



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

JOÃO VICTOR LEAL ALVES LIMA

**A TEORIA DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA* NO DIREITO PENAL BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE CRÍTICA QUANTO A SUA ADMISSIBILIDADE AOS CASOS DE
EMBRIAGUEZ NÃO ACIDENTAL**

**JOÃO PESSOA
2021**

JOÃO VICTOR LEAL ALVES LIMA

**A TEORIA DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA* NO DIREITO PENAL BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE CRÍTICA QUANTO A SUA ADMISSIBILIDADE AOS CASOS DE
EMBRIAGUEZ NÃO ACIDENTAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Eduardo de Araujo Cavalcanti

JOÃO PESSOA
2021

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

L732t Lima, Joao Victor Leal Alves.

A teoria da actio libera in causa no Direito Penal brasileiro : uma análise crítica quanto a sua admissibilidade aos casos de embriaguez não acidental / Joao Victor Leal Alves Lima. - João Pessoa, 2021.
60 f.

Orientação: Eduardo de Araujo Cavalcanti.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Embriaguez. 2. Direito Penal. I. Cavalcanti, Eduardo de Araujo. II. Título.

UFPB/CJJ

CDU 34

JOÃO VICTOR LEAL ALVES LIMA

**A TEORIA DA ACTIO LIBERA IN CAUSA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE CRÍTICA QUANTO A SUA ADMISSIBILIDADE AOS CASOS DE
EMBRIAGUEZ NÃO ACIDENTAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Eduardo de Araujo Cavalcanti

DATA DA APROVAÇÃO: 15 DE JUNHO DE 2021

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Ms. EDUARDO DE ARAUJO CAVALCANTI
(ORIENTADOR)**

**Prof. Dr. GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA
(AVALIADOR)**

**Prof.^a Dr.^a. LENILMA CRISTINA SENA DE FIGUEIREDO MEIRELLES
(AVALIADORA)**

RESUMO

O presente estudo é voltado para a análise da teoria da *actio libera in causa* como forma de justificativa ao tratamento fornecido pela legislação penal brasileira ao ébrio infrator, mais especificamente no que tange à embriaguez não accidental, representada pelas figuras da embriaguez voluntária e culposa. Dito isso, o problema de pesquisa central consiste no fato de que parte da doutrina não enxerga com bons olhos esse movimento teórico, pois seria ele uma hipótese de responsabilidade penal objetiva, que consiste em uma punição estatal sem apuração de dolo ou culpa, bem como culpabilidade, hipótese que é fatalmente vedada pelo atual Estado de Direito. Assim, a presente monografia fará uso de ensinamentos penais e médicos legais para compreender o conceito e o histórico do problema atemporal da embriaguez e da própria teoria supracitada, perpassando necessariamente pelos posicionamentos jurisprudenciais atuais. Além disso, caminhos de solução serão naturalmente traçados a fim de compatibilizar a *actio libera in causa* ao preceito de presunção de inocência previsto na Constituição Federal do Brasil de 1988 (CFRB/1988), tal qual em relação aos demais princípios corolários de um Direito Penal da culpa. A adequação constitucional citada ocorrerá por meio de mitigação interpretativa quanto a extensão da aplicação da teoria às hipóteses mencionadas de embriaguez não accidental.

Palavras-chave: Embriaguez. *Actio libera in causa*. Responsabilidade penal objetiva. Culpabilidade.

ABSTRACT

The present study focuses on the analysis of the theory of *actio libera in causa* as a way to justify the treatment given to criminal alcoholic by Brazilian penal legislation, more specifically on not accidental drunkenness, represented by the figures of voluntary and guilty drunkenness. That said, the central problem of the research consists in the fact that part of the doctrine does not accept this theoretical movement, as it would be a hypothesis of objective criminal responsibility, which consists of a state punishment without verification of intent or guilt, as well as culpability, hypothesis inevitably prohibited by the current rule of law. Thus, the present monograph will make use of criminal and legal medical teachings to understand the concept and history of the timeless problem of drunkenness and the theory cited, necessarily going through the current jurisprudential positions. In addition, solutions that will make the *actio libera* in question compatible with the presumption of innocence provided for in the 1988 Federal Constitution of Brazil (CFRB/1988), as well as with the other corollary principles of a criminal law of guilt. The constitutional adequacy cited will occur through interpretive mitigation regarding the extension of the theory's application to the aforementioned hypotheses of not accidental drunkenness.

Key-words: Drunkenness. *Actio libera in causa*. Objective criminal liability. Culpability

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DA CONDUTA PENAL	10
2.1 CONCEITO	10
2.2 TEORIAS DA CONDUTA	10
2.2.1 Teoria causal naturalista ou mecanicista da conduta	11
2.2.2 Teoria social da conduta	12
2.2.3 Teoria finalista da conduta	13
2.3 CONDUTA DOLOSA	14
2.4 CONDUTA CULPOSA	15
2.5 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E A AÇÃO RELEVANTE PENALMENTE	18
3 COMENTÁRIOS ESSENCIAIS SOBRE O INSTITUTO DA CULPABILIDADE	21
3.1 CONCEITO	21
3.2 TEORIAS DA CULPABILIDADE	21
3.2.1 Teoria psicológica	21
3.2.2 Teoria psicológico-normativa	23
3.2.3 Teoria normativa pura ou finalista	24
3.2.4 Teoria extremada e teoria limitada	25
3.3 ELEMENTOS DA CULPABILIDADE	26
3.3.1 Imputabilidade	27
3.2.2 Potencial consciência da ilicitude	29
3.2.3 Exigibilidade de conduta diversa	30
4 O PROBLEMA DA EMBRIAGUEZ NA ÓTICA PENAL BRASILEIRA	32
4.1 FUNDAMENTAÇÃO INICIAL E O CONTEXTO FÁTICO BRASILEIRO	32
4.3 FASES DA EMBRIAGUEZ	34
4.3.1 Fase da excitação	34
4.3.2 Fase da confusão	34
4.3.3 Fase do Sono	35
4.4 ESPÉCIES DE EMBRIAGUEZ À LUZ DO CÓDIGO PENAL	35
4.4.1 Embriaguez completa e embriaguez incompleta	35
4.4.2 Embriaguez não acidental	36
4.4.2.1 Embriaguez voluntária	36
4.4.2.2 Embriaguez culposa	37
4.4.3 Embriaguez acidental	38

4.4.4 Embriaguez preordenada	40
4.4.5 Embriaguez patológica e crônica	41
5 A TEORIA DA ACTIO LIBERA IN CAUSA	42
5.1 CONCEITO	42
5.2 A ACTIO LIBERA IN CAUSA NA HISTÓRIA	42
5.3 A TEORIA E A EMBRIAGUEZ NOS DIPLOMAS PENAIIS PÁTRIOS	44
5.4 ANÁLISE DE PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS	46
5.5 ANÁLISE CRÍTICA E DOUTRINÁRIA DA TEORIA	48
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

O álcool acompanha o homem desde os seus primórdios, de modo que a sua ingestão é um fenômeno de natureza global e por que não dizer atemporal. Evidenciado isso, naturalmente, o direito detém a necessidade de tutelar os fenômenos decorrentes desse fato notório. Na seara cível, a título de exemplo, o ébrio habitual é considerado um sujeito relativamente incapaz, conforme o artigo 4º, inciso II do Código Civil de 2002. No entanto, como veremos, a embriaguez é um fenômeno tão sério que ultrapassa o direito privado, pois traz consigo uma mudança de comportamento que muitas vezes culmina na prática criminosa e é aqui que entra o papel do Direito Penal, visto que este é a *ultima ratio* disponível ao Estado.

Dito isso, adiantando-nos, o nosso propósito central será o de examinar o posicionamento da legislação, doutrina e jurisprudência brasileiras penais frente a uma teoria denominada *actio libera in causa* e sua aplicação a uma modalidade de embriaguez específica, que é a de natureza não accidental, utilizando-se para tanto, em grande parte, do modo de pesquisa bibliográfico. A saber, a modalidade de ebriedade citada tem como subespécies a embriaguez voluntária e a culposa, assunto que será naturalmente mais detalhado.

Porém, antes de adentrarmos no tema principal exposto, devemos percorrer um caminho prévio de caráter primordial. Nesse sentido, em nosso primeiro capítulo, trataremos do conceito de conduta relevante à luz do Direito Penal. Logo, inevitavelmente, as principais teorias da ação e os seus componentes atuais, o dolo e a culpa, serão abordados. Outrossim, a título de complementação, apresentaremos a teoria da imputação objetiva, que detém importante papel para que haja uma correta vinculação entre o agir, eventual resultado e a responsabilidade penal decorrente.

O segundo capítulo, por sua vez, se encarregará de um instituto detentor de igual relevância à nossa dissertação, qual seja: A culpabilidade. Deste modo, no mesmo sentido do capítulo antecedente, será realizada uma exposição das principais posições doutrinárias e trazidos à baila os elementos contemporâneos desse juízo de reprovabilidade ora em comento. Por interessante, os requisitos anteriormente referenciados são: A exigibilidade de conduta diversa, a potencial consciência da ilicitude e a imputabilidade. Destaque-se que esse último fator será examinado de maneira mais aprofundada, haja vista que um dos efeitos da *actio libera in causa* é apurar justamente a imputabilidade em um momento diferente do ato de execução do tipo penal, constituindo uma exceção, conforme veremos.

Assim sendo, apenas após a devida elucidação das colocações anteriores, é que iremos estabelecer os nossos apontamentos sobre a embriaguez, esses que, à seu turno, não serão exclusivamente penais, mas que terão também consigo uma base médico-legal. Tal opção de abordagem multidisciplinar é feita visando, principalmente, uma exatidão conceitual necessária e a correta delimitação do estado de espírito destacado, que apresentará consigo fases ou níveis diversos. Por óbvio, também constituirá um dever precípua discorrer sobre a realidade brasileira, o que será conduzido não apenas através da mera abordagem aos dispositivos legais nacionais afetos ao tema, porém, considerando-se sobretudo o contexto fático e social do Brasil.

Quanto ao capítulo final, este abordará a supracitada teoria da *actio libera in causa* e o seu histórico e origem serão trazidos à discussão através de pontual perquirição. No entanto, a título de fornecer um juízo conceitual preliminar, podemos visualizar na *actio libera in causa* uma corrente teórica que considera, para os fins de imputabilidade penal, não a ação de execução propriamente dita, mas sim um ato inicial prévio que, em nosso estudo, corresponde ao fato de embriagar-se anteriormente ao delito. Outrossim, ressaltamos que dolo e culpa também serão afetados, de modo que o momento da aferição de ambos será variável de acordo com nuances diversas que expressaremos no desenvolver do assunto. Considerado isso, não poderíamos deixar de ratificar a necessidade de uma análise indispensável, outrora comentada, da culpabilidade e da conduta nos momentos iniciais da nossa exposição.

Ademais, neste último momento, haverá a apresentação qualitativa de precedentes judiciais que apliquem a linha de pensamento em evidência e a exibição de diferentes posicionamentos doutrinários a seu respeito. Desta forma, veremos desde doutrinadores manifestamente contrários, pois seria a *actio libera in causa* uma mera ficção jurídica apta apenas a concretizar uma hipótese de responsabilidade penal objetiva, desde outros favoráveis em toda a sua extensão. Todavia, investigaremos o assunto, descritivamente, com a devida temperança, buscando uma solução viável ao conflito introduzido, principalmente no que tange aos casos de embriaguez voluntária ou culposa, hipóteses essas que restam previstas no artigo 28, II, do Código Penal e formam o nosso alvo didático principal em vista de não carregarem em si uma vontade criminosa prévia, de acordo com o que será observado.

Ao cabo, é preciso enfatizar-se que não é de nossa pretensão esgotar a totalidade do debate sobre o assunto e lhe conceder um ponto final definitivo. Por outro lado, reforçamos a ideia de que pretendemos contribuir, ao menos de forma singela, na construção de uma resolução possível atrelada a princípios penais e constitucionais inafastáveis de proteção ao réu.

2 DA CONDUTA PENAL

2.1 CONCEITO

O que é uma conduta relevante penalmente? Responder a essa primeira pergunta será de notória importância para que entendamos os conteúdos subsequentes, isso porque o que pretendemos apontar é justamente a conduta penalmente vedada em face de determinada circunstância, que é a da embriaguez não acidental. Assim, a título de estabelecer um conceito prévio, consideremos, de acordo com os ensinamentos de Damásio de Jesus (2010, p. 267), os seguintes pontos: a) A conduta ou ação se refere apenas aos comportamentos humanos, não aos atos dos animais irracionais. b) Apenas os comportamentos corporais externos importam, o direito penal não se ocupa da psique, conforme o princípio *Cogitationis poenam nemo patitur*. c) A conduta só tem importância penal quando voluntária. d) A ação consiste em um movimento corporal ou em sua abstenção.

Além do dito, é importante que entendamos que dentro da estrutura da teoria do crime, de acordo com Greco, a conduta pertence aos componentes do fato típico e, inclusive, é o seu primeiro elemento. Ainda conforme os seus ensinamentos, não se pode falar em uma conduta da pessoa jurídica, pois: “Conduta quer dizer, ainda, ação ou comportamento humano. Não se fala em conduta de pessoa jurídica no sentido de imputar a esta a prática de alguma infração penal” (2015, p. 203).

A fim de encerrar essa parte inicial, não bastando o afirmado acima, é necessário entender que, na realidade brasileira, a pessoa jurídica poderá ser responsabilizada penalmente, principalmente, no que tange aos crimes ambientais, considerando-se sobretudo o assento constitucional do artigo 225, parágrafo 3º da CRFB/88. (BRASIL, 1988) Ressaltamos, todavia, que, doutrinariamente, existe uma forte discussão sobre o assunto em geral e que não nos caberá no presente momento abordar, dada a especificidade do tema. No entanto, Nucci (2019, p. 471) nos mostra que a possibilidade de responsabilização é pacífica em nosso judiciário, haja vista que: “No Brasil, já se tem registro de condenação de pessoa jurídica por delito contra o meio ambiente. Nos Tribunais Superiores (STF e STJ) pacificou-se o entendimento de que é possível a responsabilidade penal da pessoa jurídica”.

2.2 TEORIAS DA CONDUTA

No tópico anterior, apresentamos, de forma propedêutica, características importantes da

ação na esfera penal, no entanto, existem algumas teorias que subsidiam o assunto e aquecem o debate sobre a natureza e a essência do conceito. Tais linhas de pensamento apresentam reflexos, como será visto, até mesmo no campo da culpabilidade, que será o nosso segundo tema. Dito isso, é nosso dever apresentá-las e buscar compreender, principalmente, qual é a posição traçada pelo código penal pátrio.

2.2.1 Teoria causal naturalista ou mecanicista da conduta

A primeira teoria, como o nome sugere, é extremamente apegada ao plano físico, de modo que, pontualmente, Damásio de Jesus (2010, p. 270) afirma: A conduta é aqui definida como um comportamento humano voluntário no mundo exterior, consistente em um fazer ou não fazer, sendo estranha a qualquer valoração. Desse modo, resta definida a forma de constatação do agir relevante para um direito penal pautado pela corrente naturalista, em outros termos, não se apura nada, salvo as regras da natureza que regem a voluntariedade física na ação e o nexo de causalidade existente entre a ação e o resultado causado, não se examinando o conteúdo ou a extensão da vontade.

A seguir, é interessante citar os principais idealizadores da corrente e, sobre isso, consideremos o seguinte: “O conceito causal de ação foi elaborado por Von Liszt no final do século XIX, em decorrência da influência do pensamento científico-natural na Ciência do Direito Penal. Na verdade, o conceito causal foi desenvolvido por Von Liszt e Beling, e fundamentado mais detidamente por Radbruch” (BITENCOURT, 2016, p. 287-288). Ressalte-se que na passagem vemos não só o nome dos principais autores que deram luz à teoria, através de seus legítimos esforços, mas encontramos também a ideia de que a lógica das ciências naturais foram repassadas para uma ciência social, que é o Direito. Assim, por força desse último aspecto, a teoria é fortemente criticada, haja vista uma certa obviedade no fato de que o meio social não pode ser explicado, exclusivamente, por meio das regras aplicadas aos fenômenos naturais, uma vez que, ao nosso ver, são ambientes e fenômenos completamente distintos, favoravelmente ao posicionamento traçado, temos a passagem abaixo:

Além disso, a teoria naturalista se fundamenta nas leis das ciências naturais. Ora, o Direito Penal existe para reger e proibir condutas no meio social. Diante disso, os seus postulados não devem sofrer a incidência reitora exclusivamente dos princípios naturais. Como o delito é um fenômeno social, as normas que o regem devem ter por fundamentos princípios sociológicos, baseados na convivência social (JESUS, 2010, p. 271).

