



Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

FERNANDA PRADINES COELHO RIBEIRO

**TEORIA DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA* E A SUA
NÃO RECEPÇÃO PELA NOVA ORDEM
CONSTITUCIONAL**

Brasília
2011

FERNANDA PRADINES COELHO RIBEIRO

**TEORIA DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA* E A SUA
NÃO RECEPÇÃO PELA NOVA ORDEM
CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito
de conclusão do curso de Bacharel em
Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Marcus Vinícius Reis
Bastos.

Brasília
2011

Ribeiro, Fernanda Pradines Coelho.

Teoria da *actio libera in causa* e sua não recepção pela Nova Ordem Constitucional.

Monografia apresentada como requisito de conclusão do Curso de Bacharel em Direito Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos.

1 Introdução 2. Tutela Penal 3 Embriaguez no Direito 4. Teoria da *actio libera in causa* 5. Conclusão

FERNANDA PRADINES COELHO RIBEIRO

**TEORIA DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA* E A SUA NÃO RECEPÇÃO PELA
NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito
de conclusão do curso de Bacharel em
Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. Marcus Vinícius Reis
Bastos.

Brasília, 10 de abril de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos

Examinador: Prof. José Carlos Veloso

Examinador: Prof. Humberto Fernandes

DEDICATÓRIA

À Deus, a Quem agradeço diariamente pela vida e por todas as
oportunidades que a mim são oferecidas.

Aos meus pais, exemplos para minha vida, que, com muito amor
e sabedoria, me ensinaram, desde cedo, o valor do estudo.

Ao meu irmão, meu eterno companheiro e amigo, que tem o
condão de manter sempre viva minha alegria.

Aos meus amados avós, Fernando, Amália, Maria Tereza e Joel,
minhas maiores Estrelas.

“Não me impressiona o argumento de autoridade, mas, isto sim,
a autoridade do argumento”

René Descartes.

RESUMO

Este trabalho trata da responsabilização penal do sujeito que comete um crime em estado de embriaguez completa, seja voluntária, seja preordenada, por meio da teoria da *actio libera in causa*. Tem como maior objetivo um estudo aprofundado e crítico da teoria da *actio*, a fim de que se perceba sua falta de compatibilidade com os preceitos constitucionais e penais. A conclusão do trabalho visa mostrar a necessidade de uma reforma na legislação penal para que não perpetue o distanciamento existente, hoje, entre o Direito Penal e a Nova Ordem Constitucional, no tocante à responsabilização daqueles que cometem um crime em estado de inimputabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: RESPONSABILIZAÇÃO, EMBRIAGUEZ,
INIMPUTABILIDADE, TEORIA DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	7
1 TUTELA PENAL	
1.1 BEM JURÍDICO RELEVANTE-----	9
1.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO PENAL-----	9
1.3 CONCEITO ANALÍTICO DO CRIME-----	16
2 EMBRIAGUEZ NO DIREITO	
2.1 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA RESPONSABILIDADE PENAL-----	24
2.2 A TUTELA DADA PELO CÓDIGO PENAL À EMBRIAGUEZ-----	26
3 TEORIA DA ACTIO LIBERA IN CAUSA	
3.1 SIGNIFICADO DA TEORIA-----	29
3.2 RECEPÇÃO NO SISTEMA DO CÓDIGO PENAL-----	32
3.3 CRÍTICAS EM TORNO DE SUA ADOÇÃO-----	39
3.4 REDEFINIÇÃO DA PROBLEMÁTICA SOB UM ENFOQUE CONSTITUCIONAL-----	45
CONCLUSÃO -----	48
REFERÊNCIAS -----	51

INTRODUÇÃO

Este trabalho busca o estudo aprofundado da forma com que o Código Penal (CP) legitima a punição do sujeito que comete um crime em estado de embriaguez completa. O principal objetivo é fazer uma análise crítica da teoria da *actio libera in causa*.

Para tanto foi realizada uma ampla pesquisa doutrinária para se entender o conceito da teoria da *actio libera in causa* adotado atualmente pelo Brasil, na medida em que essa não possui um conceito oficial definido. Existem várias visões sobre seu conceito e forma de aplicação, o que a leva a ser um instituto assistemático.

