

EMBRIAGUEZ E RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA

JOSÉ SENHOR ILARIO ANDRADE

RESUMO

A imputabilidade penal do agente que, em razão da embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos, prevista no artigo 28 inciso II do Código Penal e na teoria da “*actio libera in causa*”, deve, hodiernamente, essa determinação legal, ser interpretada em conformidade com o princípio da responsabilidade penal subjetiva, uma vez que no direito penal brasileiro proíbe-se tal responsabilidade na modalidade objetiva, ou seja, a não ser com dolo ou culpa, ninguém poderá ser considerado culpado. Assim, tal teoria não está em consonância com o nosso ordenamento penal, a menos que haja uma preordenação do sujeito em um caso concreto.

Palavras chaves: 1, embriaguez, 2, responsabilidade, 3, penal, 4, objetiva

ABSTRACT

As set forth in Item II of Article 28 of the Criminal Code and the principle of “*actio libera in causa*” [“action free in its origin”], regarding the issue of criminal accountability of perpetrators acting under the influence of alcohol or intoxication from substances producing similar effects – either willfully or negligently – currently, such legal determination must be interpreted according to the principle of subjective criminal liability, since Brazilian Criminal Law prohibits that such liability be objective. That is, unless when acting willfully or negligently, no one shall be considered guilty. Therefore, such theory - the strict criminal liability - is not in conformity with our criminal law, except when there is a concrete case in which the person has acted voluntarily.

Keywords: 1, drunkenness; 2, liability; 3, criminal; 4, strict

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	03
1. DO CRIME.....	04
1.1. Conceito formal.....	04
1.2. Conceito material.....	05
1.3. Conceito analítico segundo a teoria finalista da ação.....	05
2. CULPABILIDADE.....	08
2.1. Evolução histórica.....	08
2.2. Teoria psicológica da culpabilidade	09
2.3. Teoria psicológico-normativa.....	10
2.4. Teoria normativa pura da culpabilidade.....	10
2.5. Excludentes da culpabilidade.....	11
3. EMBRIAGUEZ.....	15
3.1. Do crime e sua previsão legal.....	15.
3.2. Conceito de embriaguez e substância análoga.....	16
3.3. Fases da embriaguez.....	17
3.4. Embriaguez não acidental.....	17
3.5. Embriaguez voluntária e dolosa.....	17
3.6. Embriaguez voluntária e culposa.....	18
3.7. Embriaguez preordenada.....	28
4. TEORIA DA “<i>ACTIO LIBERA IN CAUSA</i>”.....	20
4.1. Responsabilidade penal objetiva e a <i>actio libera in causa</i>	20
CONCLUSÃO.....	23
REFERÊNCIAS.....	25

INTRODUÇÃO

Traz-se aqui uma singela colaboração aos leitores no sentido de fomentar a discussão a respeito da embriaguez, da responsabilidade penal objetiva, e da teoria da *actio libera in causa*, tema este que ainda proporciona debates entre os doutrinadores e na jurisprudência.

Entende-se que a liberdade é primordial em nosso ordenamento jurídico, por isso, estudar as causas que legitimam o *jus puniendi* do Estado a privar o agente do crime contra determinado direito, é fundamental. Portanto, é-se levado a acreditar que qualquer norma no sentido de obstar o direito sagrado de (ir e vir) tem que perpassar em consonância com todo o ordenamento constitucional.

Quanto ao crime, deixa-se um breve conceito forma, legal, material e analítico, este sob a ótica da teoria finalista da ação, por entender-se que este sistema seja o adotado pelo ordenamento penal brasileiro.

Do mesmo modo enfoca-se a culpabilidade, de maneira resumida, contudo, preponderam-se os aspectos mais importantes: conceito, evolução histórica, elementos característicos, suas teorias e causas de exclusão.

Por outro lado, aborda-se a embriaguez quanto ao crime e sua previsão legal, conceito sob o ponto de vista da doutrina e da medicina legal, fases, espécies, não acidental, voluntária (dolosa e culposa) e preordenada, tomando-se o cuidado de se fazer alusões às principais características atinentes ao assunto.

Por seu turno, aborda-se a teoria *actio libera in causa*, e a responsabilidade penal objetiva, conceituando-as, segundo a doutrina e analisando-a quanto à previsão legal e aplicabilidade da referida teoria.

Por último, em vista dos aspectos observados e do entendimento doutrinário cotejado, extrai-se a conclusão e deixa-se o entendimento ante o assunto comentado.

1. DO CRIME

1.1. Conceito formal

O bem comum é o objetivo aspirado pelo Estado, mas para conseguir tal desígnio, em razão de serem inevitáveis os conflitos entre os membros da coletividade, ele produz a legislação necessária que sirva como paradigma de condutas adequadas à vida em sociedade. Dessa forma todas as ações em desarmonia com a legislação e analisadas em um caso concreto serão tipificadas como crime.

Portanto, observa-se que o fato tido por delito postula uma lei que o defina sob pena de ser atípico, visto que: “*nullum crimen, nulla poena sine pravia lege*”, um ato humano, pois: “*nullum crimem sine actione*”, e que o ato exteriorize-se porque: “*cogitationis poena nemo patitur*”. (Ulpianus). Provindo, assim, destas premissas o conceito formal crime.

Elucidativa neste sentido é a lição do mestre E. Magalhães Noronha¹:

“(…) A ação humana, para ser criminosa, há de corresponder objetivamente à conduta descrita pela lei, contrariando a ordem jurídica e incorrendo seu autor no juízo de censura ou reprovação social. Considera-se, então, o delito como *ação típica, antijurídica e culpável*. Ele não existe sem uma ação (compreendendo também a omissão), a qual se deve ajustar à figura descrita na lei, opor-se ao direito e ser atribuível ao indivíduo a título de culpa *lato sensu* (dolo ou culpa)”.

