ter a sua fonte num caso fortuito, um incêndio, um naufrágio, etc. É o que exprime Manzini (1): «Enquanto a legítima defesa pressupõe sempre uma relação entre indivíduos, o estado de necessidade, como causa de justificação penal, implica uma relação entre o agente e o Estado como titulares dos interesses protegidos pela lei penal». A legítima defesa e a pena têm uma origem comum e que se radica na própria necessidade do direito.

Resumindo: — Como elementos comuns encontramos o perigo e a voluntariedade do acto de defesa; como elemento diferenciadores o objecto dos dois actos e o carácter da ofensa na legítima defesa.

Contieri (2) sintetisa: «Na legítima defesa a causa do perigo deve ser o homem e o dano ameaçado deve consistir numa ofensa injusta».

Discute-se se caberá legítima defesa contra os inimputáveis, isto é, diverge-se quanto a saber se a agressão dos inimputáveis constitui ou não um ilícito jurídico. Contieri (3) deduz das disposições do Código Penal Italiano que não cabe legítima defesa contra a agressão dos inimputáveis, verificando-se por isso um acto necessário. Entre nós, o Prof. Dr. Cavaleiro de Ferreira (4), considerando a ilicitude no seu ponto de vista objectivo, decide por ser possível a legítima defesa, pois se mantém neste caso o requisito da ilegalidade da agressão: «basta que o agressor não tenha o direito de realizar a agressão e que a lei não imponha ao agredido o dever de a suportar».

Devemos observar no entanto que uma situação de necessidade poderá em certos casos resolver-se tanto por meio de um acto necessário como de uma defesa legítima. Suponhamos que um homem alveja outro com o revolver: o visado, se agride o agressor, pratica um acto de defesa legítima; se viola um domicí-

(1) *Trattato*, vol. II, pág. 328.

(2) *O estado de necessidade*, trad. port., pág. 114.

(3) *Ob. cit.*, págs. 114 e segs.

(4) *Lições de direito penal ao curso do 4.º ano jurídico* (coligidas por R. Ferreira e V. Lacerda, 1940-1941), pág. 277.

lio para evitar ser o alvo do tiro, realiza um acto necessário (isto independentemente do preceito legal — art. 45.º n.º 3 — que só justifica o acto necessário, quando a legítima defesa não fôr possível) excepto o caso do domicílio pertencer ao agressor, pois o acto que o violasse, dirigindo-se contra um bem de que ele é titular, constituiria uma legítima defesa.

Observemos também que o acto afastador do perigo pode ser de legítima defesa em relação a determinadas pessoas e acto necessário relativamente a outras. Suponhamos que na última hipótese citada, no acto de arrombamento da porta do domicílio do agressor, o agente fere ou mata outra pessoa que se encontra dentro de casa; teremos um acto de legítima defesa no arrombamento e a ofensa corporal cometida contra a pessoa consistirá num acto necessário.

Consideraremos agora o caso de o acto causador do perigo ser praticado em legítima defesa. Em que se fundamentará o acto que afaste o perigo? Não consiste, evidentemente, numa legítima defesa, visto não se verificar legítima defesa contra legítima defesa. Como bem observa o Prof. Dr. Cavaleiro Ferreira (1) : «É de notar que legítima defesa contra legítima defesa não existe e isso porque a legítima defesa é o exercício de um direito e só pode haver legítima defesa contra a agressão ilegal». Haverá pois um acto necessário.

E se o perigo for produzido pela prática dum acto necessário? Há que distinguir duas hipóteses :

1.º — A pessoa ofendida por quem tenha querido evitar o perigo é diversa da que praticou o acto necessário criador do perigo : o acto que evitou o perigo é um acto necessário, pois este foi praticado contra quem não causou o perigo;

2.º — A pessoa ofendida pelo acto do agente é a mesma que provocou o perigo por meio dum acto necessário.

(1) Ob. cit., pág. 283.

Manzini (1) opina que se trata dum acto necessário; Ali-
mena (2) de legítima defesa. Pelo que concluímos da natureza
jurídica do acto necessário perante a nossa lei penal, achamos
que se assumir a forma de causa de exclusão da culpabilidade,
o acto que evite o perigo será de legítima defesa, pois se trata
duma agressão ilegal; se representar uma causa de justificação,
então só se verificará o acto necessário, pois o perigo é causado
por um acto lícito.