Outrossim, falamos, no primeiro parágrafo, que não se examina o conteúdo ou a extensão da vontade na teoria em comento, o que é bem verdade, pois: A conduta é o efeito da vontade, mas não examina-se o seu conteúdo, à sua finalidade ou o seu propósito, ao invés disso,

a referida análise deverá ser feita no âmbito da culpabilidade (JESUS, 2010, p. 272). Com isso, antecipando-nos, veremos que há uma forte ligação entre a teoria causal da ação e a teoria psicológica da culpabilidade.

Ao término, ratificamos que uma das principais críticas ao pensamento exposto é a diferença entre a ciência jurídica e as demais ciências que observam o mundo natural, logo, é inadmissível que os princípios, o método de observação e todo o resto sejam o mesmo, todavia, não obstante isso, há uma outra situação não abarcada pela linha de pensamento ora analisada, que é a figura da tentativa. Explica-se: Para que possamos dizer que houve tentativa de determinado crime é preciso que haja uma conduta tendente à produção de certo resultado e, não só isso, é igualmente necessário que se observe o desejo de sua produção. Então, para que haja a figura da tentativa, exige-se o exame do conteúdo da vontade, pois, apenas o seu efeito nada nos fornece, visto que não há resultado naturalístico. Desse modo, consideramos prejudicada a visão de conduta trazida pela teoria mecanicista ou causal-naturalista da ação, ademais, o principal elaborador dessa constatação fora o alemão Welzel (JESUS, 2010, p. 272).

2.2.2 Teoria social da conduta

Das críticas à teoria anterior, uma outra surgiu, dessa vez, marcadamente, apegada aos anseios do meio social como a própria terminologia aponta. Mas, o que seria então a conduta para a corrente em análise? A resposta é: “...a ação é a realização de um resultado socialmente relevante, questionado pelos requisitos do Direito e não pelas leis da natureza” (JESUS, 2010, p. 273).

É notório, a partir de então, que ocorrera a adoção de princípios próprios das ciências sociais e isso, sem dúvidas, constituiu um avanço se comparado com a proposta da corrente teórica vista anteriormente. No entanto, para a teoria social, ainda o que continua a ser relevante é meramente o efeito da vontade, ou seja, o resultado concreto, enquanto o seu conteúdo, seu o propósito e a sua finalidade continuam apreciados apenas na culpabilidade. Com isso, é natural que os mesmos problemas enfrentados pela teoria causal-naturalista, no que tange aos crimes sem resultado, principalmente à tentativa, também sejam extensíveis à visão social da ação.

Adiante, também é preciso considerar, mais uma crítica à teoria anterior e também a presente analisada, pois, segundo Capez (2012), existem tipos que precisam necessariamente de uma finalidade específica para se configurarem. Tal afirmação acaba por ser um duro golpe nas doutrinas que delegam à culpabilidade o papel de abarcar toda a subjetividade do crime. Um

exemplo segue abaixo:

A cena de um homem arrastando uma mulher pelos cabelos em direção a uma cabana não autoriza, por si só, a adequação da conduta ao tipo do “rapto com fim libidinoso”, pois, sem examinar a finalidade do agente, não se sabe se ele está cometendo o rapto com o fim de obter um resgate, de torturar a vítima, de com ela praticar atos libidinosos etc. Neste caso, sem o elemento subjetivo (vontade, finalidade, intenção), é impossível dizer se foi praticado referido fato típico (CAPEZ, 2012, p. 133).

A seguir, todavia, gostaríamos de destacar que os pontos traçados até aqui, no que tange a ausência de subjetividade na conduta, não formam a principal crítica à corrente, como poderíamos ser levados a pensar, pois, seguimos Nucci (2019, p.532) no sentido de que o real e principal problema, na verdade, diz respeito a vagueza do que seria o “relevante socialmente”, para ele, inclusive, essa é a razão de haver poucos adeptos à teoria no Brasil. Ao cabo, entendemos que um Direito Penal que se pretenda garantista exige uma certa objetividade na configuração dos tipos penais, o que fica totalmente prejudicado quando se pensa num conceito de ação relevante ligado, estritamente, ao meio social, vide que há uma lacuna aberta de significados inerente a ideia.

2.2.3 Teoria finalista da conduta

Chegamos à nossa última teoria e, com ela, aprimoramos um conceito final de conduta. Assim, tal como fizemos no estudo das demais, primordialmente, traçaremos uma definição preliminar ao aprofundamento. Nesse sentido: A ação é um exercício de uma atividade final, um comportamento humano e voluntário dirigido a uma finalidade qualquer, finalidade essa que poderá ser lícita ou ilícita. O principal idealizador da corrente foi Hans Welzel, filósofo e jurista alemão, que, inclusive, foi responsável por constatar uma falha importante expressa na teoria causal naturalista (GRECO 2015, p. 205).

De antemão, podemos ver na linha de pensamento exposta que agora há uma preocupação com a finalidade da conduta, essa que, anteriormente, só poderia ser analisada e discutida na culpabilidade. Bitencourt (2016) sintetiza muito bem as duas fases que podem ser vistas na conduta finalista, com nossas palavras, traremos os seus ensinamentos: a) A primeira etapa é a fase subjetiva ou intelectual e nela o agente, primeiramente, traça ou alveja em sua mente o objetivo pretendido, após isso, seleciona os meios de execução da sua investida criminosa e, por último, considera os efeitos consequentes da sua ação que poderão, até mesmo, ir além daquilo que se pretendia atingir. b) Para além do intelectual, chegamos a fase objetiva, que é aquela que ocorre no mundo real e não apenas na mente do sujeito, essa, por sua vez, pode

ser compreendida como a execução fática daquilo que antes era apenas um pensamento. Desse modo, o agente age de acordo com uma finalidade específica buscando o objetivo proposto, se, por qualquer razão, não consegue o domínio final ou não se produz o resultado, a conduta será apenas tentada.

É notório que a adoção dessa teoria traria profundas mudanças na teoria do crime, uma vez que se estamos a falar de finalidade e propósito por parte daquele que age, inevitavelmente, estaremos discorrendo também sobre o dolo e a culpa. Portanto, se antes essas duas figuras compunham a culpabilidade, como veremos quando abordarmos o assunto propriamente, agora eles passaram a integrar a conduta. Por fim, visando um melhor entendimento, nos tópicos seguintes, falaremos, brevemente, da conduta culposa e da conduta dolosa isoladamente como decorrência da adoção da teoria finalista, inclusive, por parte do direito brasileiro. Aproveitamos ainda o momento para frisar que um dos problemas da responsabilidade objetiva, que é uma das questões centrais questionadas por esse esforço acadêmico, é justamente o desprezo à apreciação do dolo ou da culpa na imputação penal.

2.3 CONDUTA DOLOSA

A conduta dolosa é marcada não só pela vontade de realizar o tipo penal, mas também pela consciência do agir e é isso que Capez (2012, p. 220) nos afirma quando busca conceituar o que seria o dolo, que é notoriamente o elemento psicológico da conduta.

Podemos verificar no tópico antecedente que a conduta possui duas fases, desta forma, podemos afirmar, nessa mesma perspectiva, que o dolo possui dois elementos, que é o elemento cognitivo e o volitivo. Desta feita, D. Jesus especifica-os e subdivide o elemento cognitivo em duas partes, conforme transcrito abaixo:

É necessário que o agente tenha consciência do comportamento positivo ou negativo que está realizando e do resultado típico. Em segundo lugar, é preciso que sua mente perceba que da conduta pode derivar o resultado, que há ligação de causa e efeito entre eles. Por último, o dolo requer vontade de concretizar o comportamento e causar o resultado. Isso nos crimes materiais e formais. Nos de mera conduta é suficiente que o sujeito tenha a representação e a vontade de realizá-la (2010, p. 329).

Indo além, um ponto importante sobre o assunto são as teorias que o regem e para apresentá-las consideraremos, mais uma vez, as lições do professor Damásio de Jesus, (2010, p. 327) nesse ínterim, sucintamente, as abordaremos: a) A primeira teoria é a teoria da vontade, que nos diz que dolo é apenas a intenção de praticar um ato ilícito. b) A segunda, é a teoria da representação que afirma que dolo é a mera previsão do resultado. c) Por último, temos a teoria do assentimento que, por sua vez, exige que o resultado seja previsto como certo ou, ao menos,

possível pelo agente e que este se aquiesça com a possibilidade da ocorrência.

Dito isso, a fim de entender o contexto brasileiro e nos posicionarmos quanto à teoria adotada, é interessante nos atermos ao disposto no artigo 18, I, do código penal, assim, não nos resta outra escolha senão trazer a literalidade legal: “ Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” (BRASIL, 1940).

Tendo em vista o texto da lei e o seu comportamento frente ao que seria um crime doloso, podemos evidenciar que as teorias adotadas foram a teoria da vontade e a teoria do assentimento conjuntamente, uma vez que, como diria Greco (2015, p.243), quando o agente efetivamente quer o resultado temos o dolo por excelência, que é o natural, e a consequente adoção da teoria da vontade. Por outro lado, quando o agente consente em sua conduta ainda que saiba da possibilidade concreta do resultado temos a figura da teoria do assentimento. Interessante citar que Greco cita o posicionamento de que Damásio de Jesus adota apenas a teoria da vontade, no entanto, quanto a isso, não acompanhamos esse último.

Conforme o parágrafo anterior, a partir das teorias adotadas, podemos classificar, genericamente, o dolo em duas grandes frentes: A primeira é o dolo direto, natural ou por excelência, mas também podemos verificar, de acordo com a teoria do assentimento, um dolo eventual ou indireto. A explicação de ambos encontra-se nas próprias teorias, mas ressaltamos que é um tema amplo e com muitas discussões de teor doutrinário e jurisprudencial, mas buscamos aqui apenas estabelecer um conceito basilar a fim de enfrentarmos nosso tema principal mais à frente. Finalmente, é preciso dizer que outras classificações de dolo existem e são das mais diversas, porém, seguimos Juarez, citado por Bittencourt, no seguinte posicionamento:

Afirma Juarez Tavares, com acerto, que “não há mesmo razão científica alguma na apreciação da terminologia de dolo de ímpeto, dolo alternativo, dolo determinado, dolo indireto, dolo específico ou dolo genérico, que podem somente trazer confusão à matéria e que se enquadram ou entre os elementos subjetivos do tipo ou nas duas espécies mencionadas” . Por essa razão, nos limitamos a trabalhar, no estudo da teoria do delito, como conceitos de dolo direto e dolo eventual (JUAREZ apud Bittencourt, 2016, p. 361).

2.4 CONDUTA CULPOSA

Para o prosseguimento de nossa abordagem é preciso considerarmos alguns aspectos finais sobre as modalidades de conduta, dessa vez, naturalmente, sobre o conceito da culpa e de suas espécies. Assim, tal como no crime doloso, o tipo culposos encontra seu respaldo no artigo 18 do código penal, mas, desta vez, estamos a falar do inciso II e do seu parágrafo único e este

nos informa o seguinte:

Art. 18 - Diz-se o crime:

(...)

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente (BRASIL, 1940).

Em um pensamento basilar, diante da literalidade legal exposta, podemos observar que o crime culposo é aquele que ocorre mediante a presença de um dos seguintes elementos: Imprudência, negligência ou imperícia. Conduto, além disso, observe-se que, por força do parágrafo único, só existirá possibilidade de crime culposo quando expressamente previsto no tipo penal. Nesse ínterim, ao contrário do crime doloso, o crime culposo é uma exceção. No sentido de exemplificar o exposto recorreremos aos ensinamentos de Greco sobre o tema:

Assim, se alguém, no interior de uma loja de departamentos, de forma extremamente imprudente, derrubar uma prateleira de cristais, embora tenha a obrigação de reparar os prejuízos causados, não estará sujeito a sanção alguma de natureza penal, uma vez que o Código Penal somente fez previsão para a conduta dolosa dirigida à destruição, deterioração ou inutilização de coisa alheia (art. 163 do C P). Portanto, embora tenha destruído os cristais, sua conduta não tem relevo para o Direito Penal, haja vista a ausência de tipicidade para o fato praticado (GRECO, 2015, p. 251).

O exemplo acima cuida de reforçar a ideia de que se não há previsão legal, mesmo que a conduta culposa se dirija contra o bem jurídico, a via de exemplo, tutelado pelo artigo 163 do CP, o fato será um indiferente penal, pois o tipo culposo é uma exceção que só ocorre quando expressamente prevista. A seguir, com o claro propósito de definir a conduta culposa, o mesmo autor acima referencia em seu livro uma lição importante emitida por Julio Fabbrini Mirabete que é a seguinte: “Na lição de Mirabete, tem-se conceituado o crime culposo como "a conduta humana voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado" (MIRABETE apud GRECO, 2015, p. 251). Com esse conceito, conseguimos ter uma noção clara do que seria a conduta culposa, cabe-nos, por agora, nos aprofundarmos em alguns pontos específicos que julgamos interessantes ao tema.

A fim de cumprir esse último propósito, primeiramente, falemos da diferença entre culpa consciente e culpa inconsciente. Nesse sentido, é necessário que, desde já, não se confunda os conceitos de culpa consciente com dolo eventual, pois, em ambos há a previsão do resultado, mas na última o resultado é aceito ou é indiferente a sua ocorrência, na segunda, por outro lado, o sujeito ativo acredita firmemente que o resultado não acontecerá por motivos não taxativos. Para melhor esclarecer o que foi disposto façamos uso das palavras de Bitencourt:

Há culpa consciente, também chamada culpa com previsão, quando o agente conhece a

perigosidade da sua conduta, representa a produção do resultado típico como possível (previsibilidade), mas age deixando de observar a diligência a que estava obrigado, porque confia convictamente que ele não ocorrerá. Quando o agente, embora prevendo o resultado, espera sinceramente que este não se verifique, estar-se-á diante de culpa consciente e não de dolo eventual” (2016, p. 383).

Nas palavras acima o doutrinador referenciado determina o que seria a conduta consciente, mais à frente, o mesmo lança a definição do seu contrário, ou seja, da culpa inconsciente, que, resumidamente, é aquela em que não há previsão, embora haja uma previsibilidade possível, nas próprias palavras do autor: “Na culpa inconsciente, no entanto, apesar da presença da previsibilidade, não há a previsão por descuido, desatenção ou simples desinteresse.” (BITENCOURT, 2016, p. 823).

Uma outra classificação doutrinária existente é da culpa própria e da imprópria. Explorando-a, Damásio (2010) coloca, em nossos termos, o seguinte: A culpa própria é a culpa comum, ou seja, aquela em que o resultado não é previsto, embora seja previsível, e o agente não o deseja e nem assume o risco de produzi-lo, em uma outra vista, temos a imprópria, também denominada culpa por extensão que é, na verdade, um tipo doloso punido pelo código penal a título de culpa, isso ocorre, propriamente, nos casos de erro de tipo inescusável em face das discriminantes putativas, o que poderá visto no artigo 20, parágrafo único do Código Penal Brasileiro. Não obstante o explicado, para trazer luz ao assunto, transcreveremos na íntegra um exemplo fornecido pelo próprio:

...suponha-se que o sujeito seja vítima de crime de furto em sua residência em dias seguidos. Em determinada noite, arma-se com um revólver e se posta de atalaia, à espera do ladrão. Vendo penetrar um vulto em seu jardim, levemente (imprudently, negligently) supõe tratar-se do ladrão. Acreditando estar agindo em legítima defesa de sua propriedade, atira na direção do vulto, matando a vítima. Prova-se, posteriormente, que não se tratava do ladrão contumaz, mas de terceiro inocente. O agente não responde por homicídio doloso, mas sim por homicídio culposo. Note-se que o resultado (morte da vítima) foi querido. O agente, porém, realizou a conduta por erro de tipo, pois as circunstâncias indicavam que o vulto era do ladrão. Trata-se de erro de tipo vencível ou inescusável, pois se ele fosse mais atento e diligente, teria percebido que não era o ladrão, mas terceiro inocente (um parente, p. ex.). Enquanto o erro de tipo escusável exclui o dolo e a culpa, o inescusável afasta o dolo, subsistindo a culpa. Por isso, o sujeito responde por crime culposo (homicídio culposo, no caso) e não doloso, aplicando-se o disposto no art. 20, § 1.º, do CP. (JESUS, 2010, p. 344).

Finalizando a abordagem da conduta culposa, temos uma última espécie alvo que é a culpa mediata ou indireta. Assim, como a nomenclatura sugere, trata-se dos casos nos quais o sujeito causa um resultado e em decorrência deste primeiro resultado um outro acontece. Nesse sentido, Damásio de Jesus exemplifica do seguinte modo: Imaginemos um cenário em que um pai, visando socorrer um filho atropelado culposamente, acaba sendo atropelado e morto. Diante disso, pergunta-se se o primeiro atropelador responderia, ou não, à título de culpa? A resposta,

no entanto, não é fixa e dependerá da existência de uma previsibilidade ou imprevisibilidade do segundo resultado (JESUS, 2010, p. 345). Se for imprevisível, de acordo com as capacidades comuns de um homem médio, defendemos que o resultado não poderá ser imputado ao primeiro agente.