Nota-se que o delito é um comportamento humano que pode ser tanto na forma de ação como também na forma de omissão previamente estabelecido em uma norma incriminadora e com prenúncio de sanção. O conceito formal de crime encontra-se expressamente previsto na Lei de Introdução ao Código Penal, art. 1º do Decreto-Lei nº. 3.914/1941.

¹ NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal, parte geral. São Paulo: Saraiva. 2003, P. 97.

1.2. Conceito material

Não basta legalizar o *jus puniendi* do Estado sob a ótica do princípio da legalidade, é necessário que se estabeleçam também aspectos materiais do crime e como tais podem ser comportamento humano indesejado, gerador de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, puníveis com sanção penal.

Neste assunto veja a lição dos mestres Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablo de Molina²:

“Conceito Material de crime: o mais difundido conceito material de crime é o que o enfoca como fato ofensivo (grave) desvalioso a bens jurídicos muito relevantes. Ele realça seu aspecto danoso (sua danosidade social) e o descreve como lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Crime, portanto, seria o fato humano lesivo ou perigoso (ofensivo) a um interesse relevante”.

Assim, sobre o ponto de vista formal e material, crime é um comportamento humano previsto em lei e exteriorizado, gerador de dano ou risco de dano ao um bem jurídico tutelado e que resulta em sanção penal.

1.3. Conceito analítico segundo a teoria finalista da ação

Conceito analítico é: “analisar a infração penal sob a ótica da sua estrutura”. Consideram-se assim, todos os seus substratos (elementos que compõem a infração penal). Analiticamente, um crime será definido pelos três elementos que o compõe: “TIPICIDADE, ILICITUDE E CULPABILIDADE”.

As teorias da conduta mais estudadas em direito penal e que se dedicaram a fragmentar o crime são: a) Naturalista (também conhecida por: causalista, clássica, tradicional, mecanicista): surgiu no final do século XIX e começo do século XX, seu idealizador “Liszt Beling”; b) Neoclássica ou neokantista (1900 - 1930), que teve sua gênese em Mezger; c) Finalista (século XX 1940 -1960), teve como precursor Hans Welzel, e d) Funcionalista, moderada ou teleológica (1970) – Claus Roxin e Günther Jakob seus principais criadores. Quanto ao funcionalismo ressalte-se que existem outras correntes.

² GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablo de. *Direito Penal Parte Geral*, São Paulo: RT. 2009, p. 127.

Neste assunto assim leciona o mestre Paulo Queiroz³:

“A forma como se encontra hoje sintetizada a teoria do delito deve-se, fundamentalmente, a dois grandes sistemas, - causalista ou naturalista e o finalista, os quais travaram longo e extensivo debate sobre o conceito de ação humana, considerada por ambos como questão fundamental para a correta sintetização da teoria do delito. A partir de 1970, surgiu um novo sistema, chamado funcional ou teleológico, que assume, crescentemente, *status* de dominante”.

Atualmente não tem sustentação o conceito analítico de crime segundo a teoria causal da ação humana, serve apenas como estudo na evolução histórica da conduta. Prevalece hodiernamente a teoria finalista da ação, a qual adota o Código Penal Brasileiro, quanto ao conceito analítico de crime.

A teoria finalista da ação, que teve como seu criador Hans Welzel, desfaz o pensamento clássico e dá outra definição à conduta humana, passando de mero evento natural para ação humana, livre e consciente, visando a um determinado fim específico. Importante enfatizar que há um elo entre a ação e a vontade do agente.

Nesse sentido, escreveu com mestria, Damásio E. de Jesus⁴:

“A teoria da ação finalista, que tem em Welzel o seu mais extremado criador e precursor, com fundamento nas ideias filosóficas de Honigswald e Nikolai Hartmann, constitui-se na reação lógica contra os errôneos postulados das doutrinas causais da ação, produzindo efeitos na estrutura do tipo, da ilicitude e da culpabilidade”.

Na mesma linha de pensamento nos ensina Francisco de Assis Toledo, o qual em sua obra⁵ transcreve com literalidade as palavras do mestre alemão Welzel:

“Ação humana é exercício de atividade finalista. Ação é, portanto, um acontecimento finalístico (= dirigido a um fim), não um acontecimento puramente causal. Assim é porque o homem, com base no conhecimento causal, que lhe é dado pela experiência, pode prever as possíveis consequências de sua conduta, bem como (e por objetivos) e orientar sua atividade para a consecução desses mesmos fins ou objetivos”.

A ação humana tipificada como crime na concepção da teoria em estudo compunha-se dos seguintes substratos: “fato típico, antijurídico e culpável”. Estes,

³ QUEROZ, Paulo. *Direito Penal, parte geral*. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 133.

⁴ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, parte geral*. São Paulo: Saraiva. 1998, p. 231.

⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, São Paulo: Saraiva. 2007, p. 97.

por sua vez, comportavam seus respectivos elementos, conforme o quadro-resumo adaptado⁶:

INFRAÇÃO PENAL		
Fato típico	Antijurídico	Culpabilidade
Conduta: Deixa de ser concebida como mero processo causal para ser enfocada como atividade finalista, ou seja, com um fim: DOLOSO OU CULPOSO. Resultado (crime material) Nexo causal: Físico Tipicidade: Formal. (Reconhece elementos normativos do tipo).	Contrariedade do fato a todo ordenamento jurídico. Foram acrescentadas as causas de justificação de elementos subjetivos.	a) Imputabilidade; b) Atual consciência da ilicitude; c) Exigibilidade de conduta diversa.