No nosso Código Penal o art. 44.º no seu n.º 5 também se
refere à legítima defesa; trata-se dum causa de justificação.
O art. 46.º exige a ilegalidade das agressões, requisito que, como
é óbvio, não impõe ao estado de necessidade. Quanto ao acto
necessário, para que seja justificado, há que não se verificar a
possibilidade de legítima defesa.

2 — O estado de necessidade e outras eximentes da res- ponsabilidade

Do medo insuperável já falámos ao estudar a natureza jurí-
dica do estado de necessidade, notando ser este a causa justa da
lei exigida para que o medo insuperável constitua uma causa de
exclusão da culpabilidade. O n.º 1 do art. 44.º refere-se ao cons-
trangimento físico, à «vis absoluta», que exclui o próprio facto
devido à ausência do elemento psíquico. Como diz Manzini (3) :
«Nos casos de caso fortuito ou violência física não se trata de
acção necessitada justificável, mas dum facto pelo qual o sujeito
não é imputável, porque não é psiquicamente seu, partindo do
princípio de que a força maior ou a violência física lhe tinha
tirado a capacidade de querer».

Já vimos que o estado de necessidade pode representar o
exercício dum direito.

(1) *Ob. cit.*

(2) *I limiti e i modificatori dell'imputabilità.*

(3) *Ob. cit.*, vol. I, pág. 328.

2 — REQUISITOS DO ESTADO DE NECESSIDADE

Envidaremos agora os nossos esforços no sentido da determinação e análise dos requisitos do estado de necessidade. A eles se referem o art. 45.º do Código Penal, e cremos que, embora se reporte directamente ao n.º 2 do art. 44.º, também se deve relacionar com o n.º 4.º Com efeito, já concluímos que esta última disposição, referindo-se ao exercício de um direito, pode abranger no seu âmbito autênticos casos de estado de necessidade quando o referido exercício desencadeie uma colisão de direitos; e também sabemos que, enquanto essa colisão se resolver consoante o critério orientador que nos fornecem os arts. 14.º e 15.º do Código Civil, teremos um acto necessário justificado; mas os artigos do Código Civil, se nos proporcionam uma orientação para resolver o conflito, um critério geral, não nos fornecem as circunstâncias que determinam a existência da colisão de direitos resolúvel por meio do acto necessário: é o art. 45.º do Código Penal que as estabelece, de resto em perfeita harmonia com os princípios do Código Civil. E afirmamos que este artigo também se aplica no n.º 4 do art. 44.º, porque já vimos que os casos neste contemplados também o são pelo n.º 2, independentemente do medo insuperável. Além de que, nenhum dos requisitos do art. 45.º depende funcionalmente do medo insuperável.

Concluimos, pois, que o art. 45.º se aplica ao estado de necessidade, quer ele constitua uma causa de justificação, quer uma causa de exclusão da culpa.

Dispõe o art. 45.º do Código Penal:

«Só pode verificar-se a justificação do facto nos termos do n.º 2 do artigo precedente, quando concorrerem os seguintes requisitos:

- 1.º — Realidade do mal;
- 2.º — Impossibilidade de recorrer à força pública;
- 3.º — Impossibilidade de legítima defesa;
- 4.º — Falta de outro meio menos prejudicial do que o facto praticado;
- 5.º — Probabilidade de eficácia do meio empregado.

Na interpretação dos requisitos do estado de necessidade, recorreremos à analogia — designadamente servindo-nos da legítima defesa — permitida enquanto o estado de necessidade assumir a figura de causa de justificação, pois esta eximente, constituindo uma excepção ao direito excepcional, faz parte do direito comum e escapa às restrições do art. 18.º do Código Penal quanto à aplicação da analogia.

Também na análise dos requisitos devemos sempre recordar-nos que o estado de necessidade tem uma natureza híbrida na nossa lei, ora excluindo a culpa, ora a ilicitude.

Quanto à sistematização dos requisitos, obedecemos ao seguinte critério: estudaremos primeiro os requisitos do mal evitado e em seguida os requisitos do acto necessário. Com efeito, o estado de necessidade é delimitado, situa-se entre os seguintes momentos: — O começo do perigo e o seu desaparecimento, que pode ter as seguintes causas: ou a sua resolução no dano que ameaça; ou o seu afastamento por qualquer causa exterior; ou a execução integral do acto necessário. Evidentemente, é este último caso que nos interessa. Logo, situaremos o estado de necessidade entre o começo do perigo e a execução integral do acto necessário.

a) — *Requisitos do mal evitado*

Poderá parecer estranho que tratemos aqui dos caracteres dum dano, dum mal que não chega a produzir-se; justamente um dos atributos desse dano é a sua perigosidade, portanto a sua não consumação.