Analisa-se ainda a legislação atual que trata a embriaguez – o art. 28 do CP e seus incisos e parágrafos bem como a Exposição de Motivos do Código Penal – assim como o tratamento dado pelos magistrados à essa questão.

A pesquisa inicia-se analisando a tutela penal em seu Capítulo 1. Busca-se definir a função precípua do Direito Penal – proteção dos bens jurídicos penalmente tutelados –, bem como apresentar os princípios informadores do Direito Penal que delimitam essa ação estatal. Analisa-se, ainda, o conceito analítico do crime para que fique claro qual fato é capaz de gerar a responsabilização do agente por parte do Estado, qual seja: o fato típico, ilícito e culpável.¹

Em seguida, no Capítulo 2, faz-se um estudo sobre a embriaguez no Direito. Busca-se uma definição dos princípios informadores da responsabilidade penal que devem ser observados sempre, inclusive na responsabilização do ébrio. Analisa-se também a tutela dada pelo Código Penal à embriaguez.

Por fim, no Capítulo 3, o trabalho apresenta a teoria da *actio libera in causa* – seu significado mais atual adotado pelos doutrinadores pátrios que a defendem. Após essa explanação, adentra-se na recepção da teoria no sistema do Código Penal. Chega-se então à análise das críticas em torno de sua aplicação – que apontam para ofensas a princípios constitucionais e penais –, o que nos remete ao último ponto do trabalho: a redefinição da problemática sob um enfoque constitucional.

Com esta pesquisa, observa-se que o crime cometido em estado de embriaguez completa não é capaz de gerar punição legítima por parte do Estado. Isso porque o

¹ Segundo a teoria tripartida adotada majoritariamente pelo Brasil.

sistema jurídico-penal da forma como se encontra hoje, não tem o condão de solucionar juridicamente o caso sem recair na responsabilização objetiva. O que existe é a responsabilização baseada numa ficção jurídica criada por força de Política Criminal: a teoria da *actio libera in causa*.

Isso porquanto o agente no estado de embriaguez completa voluntária ou preordenada não possui consciência no momento em que comete o delito, por isso não há dolo. A partir dessa atipicidade da conduta, chega-se a conclusão que o sujeito também não é culpável. Assim, ao se permitir que se puna um sujeito nesse estado, admite-se a não aplicação do princípio do *nullum crimen sine culpa* e, conseqüentemente, a não observação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Contudo, mesmo diante dessas ofensas, o Código Penal, em sua Exposição de Motivos, autoriza a punição desse sujeito completamente embriagado, por meio da teoria da *actio libera in causa*. Pois, essa é capaz de criar o dolo e a culpabilidade inexistentes no momento do feito, ao se fazer a projeção desses elementos ao momento de inimizabilidade do agente.

Esse é o sentido do trabalho. Mostrar a falta de tecnicismo e a inobservância às garantias constitucionais com que o Direito Penal vem enfrentando o caso e apontar para uma redefinição desse problema, a fim de que os sujeitos que cometam crimes embriagados não fiquem impunes. Mas sejam punidos nos termos da Constituição.

1 TUTELA PENAL

1.1 BEM JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE

O esforço do Direito Penal é voltado para a proteção dos bens jurídicos que mais afetam a sensibilidade da sociedade, como a vida, a honra, a dignidade sexual, a integridade física e moral, a liberdade, o patrimônio, a paz pública. Os bens mais importantes da vida social: “os bens jurídicos fundamentais” (DURKHEIM, 2002; JESUS, 2006; MIRABETE, FABBRINI 2009a, p. 3).

Por “bem” entende-se como coisa, embora haja bens que são incorpóreos como a vida, a liberdade, a honra, a virgindade, por isso, não são considerados coisas. Para Jesus (2006), seria tudo aquilo que existe e satisfaz as necessidades humanas e quando é reconhecido e valorado pelo Direito, se torna bem jurídico (NUNES, 2003c).