Teoria finalista - quadro nº. 1

Como se depreende do exposto no quadro-resumo, o dolo e a culpa passam a integrar a conduta, tendo como crime, o comportamento humano premeditado, cujos motivos levam o agente a cometê-lo. Este preceito está previsto expressamente no art. 18 do CP brasileiro.

Conclui-se, portanto, que o conceito analítico de crime, segundo a “teoria finalista da ação é fato típico, antijurídico e culpável”.

⁶ GOMES, Luiz Flávio. Evolução histórica do fato típico. Material da 2ª. aula da Disciplina Culpabilidade e responsabilidade pessoal do agente – roteiro de aula - ministrada no Curso de Especialização Televirtual em Ciências Penais – UNIDERP – IPAN - REDE LFG.

2. CULPABILIDADE

É coloquial ouvir-se do porteiro, do taxista, do jornaleiro e das demais pessoas ao derredor que a culpa é do governo, do funcionário, do aquecimento global e do outro, ou seja, culpa tem sentido pejorativo, classificando-se até mesmo pelos estudiosos da gramática como inadequação semântica o uso em frases como: passei neste concurso por sua culpa, fui aprovado em medicina por sua culpa e é culpa sua eu estar tão feliz. No direito penal não é diferente: culpa tem acepção negativa. Conveniente é a lição dos mestres Gomes e Molina⁷:

“(...)

Culpabilidade e reprovação: a culpabilidade tem como fonte a palavra culpa. Culpa tem significado axiológico negativo. Quando se sabe que alguém é culpado de alguma coisa significa que algo foi feito de modo reprovável (é algo valorativamente negativo). Coliga-se com a ideia de culpa a de reprovação, de censura.

(...)

Em conclusão: Culpabilidade, hoje, é juízo de reprovação que recai sobre o agente do fato que podia se motivar de acordo com a norma e agir de modo diverso, conforme o Direito”.

Analisou-se no capítulo anterior, muito embora sucintamente, o conceito analítico do delito, segundo a teoria finalista da ação. Neste capítulo analisar-se-á a evolução histórica da culpabilidade.

2.1. Evolução histórica

A evolução histórica da culpabilidade perpassa às teorias da ação: clássica, neoclássica e a finalista em todos os seus entenderes, ficando

⁷ GOMES; MOLINA, op. cit., pp. 408-409.

intrinsecamente ligada ao conceito de crime. Sobre a evolução histórica da culpabilidade, escreve o Professor Luiz Regis Prado⁸:

“O perpassar evolutivo das várias concepções dogmáticas da culpabilidade está relacionado com os conceitos de ação e de delito (clássico, neoclássico, finalista e normativo). Pode ser assim sintetizado:

“a) Teoria psicológica – essa teoria é produto do positivismo científico (causalismo naturalista) imperante no final do Século XIX, quando o paradigma de ciência é causa-explicativa, ciências naturais e sociais, impulsionadas pelas teorias de Darwin Spencer e Comte.

Na Itália, a Escola positiva, de cunho essencialmente átropo-sociológico (criminológico) ao passo que, na Alemanha, construiu-se o primeiro sistema teórico-jurídico de delito, baseado no modelo naturalista (sistema Liszt-Beling). Neste último, a culpabilidade vem a ser a relação subjetiva ou psíquica entre o autor e o fato. (...)”.

Sintetizando, as três teorias mais importantes da culpabilidade são: teoria psicológica, teoria psicológico-normativa e teoria normativa pura.

2.2. Teoria psicológica da culpabilidade

Para a teoria psicológica, a qual surgiu das ideias causalistas de Litz (século XIX), a culpabilidade fazia parte do conceito analítico de crime, conforme analisado no capítulo anterior, residindo o dolo e a culpa naquela. O crime para essa teoria estava dividido em duas partes: objetiva e subjetiva. Assim concluiu o mestre Luiz Regis Prado⁹:

“Em síntese, a teoria psicológica ou subjetiva reunia os elementos subjetivos do delito na culpabilidade, conforme uma orientação naturalista, e considerava a imputabilidade como seu pressuposto, enquanto não afetava a relação psíquica entre autor e fato. Era característica determinante da noção de culpabilidade, como elemento do crime, a rígida separação entre o objetivo e o subjetivo, sendo aquele equiparado à ilicitude e este último à culpabilidade propriamente dita. Era assim definido como nexos subjetivo (psicológico ou psíquico) entre a vontade do agente e o resultado, apresentando como suas formas: o dolo e a culpa”.

⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*, São Paulo: RT. 2006, p. 410-411.

⁹ *Ibidem*, p. 411.

Infere-se que a culpabilidade, na concepção da teoria psicológica, tinha liame psíquico com o agente, de tal modo que se confundia com o dolo e a culpa, quando acurado na relação.

2.3. Teoria psicológico-normativa

A grande mudança atribuída à teoria psicológico-normativa provinda da doutrina neokantiana, no começo do século XX, foi o adição de um novo elemento à culpabilidade, qual seja, exigibilidade de conduta diversa: logo, o agente do delito somente age com dolo ou culpa quando em uma situação concreta, tem a opção de evitar a conduta. À culpabilidade pertenciam os seguintes elementos: imputabilidade, dolo, culpa e exigibilidade de conduta diversa.

Por pertencerem à culpabilidade, o dolo e a culpa, recebeu críticas dessa teoria. Observe-se o que escreveu o mestre Gomes e Molina¹⁰:

“(...)

Mas o dolo e a culpa continuavam na culpabilidade, o que era um equívoco, porque na verdade eles faziam parte da conduta (ou como preferimos, do fato normal e materialmente típico). De acordo com a teoria psicológico-normativa; (1) imputabilidade; (2) dolo ou culpa (3) exigibilidade de conduta diversa; enfocavam-se os dois primeiros como requisitos subjetivos (pertencentes à cabeça do agente), enquanto o terceiro era normativo (porque dependia de juízo de valor do juiz)”.