2.5 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E A AÇÃO RELEVANTE PENALMENTE

A título de finalizar os nossos comentários sobre a conduta, falaremos sobre um assunto correlato, que, a saber, é o nexos de causalidade entre o agir e o resultado. A abordagem será realizada através de comentários sobre a importante figura da teoria da imputação objetiva, que “significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco relevante e juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico” (JESUS, 2010, p. 320), conforme veremos.

É importante dizer, nas palavras de Claus Roxin (2006, p. 102), que a corrente finalista da ação tem um grande papel, no entanto, segundo o mesmo: “O grande progresso que trouxe a teoria finalista da ação limita-se, porém, ao tipo subjetivo. Para a realização do tipo objetivo, considera ela suficiente a mera relação de causalidade, no sentido da teoria da equivalência. Com isso, o tipo continua demasiado extenso.”

Desta forma, o autor referenciado dispõe sobre a teoria da equivalência e seu consequente problema de extensão quanto a uma problemática apontada pela doutrina como regresso *ad infinitum*. Essa questão é advinda da adoção pelo Código Penal brasileiro, em seu art. 13, *caput*, 2º parte, da ideia da *conditio sine qua non* (JESUS, 2011). Para essa, é considerada causa toda e qualquer ação sem a qual o resultado não teria acontecido, logo, há uma sucessão de causas infundáveis. Nesse sentido, conforme disposto por Greco (2015), em um cenário assim, até mesmo os genitores do infrator seriam culpados por um delito cometido, afinal, sem eles o agente ativo sequer teria nascido. Não obstante essa colocação, precisamos destacar que, quanto a esse último exemplo, mesmo sem a teoria da imputação objetiva e segundo a teoria finalista da ação, os pais não seriam punidos porque não haveria dolo ou culpa das suas partes em relação ao fato criminoso. Assim, é a partir desse último fato, que é afirmado que a adoção da teoria finalista resolve o problema do tipo subjetivo, mas não soluciona o problema objetivo que, por exemplo, iremos expor a seguir:

Consideremos, agora, que A deseje provocar a morte de B! A o aconselha a fazer uma viagem à Flórida, pois leu que lá, ultimamente, vários turistas têm sido assassinados; A planeja que também B tenha esse destino. B, que nada ouviu dos casos de assassinato na Flórida, faz a viagem de férias, e de fato é vítima de um delito de homicídio. (ROXIN, 2016, p. 102)

Não há dúvidas que, de acordo com a teoria da equivalência, o sujeito A causou a morte de B e se formos analisar o aspecto subjetivo, igualmente, verificaremos a presença de dolo. Todavia, não há no exemplo a criação de um risco proibido, afinal, aconselhar um sujeito a viajar para um determinado lugar não é nada que seja vedado à luz de nosso ordenamento jurídico. Com isso, o sujeito A, de acordo com a teoria da imputação objetiva, não deu causa juridicamente ao acontecido por falta da criação de um risco proibido pelo direito, que é um dos requisitos da teoria em comento.

Diante disso, a consequência do que afirmamos é que sequer será analisado o aspecto subjetivo ou normativo da conduta, que é o dolo ou a culpa, uma vez que não há sequer conduta penalmente relevante, sobre o assunto, Greco afirma: “O estudo da imputação objetiva, dentro do tipo penal complexo, acontece antes mesmo da análise dos seus elementos subjetivos (dolo e culpa)...” (2015, p. 297). Esse mesmo raciocínio é extensível à situação dos pais no terceiro parágrafo, pois conceber um filho não é nada que seja vedado pelo Direito. Logo, naquela primeira situação, não há apenas a falta de dolo ou culpa, mas também não existe causa juridicamente relevante, segundo os relevos da teoria em comento.

Além do princípio exposto da criação de um risco proibido, Roxin afirma que também será necessário que ele se realize de forma efetiva, caso contrário poderá haver apenas uma tentativa, à luz do seguinte exemplo:

Em meu segundo grupo de casos, no exemplo do sujeito que, ferido por alguém com dolo de homicídio, vem a morrer em um acidente de ambulância, o resultado igualmente não poderá imputar-se àquele que atirou, apesar de ter sido causado e almejado. É verdade que, através do tiro, criou o autor um perigo imediato de vida, o que é suficiente para a punição por tentativa. Mas este perigo não permitido não se realizou, pois a vítima não morreu em razão dos ferimentos, e sim de um acidente de trânsito. O risco de morrer em um acidente não foi elevado pelo transporte na ambulância; ele não é maior do que o risco de acidentar-se quando se passeia a pé, ou com o próprio automóvel. Falta, portanto, a realização do risco criado pelo tiro, de modo que o resultado morte não pode ser imputado àquele que efetuou o disparo como sua obra. Ele não cometeu uma ação de homicídio, mas somente uma ação de tentativa de homicídio (2006, p. 106).

No mais, existem algumas colocações adicionais sobre a teoria, que são as seguintes:

a) Não há imputação objetiva do resultado quando determinado sujeito age de forma a minorar o risco de um dano ainda maior (BITENCOURT, 2016). Para exemplificar, podemos pensar no caso de um homem que empurra outro e causa-lhe leve dano, mas o intuito de sua ação fora evitar um resultado bem pior, que seria um atropelamento. b) Igualmente, não há imputação quando o resultado vai além do alcance do tipo, o exemplo trazido por D. Jesus (2011) é o de um salva-vidas que cochila e acaba por não perceber que um banhista estava a se afogar, diante disso, um civil tentou realizar o resgate, mas não obteve êxito e morreu, no entanto, pela morte

desse último o salva-vidas não poderá ser responsabilizado, em razão do tipo omissivo em questão não abarcar resultados indiretos.

Ao cabo, são esses os nossos breves apontamentos sobre a teoria da imputação objetiva, que é um tema complexo e passível de um profundo estudo individualizado a seu respeito, mas, disso tudo, gostaríamos de ficar com o essencial ao nosso tema que é o fato de: Não ser necessário sequer analisar dolo ou culpa da ação, caso não haja a criação ou o aumento de um risco proibido pelo direito, com isso, primeiro o julgador deverá analisar os aspectos objetivos do tipo que concretizam a causalidade, apenas após isso, poderá então adentrar no conteúdo do agir, que foi estudado ao longo deste capítulo e será considerado na continuidade deste trabalho.

3 COMENTÁRIOS ESSENCIAIS SOBRE O INSTITUTO DA CULPABILIDADE

3.1 CONCEITO

Preliminarmente, é necessário compreender que quando se fala em culpabilidade não estaremos tratando apenas de um elemento do crime, embora também o seja, todavia, de um princípio fundamental para o correto funcionamento do Direito Penal. Desse modo, para D. Jesus, a culpabilidade trata-se de um fenômeno individual, elaborado pelo julgador, e que recai sobre o sujeito imputável, que age com dolo ou culpa, e que detém a possibilidade de agir de maneira diversa e de conhecer a ilicitude do fato. Além do dito, a culpabilidade também serve como fundamento e medida da sanção aplicada e com isso é natural que o referido princípio repudie, sobretudo, a responsabilidade penal objetiva, que, por sua vez, é aquela que despreza, para efeitos de aplicação da pena, a necessidade da presença da culpabilidade, do dolo e da culpa (JESUS, 2010, p. 53).

Nos tópicos seguintes concentraremos nossos esforços em detalhar essa conceituação e, desde já, frisamos, tal como no estudo da conduta, que houve uma evolução histórica para que se chegasse até a definição exposta. Por essa razão, mais uma vez, é necessário que abordemos algumas teorias específicas que fomentaram as discussões sobre o assunto e após isso o nosso papel final será de apresentar os elementos que a formam e suas conseqüentes implicações.

3.2 TEORIAS DA CULPABILIDADE

3.2.1 Teoria psicológica

Essa primeira teoria nos revela uma culpabilidade totalmente composta pelo aspecto psicológico do indivíduo ao praticar um fato. Para que possamos entender plenamente essa linha de pensamento, é necessário que se situe a corrente psicológica da culpabilidade em um espaço mais amplo que, a saber, é a denominada teoria analítica do delito. Dessa forma, a partir disso, os principais desenvolvedores da corrente puramente psicológica, dos quais citamos Beling e Von Liszt, subdividiam o crime em duas fases ou aspectos distintos: Um interno e outro externo. Do lado externo, teríamos a antijuridicidade e a tipicidade, enquanto o interno carregaria consigo unicamente a culpabilidade e é ela que se encarregaria de preencher o papel de vínculo subjetivo entre o sujeito e o delito (GRECO, 2015, p. 436).

Desse modo, gostaríamos de rememorar ao leitor as lições sobre a teoria causal-naturalista do agir que consiste na ação ou omissão composta exclusivamente em um fazer ou não fazer, sendo estranha a qualquer valoração (JESUS, 2010). Esse ensinamento nos é útil, pois há uma forte ligação, conforme já colocado em outros momentos, entre as correntes causal-naturalista da conduta e a teoria psicológica da culpabilidade.

A ligação citada poderá ser comprovada se observarmos, com a devida atenção, que os grandes pensadores mencionados no tópico relacionado a conduta, a qual fazemos referência, são os mesmos idealizadores do posicionamento ora abordado, pois, em verdade, as duas teorias atuam em um laço de complementaridade. Isso porque, de acordo com o primeiro parágrafo, as duas se localizam em um meio maior, que é a teoria do crime. Assim, se lá, há uma conduta vazia e despida de qualquer menção a finalidade ou propósito, por aqui, teremos uma culpabilidade preenchida por dolo e culpa, que é o que será explicado no que se segue.

Com base no afirmado e utilizando os ensinamentos lecionados por Bitencourt (2016, p. 443), frisamos que, dentro dessa concepção de culpabilidade, o dolo e a culpa não eram só as duas únicas espécies de culpabilidade, mas, para além disso, compunham integralmente a sua totalidade, ou seja, não havia culpabilidade fora desses dois termos. A explicação para esse fato é que, para os idealizadores, ambos os elementos detinham a natureza subjetiva, portanto, psicológica, e como a culpabilidade detinha a tarefa de carregar consigo todo o subjetivismo do injusto, chegaram à conclusão de que dolo e culpa são a própria culpabilidade.

Ademais, um instituto importante e que não integra diretamente a culpabilidade exclusivamente psicológica é a imputabilidade. Desta feita, é possível que nos perguntemos qual seria o papel desse notório fator, e a resposta é: “A imputabilidade era tida como um pressuposto da culpabilidade. Antes de aferir, dolo ou culpa, era preciso certificar-se se o agente era imputável, ou seja, capaz de responder pelo injusto penal por ele levado a efeito” (GRECO, 2015, p. 436-437). Em síntese a imputabilidade era a capacidade de ser culpável, mas ratificamos que não compunha o conceito.

Ao cabo, sobre o assunto, entre tantas críticas encontradas na doutrina, a que consideramos principal, e que faremos a exposição conforme os ensinamentos dos professores Zaffaroni e Pierangeli (2011), é a falta de espaço para a culpa inconsciente, que, lembrando o conceito, consiste naquela em que o indivíduo não prevê em sua mente o resultado, de modo que a interligação entre sujeito e fato só surge por força de uma comparação com aquilo que um "homem médio" faria em circunstâncias de normalidade, logo, percebe-se que não há um vínculo psicológico inato, mas um elo valorativo criado a partir do julgamento do juiz ou de quem quer que faça suas vezes, sobre isso os doutrinadores comentados discorrem brilhantemente abaixo:

Quando se concebia a culpabilidade como uma relação psicológica entre a conduta e o resultado (teoria psicológica da culpabilidade, ver n. 346), a culpa foi o elemento desestruturador da teoria, porque, na culpa inconsciente ou sem representação (ver n. 280), não há qualquer relação psicológica entre conduta e o resultado. A relação psicológica entre ambos se dá na cabeça do JUIZ, quando estabelece que o agente tinha condições de prever o resultado não previsto, mas não na cabeça do agente, a quem precisamente se responsabiliza porque não fez a relação psicológica que podia e devia fazer. Não há qualquer relação psicológica entre a conduta daquele que conduz um veículo pela rua em que transitam escolares, em excesso de velocidade, com tal responsabilidade que sequer se representa a possibilidade de vir a atropelar algum deles, e o resultado da criança lesionada ou morta. Esta relação psicológica está em nossas mentes, quando a posteriori observamos os fatos e em linguagem corrente diz "Este irresponsável é um perigo público, porque qualquer outro, um pouco nos cretino que ele, deveria ter imaginado que podia causar este desastre". quando, como juízes, dizemos mais circunspectamente: "O processado poderia ter representado a possibilidade de produção do resultado". (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 451)

3.2.2 Teoria psicológico-normativa

A doutrina com o natural passar do tempo percebeu que dolo e culpa não são exclusivamente psicológicos, mas têm, invariavelmente, aspectos normativos, e é assim que essa segunda visão toma forma, de modo que a culpa, na maioria das vezes vista em sua modalidade inconsciente, tem um cunho eminentemente normativo e o dolo, por sua vez, psicológico. Nas palavras do professor Damásio de Jesus o seguinte ocorreu: "Quando a doutrina percebeu que dolo e culpa, sendo esta normativa e aquele psicológico, não podiam ser espécies da culpabilidade, passou a investigar entre eles um liame normativo" (2010, p. 504).

Nessa perspectiva, conclui-se que é impossível considerar que dois institutos de natureza opostas sejam "espécies" de um mesmo fenômeno, qual seja a culpabilidade. Considerando isso, passamos a ter dolo e culpa como elementos que poderão formar a culpabilidade, mas não mais a comporão em sua integralidade.

Todavia, o que fora afirmado é apenas uma das mudanças trazidas por esse avanço doutrinário, pois, em consulta as lições de Bitencourt (2016) ao mesmo passo em que se reconheceu o aspecto normativo do conceito de culpa, Reinhard Frank, o considerado fundador da corrente ora em comento, em conjunto com nomes como James Goldschmidt, Edmund Mezger e Berthold Freudenthal trouxeram a culpabilidade para fora da psique do indivíduo e a atribuíram de aspectos valorativos que culminaram na adição dos seguintes elementos: Imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa.

Com a inclusão destes fatores, há uma aproximação da culpabilidade como a reprovabilidade do agir ou do não agir e um distanciamento da culpabilidade como vínculo subjetivo, presente apenas na consciência do infrator.

Percebe-se, ao fim, que estabeleceu-se um afastamento nítido do positivismo jurídico

visto no tópico anterior, pois, diferente das ciências naturais, a ciência jurídica perpassa por situações que não se permitem solucionar, apenas, por um raciocínio causal, mas que se apegam sobretudo a aspectos valorativos preenchidos por aquele que julga, contudo, acompanhamos Capez no sentido de que: “A principal crítica que se faz a essa teoria consiste em ignorar que dolo e a culpa são elementos da conduta e não da culpabilidade. Na verdade, segundo alguns autores, eles não são elementos ou condições de culpabilidade, mas o objeto sobre o qual ela incide” (2012, p.282). É essa última observação que dará ensejo ao estudo do pensamento seguinte.

3.2.3 Teoria normativa pura ou finalista

Sem espaço para tantas dúvidas, essa terceira teoria será a mais importante para o nosso estudo, pois, é ela que será adotada para a continuidade da abordagem do tema proposto e que, inclusive, é alvo de aplicação nos tribunais brasileiros. De antemão, pode-se dizer que, por aqui, vários conceitos foram realocados de um instituto penal para outro.

Nesse sentir, recorreremos, mais uma vez, aos ensinamentos do professor de Damásio de Jesus (2010, p. 505), pois o mesmo nos que afirma que a corrente estudada retirou o dolo da culpabilidade, colocando-os no âmbito da conduta, e realocou a consciência da ilicitude, presente anteriormente no dolo, na formação da culpabilidade. Assim, podemos afirmar que chegamos ao nosso conceito final de culpabilidade. Que conceito seria esse? Seria o juízo de reprovabilidade, exclusivamente normativo, e que possui como elementos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Definidos os seus elementos, é imprescindível entender o processo de formação da teoria. Com esse propósito, sucintamente, pode-se dizer que a mesma nasceu com a teoria finalista da ação (década de 30), que teve Hartmann e Graf Zu Dohna como precursores e Welzel, professor na Universidade de Göttingen e de Bonn, como seu maior defensor (CAPEZ, 2012, p. 334).

Como já explanado, com a ascensão da doutrina finalista, no estudo da ação, dolo e culpa passaram a ser elementos da ação e foram, por consequência, excluídos do juízo de reprovabilidade. Consideremos também que, no segundo parágrafo, há um terceiro atributo não previsto nas teorias anteriores, tratar-se da potencial consciência da ilicitude e à título de complementar a passagem trazida por D. Jesus, destaquemos os ensinamentos de Capez sobre o assunto: "A consciência da ilicitude destacou-se do dolo e passou a constituir elemento autônomo, integrante da culpabilidade, não mais, porém, como consciência atual, mas

possibilidade de conhecimento do injusto" (CAPEZ, 2012, p 334).