A razão do título desta alínea é puramente de ordem sistemática, dispositiva, e a incongruência que desprevenidamente possa representar — a análise dos caracteres dum dano que não chega a verificar-se — achamo-la bem compensada pelas vantagens de clareza na disposição e na bem definida situação temporal do estado de necessidade.

1 — *Relação valorativa recíproca dos males*

Resumindo, diremos que o acto necessário será lícito quando o mal evitado seja maior ou igual ao produzido e que se o mal

produzido for superior ao afastado só se verificará uma causa de exclusão da culpabilidade, e é necessário o estado emotivo do medo insuperável.

O julgador deve apreciar cada caso em si, atendendo às circunstâncias que as diversas situações de necessidade, em concreto, apresentam.

2 — *Perigo*

Embora esta palavra se não encontre em nenhuma das disposições que interpretamos, a ideia e a situação que supõe deduzem-se logicamente, até da própria essência do estado de necessidade.

Com efeito, é intuitivo não bastar qualquer dano que longínqua ou eventualmente possa vir a sofrer-se, para determinar a existência do estado de necessidade. Esse dano deverá ser perigoso. E como deduzir da lei penal portuguesa esta condição? Em primeiro lugar ela é corolário do princípio de que partimos ao considerar o estado de necessidade previsto na nossa lei. Depois, falando a lei em «mal iminente ou em começo de execução» — isto é, se o mal ou dano se não realizou na íntegra e está iminente ou começou a executar-se — é evidente que se trata dum perigo de dano.

E que se entenderá por perigo? «Perigo — diz o Prof. Dr. Cavaleiro de Ferreira — é a probabilidade dum evento danoso. Perigosa é uma conduta quando tem potência causal em relação a determinado evento». Com efeito, do estudo da causalidade jurídica se depreende que não só a sua verificação tem relevância para o direito, mas que também a potencialidade, a aptidão duma conduta para produzir um certo resultado, pode ter relevância para a ordem jurídica independentemente da realização desse resultado.

Podemos conceber do perigo uma noção subjectiva e uma noção objectiva. Assim Manzini (1) explica-nos: «perigo subjectivamente considerado é a previsão lógica actual da verificação

(1) *Ob. cit.*, vol. I, pág. 554.

mais ou menos próxima de uma realidade desfavorável. Sob o aspecto objectivo, perigo é a potencialidade actual de dano ou maior dano ínsita em determinada situação ou modificação do mundo externo» (1).

Tem-se discutido muito se o perigo constitui um simples juízo, ou se se trata duma realidade. Manzini (2), por exemplo, é da primeira opinião: «Dito isto o perigo não é algo de concreto, pois não é uma realidade...». Contieri segue a mesma teoria. Delitala (3), pelo contrário, afirma ser o perigo uma realidade: «A noção de perigo não pode, portanto, reduzir-se a um juízo subjectivo, variável com a mudança dos sujeitos». E Mezger (4) afirma que «não é possível considerar o perigo como algo de puramente subjectivo».

Pensamos, com Rocco e Mezger, que os conceitos subjectivos e objectivo de perigo constituem duas faces essenciais de uma mesma entidade. O perigo corresponderá a uma situação real diferenciada, e revelada — pois por si própria não se revela — através dum juízo, que constitui um prognóstico sobre a possibilidade de suceder o dano (5).

1 — *Iminência ou começo de execução*

O perigo deve ser *iminente*, como dispõe o n.º 2, do art. 44.º, ou o dano ter começado a efectuar-se. Daqui se infere que, realizado o mal integralmente, o perigo desaparece cedendo o seu

(1) Contieri define dano: «a perda ou diminuição de um bem, o sacrificio ou a restrição dum interesse» (*ob. cit.*, pág. 48). Carnelutti prefere falar só em *interesse*, pois *bem* pode não se alterar enquanto que o *interesse* é sempre alterado para pior (*ob. cit.*, pág. 186).

(2) *Ob. cit.*, pág. 555.

(3) *Ob. cit.*, pág. 166.