Não se pode negar o grande avanço dessa teoria frente a sua antecessora, no entanto, a teoria que a sucede, não só ganhou terreno rapidamente como é a que se adota até hoje no Ordenamento Penal Brasileiro, qual seja a teoria normativa pura da culpabilidade de Welzel.

2.4. Teoria normativa pura da culpabilidade

Atribui-se a Welzel a constituição da teoria normativa pura da culpabilidade que, assim como a teoria finalista da ação, também se desenvolveu em meados do século XX.

¹⁰ GOMES; MOLINA, op. cit., pp. 412-413.

Essa teoria acabou por trazer mudanças ao desfazer o pensamento clássico dando outra definição à conduta, passando de mero evento natural para ação humana, voluntária e consciente, dirigida a um fim.

Neste sentido Prado, em sua obra¹¹ transcreve com literalidade as palavras do mestre alemão, Welzel, que diz:

“Culpabilidade, anuncia Welzel, ‘é reprovabilidade de decisão da vontade’. Isto quer dizer: o autor podia adotar em vez de uma resolução de vontade ilícita, tanto dirigida à realização dolosa do tipo como quando não se aplica a direção final mínima exigida, uma decisão ou resolução voluntária conforme a norma. É sempre culpabilidade de vontade, só podendo ser culpável o indivíduo dotado de vontade livre (poder de agir voluntariamente)”.

Nessa teoria visualiza-se o dolo como uma concordância preordenada a um fim, perpassando-o por toda a ação do agente na realização do tipo, logo, ausente o elemento dolo na ação praticada pelo sujeito, também estará ausente a culpabilidade. Esta por ser puro juízo de valor, não se reveste de características psicológicas, daí a definição normativa.

Neste sentido ensina Flávio Augusto Monteiro de Barros¹²:

“Diz-se normativa essa teoria porque os resíduos psicológicos que ainda restavam no interior da culpabilidade, qual seja, o dolo e a culpa foram transferidos para dentro do tipo legal. A culpabilidade passa a ser juízo de reprovação que recai sobre o autor do fato típico e antijurídico. Culpabilidade é um juízo de valor de quem julga. Concentra-se na cabeça do juiz e não no psiquismo do réu”.

Para as teorias, psicológica e psicológico-normativa, o dolo e a culpa pertenciam à culpabilidade. Para a teoria em estudo, por decorrência, tais elementos subjetivos passaram a pertencer à conduta do agente. A culpabilidade passou a ter uma nova estrutura, a esta pertencendo: exigibilidade de conduta diversa, potencial consciência da ilicitude e imputabilidade.

2.5. Excludentes da culpabilidade

¹¹ PRADO, op. cit., p. 414.

¹² BARROS, Flávio Augusto Monteiro. *Direito Penal, parte geral*. São Paulo: Saraiva. 1999, P. 99-100.

Como visto na seção anterior, os elementos constitutivos da culpabilidade são: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude. A regra para o ordenamento penal brasileiro é a de que todos são imputáveis, porém, há circunstâncias que podem afastar qualquer um dos requisitos da culpabilidade, por consequência, excluído está o agente da pena.

Adota-se aqui, as excludentes da culpabilidade como gênero da qual são espécies as causas que excluem a imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude.

Nesse sentido ensina Toledo¹³:

“(...) Embora seja inegável que essas causas operam em momento anterior ao do surgimento dos elementos da culpabilidade, razão pela qual denominam-se também causas excludentes da imputabilidade, podem elas, segundo entendemos, ser consideradas espécie do gênero “causas de exclusão da culpabilidade”, dentro de uma concepção teleológica, pois em último análise, qualquer obstáculo à afirmação da imputabilidade do agente só tem sentido para o direito penal na medida em que possa excluir, por via de consequência, a culpabilidade”.

Assim, tanto o Código Penal Brasileiro como também em legislação esparsa há previsão de tais exclusões, que são: 1) coação moral irresistível, art. 22, 1ª. Parte (CPB); 2) obediência hierárquica, art. 22, 2ª. Parte (CPB); 3) art. 26, *caput*, doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (CPB); 4) Art. 28, § 1º - embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior (CPB); 5) art. 27 do CC e art. 228, da CF - os menores de 18 anos; 6) art. 45, da Lei nº. 11.343/2006 - dependência à substância entorpecente e intoxicação involuntária por substância entorpecente.

A doutrina enumera três “métodos ou sistemas” de aferição da imputabilidade, quais sejam: “biológico, psicológico e biopsicológico ou misto”, este último adotado pelo Código Penal Brasileiro. Assim leciona Flávio Augusto Monteiro de Barros¹⁴:

“O nosso Código filiou-se ao sistema biopsicológico. Para que se exclua a imputabilidade, exigem-se os elementos seguintes: a) base biológica ou causa mental deficiente: doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardo e embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior;

¹³ TOLEDO, op. cit., pp. 311-312.

¹⁴ BARROS, op. cit., p. 293.

b) base psicológica: inteira incapacidade de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Para o sistema biológico considera-se inimputável o portador de anomalia psíquica ou desenvolvimento mental incompleto, não importando se no momento da conduta o agente tinha ou não capacidade de entender.

Por sua vez o sistema psicológico considera inimputável o agente que, no momento da conduta, não apresenta capacidade de entendimento, não importando se portador ou não de anomalia psíquica.