Encerrando os pontos desse tópico, é coerente questionar qual seria a verdadeira natureza da culpabilidade normativa, seria ela fruto da cabeça daquele julga? Seria, por outro viés, subjetiva e presente apenas na mente do sujeito ativo? A resposta, na verdade, reside no meio termo, pois a culpabilidade existe no sujeito de fato, mas, concomitantemente, é alvo de valoração por juízos normativos jurídicos penais. Desse modo, de acordo com o lecionado por Bitencourt (2016, p. 454): "O juízo de censura está para a culpabilidade assim como o juízo de antijuridicidade está para a antijuridicidade, mas ninguém afirma que a antijuridicidade está na cabeça do juiz."

3.2.4 Teoria extremada e teoria limitada

Da teoria normativa pura há uma subdivisão entre uma teoria extremada e uma outra denominada limitada. O ponto que as divide são as discriminantes putativas, que podem ser definidas como uma falsa percepção, mas que poderá recair tanto sobre os limites permissivos de uma norma autorizadora, quanto sobre uma situação fática que, caso existisse, tornaria a ação legítima. Em suma, na primeira hipótese se conhece os fatos, mas pensa-se que há uma permissão jurídica legítima para a prática de determinada conduta delituosa, quando, na verdade, não há, já na segunda, não se conhece o plano fático inteiramente e, só por isso, pratica-se o crime.

Para a teoria extremada toda e qualquer discriminante putativa deverá ser tratada como um erro de proibição, de modo que não averigua-se se o erro recai sobre os limites da norma autorizadora ou sobre o plano fático, para D. Jesus (2010, p.509) , a decorrência direta disso é a subsistência do dolo em ambas situações, absolvendo-se o agente apenas no caso de ser inevitável a ignorância da ilicitude.

Já de acordo com a teoria limitada há uma diferenciação do tratamento a ser dado, pois: "Para a teoria limitada da culpabilidade, o erro que recai sobre uma situação de fato (discriminante putativa fática) é erro de tipo, enquanto o que incide sobre a existência ou limites de uma causa de justificação é erro de proibição" (Capez, 2012, p. 335).

Finalmente é preciso falar sobre qual das duas teorias o Código Penal Brasileiro adotou e interpretando-o é possível visualizar que a opção adotada pelo legislador fora pela teoria limitada. Explica-se: Quando é uma discriminante putativa fática o texto legal a ser aplicado é o artigo 20, parágrafo 1º do Código Penal. Porém, quando se trata de uma discriminante putativa em face de erro sobre a ilicitude do fato, o dispositivo alvo será o artigo 21, *caput*. Em um

contexto prático, D. Jesus leciona o seguinte:

As descriminantes putativas, quando derivadas de erro sobre a situação de fato, são tratadas como erro de tipo: o erro inevitável exclui o dolo e a culpa; o evitável, apenas o dolo, subsistindo a culpa (art. 20, § 1.º); quando surgem em face de erro sobre a ilicitude do fato, cuida-se de erro de proibição: se inevitável, exclui a culpabilidade; se evitável, atenua a pena (art. 21, *caput*). (2010, p. 509-510)

3.3 ELEMENTOS DA CULPABILIDADE

No tópico anterior, cuidamos de comentar as teorias da culpabilidade mais recentes e que fomentam, ainda hoje, o debate sobre sua essência. Definida a posição adotada por nosso ordenamento jurídico penal, qual seja a teoria da culpabilidade normativamente pura e limitada, cabe-nos, a partir de então, analisar, de forma individual, os seus componentes.

3.3.1 Imputabilidade

A imputabilidade será o primeiro componente da culpabilidade a ser analisado e pode-se, de já, afirmar que é uma palavra dotada de grande amplitude conceitual, mas, em termos amplos e genéricos, Zaffaroni e Pierangeli (2011, p.539) nos informa que a imputabilidade é a imputação física e também psíquica e com ela se pretende designar a capacidade psíquica para a culpabilidade.

Nessa perspectiva, é possível notar que o presente tópico é de salutar importância para o nosso tema, pois, o que pretendemos aqui é precisamente apurar a capacidade psíquica face aos casos de embriaguez não accidental. Logo, temos o natural dever de aprofundamento sob pena de uma má compreensão dos assuntos seguintes.

Adiante, é importante estabelecermos duas observações: a) A Imputabilidade não se confunde com responsabilidade penal, essa última corresponde meramente às consequências jurídicas oriundas da prática de uma infração penal (JESUS, 2010, p. 514). b) A imputabilidade está presente apenas quando há condições físicas, psicológicas, morais e mentais do agente saber que está realizando um ilícito penal, mas não apenas isso, é igualmente necessário que haja totais condições de controle para se portar conforme esse entendimento (BRITES, 2015). Sintetizando o que fora falado, Capez nos traz a seguinte lição: “A imputabilidade apresenta, assim, um aspecto intelectual, consistente na capacidade de entendimento, e outro volitivo, que é a faculdade de controlar e comandar a própria vontade. Faltando um desses elementos, o agente não será considerado responsável pelos seus atos” (CAPEZ, 2012, p. 332).

Uma outra questão igualmente importante é o momento da aferição da

imputabilidade/inimputabilidade, sobre isso, o código penal, especificamente em seu artigo 26, *caput*, nos revela a ideia de que o momento da ação ou o omissão é o que será considerado para esse fins, ou seja: "A imputabilidade deve existir no momento da prática da infração" (JESUS, 2010, p. 515). Deste modo, por um raciocínio dedutivo, firma-se aqui o entendimento que a falta de capacidade psíquica posterior ou anterior à prática do crime não prejudica a aferição da imputabilidade.

Outrossim, é necessário que se destaque que todo agente é imputável, salvo se presente alguma exceção capaz de torná-lo inimputável, logo, a imputabilidade é a regra e o seu contrário, a inimputabilidade, exceção. Posto isso, é natural que nos perguntemos quais seriam as causas possíveis de inimputabilidade e de que forma seriam aferidas, assim, é isto que cuidaremos de trabalhar nos trechos seguintes.

Portanto, de acordo com o dito acima, a primeira hipótese a ser abordada é a doença mental e, com a finalidade de estabelecer um conceito guia, Capez nos trás a seguinte ideia sobre o que seria a mesma:

É a perturbação mental ou psíquica de qualquer ordem, capaz de eliminar ou afetar a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou a de comandar a vontade de acordo com esse entendimento. Compreende a infundável gama de moléstias mentais, tais como epilepsia condutopática, psicose, neurose, esquizofrenia, paranóias, psicopatia, epilepsias em geral etc (2012, p. 337).

Realizada esta primeira e necessária conceituação é preciso que saibamos em qual local do código penal há a menção a causa excludente exposta e a resposta disso é vista no, já citado, Art. 26, *caput*. No entanto, esse artigo nos informa mais duas causas de exclusão correlatas à doença mental que são o desenvolvimento mental incompleto e o desenvolvimento mental retardado e para bem definí-los trataremos os pensamentos do doutrinador Rogério Nucci:

Trata-se de uma limitada capacidade de compreensão do ilícito ou da falta de condições de se autodeterminar, conforme o precário entendimento, tendo em vista ainda não ter o agente atingido a sua maturidade intelectual e física, seja por conta da idade, seja porque apresenta alguma característica particular, como o silvícola não civilizado ou o surdo sem capacidade de comunicação (NUCCI, 2019, p. 734).

Expostas as devidas elucidações, cabe-nos examinar a legislação penal propriamente dita e nesse sentido, *ipsis litteris*, segue abaixo o artigo 26, *caput*:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL, 1940).

A partir da interpretação do texto legal acima, podemos ver que a mera doença mental ou a presença das outras causas citadas não bastam para a isenção da pena, é obrigatório, todavia, que, no momento do fato, haja uma não compreensão total do caráter ilícito do que é praticado

ou haja uma falta de capacidade volitiva para determinar-se de acordo com o próprio entendimento.

Observe-se que no parágrafo anterior há um aspecto biológico, que é a doença mental ou o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, mas também há um critério psicológico de não entendimento ou de falha absoluta no espectro da vontade. Com isso, recorremos aos ensinamentos do professor Rogério Greco que enlaça muito bem o assunto e afirma que o código penal adotou o critério biopsicológico argumentando no seguinte sentido:

O critério biológico, portanto, reside na aferição da doença mental ou no desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Contudo, mesmo que comprovado, ainda não será suficiente a fim de conduzir à situação de inimizabilidade. Será preciso verificar se o agente era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério psicológico). A escolha do legislador foi pela adoção dos dois critérios, simultaneamente, surgindo, com isso, o critério biopsicológico (2015, p. 450).

Além das causas expostas anteriormente, existem duas outras mais que serão alvo de análise, inclusive, uma delas é a própria embriaguez e a outra, por sua vez, é a menor idade penal. Desse modo, é necessário que falemos dos menores de 18 anos, pois, o código penal os isenta de pena, de acordo com o que é exposto no artigo 27. Em vista disso, frise-se algo interessante que é o fato de que para D. Jesus (2010, p.550) e grande parte da doutrina, os menores fazem parte inclusive do grupo daqueles que possuem o desenvolvimento mental incompleto, subsumindo-se ao que é trazido pelo artigo 26.

No entanto, embora os menores possam se enquadrar no agrupamento maior citado acima, o critério de aferição para essa causa de exclusão específica não é o biopsicológico, mas apenas biológico, uma vez que não se faz necessário, para fins penais, examinar aspectos psicológicos no momento da prática criminosa, a incapacidade de compreensão é, portanto, presumida. Ademais sobre essa hipótese, é possível se perguntar como se comportam os crimes permanentes nos casos em que haja, de início, uma menoridade por parte do sujeito ativo, Nucci cuida de elucidar essa questão no trecho que segue abaixo:

Levando-se em consideração que o delito permanente é aquele cuja consumação se prorroga no tempo, é possível que alguém, inimputável (com 17 anos, por exemplo), dê início a um crime permanente, como o sequestro. Se atingir a idade de 18 anos enquanto o delito se encontrar em plena consumação, será por ele responsabilizado (2019, p. 742).

A fim de concluir esse tópico, faremos um breve comentário sobre a última hipótese, que é a embriaguez, visto que teremos um momento próprio para abordá-la em toda sua extensão, considerando ainda que o assunto é o centro do nosso problema de pesquisa. Nessa perspectiva, a embriaguez, segundo Capez (2012, p.341), é a intoxicação aguda pelo álcool ou substância análoga capaz de excluir a capacidade de entendimento e a vontade do agente.

Todavia, destacamos aqui que nem toda embriaguez carregará consigo o fenômeno da inimputabilidade, logo, é um assunto com diversas nuances e que, pelo motivo já expresso, será abordado com maior intensidade ao longo de todo nosso estudo.

3.2.2 Potencial consciência da ilicitude

A possibilidade do injusto, como bem denomina Bitencourt (2016), detém uma posição variável de acordo com a teoria adotada no campo da culpabilidade e da conduta, pois ora ela é normativa, ora é estritamente psicológica. Assim, abordaremos essa figura baseando-se nas duas possibilidades citadas.

Nesse sentido, primeiramente, se formos pensar à luz da teoria psicológica da culpabilidade e da causal-naturalista na conduta, conforme os ensinamentos do professor Damásio de Jesus (2010, p.519), teremos uma figura de dolo eminentemente psicológico. Desta feita, é natural que os elementos que o compõem também o sejam. Exposto isso, ocorre justamente que o conhecimento da antijuridicidade integra dolo na linha de pensar referida e, por se tratar de um dolo psicológico, não poderemos pensar em uma potencial consciência, mas em algo diferente, presente na mente do sujeito ativo e que pode ser denominada de real e atual consciência do ilícito, logo, não há espaço para juízos normativos.

Superadas as implicações da teoria psicológica no conhecimento real do injusto, é preciso, por agora, adentrar nesse mesmo elemento, mas agora pautando-se pela teoria normativa pura da culpabilidade, ratificando o posicionamento de que ela é a efetivamente adotada pelo código penal brasileiro e consequentemente respalda o presente estudo. Logo, observe-se, desde já, uma significativa diferença, pois, se no parágrafo anterior falamos em uma real consciência do ilícito praticado, voltemos ao título desse tópico que é uma possibilidade, uma potencialidade e não o efetivo conhecimento presente apenas na psique de cada indivíduo. Desse modo, a fim de trazer luz ao assunto e definir de vez o que é essa potencialidade de conhecimento, tão aqui comentada, não há escolha melhor, ao nosso ver, do que se atentar minuciosamente as palavras proferidas por Bitencourt:

Com a evolução do estudo da culpabilidade, não se exige mais a consciência da ilicitude, mas sim a potencial consciência. Não mais se admitem presunções irracionais, iníquas e absurdas. Não se trata de uma consciência técnico-jurídica, formal, mas da chamada consciência profana do injusto, constituída do conhecimento da antissocialidade, da imoralidade ou da lesividade de sua conduta. E, segundo os penalistas, essa consciência provém das normas de cultura, dos princípios morais e éticos, enfim, dos conhecimentos adquiridos na vida em sociedade. São conhecimentos que, no dizer de Binding , “vêm naturalmente com o ar que a gente respira”. “A diferença fundamental entre consciência real e consciência potencial reside no fato de que, naquela, o agente deve, efetivamente, saber que a conduta que pratica é ilícita; na

consciência potencial, basta a possibilidade que o agente tinha, no caso concreto, de alcançar esse conhecimento” (2016, p. 506).

No mais, é importante dizer que esse elemento se materializa, no direito brasileiro, na hipótese de exclusão da culpabilidade por erro de proibição e ressalte-se que é muito recomendado ao leitor a leitura ou releitura do tópico 2.2.4, pois, é nele que delimitamos o que seria um erro de proibição ou o que seria um erro de tipo e há, conforme outrora falado, uma alternância na resposta a depender da teoria que se adote, especialmente quando o assunto são as discriminantes putativas. Igualmente, é necessário afirmar que o desconhecimento da lei é inescusável, imperdoável e diante do afirmado, conclui-se que: “...conhecer a norma escrita é uma presunção legal absoluta, embora o conteúdo da lei, que é o ilícito, possa ser objeto de questionamento.” (Nucci, 2019, p.775)

É preciso ainda trazer à baila que apenas o erro inevitável isenta de pena, caso o erro seja evitável, de acordo com o previsto no artigo 21 do código penal brasileiro (BRASIL, 1940), haverá apenas uma redução da pena a ser aplicada, diminuição essa que será de um sexto a um terço. Finalmente, considera-se o erro inevitável ou escusável, de acordo com os ensinamentos lecionados por Nucci (2019, p. 776), quando o agente não sabe, e nem tem condições possíveis de saber, que o fato praticado é ilícito. Com isso, encerramos os comentários sobre esse segundo componente.

3.2.3 Exigibilidade de conduta diversa

Chegamos ao nosso último e mais breve tópico no que tange ao instituto da culpabilidade. Primordialmente, precisamos destacar que o componente ora abordado carrega consigo uma idéia eminentemente básica: Ninguém poderá ser punido ou será culpável por uma ação que era, nas circunstâncias que lhe eram próprias, a única escolha possível, não sendo exigível, portanto, uma conduta diversa daquela praticada.

Assim sendo, pouco aqui importa a antijuridicidade e a tipicidade do fato, trata-se de uma verdadeira impossibilidade de agir diferentemente. Condensando o assunto, o professor Damásio de Jesus (2010, p. 523) nos lança: "A conduta só é reprovável quando, podendo o sujeito realizar comportamento diverso, de acordo com a ordem jurídica, realiza outro, proibido" Ao fim, duas são as causas expressas, por excelência, pelo nosso Código Penal que excluem a culpabilidade em face da impossibilidade de se exigir um comportamento diverso do infrator, são elas: a) A coação moral irresistível. b) Obediência hierárquica. Destacamos que ambas apresentam pormenores indispensáveis em seu estudo, no entanto, não cuidaremos de abordá-los

por aqui, em razão da especificidade pretendida de nossa pesquisa, o que não as isenta, obviamente, de importância.

4 O PROBLEMA DA EMBRIAGUEZ NA ÓTICA PENAL BRASILEIRA

4.1 FUNDAMENTAÇÃO INICIAL E O CONTEXTO FÁTICO BRASILEIRO

Após nos inteirarmos de aspectos prévios importantes na seara da conduta e da culpabilidade, enfim, começaremos a abordar o fenômeno da embriaguez individualmente. Desta feita, por agora, é preciso estabelecer a nossa forma de análise e delimitar o assunto alvo pretendido. Nesse sentido, sabemos, através dos breves comentários realizados anteriormente no estudo da culpabilidade, que a ebriedade é uma possível causa de inimputabilidade e que essa não se restringe a intoxicação resultante pelo uso do álcool, no entanto, também é de nosso conhecimento prático que a embriaguez alcoólica é a embriaguez por excelência, tanto que o código penal brasileiro, em seu artigo 28, inciso II, nos traz: “... II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos” (BRASIL, 1940).