(4) *Ob. cit.*, vol. I, pág. 232.

(5) Há quem exija também a probabilidade do dano para que haja perigo. V. Antolizei, *Rev. de La Scuola Positiva*, XXIV, ano III, série III, vol. V, 1914, págs. 22 e segs.

lugar ao dano consequente, e não há mais estado de necessidade. Por outras palavras, a ofensa ao bem jurídico não deve estar consumada, mas apenas iminente ou começada.

Consideremos, dadas estas delimitações, as várias circunstâncias especiais de tempo em que pode surgir ou acabar a situação perigosa :

1. — O perigo pode desaparecer durante a execução do acto necessário : o agente será responsável por todos os actos posteriores ao desaparecimento do estado de necessidade, terminado com o perigo, beneficiando, como é lógico, da impunidade dos actos cometidos durante a presença do perigo e do estado de necessidade.

2.º — O perigo poderá surgir depois de se ter começado a acção, ou tendo-se já verificado, pode desaparecer e surgir de novo. Há que formular uma alternativa : ou a acção tem certa unidade no sentido de que se fundem todos os actos constitutivos do seu processo, sendo imprescindível a sua totalidade para que se produza o evento danoso, e haverá estado de necessidade, pois a execução parcial da acção é constituída por actos em si incapazes de produzir o evento ; ou serão os actos executados sem que se verifique o perigo suficiente para produzir o evento, e não beneficiarão da impunidade.

3.º — Consideremos agora a hipótese do perigo surgir entre a realização integral do processo executivo da acção, mas antes de se verificar a produção do evento. Referindo-se o nosso Código Penal ao «começo de execução» como um dos limites no tempo à verificação do estado de necessidade, é bem claro que neste caso não há estado de necessidade pois a execução completou-se. A solução está certa logicamente ; e até intuitivamente, pois quando depende do agente a produção do evento não se verifica o perigo. A execução como conduta conforme à descrição legal, está completa e não apenas começada. O evento — tratamos, como é óbvio, de crimes materiais — já não depende da execução.

O Código Italiano fala em *actualidade* do perigo, atribuindo-lhe Contieri (1) a significação de *presente*, isto é, não *passado*; e critica a opinião de autores como Manzini (2) que englobam no conceito de actualidade os de iminência — noção relativa ao tempo — e probabilidade — noção relativa à maior ou menor possibilidade de produção do evento danoso. A crítica de Contieri é arguta, sendo certo que um perigo pode ser provável sem ser iminente e vice-versa. Mas enquanto a lei italiana fala em *actualidade*, a lei portuguesa prefere a *iminência do perigo*, e é destas palavras, pois, que nos temos de ocupar. Concordamos que a essência da palavra iminência é de natureza temporal; mas também a noção de actualidade se refere ao tempo enquanto atribuir ao perigo a característica de *presença*.

Até Mezger (3) nos diz: «Perigo actual existe quando o mal que ameaça tem caracteres de iminência». É evidente que este requisito deve ser apreciado em cada caso concreto. Uma casa pode estar na *iminência de ruir* durante um ano, um negociante na iminência de falir durante 2 anos. Parece-nos até que a palavra iminência contém um sentido de força, de fatalidade, independente do tempo. Nem se argumente com o outro termo da disjuntiva «ou começo de execução», no sentido de lhe atribuir um significado meramente temporal: com efeito as expressões iminência e *começo de execução*, se se podem conceber como desenvolvimento no tempo uma da outra, também podem representar, independentemente do elemento temporal, a concretização dum processo fatal, fatalidade, força de resolução de que está prehe a iminência no sentido de se tornar em começo de execução e este no evento danoso. Além de que a fórmula «começo de execução» tem a função de excluir o estado de necessidade quando o dano esteja consumado. Cremos pois que se impõe dar à palavra *iminência* um sentido mais denso, atribuindo-lhe o significado extra-temporal de *força intrínseca de resolução em começo de execução e este por sua vez no evento danoso*.

Além de que a iminência contém a noção de actualidade do

(1) *Ob. cit.*, págs. 53 e segs.

(2) *Ob. cit.*, vol. II, pág. 332.

(3) *Ob. cit.*, vol. II, pág. 178.

perigo, pois este, sendo iminente, não pode ser passado, antes é, implicitamente, presente.