E por último, o que é adotado pelo Ordenamento Penal Brasileiro, o sistema biopsicológico ou misto, o qual considera inimputável o portador de anomalia psíquica ou desenvolvimento mental incompleto que no momento da conduta, não apresentava capacidade de entendimento. Como se percebe, o sistema biopsicológico reúne os dois sistemas anteriores.

Nesse sentido Cezar Roberto Bitencourt, em sua obra¹⁵ transcreve com literalidade a justificativa do Ministro Francisco Campos, na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, a opção legislativa e o conceito de cada um desses sistemas:

“Na fixação do pressuposto da responsabilidade penal (baseada na capacidade de culpa moral), apresentam-se três sistemas: biológico ou etiológico (sistema francês), o psicológico e o biopsicológico. O *Sistema biológico* condiciona a responsabilidade à saúde mental, à menoridade da mente. Se o agente é portador de uma enfermidade ou grave deficiência mental, deve ser declarado irresponsável, sem necessidade de ulterior indagação psicológica. O *método psicológico* não indaga se há uma perturbação mental mórbida: declara a irresponsabilidade se, ao tempo do crime, estava abolido no agente, seja qual for a causa, a faculdade de apreciar a criminalidade do fato (momento intelectual) e de determinar-se de acordo com essa apreciação (momento volitivo). Finalmente o *método biopsicológico* é a reunião dos dois primeiros: a responsabilidade só é excluída, se o agente, em razão de enfermidade ou retardamento mental, era no momento da ação, incapaz de entendimento ético-jurídico e autodeterminação”.

Assim, com a adoção do Código Penal brasileiro pelo “*sistema biopsicológico*”, entende-se que qualquer ato humano cuja finalidade seja a constituição de crime, há que se aferir a responsabilidade do ato delitivo no

¹⁵ BITENCOUT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, parte geral*. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 379.

momento exato da ação ou omissão. Por esta conclusão sustentar-se-á no capítulo seguinte a negativa de responsabilidade penal do agente que se encontre em estado de embriaguez total.

3. EMBRIAGUEZ

Analizou-se no primeiro capítulo o conceito de crime quanto à forma legal, material e analítica. No segundo capítulo estudou-se a culpabilidade em suas teorias psicológica, psicológico-normativa e normativa pura. Citaram-se as causas que a excluem e enumeraram-se os sistemas de aferição da imputabilidade, quais sejam: biológico, psicológico e biopsicológico ou misto, sendo este último o adotado pelo Código Penal brasileiro.

Em virtude dessas considerações, analisar-se-á a embriaguez completa, *não accidental, voluntária* (dolosa ou *culposa*) e a embriaguez *preordenada*, sob a luz do ordenamento penal brasileiro que, com guarida na teoria “*actio libera in causa*” (responsabilidade penal objetiva), têm como via de consequência, a imputabilidade do agente que se encontra naquelas condições. Os demais tipos de embriaguez (embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior e a patológica) não serão objeto de estudo deste trabalho em razão de sua negativa de culpabilidade ou, no mínimo, haver diminuída sua culpabilidade.

3.1. Do crime e sua previsão legal

A previsão legal da norma incriminadora do agente que comete ato delitivo em estado de embriaguez completa, não accidental, voluntária ou culposa e preordenada, decorre das seguintes Leis e teoria: - CPB, art. 28, II; - art. 61, II, “I”; Lei das Contravenções Penais, Decreto-Lei nº. 3.688/1941, art. 62; Código de Trânsito Brasileiro, Lei nº. 9.503/1997, arts. 165 e 306, e, finalmente pela teoria da “*actio libera in causa*”.

Quanto a essa teoria, pondera-se que na “Exposição de motivos do Código Penal de 1940”, o Ministro Francisco Campos abrigou-a, o que não foi diferente com a reforma penal de 1984.

Assim, excetuando-se o preceituado no art. 62 da LCP, o agente que se encontre em estado de embriaguez completa *não acidental, voluntária, dolosa ou culposa*, não tem excluída a sua culpabilidade.

3.2. Conceito de embriaguez e substância análoga

Inicialmente é importante salientar que o órgão humano que mais sofre com a ação do álcool e dos agentes psicotrópicos é o cérebro. Dessa forma, encontrando-se o sujeito em estado de embriaguez ou perturbação psíquica completa, é-se levado a acreditar que seus sentidos estão em total estado de entorpecimento.

Paulo José da Costa Jr. conceitua embriaguez como sendo: [...] *uma intoxicação, aguda e transitória, causada pelo álcool ou substância análoga, que elimina ou diminui no agente sua capacidade de entendimento*".¹⁶

Quanto à substância análoga pode-se interpretar como substâncias psicotrópicas. Dentre essas, destacam-se os *psicodislépticos*. Quanto aos efeitos, busca-se auxílio aos catedráticos professores A. Almeida Júnior e J. B. de O. E. Costa Júnior que definem: "Os psicodislépticos provocam, alucinações e despersonalização, com distúrbio do comportamento. Assim, os alucinógenos ocasionam alucinações sensoriais, havendo também a possibilidade de ocorrer despersonalização e alteração do comportamento. Inclui-se, neste caso, a mescalina".¹⁷

As principais drogas causadoras destes efeitos são: LSD-dieleitinamida do ácido lisgérico, maconha, cocaína, crack, heroína, etc.

Destarte, o agente que se encontre em estado de embriaguez ou efeito psicotrópico completo, tem suprimida sua capacidade de entendimento, por consequência, é inteiramente incapaz de entender a ilicitude do ato praticado, do mesmo modo, inexigível está a conduta diversa.

3.3. Fases da embriaguez

¹⁶ JR, Paulo José da Costa. *Comentário ao Código Penal, parte geral*. São Paulo: Saraiva. 1986, p. 220.