A partir da citação direta ao texto legal, podemos visualizar que a embriaguez ocorre ou pelo consumo alcoólico ou pela utilização de alguma outra substância semelhante em seus efeitos, assim, dada a semelhança ressaltada, o que será afirmado para a embriaguez alcoólica poderá ser transposto, via de regra geral, para uma outra espécie, ocasionada por outra substância, do fenômeno que estamos a estudar (BITENCOURT, 2016). Todavia, é claro que poderá existir uma embriaguez *sui generis*, que terá em si peculiaridades, mas deixamos claro que a nossa intenção é de centralizar os esforços na embriaguez alcoólica, uma vez que é esta a modalidade mais frequente e igualmente debatida com maior intensidade pela doutrina penal e médico legal.

Delimitado o nosso ponto chave, nos ocuparemos de fazer uma breve distinção e, ao mesmo passo, fornecer, através das célebres lições do Professor Genival Veloso de França, os conceitos médico-legais necessários dos seguintes termos: Embriaguez alcoólica, alcoolismo e alcoolemia. Assim, o primeiro refere-se a todo um conjunto de manifestações neuro psicossomáticas resultantes da intoxicação etílica aguda de caráter passageiro ou temporário. O segundo termo, por sua vez, é marcado por perturbações diversas advindas de uma imoderação alcoólica habitual, ou seja, há uma continuidade temporal no consumo do álcool e, diante disso, pode-se afirmar que, enquanto a embriaguez é um estado passageiro, o alcoolismo é um estado crônico e a sua constatação em exames independe, até mesmo, da quantidade de álcool ingerida no momento anterior ao procedimento. Por último, temos a alcoolemia que é a dosagem do

álcool etílico no sangue humano representado em decigramas ou gramas por litro de sangue (FRANÇA, 2017, p. 973).

Além do mais, se formos pensar, basilarmente, sobre a presença do consumo de álcool ou de outros tóxicos em geral ao longo da história da humanidade, é um fato de que se trata de um costume antigo e que, muito possivelmente, acompanha o homem desde os seus primórdios, sobre isso acompanhamos os professores Zaffaroni e Pierangeli nas precisas colocações que seguem abaixo:

Em todos os tempos, o homem procurou fugir da realidade mediante a utilização de tóxicos. Em geral, as pessoas que têm de suportar maior miséria e dor são aquelas que procuram fugir dessa realidade miserável ou dolorosa, decorra ela de conflitos predominantemente individuais ou de condições sociais (no fundo, sempre existem condições sociais, só que mais ou menos mediatas). Quem quer fugir da realidade, na maioria dos casos, é quem suporta as piores condições sociais, ou seja, os marginalizados e os carentes. O uso de tóxicos visa o rompimento dos freios, ou criar as condições para fazê-lo (2011, p. 463)

Adiante, considerando tudo o que discurremos até aqui, é essencial realizar alguns apontamentos específicos quanto à situação dos brasileiros frente ao consumo de álcool. Com esse intento, trazemos abaixo números importantes, divulgados pelo Ministério da Saúde do Brasil, que quantificam a situação referente ao ano de 2019 e fazem uma comparação com o que era outrora visto em 2006:

Dados inéditos do Ministério da Saúde apontam que 17,9% da população adulta no Brasil fazem uso abusivo de bebida alcoólica. O percentual é 14,7% a mais do que o registrado no país em 2006 (15,6%). Mesmo com o percentual menor, as mulheres (11%) apresentaram maior crescimento em relação aos homens (26%), no período de 2006 a 2018. Em 2006, o percentual entre as mulheres era de 7,7% e entre os homens, 24,8% (PENIDO, 2019, p. 1).

Em nossa visão, os dados fornecidos são objetivos e têm a potencialidade de serem compreendidos de *per si*, afinal, o aumento é significativo. Mas, de todo modo, expressaremos, sobre a notícia, a seguinte colocação: A quantidade de usuários observada no país é significativamente impactante, logo, é natural que inúmeras situações a serem solucionados pelo Direito, inclusive as de teor criminal, surjam ou tenham relação com o consumo de bebidas alcoólicas. Esse contexto fático, como não poderia ser diferente, acaba por clamar uma resposta justa, efetiva e constitucional, por parte do Direito Penal.

Nesse sentido, derradeiramente, para comprovar a urgência de nossa afirmação anterior, podemos considerar um importante estudo realizado por DUARTE e CARLINI-COTRIN (2000), nos anos de 1995 a 1998, nos Tribunais do Júri de Curitiba. A saber, os autores constataram, em relação à presença de álcool no sangue das partes envolvidas, o fato de que 58,9% dos homicidas e 53,6% das vítimas estavam sob o efeito de bebidas alcoólicas. Com isso, visualizamos, de perto, a gravidade da situação que se origina pelo elo entre a embriaguez e a prática criminosa,

uma vez que estamos a falar do comprometimento real e efetivo do bem jurídico mais protegido pelo mundo jurídico, em todas as suas searas, que é a própria vida.

4.3 FASES DA EMBRIAGUEZ

O fenômeno da embriaguez apresenta consigo uma série de sintomas identificáveis apresentados pelo comportamento do sujeito alcoolizado, no entanto, essas características são variáveis de acordo com o nível de ebriedade demonstrado. Nesse sentido, a doutrina médico-legal nos apresenta um sistema gradual fásico. Segundo França (2017), existem autores que apresentam quatro frases, outros cinco e, a maior parte, divide a embriaguez em três, são elas: a) A fase da excitação. b) A fase da confusão. c) A fase do sono. Para os autores que defendem mais do que as três fases citadas há uma fase denominada subclínica, a qual sequer há embriaguez propriamente, haja vista um consumo de uma quantidade mínima de álcool e há uma última e derradeira que é a da própria morte. Nos ateremos ao sistema trifásico.

4.3.1 Fase da excitação

Como o nome sugere, a fase da excitação é marcada por uma euforia marcante, nas palavras de França, o indivíduo se mostra: “Loquaz, vivo, olhar animado, humorado e gracejador, dando às vezes uma falsa impressão de maior capacidade intelectual. Diz leviandades, revela segredos íntimos e é extremamente instável.” (2017, p. 975)

As características acima tornam o sujeito ébrio, por vezes, marcadamente inconveniente, o que prejudica o convívio social e gera, por consequência, atritos que desaguam até mesmo na seara penal, quer seja o bêbado no papel de vítima, quer seja no papel de autor, conforme expressado no estudo evidenciado no tópico sobre a realidade brasileira. No mais, para Capez (2012) e para uma grande parte da doutrina penal brasileira como um todo, essa fase também poderá ser denominada de fase do macaco devido ao comportamento extrovertidamente excessivo do embriagado.

4.3.2 Fase da confusão

Se os comportamentos anteriores são suficientes para causar-se situações constrangedoras e nocivas ao próprio sujeito e aos outros ao seu redor, na fase da confusão isso

se intensifica, pois, o sujeito passa a se mostrar bastante agressivo, de fácil irritação e demonstra confusão mental. Por essas razões, tal fase é também denominada de fase do leão ou fase depressiva (Capez, 2012).

Igualmente, destaque-se que devido às características expressadas anteriormente, essa fase é a de maior interesse para a área da medicina-legal, haja vista uma maior tendência às agressões decorrentes das perturbações nervosas e psíquicas (FRANÇA, 2017, p. 975-976).

4.3.3 Fase do Sono

Nessa última etapa, a euforia e a confusão dos estados anteriores dão lugar a um sono profundo, em suma, é um estado de inconsciência, pois, o organismo do paciente chegou ao seu limite, essa fase é conhecida também como a fase do porco, pois o agente sequer controla as próprias necessidades fisiológicas (CAPEZ, 2012). A narrativa sintomática do que ocorre nessa fase é a seguinte:

Na fase de sono, ou fase comatosa, o paciente não se mantém em pé. Caminha apoiando nos outros ou nas paredes e termina caindo sem poder erguer-se, mergulhando em sono profundo. Sua consciência fica embotada, não reagindo aos estímulos normais. As pupilas dilatam-se e não reagem à luz. Os esfíncteres relaxam-se e a sudorese é profusa. É a fase de inconsciência (FRANÇA, 2017, p. 976).

4.4 ESPÉCIES DE EMBRIAGUEZ À LUZ DO CÓDIGO PENAL

Por último neste capítulo, gostaríamos de apresentar espécies do fenômeno da embriaguez que o classificam no sentido doutrinário e legal. Nesse ínterim, as abordaremos e, na oportunidade, veremos o consequente tratamento fornecido pelo código penal brasileiro a cada modalidade.

4.4.1 Embriaguez completa e embriaguez incompleta

Distinguir a figura da embriaguez completa da incompleta é uma necessidade emergencial em nosso estudo, destacando-se o fato que todas as outras classificações admitem a figura dessas duas modalidades, portanto, não poderemos prosseguir na análise do tema sem entender esses conceitos previamente.

Desse modo, acerca da divisão, Mirabete e Fabbrini dizem que há:

(...) três fases ou graus de embriaguez: incompleta, quando há afrouxamento dos freios normais, em que o agente tem ainda consciência, mas se torna excitado, loquaz,

desinibido (fase da excitação); completa, em que se desvanece qualquer censura ou freio moral, ocorrendo confusão mental e falta de coordenação motora, não tendo o agente mais consciência e vontade livres (fase da depressão); e comatosa, em que o sujeito cai em sono profundo (fase letárgica) (2010, p. 206).

Considerando a afirmação acima, podemos enxergar uma conexão do assunto com as fases expostas anteriormente e essa interligação funciona do seguinte modo: Na fase da excitação ou do macaco, a embriaguez é incompleta, o que significa que o sujeito ainda porta consigo parte de sua consciência e capacidade volitiva. Porém, na fase da confusão ou do leão, o resquício de entendimento da realidade se vai e há então a presença da embriaguez completa. Adiante, notamos também a presença da embriaguez completa na fase posterior, que é a letárgica. No entanto, essa última etapa citada é marcada pela inação do sujeito e, na maioria das ocasiões, não trará consigo maiores complicações, de modo que, segundo o próprio Mirabete (2010), apenas nos crimes omissivos puros ou comissivos por omissão ela terá eventual relevância.

4.4.2 Embriaguez não accidental

A embriaguez não accidental, em conjunto com a teoria da *actio libera in causa*, é o centro do nosso trabalho e será sobre ela que nos debruçaremos a seguir. De antemão, há uma subdivisão dentro dessa modalidade em embriaguez voluntária e culposa e fazemos aqui a opção de as analisarmos, de forma conceitual, individualmente.

Não obstante, o que há de comum entre ambas é o fato de que o código penal, artigo 28, inciso II, optou pela não exclusão da imputabilidade em face das mesmas, isso ainda que a embriaguez seja completa. Em outros termos, considera-se para apuração da responsabilidade criminal a *actio libera in causa* ou a causa livre em sua origem, que é o ato inicial de ingestão e não a vontade ou consciência no momento do ato criminoso propriamente dito (GRECO, 2015). Evidentemente, esse tema será explanado, de forma mais intensiva, em um estudo apropriado da teoria supracitada presente no capítulo seguinte.

4.4.2.1 Embriaguez voluntária

No intuito de trazer luz à primeira possibilidade de embriaguez não accidental, recorreremos, primordialmente, as breves, mas esclarecedoras palavras de E. Magalhães Noronha que sintetizam bem o tema: "Diz-se voluntária quando o agente bebe para se embriagar" (2004, p. 183).

O expressado por Noronha pode ser sucinto, mas adentra diretamente na essência da questão, que é o fato de haver uma intenção manifesta do agente de verdadeiramente embriagar-se. Desse modo, genericamente, afirmamos que há um “dolo” na conduta inicial de beber o primeiro copo ou que resta presente em algum outro momento do consumo alcoólico, no qual o agente ainda possua consciência e capacidade volitiva que lhe sejam suficientes para decidir entre embriagar-se, ou não.

Sobre a última colocação, no que se refere a capacidade de decisão, é de ressaltar-se ou reforçar o entendimento, que valerá para todas as espécies que estamos a tratar, de que o direito penal brasileiro adotou, conforme outrora explanado, o critério biopsicológico para aferição da inimputabilidade, salvo a exceção da menor idade. Portanto, a mera ingestão de álcool ou de substância análoga só terá relevância penal desde que o aspecto psicológico do indivíduo, composto por consciência ou capacidade de portar-se de acordo com ela, seja completamente afetado. Todavia, ratificamos que na embriaguez voluntária ou culposa, conforme jurisprudência majoritária que iremos expor mais à frente e por força do já comentado artigo 28, II, o sujeito será imputável de todo modo, isto é, independentemente de qual nível de ebriedade se trate, quer seja completa, quer seja incompleta.

Nesse espaço ainda gostaríamos de expor o fato de que há uma tolerância individual e específica de cada agente ao uso do álcool, evidenciando-se o proferido por França:

Uma mesma quantidade de álcool ministrada a várias pessoas pode acarretar, em cada uma, efeitos diversos. Igualmente, pode produzir em um mesmo indivíduo efeitos diferentes, dadas circunstâncias meramente ocasionais. Alguns se embriagam com pequenas quantidades e outros ingerem grandes porções, revelando uma estranha resistência ao álcool. Assim, tolerância é a capacidade maior ou menor que uma pessoa tem de se embriagar (2017, p. 976).

4.4.2.2 Embriaguez culposa

Observamos no estudo da culpa, que esse elemento da conduta é marcado pelo fato de não carregar consigo uma intenção direta em atingir determinado resultado criminoso. No entanto, pela falta de dever de cuidado objetivo, o ilícito ocorre. Na embriaguez culposa, há a presença daquele mesmo cenário, pois o sujeito, embora esteja a beber, não deseja diretamente embriagar-se, todavia, é isso que se efetiva.

Para sintetizar o assunto e torná-lo ainda mais claro, ao fim, segue a excelente explanação de Greco a respeito:

Culposa é aquela espécie de embriaguez, também dita voluntária, em que o agente não faz a ingestão de bebidas alcoólicas querendo embriagar-se, mas, deixando de observar o seu dever de cuidado, ingere quantidade suficiente que o coloca em estado de embriaguez. Nessa hipótese, o agente, por descuido, por falta de costume ou mesmo

sensibilidade do organismo, embriaga-se sem que fosse a sua intenção colocar-se nesse estado (2015, p. 456).

4.4.3 Embriaguez accidental

A embriaguez accidental é aquela que acontece de maneira totalmente não intencional ou, caso aconteça, de forma imprevisível aos cuidados de um homem médio. Essa espécie, diferentemente da categoria anterior, poderá isentar o sujeito ativo de pena, conforme o diploma penal brasileiro e o exposto por Hungria e Fragoso através de uma citação direta à exposição de motivos da legislação em comento: “Somente a embriaguez plena e accidental (devida a “caso fortuito” ou “força maior”) autoriza a isenção de pena, e, ainda assim, se o agente no momento do crime, em razão dela, estava inteiramente privado da capacidade de entendimento ou de livre determinação” (1978, p. 385).

Devido ao colocado acima, podemos rememorar e reforçar a ideia de adoção do critério biopsicológico citado tanto no espaço da embriaguez não accidental voluntária, no qual expusemos a diversidade de tolerância alcoólica de cada indivíduo, quanto no capítulo a respeito da imputabilidade. Todavia, não é essa a única lição do trecho, pois, igualmente, a mesma passagem nos mostra que existem duas possibilidades de embriaguez accidental, a primeira decorrente de um caso fortuito e a segunda de uma força maior, além disso, há o elo fático de que ambas possibilitam uma isenção de pena, conforme seguimos destacando.

Na continuidade da matéria, primeiramente, iremos definir o caso fortuito que, de acordo com Capez, poderá ser tido como toda situação episódica, rara, de difícil verificação e previsão. Para exemplificar, o mesmo autor nos traz alguns exemplos doutrinários clássicos, são eles: O sujeito que tropeça e cai de cabeça em um tonel de vinho; Uma pessoa que consumiu uma bebida com ignorância de seu conteúdo alcoólico; Um agente que, após ingerir um antibiótico para a gripe, consome álcool sem saber que isso potencializaria em muito a sua falta de compreensão. Em suma, nos casos citados e nos outros cenários fortuitos possíveis, o agente não agiu com o dolo de embriagar-se e nem sequer com culpa (2012, p. 344).

Enquanto o caso fortuito resta exposto acima, a força maior, por sua vez, deriva de uma força externa ao agente, que o obriga a embriagar-se, é o caso da coação física, em que sequer há conduta, e da coação moral irresistível (CAPEZ, 2012, p. 344). Nas palavras de Bitencourt, de forma condensada, o seguinte poderá ser dito sobre a relação dessas duas hipóteses: “No caso fortuito não se evita o resultado porque é imprevisível; na força maior, mesmo que seja

previsível e até previsto, o resultado é inevitável, exatamente em razão da força maior” (2016, p. 499).