Este requisito também implica a exclusão *do perigo de perigo* como requisito do estado de necessidade. E se é certo que desde que se exige o perigo não basta o perigo de perigo, não é menos certo que o requisito da iminência impede qualquer dúvida a este respeito. A iminência do perigo, delimitando o estado de necessidade no extremo oposto ao começo de execução, exclui pois — quando haja execução integral — a coexistência do estado de necessidade e do perigo de perigo.

O Prof. Dr. Cavaleiro de Ferreira diz, a pág. 281 das suas lições: «Na organização jurídica das sociedades modernas há inúmeros meios de defesa privada para prevenir um perigo futuro e remoto de ofensa ao património jurídico de cada um». Terminando, em função do elemento *perigo e do dano*, o estado de necessidade situa-se desde que se verifique o perigo iminente até à execução completa da acção necessidade, «exclusivé».

2 — Realidade

Este é o primeiro requisito do art. 45.º. A existência do perigo tem que ser um facto. Não é suficiente que o agente, por qualquer motivo, presuma a sua verificação, pois se na realidade há só presunção, não se justifica o acto necessário. Isto, no entanto, não significa que, se o agente, independentemente de culpa ou dolo, considerar real o perigo que de facto não se verifica, o estado de necessidade não exista. Presumir, é diferente de estar na certeza, embora esta não corresponda à realidade. A presunção é um juízo de dúvida. O estado de necessidade putativo, pode pois, justificar o facto. Se um médico tem de socorrer um doente e percorre de automóvel um terreno proibido porque presume estar a estrada por onde lhe era lícito caminhar intransitável ou obstruída, teremos que distinguir três hipóteses:

1.ª — A estrada encontra-se de facto intransitável: haverá estado de necessidade.

2.ª — O automóvel poderia transitar mas no espírito do médico a impossibilidade radicou-se independentemente

do dolo ou da culpa: é o caso do estado de necessidade putativo.

3.º — O automóvel poderia transitar, mas o médico presumiu que ele não conseguiria passar, mantendo no entanto dúvidas quanto a essa possibilidade: nesta hipótese não se verificará o estado de necessidade.

3 — CONDIÇÕES NEGATIVAS QUANTO AO MODO DE EVITAR O MAL

1 — *Impossibilidade de recorrer à Força Pública*

O acto necessário, representando uma ofensa a um direito de outrem, deve implicar ser, senão a única, pelo menos a mais útil maneira para a sociedade de evitar o dano ameaçado. Portanto, se o mal se puder evitar por meio dum acto que não constitua uma infracção, deve considerar-se o acto necessário injustificado. Por isso o n.º 2 do art. 45.º exige que seja impossível recorrer à força pública. Este é o meio racional de que o homem dispõe no actual momento da história do direito para prevenir ou suster o perigo duma ofensa. Este requisito deve apreciar-se em concreto, no sentido de que muitas vezes em teoria é possível o recurso à força pública, quando materialmente é impraticável.

2 — *Impossibilidade de legítima defesa*

Porque é que a lei dá preferência ao acto de defesa legítima relativamente ao acto necessário? É que a legítima defesa se realiza contra uma agressão ilegal, portanto contra o perigo dum acto ilícito — art. 46.º, n.º 1 — ao passo que o acto necessário ofende um direito, um estado jurídico. Lógicamente, só depois de não ser possível a reacção contra uma agressão ilegal, poderá justificar-se o ataque a uma situação juridicamente legítima.

Devemos observar que, como é óbvio, o acto necessário só será punível quando a legítima defesa seja da mesma maneira apta para afastar a ameaça de dano, aptidão que, como bem

observa Contieri (1), deve ser determinada objectivamente com base nas circunstâncias de facto existentes no momento em que o agente agiu. Também nota Contieri que o acto necessário será impune quando, embora a legítima defesa evite o perigo tão bem como ele, possa todavia causar a ameaça dum dano à pessoa do agente ou de terceiro. Na observação justa de Contieri (2), «teríamos, não uma elisão do perigo, mas uma transformação», além de que da análise da situação concluiríamos que um acto de legítima defesa resolveria um estado de necessidade, o que não se harmonisa com a construção que esboçámos.