¹⁷ JÚNIOR, A. Almeida; JÚNIOR, J. B. de O. E. Costa. *Lições de Medicina Legal*. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 1977, p.520.

No âmbito da medicina legal há autores que indicam cinco fases, outros relacionam quatro. Na doutrina, a divisão mais comum é a de três fases: “*fase de excitação, fase da confusão e fase do sono ou comatoso*”.

A embriaguez completa é alcançada pela segunda fase. Na primeira fase, segundo a medicina, o indivíduo tem todos os seus sentidos e suas capacidades: intelectual e motora, sob controle. Já na última fase, encontra-se em estado letárgico.

Aqui nos interessa a segunda fase, pois muito embora a terceira fase consista também em embriaguez completa, entende-se ser muito difícil qualquer ação neste estado. Quanto aos sintomas da segunda fase leia-se a lição dos mestres A. Almeida Júnior e J. B. de O. E. Costa Júnior¹⁸:

“Fase de confusão. A incoordenação motora e confusão psíquica predominam. Perturbações sensoriais: diplopia (visão dupla); zumbido de ouvido; obtusidade tátil e dolorífica. Ilusões (percepções erradas). Incapacidade de atenção voluntária; fuga de ideias. Impulsividade. Palavra difícil, pastosa; disatria. Inconveniência de atitude. Movimento sem coordenação. O indivíduo não é capaz de caminhar em linha reta, nem de permanecer em equilíbrio, em pé, de olhos fechados (sinal de ROMBERG). Geralmente impotência sexual”.

Por todos estes aspectos, encontrando-se o agente do delito nestas condições, entende-se que, ausente está a sua responsabilidade penal.

3.4. Embriaguez não accidental

Por embriaguez não accidental entende-se aquela em que o agente busca livremente o estado de etilismo, tanto nas substâncias psicotrópicas quanto nas alcoólicas, excetuando-se nos casos de patologia a palavra “livre”, pois em tal espécie o agente age por decorrência da definição do próprio vocábulo (modificações estruturais ou funcionais produzidas por doença no organismo). Da embriaguez não accidental decorrem as espécies, voluntária (dolosa e a culposa).

3.5. Embriaguez voluntária e dolosa

¹⁸ JÚNIOR. A. A; JÚNIOR. J.B. de O. E. C, op. cit., p. 514.

Já na embriaguez voluntária e dolosa, o agente dirige sua conduta conscientemente a um fim ou assume o risco de produzi-lo, busca nesse fim o estado inebriante. Vulgarmente conhecido como “bate-copo”, onde vários indivíduos sentam-se em redor de uma mesa, colocam geralmente um litro de bebida das mais fortes, enchem os copos, bebem e batem com o fundo do copo na mesa, quem primeiro atinge o estado de embriaguez completo, paga a despesa.

3.6. Embriaguez voluntária e culposa

Para conhecer os limites das fases de embriaguez, obviamente só a medicina pode determinar com precisão. A progressão de uma fase para a outra tem variações entre indivíduos. Se o agente que num primeiro momento começa a beber sem a intenção de embriagar-se, mas por inconveniência atinge o estado de embriaguez completa, configura-se no caso de embriaguez não accidental e culposa.

Admirável é a lição do magnífico professor Paulo Queroz¹⁹, que com muita objetividade, resume essas espécies de embriaguez:

“A embriaguez pode ser voluntária (dolosa ou culposa) ou involuntária (accidental). No primeiro caso, o agente, livremente, dispõe-se a ingerir bebida alcoólica ou substância de efeito análogo (droga, em geral), vindo, em consequência, a se intoxicar, perdendo, total ou parcialmente, a capacidade de discernimento. Diz-se dolosa ou - voluntária, segundo o Código - quando o autor ingere a substância com a intenção de embriagar-se; culposa quando sem pretender embriagar-se, chaga a tal estado por imoderação, imprudentemente”.

Nota-se que tanto na embriaguez culposa quanto na embriaguez dolosa, não há intenção alguma no agente no sentido de cometer delito, o dolo (o resultado pretendido), nessas espécies é tão somente com o fim de atingir o estado inebriante, diferentemente do próximo tipo de embriaguez que será analisada a seguir, qual seja, embriaguez preordenada, onde o agente quer atingir tal estado.

3.7. Embriaguez preordenada

De todas as espécies de embriaguez em que o ordenamento penal brasileiro não exclui imputabilidade e consequentemente a culpabilidade, a

¹⁹ QUEROZ, op. cit., p. 330.

preordenada, segundo as referências bibliográficas aqui citadas são unânimes quanto à aplicação da “*teoria actio libera in causa*”. Assim: a) presente a vontade de ingerir substâncias que leve o agente ao estado de embriaguez; b) presente a vontade de praticar o delito; está configurada a embriaguez preordenada.

Enfática é a lição do mestre Bitencourt²⁰:

"Embriaguez preordenada é aquela em que o agente deliberadamente se embriaga para praticar a conduta delituosa, liberando seus freios inibitórios e fortalecendo a sua coragem. 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*".

Nessa mesma linha de raciocínio é o magistério dos mestres Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablo de Molina²¹, que nos doutrinam:

"1. Se o sujeito bebe (conduta precedente) com o propósito deliberado de cometer o crime quando estiver em estado de inimputabilidade (segundo momento; conduta posterior), responde por crime doloso (dolo direto). Essa é a chamada embriaguez preordenada ou premeditada ou proposita; não importa se no momento da conduta o agente achava-se em estado de inimputabilidade; para fins penais é relevante o momento anterior (o precedente), quando atuou livremente".