A seguir, visando entender especificamente o contexto legal em que a embriaguez accidental se encontra no texto legal brasileiro, transcrevemos na íntegra o dispositivo legal correspondente, que é o parágrafo 1º do artigo 28 do código penal:

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL, 1940).

Da legislação acima, algumas conclusões poderão ser feitas. A primeira delas é a confirmação legal da possibilidade de isenção de pena para o agente que age em estado de embriaguez decorrente de caso fortuito ou de força maior, em resumo, temos, por aqui, uma causa expressa de inimizabilidade. A segunda é que, como já vimos, há requisitos para que a primeira aconteça. Assim, didaticamente, através da doutrina de Damásio de Jesus em referência aos ensinamentos de Roberto Lyra, iremos expor os elementos necessários para o efetivo cenário de inimizabilidade: a) Requisito causal, este nos informa, naturalmente, que é necessária a presença do caso fortuito ou de força maior. b) Requisito quantitativo, a embriaguez deverá ser completa. c) Requisito cronológico, os demais requisitos deverão existir no tempo da ação ou omissão d) Requisito consequencial, o sujeito, como decorrência da embriaguez completa e considerando-se o critério biopsicológico supracitado, deverá apresentar ausência da capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (2010, p. 558).

Interessante citar que se a embriaguez accidental é incompleta, a teor do artigo 28, parágrafo 2º, e há redução de capacidade intelectual ou volitiva do agente, se fará presente uma causa de diminuição de pena, de um a dois terços (JESUS, 2010).

Por fim, citamos palavras literais de Bitencourt sobre o seguinte fato: “As ocorrências de embriaguez accidental, no entanto, são inusitadas, raríssimas. A possibilidade que se examina normalmente, que surge toda hora, é sempre de embriaguez não accidental, isto é, voluntária ou culposa” (2016, p. 500). Assim, deduzimos que muito pode ser traçado sobre a embriaguez accidental em âmbito doutrinário, mas, na prática, nos tribunais, é a embriaguez não accidental a modalidade mais frequentemente debatida e que, à título de reiteração, constituirá a nossa problemática principal.

4.4.4 Embriaguez preordenada

Diferentemente das hipóteses abordadas até aqui, na preordenada o sujeito deseja cometer o crime antes mesmo de embriagar-se, bons exemplos doutrinários são: “...o caso de pessoas que ingerem álcool para liberar instintos baixos e cometer crimes de violência sexual ou de assaltantes que consomem substâncias estimulantes para operações ousadas” (CAPEZ, 2012, p. 345).

Com base nas exemplificações acima, podemos ver que o sujeito utiliza o álcool para obter uma espécie de encorajamento na prática da conduta criminosa. Outrossim, conforme os ensinamentos de Hungria e Fragoso, (1978, p. 386), nessa modalidade, o sujeito responderá sempre à título de dolo, contando ainda com a incidência de uma agravante. O trazido pelos autores encontra respaldo no Código Penal vigente que, em seu artigo 61, inciso II, alínea I), estipula uma circunstância agravante genérica para os casos de embriaguez preordenada.

Importante ainda enfatizar que se aplica, em nosso juízo, de maneira correta e acertada a teoria da *actio libera in causa* na espécie estudada, uma vez que há a intenção inicial de cometimento do crime, anterior a própria embriaguez. Mais uma vez em nosso ponto de vista, a aplicação de um raciocínio contrário ao exposto e que buscasse isentar de pena o sujeito que deliberadamente se coloca em uma situação de suposta “inimputabilidade”, com a presença do desejo criminoso prévio, culminaria em política criminal de inteira injustiça. Bitencourt discorre a respeito do contexto em sua obra e apresenta um raciocínio edificante, que segue abaixo:

Nessa forma de embriaguez apresenta-se a hipótese de *actio libera in causa* por excelência. O sujeito tem a intenção não apenas de embriagar-se, mas esta é movida pelo propósito criminoso, ou seja, embriaga-se para encorajar-se a praticar o fato criminoso; a embriaguez constitui apenas um meio facilitador da execução de um ilícito desejado, configurando-se, claramente, a presença da *actio libera in causa* (2016, p. 501).

4.4.5 Embriaguez patológica e crônica

Por fim, quanto às espécies de embriaguez relevantes penalmente, iremos abordar a embriaguez patológica e a de caráter crônico, ambas poderão ser caracterizadas como verdadeiras doenças mentais. Desse modo, para D. Jesus, a primeira espécie é vista de forma frequente em alguns indivíduos predispostos a tanto, tal como é o caso de filhos de alcoólatras. (2011, p. 559) Com o intento de bem defini-la, França a expõe do seguinte modo: “Resulta da ingestão de pequenas doses, com manifestações intempestivas. Surpreendem pela desproporção entre a quantidade ingerida e a intensidade dos efeitos” (2017, p. 987).

Por outro lado, a embriaguez crônica, de acordo com Mirabete (2010, p. 209), é aquela que, geralmente, se caracteriza por um estado mórbido constituído por uma psicose ou delírio alcoólico. Distinção importante, realizada pelo mesmo doutrinador citado, é o fato de que a embriaguez crônica não se confundirá com a habitual, pois essa última poderá ser desfeita com a mera desintoxicação, enquanto a primeira apresenta uma permanência de efeitos significativamente maior.

O tratamento dado pelo Código Penal, naturalmente, é o mesmo de outras doenças psicológicas, subsumindo-se, assim, as regras do artigo 26 e de seu parágrafo único. Logo, diante da embriaguez patológica ou crônica, duas hipóteses serão possíveis: a) A inimputabilidade pela total falta de entendimento do caráter ilícito do fato ou decorrente da incapacidade de portar-se de acordo com aquele saber. b) Diminuição de pena de um a dois terços decorrente de uma redução da capacidade intelectual ou volitiva. Esse entendimento é pacífico doutrinariamente e à luz de exemplo eis o expressado, na mesma linha, por Bitencourt: “A embriaguez patológica manifesta-se em pessoas predispostas, e assemelha-se à verdadeira psicose, devendo ser tratada, juridicamente, como doença mental, nos termos do art. 26 e seu parágrafo único” (2016, p. 501).

5. A TEORIA DA ACTIO LIBERA IN CAUSA

5.1 CONCEITO

De tudo o que foi falado, chegamos ao nosso ponto central e para caminharmos fundo em sua direção será necessário nos atermos a dois requisitos principais: O primeiro é representado pela base construída sobre institutos essenciais ao tema e já, oportunamente, tratados. A segunda, à seu turno, diz respeito à compreensão prévia do que é a teoria em si, visto que o seu principal objeto de incidência no direito brasileiro, que é a embriaguez, resta apresentado. Assim, a fim de cumprir esse último propósito, inicialmente, discorreremos sobre o aspecto conceitual.

Nesse sentido, a teoria da *actio libera in causa* pode ser compreendida como uma ação que é livre em sua origem, mas que não apresenta a mesma característica no momento efetivo da prática infracional. Esse último cenário é provocado em decorrência da falta de capacidade intelectual ou volitiva do agente no momento da execução do crime propriamente dito, todavia, a força da corrente supracitada é a de considerar apenas o primeiro ato que, a saber, é o de decidir embriagar-se ou de faltar com os cuidados objetivos para que isso não aconteça. Para sintetizar, nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli (2011), a conduta é livre na causa, mas não no ato, visto que há duas ações na adoção da teoria, uma é a embriaguez, a outra é o agir típico e nesse contexto os nobres juristas discorrem:

A verdade é que há duas condutas: embriagar-se, por exemplo, e furtar. A conduta de embriagar-se não é típica e o desejo de furtar em estado de ebridez não é dolo. A conduta de furtar em estado de embriaguez é típica e é dolosa, mas é inculpável. A teoria da *actio libera in causa* constrói um delito com a culpabilidade da conduta de embriagar-se e a tipicidade da conduta de furtar, o que faz com que em um momento haja desejo (a que chama "dolo") e noutro culpabilidade sem tipicidade objetiva alguma (2011. p. 461).

O traçado até aqui poderá ficar ainda mais claro através da leitura da explicação terminológica fornecida por Damásio de Jesus, que, indispensavelmente, segue:

O termo *actio* indica a conduta (ação ou omissão); *libera* expressa o elemento subjetivo do sujeito; *in causa*, a conduta anterior determinadora das condições para a produção do resultado. As duas expressões juntas, *libera in causa*, entendendo-se por *actio* a execução e o resultado, indicam a existência de um *prius*, consistente em conduta dominada pela vontade livre e consciente, em face de um *posterius*, não mais regido por ela (2011, p. 516).

5.2 A ACTIO LIBERA IN CAUSA NA HISTÓRIA

Analisada a definição, cuidaremos, por agora, de entender, basilarmente, a origem do

eixo teórico em comento e até mesmo de seus antecedentes. Assim, sobre esses últimos, primeiramente, interessante é a visão do filósofo Aristóteles, pois ele nos fornece, em Ética a Nicômaco, um pretenso tratamento fornecido aos ébrios infratores no período da antiguidade Grega, conforme abaixo:

E sucede até que um homem seja punido pela sua própria ignorância quando o julgam responsável por ela, como no caso das penas dobradas para os ébrios; pois o princípio motor está no próprio indivíduo, visto que ele tinha o poder de não se embriagar, e o fato de se haver embriagado foi causa da sua ignorância (1991, p. 54).

Da passagem anterior, podemos extrair que, embora não se tenha menção expressa a teoria da *actio libera in causa*, a lógica aplicada naquele tempo não era só a mesma, mas era ainda de maior gravidade ao infrator, haja vista a penalidade em dobro.

A seguir, se formos adiante na História e chegarmos até o Direito Romano, observaremos que a embriaguez era tratada por lá de forma mais benéfica, pois o diploma canônico punia a embriaguez em si mesma e não o delito ora praticado (JESUS, 2011).

Indo ainda mais além, na idade média, a posição de maior influência parece ter sido a de São Agostinho que utilizava um exemplo bíblico para trazer a ideia de que o pecado não estava no ato cometido durante a embriaguez, mas no próprio embriagar-se. O exemplo utilizado pelo Santo e Filósofo se referia ao incesto praticado por Ló, no qual, por força da ebriedade, houve ignorância quanto ao elemento do “parentesco” (JESUS, 2011).

Expostos esses três posicionamentos históricos prévios, precisamos dizer que foram com os práticos italianos que a *actio libera in causa* iniciou a sua germinação verdadeira e desenvolvimento teórico específico. Logo, para bem compreender tal movimento, utilizaremos, a seguir, algumas lições, interpretadas por nós, de autoria do professor Paulo César Busato acerca de alguns dos autores que formaram a escola doutrinária Italiana.

De acordo com o dito acima, o primeiro a ser apresentado se trata de Bonifácio de Vitalinis, este, por sua vez, proclamava que o ébrio não poderia ser castigado por nenhum delito cometido, salvo nas hipóteses de embriaguez voluntária. O segundo, Farinaccio, na mesma linha, discorria que o sujeito não deveria sofrer qualquer sanção pelos crimes cometidos em estado de embriaguez sem que houvesse dolo ou culpa, no entanto, estipulava uma exceção de possível punição aos casos em que os crimes, no estado referenciado e por parte do mesmo autor, fossem frequentes. Quanto a essa última colocação, é possível vislumbrar a presença de um Direito Penal do Autor. No mais, outros ilustres italianos, com o passar do tempo, estudaram o assunto, entre eles Carrara, Pessina, Manzini e Maggiore (BUSATO, 2016).

Ao término, o nosso parecer é de que é delimitar a origem exata da *actio libera in causa* constitui uma tarefa difícil, principalmente, quando considerado que cada um dos autores tratou

o tema de maneira diversa, tanto em sua delimitação, quanto em seu estabelecimento conceitual, por tudo isso, seguimos Busato no seguinte no fato de que: “..a doutrina até hoje não é unânime na hora de definir o significado e tratamento que a *actio libera in causa* recebeu em suas primeiras formulações” (2016).

5.3 A TEORIA E A EMBRIAGUEZ NOS DIPLOMAS PENAIIS PÁTRIOS

Anteriormente expusemos: O lado conceitual da *actio libera in causa*, a sua história geral e, até mesmo, o seu objeto de incidência. Apenas à título de ratificação quanto a esse último, lembremos que é na embriaguez preordenada e na embriaguez não acidental que a teoria tem sua grande aplicação. Não obstante todos aqueles aprofundamentos já realizados, para o sucesso efetivo de nosso estudo, precisamos ir além, o que significa, sem espaço para dúvidas, adentrar, brevemente, no contexto histórico específico de nossa legislação penal brasileira, principalmente a fim de entender o caminho até aqui e, conseqüentemente, sermos capazes, mais à frente, de sugerir alternativas possíveis, em face de eventual erro de percurso.

Com esse propósito, primeiramente iremos pensar no Brasil Império e na legislação daquela época. Dito isso, nos interessa, por agora, a análise do código criminal de 1830, neste, o movimento teórico estudado não existia de forma direta e a própria ebriedade era tratada apenas à título de atenuante, desde que cumpridos alguns requisitos. No entanto, no que tange a esses últimos, conforme veremos abaixo, nos itens 1º e 2º, havia um certo esboço da figura da embriaguez preordenada, marcada por uma forte premeditação:

Art. 18. São circunstancias [sic] attenuantes [sic] dos crimes:(...)

9º Ter o delinquente commettido [sic] o crime no estado de embriaguez. Para que a embriaguez se considere circunstancia attenuante [sic], deverão intervir conjunctamente [sic] os seguintes requisitos; 1º que o delinquente não tivesse antes della [sic] formado o projecto [sic] do crime; 2º que a embriaguez não fosse procurada pelo delinquente como meio de o animar á perpetração do crime; 3º que o delinquente não seja costumado em tal estado a commetter [sic] crimes. (...) (BRASIL, 1830).

Mais à frente, remetemos o nosso direcionamento para o período histórico da velha república e o seu código penal respectivo datado de 1890. Este que, segundo SILVA (2004), acatava a figura da embriaguez completa como uma causa de inimputabilidade, enquanto a incompleta figurava como uma atenuante. Além disso, a figura da embriaguez também era tida como uma contravenção penal por si só em face de determinadas circunstâncias. De antemão, concluímos que não houve respaldo para aplicação da *actio libera in causa* naquele período.

A seguir, restam expostos, respectivamente, os dispositivos que tratam das afirmações do parágrafo antecedente:

Art. 27. Não são criminosos:

(...) § 4º Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter [sic] o crime; (...) (BRASIL, 1890).

Art. 42. São circunstancias attenuantes [sic]:(...)

§ 10. Ter o delinquente commettido [sic] o crime em estado de embriaguez incompleta, e não procurada com meio de o animar á perpetração do crime, não sendo acostumado a commetter [sic] crimes nesse estado (...) (BRASIL, 1890).

Art. 396. Embriagar-se por habito, ou apresentar-se em publico [sic] em estado de embriaguez manifesta:

Pena - de prisão cellualar [sic] por quinze a trinta dias (BRASIL, 1890).

“O princípio liberal do Código de 1890, que não excluía embriaguez completa da inimputabilidade, foi abandonado com a edição do Código Penal de 1940, que recepcionou a tendência repressiva do código italiano de 1930.” (SILVA, 2004, p. 66). Com essa citação, é expressa a inversão de valores promovida pelo código em comento e é exatamente com ele que a *actio libera in causa* toma forma em solo brasileiro e passa a ser adotada para, doutrinariamente, fundamentar o tratamento jurídico fornecido ao ébrio infrator. Tal fato poderá ser verificado na exposição de motivos do código penal redigida pelo Ministro Francisco Campos e pelo Ministro Nelson Hungria. Nesse sentido, utilizaremos passagem citada por este último em obra conjunta com o professor Heleno Fragoso:

Ao resolver o problema da embriaguez (pelo álcool ou substância de efeitos análogos), do ponto de vista da responsabilidade penal, o projeto aceitou em toda a sua plenitude a teoria da *actio libera in causa ad libertatem* relata que modernamente, não se limita ao estado de inconsciência preordenado, mas a todos os casos em que o agente se deixou arrastar ao estado de inconsciência (HUNGRIA; FRAGOSO, 1978, p. 384).

Para melhor compreensão do exposto, traremos na íntegra a legislação à época:

Art. 24. Não excluem a responsabilidade penal: (...)

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo alcool ou substância de efeitos análogos

§ 1º É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o carater [sic] criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2º A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o carater [sic] criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Por fim, é preciso dizer que embora o código vigente, até a presente data, seja o de 1940, diversas modificações ocorreram e abordá-las, com certeza, seria esforço para um tópico próprio. Não obstante isso, o nosso assunto foi pouco afetado de modo que uma das poucas alterações fora a substituição do termo “criminoso”, grifado acima, pela palavra “ilícito”, conforme pode ser verificado no artigo 28, parágrafo 1º e 2º da atual redação. Todavia, ressaltamos que a essência do nosso tema alvo continuou a mesma que é o fato de que há: Uma

ampla aplicação da teoria *actio libera in causa* para além da preordenação. A seguir, iremos adentrar em terreno prático, o que será feito através da análise do tratamento fornecido ao tema pelos nossos tribunais.