Resumindo: — Quando o perigo de dano pode ser evitado por meio da legítima defesa não há estado de necessidade, excepto no caso do seu exercício expor o agente ou terceira pessoa ao perigo de outro dano, pois neste caso existirá o estado de necessidade, excepto ainda se o acto necessário provocar um perigo de dano para o agente ou terceiro, caso em que se imporá a legítima defesa. Cremos ser este o espírito da nossa lei, partindo do princípio exposto no n.º 4 do art. 44.º

b) — *Requisitos do acto necessário*

O acto necessário dirige-se contra o dano, através do perigo que afasta. Delimita, pois, o estado de necessidade no sentido de que este deixa de verificar-se quando consumado o acto necessário.

Examinemos os requisitos a que deve obedecer, para não ser punível.

1 — *Correspondência à figura legal de uma infracção*

Mais do que requisito, esta exigência corresponde a um pressuposto do estado de necessidade. Se o acto afastador do perigo não corresponder à figura duma infracção legal, há impunibili-

(1) *Ob. cit.*, pág. 119.

(2) *Ob. cit.*, pág. 120.

dade e o juiz deve absolver o agente, não por se tratar dum acto necessário, mas por não se verificar uma infracção penal. E assim, no julgamento duma hipótese que se presume constituir um estado de necessidade, deve examinar-se logo de princípio se o acto que se imagina necessário é ou não a expressão dum delito legalmente construído; se não há infracção, o réu deve ser absolvido: nem há ilicitude nem culpabilidade, o estado de necessidade não se verifica e deste modo não fundamenta a impunibilidade.

2 — *Expressão da falta de outro meio menos prejudicial*

É o n.º 4 do art. 45.º que prescreve este requisito. Não há dúvida que os n.ºs 2 e 3 estão eivados do espírito deste requisito e constituem duas consequências dele. O que se deduz destes três preceitos é que o acto necessário pode não ser a única maneira de evitar o perigo, mas deve representar o modo menos prejudicial para a sociedade, de realizar o direito.

Podemos considerar vários estágios quanto aos meios de evitar o perigo. Num primeiro lance o perigo seria evitável através dum acto lícito, por exemplo, recorrendo à força pública ou à legítima defesa: é o caso dos n.ºs 2 e 3 do art. 45.º; em seguida podemos conceber ainda que o perigo se afasta por meio dum ilícito que não constitua uma infracção penal: em qualquer destas duas hipóteses não existirá estado de necessidade relevante para o direito penal, pois que na última hipótese considerámos ser o ilícito penal mais grave que qualquer outra espécie de acto anti-jurídico, e portanto será sempre mais prejudicial.

Num terceiro estágio consideremos o caso do perigo ser afastado por meio duma infracção penal; distinguiremos duas hipóteses:

1.ª — Ou o perigo podia ser evitado por meio duma infracção menos grave que a cometida e não haverá então impunidade;

2.ª — Ou o perigo só podia ser evitado pela execução dum delito de igual ou maior gravidade, e haverá impunidade.

Claro que estes casos assim expostos, abstracta e esquemáticamente, devem ter as suas soluções temperadas pela observação constante do caso concreto em julgamento.

A este requisito corresponde na legítima defesa o art. 46.º, n.º 3, que dispõe: «Só pode verificar-se a justificação do facto...»

N.º 3 — Quando se verificar a necessidade racional do meio empregado para prevenir ou suspender a agressão». Exige-se, pois, a necessidade e a racionalidade do acto necessário.

A necessidade consiste justamente na aptidão do acto necessário para afastar o perigo, aptidão que, podendo não ser propriedade exclusiva desse acto, é todavia o meio menos prejudicial de evitar o perigo.

Trataremos da racionalidade.

O Código Penal Italiano fala em proporcionalidade; nós, porém, preferimos o termo racionalidade do nosso Código, por ser mais maleável. De facto, a expressão proporcionalidade encerra uma ideia de correspondência matemática que não quadra ao requisito legal. No entanto, a racionalidade traduz-se numa apreciação relativa entre o perigo do dano na sua intensidade e o dano causado pelo acto necessário. Mas diz o Prof. Dr. Cavaleiro de Ferreira (1): «Não importa uma rígida proporcionalidade entre o interesse ofendido e o interesse defendido pela defesa. Só em concreto se estabelecerá a proporção». E se a maleabilidade da apreciação deste requisito deve ser grande na legítima defesa, mais acentuada se mostrará na apreciação do estado de necessidade quando haja medo insuperável. É o que nos diz mais adiante o citado Professor (2): «Porque quem age por medo insuperável não se encontra em condições de avaliar com segurança da necessidade ou racionalidade do meio, deve interpretar-se a disposição do n.º 4 do art. 45.º com mais maleabilidade do que a do n.º 3 do art. 46.º quanto à legítima defesa».