Não diferente é a percepção do professor Paulo Queroz²², ao lecionar sobre a embriaguez preordenada:

"Por último, cuidando-se de embriaguez preordenada – espécie de embriaguez voluntária dolosa, em que tem plena a aplicação da teoria *actio libera in causa* (ação livre na causa) -, em que o agente propositadamente se coloca nessa situação para cometer o delito, responderá, com maior força de razões, por crime doloso, incidindo, além disso, a agravante prevista no art. 61. II, I, do Código".

No entendimento do professor Damásio E. de Jesus, com o qual este trabalho comunga, deve-se observar a exceção do art. 28, II, do CP, a qual não está em consonância com o princípio do estado de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição da República.

²⁰ BITENCOURT, op. cit., p. p. 399.

²¹ GOMES; MOLINA, op. cit., p. 433.

²² QUEROZ, op. cit., pp. 332-433.

4. TEORIA DA “*ACTIO LIBERA IN CAUSA*”

A teoria da “*actio libera in causa*” abrigou-se no ordenamento penal brasileiro pela: “Exposição de motivos do Código Penal de 1940”, ratificada pela reforma penal de 1984. Assim ensina Bitencourt²³:

“Na exposição de motivos do Código Penal de 1940, o Ministro Francisco Campos explica que, ‘ao resolver o problema da embriaguez (pelo álcool ou substâncias de efeito análogo), 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, atualmente, não se limita ao estado de inconsciência *preordenada*, mas a todos os casos em que o agente se deixe arrastar ao estado de inconsciência. (...)’. “A reforma penal de 1984 manteve a mesma orientação, inclusive a mesma redação, substituindo somente a expressão da cabeça do artigo, “responsabilidade penal” por “imputabilidade penal”, sem qualquer consequência prática”.

4.1. Responsabilidade penal objetiva e a *actio libera in causa*.

A responsabilidade penal objetiva tem fundamento exclusivo, como o próprio nome já diz, em aspectos objetivos, deixando de lado o exame na falta de atenção, investigação, pesquisa, diligência e busca pelo autor da ação ou omissão. Essa responsabilidade, excetuando-se as condutas delitivas alcançadas pelo princípio da *actio libera in causa*, o ordenamento penal brasileiro não admite.

Neste tema é a paradigmática lição do mestre Damásio E. de Jesus²⁴, que diz:

“Dá-se o nome de responsabilidade penal objetiva à sujeição de alguém à imposição de pena sem que tenha agido com dolo ou culpa ou sem que tenha ficado demonstrada sua culpabilidade, com fundamento no simples nexos de causalidade material. É combatida pela doutrina moderna”.

²³ BITENCOURT, op. cit., p. 394.

²⁴ JESUS, op. cit., p. 453.

Por sua vez, a “*actio libera in causa*” (ação livre na causa), admitida pelo Código Penal brasileiro, por omissão deste, pois não fez nenhuma classificação entre as espécies de embriaguez, deixou para a os doutrinadores a distinção das espécies de embriaguez e para a teoria em comento o alcance da sanção penal. Com muita predicação é o magistério de Bitencourt²⁵:

“Pelo postulado da *actio libera in causa*, se o dolo não é contemporâneo à ação é, pelo menos contemporâneo ao início da série causal de eventos, que se encerra com o resultado danoso. Como o dolo é coincidente com o primeiro elo da série causal, deve o agente responder pelo resultado que produzir. Transportando essa concepção para a embriaguez, antes de embriagar-se o agente deve ser portador de dolo ou culpa não somente em relação à embriaguez, mas também em relação ao fato delituoso posterior”.

Ao doutrinarem a respeito da embriaguez voluntária ou culposa e a *actio libera in causa* os mestres Gomes e Molina, sugerem uma nova interpretação ao art. 28, II, do Código de Penal, que expõem²⁶:

“Nova interpretação do art. 28, II, do CP: por força do princípio da responsabilidade subjetiva (que exige dolo ou culpa) assim como da teoria da *actio libera in causa*, o art. 28, II, do CP, deve ser interpretado da seguinte maneira: a embriaguez voluntária ou culposa não exclui a imputabilidade penal *quando o agente tenha atuado com dolo ou culpa em relação ao resultado produzido*.

O Agente responde pelo resultado produzido, mesmo estando em estado de embriaguez, quando tenha atuado frente a esse resultado com dolo ou culpa. Fora disso seria admitir a responsabilidade objetiva, que é abominável e inconstitucional”.

Em vista dos argumentos apresentados, ou melhor, das lições dos mestres do Direito Penal, que com muita maestria nos doutrinam e ao mesmo tempo nos põem a pensar, a refletir sobre este ou aquele tema, às vezes é-se levado a comungar com este ou aquele doutrinador, porém, *data venia*, esse trabalho, pelas argumentações a seguir expostas, tem entendimento diferente quanto ao tema em comento.

Pelo comando do art. 4º do Código Penal brasileiro, o crime é praticado no momento da conduta (comissiva ou omissiva), como consequência da adoção da teoria da atividade. Conferida também no momento da -ação ou omissão- é a imputabilidade, pois se no exato momento da ação ou omissão, o agente do delito

²⁵ BITENCOURT, op. cit., p. 394.

²⁶ GOMES; MOLINA, op. cit., p. 433.

era inimputável, não haverá, mesmo que o agente venha a adquirir imputabilidade posteriormente.

Além disso, é pacífico o entendimento doutrinário quanto ao acolhimento do sistema biopsicológico pelo ordenamento penal brasileiro que considera inimputável o agente portador de anomalia psíquica ou desenvolvimento mental incompleto no momento da conduta.