5.4 ANÁLISE DE PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

Como falado no final do tópico anterior, nos ocuparemos, neste momento, de analisar a jurisprudência brasileira à luz de casos concretos para termos uma noção clara do comportamento do poder judiciário frente ao nosso assunto. Nesse contexto, iremos apresentar alguns precedentes que julgamos interessantes a título qualitativo.

Assim, o primeiro deles será o seguinte:

Violência doméstica. Ameaça. Palavra da vítima. Provas. 1 - Nos crimes praticados em situação de violência doméstica e familiar, na maioria das vezes sem a presença de testemunhas, a palavra da vítima tem especial relevância, sobretudo se corroborada pelas demais provas. 2 - Há crime de ameaça na conduta consistente em ameaçar a vítima de "acabar com a raça dela", intimidando-a e causando-lhe temor, sobretudo considerando-se o histórico agressivo do réu. 3 - **A embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substâncias de efeitos análogos, não exclui a imputabilidade (art. 28, II, do CP). O ânimo alterado do agente em virtude de embriaguez não exclui o dolo nem o isenta de pena.** 4 - No exame da conduta social há que se considerar, no momento da infração penal, o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, vizinhança e outras. A não participação em grupo reflexivo de homens envolvidos em situação de violência doméstica, não é fundamento idôneo para valorar desfavoravelmente a conduta social. 5 - Apelação provida em parte (BRASÍLIA, TJDF, 2019, grifo nosso).

O precedente acima, como é possível observar, trata-se de uma apelação e o contexto do processo é de uma situação em que há violência familiar, especialmente, materializada pelo delito de ameaça. A referida decisão nos interessa, pois, o sujeito, supostamente, estava embriagado e coube ao Relator, o desembargador Jair Soares, adentrar no tema e definir se houve, ou não, culpabilidade, bem como se há dolo ou culpa consideráveis. Claramente recorrendo a *actio libera in causa*, mesmo que de modo não literal, o posicionamento exposto é de que ainda que a embriaguez fosse completa e o réu nada entendesse ou não pudesse se portar de acordo com o entendimento existente, apenas em caso de embriaguez fortuita ou decorrente de força maior poderia então existir um cenário de inimizabilidade. Em outras palavras, quanto a análise da imputabilidade, o momento do ato criminoso não é o efetivamente considerado e o ânimo de agir é verificado como se o álcool em nada afetasse, baseando-se em uma vontade residual do infrator embriagado.

Destarte, cabe-nos dizer que o exposto acima é conduzido pela literalidade legal, pois, se considerarmos unicamente tal fator, será exatamente essa a linha de pensamento interpretativa

resultante. Um outro recurso de apelação corrobora o que estamos a afirmar e nos fornece alguns elementos adicionais no tratamento da matéria:

EMENTA PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. ROUBO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. EMBRIAGUEZ NÃO ACIDENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE ISENÇÃO DE PENA. TEORIA DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*. CONDENAÇÃO MANTIDA. 1) A embriaguez não acidental (que pode ser voluntária ou culposa), mesmo quando completa, não isenta o agente de pena. 2) **Segundo noticiam os autos, a ação criminosa seria a comemoração de aniversário de 18 (dezoito) anos do apelante, tendo ele, portanto, dado causa a seu alegado estado de embriaguez, que não decorreu de caso fortuito ou força maior, mas sim de ingestão deliberada e consciente de álcool.** 3) Ao caso em exame deve ser aplicada a teoria da *actio libera in causa*, pela qual relevante é o momento da ingestão da substância e não o da prática do crime. 4) Apelo desprovido (AMAPÁ, TJAP, 2016, grifo nosso).

Acima, o trecho destacado acaba por trazer à tona o contexto prático do que significa a voluntariedade no ato de embebedar-se, conceito que já expusemos na abordagem da embriaguez voluntária e esse caso acaba por o materializar. Afinal, o agente “deu causa a seu alegado estado de embriaguez”, uma vez que estava promovendo uma festa. Além disso, observe-se que na decisão a teoria é invocada literalmente para justificar o desprovimento do recurso, o que igualmente poderá ser visto na maioria dos autos que tratem do tema, quer seja explicitamente, como é o presente caso, quer seja de maneira implícita, conforme o anterior, pois, onde houver uma interpretação análoga e exegética da lei, a *actio libera in causa*, inevitavelmente, estará lá, visto que fora ela que motivou a própria redação legislativa.

Antes de concluir nossas explanações, há uma decisão fundamental, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, e que é vista no HC 107.801 de 2011. Nesse caso, analisaremos parte do voto proferido pelo ministro Luiz Fux, mas antes disso, para resumir o que fora decidido por aquela Egrégia corte traremos parte da Ementa:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA. *ACTIO LIBERA IN CAUSA*. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO. REVALORAÇÃO DOS FATOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM CONCEDIDA. (BRASIL, STF, 2011)

De plano, podemos observar que há uma legislação penal especial envolvida, qual seja o Código de Trânsito Brasileiro - CTB, mais especificamente na figura do seu artigo 302, parágrafo 3º. Tal dispositivo, por sua vez, tipifica uma hipótese de homicídio culposo, na qual o agente está sob a influência de álcool, porém como diferenciar essa modalidade de uma outra, que é o homicídio doloso, enquadrado no artigo 121 do código penal, a título de dolo eventual? Essa é a problemática que o HC prestou-se a resolver e, de acordo com o eminente ministro Luiz Fux, o seguinte pode ser dito:

No entanto, reconhecido na sentença de pronúncia e no acórdão que a confirmou que o paciente cometera o fato em estado de embriaguez alcoólica, a sua responsabilização a título doloso **somente pode ocorrer mediante a comprovação de que ele embebedou-se para praticar o ilícito ou assumindo o risco de praticá-lo. A aplicação da teoria da *actio libera in causa* somente é admissível para justificar a imputação de crime doloso em se tratando de embriaguez preordenada**, sob pena de incorrer em inadmissível responsabilidade penal objetiva (BRASIL, STF, 2011, grifo nosso).

A lógica do voto é elogiável e a seguimos, por motivos detalhadamente tratados no capítulo final, mas se considerarmos, em âmbito prático, que a teoria da *actio libera in causa* só se prestaria a justificar a imputação de crime doloso em face da preordenação, os julgados que analisamos anteriormente, de forma hipotética, puniriam a título de culpa ou, se essa não fosse prevista, haveria a consequente atipicidade de crimes como a ameaça, por exemplo. Expressimos isso porque não visualizamos menção a preordenação nos autos citados, bem como sequer localizamos, em nossa investigação, a análise judicial de uma previsibilidade criminal possível anterior ao ato de embriagar-se.

Dessa maneira, só podemos ser levados a pensar que o expressado pelo eminente Ministro é plenamente válido, jurisprudencialmente, para distinguir um homicídio culposo, no trânsito, de um homicídio doloso punido à luz do código penal, mas não é considerado, majoritariamente, em outras decisões. Afinal, reiteramos que, nos demais casos jurídicos expostos, tanto a embriaguez voluntária, quanto a culposa, hipóteses em que não há dolo anterior preexistente, são simplesmente irrelevantes para o afastamento do dolo direto ou eventual de delitir. Por conseguinte, o que pesa, na consideração da imputabilidade, é a intenção primeva de decidir pelo consumo do álcool, enquanto o conteúdo da ação, dolo ou culpa, será aferido mediante a vontade residual do agente no momento da execução do crime, como se essa em perfeito estado estivesse.

Esse debate será aprofundado no estudo crítico que faremos a seguir. Ademais, a irrelevância comentada por nós poderá ser observada, expressamente, em mais uma breve jurisprudência que trata, desta vez, de uma contravenção penal: “PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO - EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA DO AGENTE **IRRELEVÂNCIA** - PROVA - A embriaguez voluntária não é causa excludente da responsabilidade pela prática do delito” (SÃO PAULO, TJ-SP, 2008, grifo nosso).

5.5 ANÁLISE CRÍTICA E DOUTRINÁRIA DA TEORIA

Enfim chegamos ao âmago de nossa pesquisa, que é o de estabelecer um raciocínio

crítico frente à *actio libera in causa*. Claramente, não poderíamos iniciar essa empreitada sem conhecer a essência, a história, a realidade brasileira e o conceito da corrente em comento. Desta feita, julgamos que cumprimos esse dever prévio e, em razão disso, temos a compreensão necessária para nos situar acerca dos posicionamentos críticos, favoráveis e contrários, estabelecidos pela doutrina nacional quanto a diversas nuances. De certo, ratificamos que alguns desses comentários irão ao encontro, e outros não, do voto proferido pelo ministro Luiz Fux no HC 107.801, no qual visualizamos uma problemática interessante evidenciada no tópico anterior, igualmente o mesmo acontecerá com os demais precedentes trazidos por nós.

Nesse sentir, começemos pelos pensamentos favoráveis à aplicação da teoria em toda a sua extensão através de uma interpretação exegética do texto legal. Como não poderia ser diferente, destacamos como principal defensor dessa linha de pensamento o célebre Ministro Nelson Hungria, autor do anteprojeto do Código Penal de 1940 e um dos seus principais comentadores, para ele:

Diante de todas essas considerações, o legislador brasileiro não podia ter hesitado em equiparar a vontade do ébrio à vontade condicionante da responsabilidade e, conseqüentemente, da punibilidade. No caso de embriaguez preordenada, o agente responderá sempre a título de dolo (e com a pena agravada); no caso de embriaguez não preordenada, mas voluntária ou culposa, responderá por crime doloso ou culposos, segundo o indicarem as circunstâncias ou, seja, segundo a **direção ou atitude da residual** vontade que existe no estado de ebriedade. Não é necessária uma relação finalística entre a embriaguez e a conduta aberrante: basta o nexo de causalidade entre aquela e esta, de par com a previsão ou possibilidade de previsão dos anarquizantes efeitos da ingestão do álcool ou substância análoga (HUNGRIA; FRAGOSO, 1978, p. 386, grifo nosso).

A opinião jurídica traçada no trecho citado é de que a embriaguez não acidental deverá ser tratada a título de dolo ou culpa e estes requisitos serão verificados no caso concreto, o que será feito através do exame da vontade residual do ébrio infrator. Todavia, não encontramos respostas diretas, na obra do doutrinador referenciado, sobre os casos em que não haja qualquer vontade residual, mas levando em consideração essa outra passagem: “Cumprir notar, além disso, que, segundo a lição da experiência, a vontade do ébrio não é tão profundamente conturbada que exclua por completo o poder da inibição, como acontece nas perturbações psíquicas de fundo patológico.” (HUNGRIA, 1978, p. 385). É possível afirmar que o mesmo acreditava, naquele momento, que é uma regra haver resquício de vontade no agente embriagado e, além disso, para ele, seria a ebriedade apenas um meio do indivíduo revelar suas verdadeiras vontades e desejos, excetuada a embriaguez patológica e afins. No mais, o Príncipe dos Penalistas Brasileiros, título evidentemente merecido por Hungria, é firme no sentido de que não se aplica a *actio libera in causa* aos casos de embriaguez acidental.

Na mesma obra em que o pensamento acima é exposto por Hungria, Heleno Fragoso faz

comentários adicionais e, embora concorde com a aplicação da teoria, inova quanto à algumas questões essenciais e acaba por gerar uma outra percepção de sua aplicabilidade, nas palavras do mesmo:

As disposições do CP vigente sobre embriaguez são oriundas do CP italiano (arts. 91/93) e conduzem a intolerável responsabilidade objetiva. Somente quando completa e fortuita, exclui a embriaguez a imputabilidade. Fora daí, e excluída, no mesmo caso, a hipótese de semi-imputabilidade, o agente responde, a título de dolo ou de culpa *stricto sensu*. Não é possível justificar essa solução através da teoria da *actio libera in causa*, pois esta requer dolo ou culpa em relação ao resultado, **no momento em que o agente tinha plena capacidade de entendimento ou de autogoverno** (HUNGRIA; FRAGOSO, 1978, p. 609, grifo nosso).

Podemos perceber que enquanto Hungria defendia a presença do elemento subjetivo ou normativo do tipo na vontade residual do infrator. Fragoso, por sua vez, nos expressa que essa solução conduziria a uma intolerável responsabilidade objetiva. Dito isso, dolo e culpa deveriam ser apurados no momento em que o agente estava plenamente imputável, ou seja, no instante em que optou por embriagar-se ou faltou com os cuidados que deveria ter para que isso não acontecesse. Um outro comentário feito e que deixa a sua posição ainda mais translúcida e nos revela algo importante a respeito é:

Ao contrário do que se afirma na Exposição de Motivos (n.º 21), não se aplica a teoria da *actio libera in causa* a todos os casos em que o agente se pôs em estado de inconsciência. Se o fato punível que em tal estado veio o agente a praticar não era sequer previsível, para ele no momento de plena imputabilidade, não há culpa e é forçoso admitir que estamos diante de mera responsabilidade pelo resultado (HUNGRIA; FRAGOSO, 1978, p. 610).

Assim sendo, esse último trecho nos traz um ponto muito importante no pensamento de Fragoso, que é o requisito da previsibilidade. Inclusive, já discorremos sobre o assunto no capítulo da conduta, especificamente, quando adentramos no seu elemento normativo: A culpa. Desse modo, relembremos que extraímos outrora que nem sempre haverá previsão, mas a previsibilidade é o mínimo esperado para imposição de uma culpa *lato sensu* ao infrator. Apoiando-se nisso, o autor ora estudado sintetiza o seu posicionamento, em nossas palavras, da seguinte forma: Ainda que haja uma embriaguez voluntária ou culposa, na hipótese do crime não ser previsível ao sujeito no momento de plena imputabilidade, e desde que haja uma ebriedade completa, estaremos diante do fenômeno da inimputabilidade e da consequente impossibilidade de punição estatal. Se a embriaguez, nesse mesmo contexto, é incompleta, o sujeito será tratado como um semi-inimputável de acordo com o previsto hoje no artigo 28, parágrafo 2º. Essa é a única forma, para ele, de ajustar o CP a um direito penal avesso à responsabilização objetiva e é um pensamento totalmente oposto ao visto de forma primeva. (HUNGRIA; FRAGOSO, 1978)

Na mesma linha antecedente, Damásio de Jesus lança o seguinte:

Para que haja responsabilidade penal no caso da *actio libera in causa*, é necessário que

no instante da imputabilidade o sujeito tenha querido o resultado, ou assumido o risco de produzi-lo, ou o tenha previsto sem aceitar o risco de causá-lo ou que, no mínimo, tenha sido previsível. Na hipótese de imprevisibilidade, de que estamos cuidando, não há falar em responsabilidade penal ou em aplicação da *actio libera in causa*. Assim, afirmando que não há exclusão da imputabilidade, o Código admite responsabilidade penal objetiva (JESUS, 2011, p. 557).

Ao mesmo passo em que Damásio de Jesus concorda com Fragoso em suas posições, também nos traz a informação de que o código, se interpretado literalmente, ignora o quesito da previsibilidade possível e isso conduz eminentemente a uma hipótese de *versari in re illicita*. Infelizmente, nas decisões que examinamos, vimos que é justamente isso que ocorre, todavia, o assunto, em suma, não é pacífico, mas, a primeira visão traçada por nós e defendida por Hungria é uma linha jurisprudencial muito forte.

Nucci, por sua vez, também admite em sua obra que a situação é infeliz, mas, segundo ele, é necessária apresentando a seguinte posição: “Noutros casos, envolvendo a embriaguez voluntária ou culposa, quando o agente bebe por beber, sem a menor noção de que pode vir a cometer algum ilícito, aplica-se, quando for preciso, a responsabilidade penal objetiva. É medida de exceção, sem dúvida, mas necessária” (2019, p. 754).

Adiante, existem outras posições que são de indispensável citação, uma delas é a de E. Magalhães Noronha, eminente jurista, que ataca de forma ímpar alguns dos contornos absorvidos pela aplicação da *actio libera in causa* no Brasil. De plano, o trazido por Fragoso é plenamente válido em relação ao que é posto por Noronha (2004), mas esse último vai além e acrescenta o fato de que a “previsibilidade”, tão citada por nós, deverá ser específica e bem determinada, logo, não se pode admitir uma imputação genérica da espécie que é prevista inicialmente na própria exposição de motivos do Código Penal e também por Hungria em trecho que citaremos novamente: “Não é necessária uma relação finalística entre a embriaguez e a conduta aberrante: basta o nexo de causalidade entre aquela e esta, de par com a previsão ou possibilidade de previsão dos anarquizantes efeitos da ingestão do álcool ou substância análoga” (HUNGRIA; FRAGOSO, 1978).