A racionalidade deve ser apreciada em concreto: Enquanto, durante o incêndio numa casa de espectáculos um homem normal para salvar-se socará outro espectador que lhe tapa o caminho, para um coxo será racional que vibre uma pancada com a sua muleta a quem o impede de fugir do fogo.

(1) *Ob. cit.*, pág. 286.

(2) *Ob. cit.*, pág. 418.

Quando falamos em intensidade do perigo englobamos:

- 1.º — A maior ou menor possibilidade — ou probabilidade — do perigo;
- 2.º — A gravidade do dano que ameaça;
- 3.º — A sua representação no espírito do agente.

É em função desta intensidade que se há-de determinar a racionalidade do acto necessário. O grau de possibilidade do perigo deve ser apreciado objectivamente, dependendo por isso das circunstâncias concretas que presidiram à execução do acto necessário.

Quanto ao juízo sobre a gravidade do dano, é imprescindível atender à ordem jurídica em geral, especialmente na parte que se refere à protecção dos interesses ameaçados e também deve ser deduzido das sanções cominadas a quem ofende os interesses em causa.

No que respeita à representação do dano no espírito do agente, aplicar-se-ão os princípios gerais sobre culpabilidade e os especiais relativos ao estado de necessidade. Isto pelo que respeita ao primeiro elemento da proporção: o mal evitado.

Resta-nos o segundo, constituído pelo acto necessário. Este, correspondendo a uma infracção penal, deve ter a sua racionalidade avaliada através do juízo da ordem jurídica, cabendo-lhe, quanto à sua representação na vontade do agente, as mesmas observações que esboçámos quanto ao mal evitado.

Cabe aqui reproduzir a observação de Contieri (a pág. 115 da sua monografia) que atribui na determinação da proporcionalidade importância decisiva à qualidade especial que porventura possua o sujeito passivo do acto necessário, que através da não existência da racionalidade pode implicar a punibilidade do acto necessário.

3 — *Probabilidade de eficácia*

O último requisito do estado de necessidade é exposto pelo n.º 5 do art. 45.º, quando exige a idoneidade do meio que se emprega para evitar o mal. Este atributo do acto necessário deverá ser apreciado em concreto, objectivamente. Torna-se, no

entanto, evidente que, representando a idoneidade uma força em potência, pode a salvação do dano não se verificar, que o acto não deixa por isso de ser idóneo, de ter vocação de eficácia. Podem suceder factos posteriores que obstem ao desaparecimento do perigo.

Há que não confundir este requisito com o da racionalidade. Enquanto a racionalidade supõe a proporção — mais ou menos rígida — entre a intensidade do perigo e o acto necessário, a idoneidade refere-se à vocação desse mesmo meio para afastar o perigo, isto é, estabelece um juízo sobre a vocação de determinado acto para evitar o dano de que o perigo é a ameaça.

4 — SOCORRO DE NECESSIDADE

Será de admitir perante a nossa lei o acto necessário para salvar outra pessoa ?

A maior parte dos Códigos estrangeiros o regulam, quer independentemente das relações entre o socorrente e o socorrido — é o caso do art. 54.º do Código Penal Italiano, — quer determinando a existência de determinados laços de parentesco entre eles — é o caso do Código Penal Alemão.

A nossa lei não se lhe refere expressamente. Julgamos porém que o seu espírito não lhe é adverso. Com efeito, ao tratar da legítima defesa, o Código Penal Português, no n.º 5 do art. 44.º, considera a legítima defesa própria ou *alheia*, donde se poderia deduzir que o socorro necessitado, como situação paralela, é acolhido pela lei penal portuguesa.

É certo que é mais imperioso o caso da legítima defesa alheia — pois se trata duma agressão ilegal — mas não vemos argumento decisivo que obste a considerar aceite pela nossa lei o socorro necessitado. Cremos, contudo, que se deve limitar ao caso de perigo para a vida humana e que, na interpretação dos requisitos do art. 45.º, se deve adoptar uma atitude mais rígida.

Com efeito, considerações intuitivas de ordem moral e social nos levam a admitir este instituto, embora com as restrições expostas.

Lopo de Bragança