Convém lembrar que no ordenamento penal brasileiro a regra é que não se punam os atos preparatórios, exceções apenas ao crime de quadrilha ou bando por inteligência do art. 288, do Código Penal brasileiro e ao crime do art. 33, da Lei nº. 11.343/2006, a Lei de Drogas. Logo, o agente que se embriaga com o fim de tornar-se inimputável e de cometer crime, está apenas praticando um ato preparatório. Para aqueles que pensam o contrário, como punir alguém por tentativa que se embriaga com o fim de praticar um homicídio, mas atingiu o estado de embriaguez completa e sequer saiu de casa.

Há o predomínio da teoria finalista da ação no ordenamento jurídico brasileiro cuja tipicidade, um dos substratos do crime, comporta o dolo e a culpa, também expressos no art. 18, do Código Penal brasileiro.

Por outro lado há o princípio da culpabilidade expresso pela máxima: *nullum crimen sine culpa* (não há crime sem culpa). O princípio do Estado de inocência extraído da Inteligência do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que consequentemente, se ainda existia afastou qualquer vestígio da responsabilidade penal objetiva.

Por todos esses aspectos conclui-se pela urgência de *novatio legis* que revogue o artigo 28 do Código Penal brasileiro e o artigo 62 do Decreto-Lei nº. 3.688/1941, chamada de Lei das Contravenções Penais.

Comunga-se aqui com o magistério do mestre Damásio E. de Jesus, no sentido de que todos os casos de embriaguez deverão ser analisados pela art. 61, II, I, do referido código, pois em tal artigo tem o magistrado todas as condições necessárias para distribuir a justiça no caso concreto.

Retirando-se, assim, qualquer resquício de responsabilidade penal objetiva e por via de consequência o postulado da *actio libera in causa* do ordenamento penal brasileiro.

CONCLUSÃO

A liberdade, inquestionavelmente, é um dos direitos fundamentais mais importantes da pessoa humana, por isso, qualquer norma que venha a legitimar o *jus puniendi* do Estado de privar o cidadão desse direito há que perpassar em consonância com todo o ordenamento constitucional. Por essa razão foram analisadas: a embriaguez, a responsabilidade penal objetiva e a teoria da *actio libera in causa*.

Viu-se que o bem comum é o objetivo aspirado pelo Estado, cabendo-lhe, portanto, produzir a legislação necessária que lhe sirva como paradigma orientador de condutas adequadas à vida em sociedade, de modo que condutas em desarmonia com as normas considerem-se crime.

Conceituou-se o crime de modo analítico e na concepção da teoria finalista da ação; ponderando-se que o Código Penal brasileiro adotou essa teoria cujo conceito é: “fato típico antijurídico e culpável”, onde cada substrato apresenta seus devidos requisitos.

Do mesmo modo, ao estudar-se a culpabilidade quanto ao conceito e evolução histórica, teorias: psicológica, psicológico-normativa e normativa pura e suas excludentes; percebeu-se que sua evolução transcorre das teorias: clássica, neoclássica e finalista do delito e que seu conceito tem aceção negativa tanto na linguagem coloquial como também no mundo jurídico.

Foi estudado o conceito de crime em estado de embriaguez.

A embriaguez foi conceituada tanto do ponto de vista doutrinário quanto da medicina legal, restando como ponto em comum o conceito da supressão do agente de suas faculdades de compreensão e autodeterminação por via de consequência, concluindo-se pela negativa de responsabilidade do agente.

Foram abordadas as formas de atingir-se o estado inebriante como: não acidental, voluntária, dolosa ou culposa e preordenada; e as fases da embriaguez:

fase de excitação, fase da confusão e fase do sono ou comatoso. Ao final fez-se a distinção entre as espécies de embriaguez: não acidental voluntária e dolosa da preordenada.

Por sua vez, tratou-se do princípio da teoria da *actio libera in causa* que, no entendimento dessa trabalho, comporta a responsabilidade penal objetiva, esta afugentada há muito tempo do ordenamento penal brasileiro, muito embora haja previsão legal daquela no Código Penal brasileiro.

Ao final defendeu-se a urgência de uma nova lei que revogue o art. 28, do CPB, passando os crimes de embriaguez a serem tratados pelo art. 61, II, I, do referido código, uma vez que ali têm os magistrados todas as condições necessárias para distribuir a justiça no caso concreto e que, retire-se assim, qualquer resquício de responsabilidade penal objetiva e por via de consequência o postulado da *actio libera in causa* do ordenamento penal brasileiro.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Flávio Augusto Monteiro. **Direito Penal, parte geral**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, parte geral**. 14^a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GOMES, Luiz Flávio, CUNHA, Rogério Sanches, (coords.), MOLINA, Antonio García-Pablo de. **Direito Penal Parte Geral**. 2^a. Ed. São Paulo: RT, 2009.
- GOMES, Luiz Flávio. Evolução histórica do fato típico. Material da 2^a. aula da Disciplina Culpabilidade e responsabilidade pessoal do agente – roteiro de aula - ministrada no Curso de Especialização Televirtual em Ciências Penais – UNIDERP – IPAN - REDE LFG.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, parte geral**. 21^a. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- JÚNIOR, A. Almeida, JÚNIOR, J. B. de O. e Costa. **Lições de Medicina Legal**. 14^a. Ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.
- JR, Paulo José da Costa. **Comentário ao Código Penal, parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1986.
- NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal, parte geral**. 37^a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral**. 6^a. Ed. São Paulo: RT, 2006.
- QUEROZ, Paulo. **Direito Penal, parte geral**. 3^a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5^a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

2010

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que isento completamente a Universidade Anhanguera-Uniderp, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, e os professores indicados para compor o ato de defesa presencial de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e idéias expressas no artigo científico.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

São Paulo, oito de fevereiro de 2010.

Publicado em:

http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/EMBRIAGUEZ%20E%20RESPONSABILIDADE%20PENAL%20OBJETIVA_JoseSenhor.pdf