Nas palavras do próprio Noronha:

Não se pode, em nome dessa teoria, responsabilizar alguém pelo só fato de poder geneticamente delinquir, pois é preciso acentuar que, quando, na citada teoria, se fala em dolo ou culpa em relação ao crime que se segue, é sempre certo e determinado o delito. A Exposição de Motivos dá extensão muito ampla à teoria, pois acha que a pessoa, embriagando-se, responde em virtude da ação livre na causa, porém não mostra o nexo psicológico (dolo ou culpa) com determinado crime. A imputação é a título genérico, pelo crime que acaso venha a cometer: homicídio, lesão corporal, estupro, furto etc (2004, p. 185).

Um outro problema apontado pelo doutrinador anterior é o fato de que se há vontade residual e desta poderá ser apurado o elemento subjetivo ou normativo da ação não haveria

motivos para aplicar a supracitada teoria. Expressamente o mesmo afirma: “Se assim é, não sabemos por que invocar-se a teoria da *actio libera in causa*. Se o ébrio pode agir com dolo ou culpa, a esse título será responsabilizado, sem ser necessária qualquer incursão nos domínios da citada teoria” (NORONHA, 2004, p. 186).

É preciso dizer que, até o presente momento, visualizamos as principais correntes quanto à extensão de aplicação da teoria e as naturais divergências. Todavia, o nosso problema não se encerra por aqui, é necessário que também façamos menção aos argumentos manifestamente contrários à aplicação da corrente até mesmo no âmbito da figura da embriaguez preordenada. Em outros termos, parte da doutrina enxerga a *actio libera in causa* como uma ficção jurídica que se presta apenas ao papel de política criminal em face da inexistência de uma solução melhor para o problema do álcool na sociedade. Nas palavras de Aníbal Bruno a decorrência de sua utilização seria essa: “...por essa ficção, que resulta injusta e perigosa, suprimem-se garantias que decorrem para o sistema do Direito punitivo do princípio da culpabilidade como elementar à conceituação do crime e, portanto, pressuposto da punibilidade do fato” (BRUNO, 1967, p. 154, apud SILVA, 2004, p. 111).

Diante desse cenário complexo, de que um lado temos princípios penais indispensáveis ao direito penal moderno como *nullum crimen sine culpa* e a consequente exigência de aferição da imputabilidade no momento do fato, e do outro, o problema social desencadeado pelo consumo de álcool e outras drogas, Silva dispõe o seguinte:

Aceitar a teoria da *actio libera in causa*, nesse intrincado paradoxo, significa sucumbir ante a solução mais fácil, jogando por terra uma das grandes conquistas na evolução do Direito Penal, consubstanciada no princípio *nullum crimen sine culpa*. Se num primeiro momento a teoria da *actio libera in causa* pareceu, aos olhos dos práticos italianos, uma solução perfeita para o problema do alcoolismo e serviu como fundamento para o Direito Penal de outrora, hoje a situação não é a mesma. Se, por um lado, o problema do consumo de álcool e outras drogas persiste, por outro, houve sensível evolução da sociedade e do Direito, particularmente do Direito Penal. O Direito Penal de hoje é o Direito Penal do finalismo, que exige voluntariedade na conduta. É também o Direito Penal da responsabilidade pessoal e subjetiva, que não admite violação do *nullum crimen sine culpa*. Mais até: é o Direito Penal constitucional, que deve obedecer aos princípios emanados da lei fundamental (SILVA, 2004, p. 113).

Paulo César Busato (2016) é igualmente preciso em sua crítica: “A *actio libera in causa* é, em si, uma teoria que aparece com o único objetivo de justificar uma imputação que não é condizente com o grau de imputabilidade do sujeito no momento da ação.” Interessante que esse mesmo autor, além de tecer uma fundada crítica teleológica, realiza um estudo sobre o conceito significativo de ação e aposta nele para a superação da teoria no seguinte sentido:

Entre as questões que o conceito significativo de ação resolve, situam-se os casos de exigência de responsabilidade penal em supostos de ausência de capacidade de culpabilidade por aplicação da teoria da *actio libera in causa*. A consequência é que se pode dispensar a aplicação da *actio libera in causa*, pois os supostos aos quais seria

aplicável se resolvem antes no campo da ação. Com ele, se afasta em definitivo a possibilidade de produzir conflitos com os princípios de Direito Penal ou situações conectadas ao *versare in re illicita* (BUSATO, 2016).

Zaffaroni e Pierangeli, por sua vez, igualmente emitem o pensamento de que a teoria é totalmente inadmissível e trazem argumentos específicos quanto a sua não aplicação, até mesmo, na situação de embriaguez preordenada. Nesse sentido, afirmam que se um ébrio faz o que desejava fazer no momento em que se pôs a beber, isso fora fruto do acaso, e exemplificam com a situação de um sujeito que queria matar um rival amoroso e para isso embriagou-se, mas no fim, completamente embriagado, virou amigo do seu inimigo e acabou por desistir da amada (2011, p. 461-462). Com a devida vênia, não concordamos com os autores nesse ponto específico, pois, de acordo com o visto no capítulo anterior, a embriaguez preordenada funciona muitas vezes como uma espécie de dolo eventual, no qual o sujeito prevê o resultado antes mesmo de embriagar-se, mas o aceita indiferentemente. Portanto, em nossa opinião, foi fruto do acaso, no exemplo dado, o homicídio não ter se concretizado, mas o risco foi definitivamente assumido.

Não obstante a consideração de todas as críticas a teoria em toda sua extensão, o nosso parecer final é de que a ideia de outras soluções ao problema da embriaguez, como o desenvolvimento do conceito significativo de ação trazido por Busato, sem dúvidas, beneficia o desenvolvimento de um Direito Penal da culpa que privilegia aspectos garantistas. No entanto, acreditamos igualmente que a inaplicabilidade imediata da *actio libera in causa* perpassaria, necessariamente, pela construção de uma solução, inclusive, legislativa através de uma reforma penal que concretizasse uma ou mais das alternativas propostas pela doutrina. Todavia, não é possível nesse ínterim deixar uma lacuna normativa de solução aos casos dos crimes cometidos no estado de ebriedade.

Logo, se não podemos deixar de aplicá-la, devemos pensar em adaptá-la aos preceitos constitucionais vigentes de garantia ao réu, de tal modo que, incontestavelmente, o art. 28, II, do Código Penal, deve ser visto de maneira a não mais admitir a responsabilidade objetiva e à luz do que é previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, que apregoa à presunção de inocência (JESUS, 2011, p. 557).

Nesse contexto, acreditamos, por via de uma dedução cabível, que a melhor medida imediata a ser tomada frente a aplicação da teoria aos casos de embriaguez não acidental e a consequente forma de interpretação do artigo 28, no que tange a ebriedade, é a de: Sempre ser necessário um exame judicial de, ao menos, previsibilidade em relação ao crime específico cometido. E isso não será feito no momento em que o agente tem a sua consciência e

discernimento comprometidos, mas sim na causa inicial de embriagar-se, momento em que era plenamente imputável. Portanto, seguimos o traçado por Noronha, Fragoso e também pelo voto do eminente Ministro Luiz Fux no HC 107.801. Ressaltamos, no mais, que esse mesmo ponto de vista é o de incontáveis outros doutrinadores. Ao fim, conforme supracitado, temos a ciência de que a realidade dos tribunais, em muitas ocasiões, é outra e quanto a essa, nos manifestamos negativamente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na conclusão deste estudo, não poderíamos deixar de apontar, primordialmente, a síntese do que discorremos sobre a teoria geral do crime, especificamente, na figura da conduta, elemento do fato típico, e da culpabilidade. Nessa perspectiva, tal como fizemos outrora, destacamos a interligação entre as duas figuras, pois, visualizamos que, doutrinariamente, evoluíram de maneira conjunta e que há um inevitável ar de complementaridade. Em nosso tema, por exemplo, essa afirmação é comprovada, pois muito do que se discute sobre a aplicação da *Actio Libera in Causa* aos casos de embriaguez não acidental é justamente sobre os momentos de aferição da imputabilidade, elemento da culpabilidade, e da culpa *lato sensu*, que compõe a conduta.

Destarte, no que tange primeiramente a ação, podemos visualizar que a mesma perpassou de uma corrente unicamente causalista para uma finalística, na qual o conteúdo da vontade, antes ignorado, passou a ser o seu principal elemento. Igualmente, no tocante ao conceito de agir relevante, demonstramos a importância da teoria da imputação objetiva, principalmente, em razão de ser ela um juízo prévio causal, dotado de objetividade e naturalmente anterior à análise quer seja do dolo, quer seja da culpa.

A culpabilidade, por sua vez, que era vista inicialmente como o mero vínculo subjetivo entre o sujeito e o delito cometido, progrediu para um ponto teórico em que passou a ser integralmente composta de componentes normativos, constituindo-se, resumidamente, nos supracitados elementos da exigibilidade de conduta diversa, da potencial consciência da ilicitude e da imputabilidade.

Adiante, com a posse do entendimento dos aspectos comentados, abordamos o fenômeno da embriaguez propriamente e confirmamos a hipótese introdutória de que se trata de um grave problema social, bem como médico-legal, ligado, inclusive, à prática de infrações diversas. Desse modo, no estudo que expusemos, por exemplo, visualizamos que mais de 50% das vítimas e autores de homicídios julgados na vara do Tribunal do Júri de Curitiba, entre 1995 e 1998, estavam com a presença de álcool em seu sangue.

Não obstante os números trazidos acima, devemos considerar que a quantidade de consumidores de álcool hoje é deveras maior do que naquele lapso temporal em que a análise fora realizada, deduzindo-se, por consequência, que a situação atual é ainda mais grave. Em razão disso, acreditamos na importância prática de nossa abordagem, pois não há dúvidas quanto à necessidade social de responsabilizar o ébrio infrator, mas isso não deverá ser feito em

detrimento de princípios indispensáveis ao atual Estado de Direito com inobservância às suas garantias corolárias.

Ainda sobre o capítulo da embriaguez, vimos que há diversas modalidades, das quais aqui destacamos a distinção entre ebriedade completa e incompleta e a subdivisão existente entre as modalidades accidental, patológica, não accidental e preordenada. Sobre essas duas últimas, literalmente, o Código Penal dispõe que elas não excluem a imputabilidade do sujeito ativo em qualquer hipótese e quanto a primeira só no caso de ser completa terá o condão de isentar o agente de pena, pois, caso seja incompleta, constitui uma causa de diminuição.

É nesse contexto que a *actio libera in causa* toma forma, pois, há uma transferência da apuração da capacidade de ser culpável para o momento inicial no qual o agente decidiu embriagar-se, por isso, a denominação de que existe uma causa livre em sua essência. Porém, ocorre que esse cenário jurídico constitui uma clara exceção, visto que a regra geral é de que a imputabilidade seja analisada no momento da prática da conduta criminosa, tal como ocorre em todas as outras excludentes de culpabilidade e é com base nisso que célebres doutrinadores expuseram as severas críticas expostas à aplicação da teoria.

No entanto, o nosso posicionamento, como já falado, é de que a *actio libera in causa*, no momento atual, é necessária, o que não significa que a mesma não apresente aspectos falhos consigo. Sendo assim, temos a consciência de que caso essa corrente teórica seja utilizada de maneira indiscriminada para justificar a aplicação literal do artigo 28, inciso II, do Código Penal, que traz as hipóteses de embriaguez não accidental, estaremos concretizando uma hipótese de *versari in re illicita* em nosso ordenamento jurídico, o que, segundo as análises jurisprudenciais qualitativas realizadas por nós, acontece de forma veemente, salvo posições isoladas como a merecidamente destacada, ao longo do desenvolvimento do tema, e proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 107.801.

Exposto isso, ratificamos que essa corrente jurisprudencial majoritária e exegética aliada a aplicação da *actio libera in causa* em toda sua extensão interpretativa viola o atual Estado de Direito, que pressupõe o respeito máximo à carta magna constitucional. Tal desrespeito é evidenciado no ato de um cidadão ser responsabilizado por um ato que nem sequer lhe era previsível, quando no porte de sua integral consciência e capacidade volitiva.

Logo, a *actio libera in causa*, buscando respeitar o princípio máximo da presunção de inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/88, deverá ter sua amplitude conceitual restrita face aos casos de embriaguez não accidental. Em outros termos, não será qualquer ebriedade voluntária ou culposa que ensejará a não exclusão da imputabilidade, é necessário, porém, que o sujeito detenha previsibilidade criminal anterior à própria intoxicação. Outrossim, a

previsão supracitada deverá ser específica, e não a título de imputação genérica, em relação ao tipo penal passível de cometimento, por consequência, dolo e culpa serão apurados neste mesmo momento de plena imputabilidade, projetando-se para o momento efetivo do delito. Finalmente, desta feita, o artigo 28, inciso II, será melhor interpretado e as decisões judiciais guardarão sinergia com o esperado de um Direito Penal da culpa onde o réu possui garantias inafastáveis e não há vez para possibilidades de responsabilidade objetiva.

REFERÊNCIAS

AMAPÁ. Tribunal de Justiça do Amapá (2. Vara criminal). **APELAÇÃO 0025851-63.2012.8.03.0001**. EMENTA PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. ROUBO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. EMBRIAGUEZ NÃO ACIDENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE ISENÇÃO DE PENA. TEORIA DA ACTIO LIBERA IN CAUSA. CONDENAÇÃO MANTIDA. 1) A embriaguez não accidental (que pode ser voluntária ou culposa), mesmo quando completa, não isenta o agente de pena. (...) Recorrido: Ministério Público do Estado do Amapá. Relatora: Stella Simonne Ramos, 22 de novembro de 2016. Disponível em: <http://tucujuris.tjap.jus.br/tucujuris/pages/detalhes-processo/detalhes-processo.html?id=665562>. Acesso em: 10 mai. 2021.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1991, v.4.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 22ª ed. rev. amp. atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Código criminal de 1830**. Rio de Janeiro, RJ: Assembleia Geral, [1830]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 01 mai. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código [sic] Penal. Rio de Janeiro, RJ: Governo Provisório da República, [1890]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-norma-pe.html>. Acesso em 22 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1940]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal reformado pela lei 7.209 de 11 de abril de 1984. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1940]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 03 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 107.801**. PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA. ACTIO LIBERA IN CAUSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO. REVALORAÇÃO DOS FATOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM CONCEDIDA (...). Relator: Min. Carmen Lúcia, 06 de setembro de 2011. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br>

/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1509910#:~:text=ACTIO%20LIBERA%20IN%20CAUSA.,ORDEM%20CONCEDIDA. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASÍLIA, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (2º Turma criminal). **Apelação criminal 0003790-69.2018.8.07.0008**. Violência doméstica. Ameaça. Palavra da vítima. Provas. 1 - Nos crimes praticados em situação de violência doméstica e familiar, na maioria das vezes sem a presença de testemunhas, a palavra da vítima tem especial relevância, sobretudo se corroborada pelas demais provas [...] Recorrido: Ministério público do Distrito Federal e dos territórios. Relator: Desembargador Jair Soares, 28 de novembro de 2019. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/791323928/33020520188070012-df-0003302-0520188070012> Acesso em 08 de mai. de 2021.

BRITES, Anderson. **Direito Penal: imputabilidade da lei penal**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35697/direito-penal-imputabilidade-da-lei-penal/> Acesso em: 25 abr. 2021.

BUSATO, Paulo César. **Valoração crítica da *actio libera in causa* a partir de um conceito significativo de ação**. 2016. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/11/08/valoracao-critica-da-actio-libera-in-causa-a-partir-de-um-conceito-significativo-de-acao/> Acesso em: 27 abr. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DUARTE PAV, CARLINI-COTRIM B. **Álcool e violência: estudo dos processos de homicídios julgados nos Tribunais do Júri de Curitiba**. J Bras Dep Quím, 2000; n. 5 v. 1, p. 17-25.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 1 v.

JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1 v.

MIRABETE, Júlio Fabbrinni; FABBRINNI, Renato M. **Manual de Direito Penal**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

NORONHA, E. MAGALHÃES. **Direito Penal**. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal** 3 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PENIDO, Alexandre. **Consumo abusivo de álcool aumenta 42,9% entre as mulheres**. 2019 Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/consumo-abusivo-de-alcool-aumenta-42-9-entre-as-mulheres> Acesso em: 20 abr. 2021.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco – Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo (2. Turma Cível), **Apelação 990.10.181718-7** PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO - EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA DO AGENTE IRRELEVÂNCIA - PROVA - A embriaguez voluntária não é causa excludente da responsabilidade pela prática do delito. Relator: Ronnie Herbert Barros Soares, 09 de fevereiro de 2008. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16838374/apelacao-apl-990101817187-sp/inteiro-teor-103593898>. Acesso em 23 de maio de 2021.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Embriaguez e a teoria da *actio libera in causa***. Curitiba: Editora Juruá.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.