A ofensa ou a colocação em perigo desses bens gera um ilícito jurídico merecedor de uma sanção mais grave por parte do Estado, pois lesiona a estabilidade da vida em sociedade. Por isso é denominado de ilícito penal – crime ou contravenção – que tem como sanção as penas e as medidas de segurança (MIRABETE, FABBRINI, 2009a).

O Estado, para cumprir seu papel de defensor da sociedade contra as violações aos seus bens jurídicos fundamentais, deve não só punir como também prevenir essas lesões. Para tanto, se utiliza de seu *jus puniendi* – direito subjetivo do Estado de punir – que ao final poderá culminar em uma sanção penal. Todavia, existem limites para tal, que são trazidos pelos princípios informadores do Direito Penal (JESUS, 2006; MIRABETE, FABBRINI, 2009a; ZAFFARONI et al 2003b).

1.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO PENAL

Como o objetivo precípua do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos penalmente tutelados. Ele interfere apenas nos casos de existir lesão ou grave ameaça. Inferem-se daí dois importantes princípios.

O primeiro é o princípio da fragmentariedade, segundo o qual a tutela do Direito Penal não abrange todos os bens, mas sim aqueles mais importantes. Protege-se “um fragmento dos interesses jurídicos” (JESUS, 2006, p. 10).

Para Nucci (2009b, p. 75), o Direito Penal deve ser visto como subsidiário aos demais ramos do Direito. Evita-se a criação de normas incriminadoras insignificantes que imponham penas ofensivas à dignidade da pessoa humana, sob pena de se levar à ineficiência da norma penal. Assim, “... a vulgarização do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito e, conseqüentemente, à ineficiência de seus dispositivos” (JESUS, 2006).

Esse princípio é um corolário do princípio da intervenção mínima – ou da subsidiariedade –, que explica que o Direito Penal só deve ser utilizado quando os demais ramos do Direito não forem capazes de prevenir e resolver a conduta ilícita. O Direito Penal é utilizado em última reserva, a fim de se evitar a interferência em demasia na vida do indivíduo. Com isso, observa-se a imprescindibilidade na criação dos tipos penais, os quais servem como um limite na arbitrariedade do legislador na criação de normas penais incriminadoras (JESUS, 2006).

Segundo o princípio da intervenção mínima a reprovação da ação só deve existir se essa for potencialmente ofensiva ao bem jurídico tutelado. O que faz com que a norma penal incriminadora não se torne instrumento para acalmar o clamor social ou ainda pior sirva de panaceia jurídica para todos os males sociais (AMORIM, 2007; MIRABETE, FABBRINI, 2009a).

Na visão de Mirabete e Fabbrini (2009a, p. 105) a intervenção do Direito Penal será necessária quando se tornar insuportável a vida em sociedade. Deve-se assim, chegar ao último grau de sanção – a penal:

O desvalor do resultado, o desvalor da ação e a reprovabilidade da atitude interna do autor é que convertem o fato em um “exemplo insuportável”, que seria um mau precedente se o Estado não o reprimisse mediante a sanção penal. Isso significa que a pena deve ser reservada para os casos em que constitua o único meio de proteção suficiente da ordem social frente aos ataques relevantes [...] evitando-se o excesso punitivo, sobretudo com a utilização abusiva da pena privativa de liberdade.

Portanto, a intervenção estatal deve ser suficiente para proteger os bens mais relevantes da coletividade do caos oriundo de uma conduta criminosa.

O segundo é o princípio da lesividade – ou ofensividade –, segundo ele só é considerado ilícito penal se a conduta lesionar, ofender ou pôr em risco o bem jurídico. Evita-se dessa maneira seu uso para punir condutas irrelevantes para o Direito Penal, como as imorais ou as pecaminosas (JESUS, 2006).

O princípio da lesividade pode ser extraído do art. 98, inciso I da Constituição Federal, ao se referir aos crimes de menor potencial ofensivo. Isso ocorre, pois a tendência dos movimentos sociais, hoje, é pela descriminalização e despenalização – busca-se incriminar somente aquelas condutas capazes de oferecer algum dano ou risco a um bem jurídico – e quando possível, utilizar-se de penas alternativas para a responsabilização. Deixa-se assim a pena privativa de liberdade para os últimos casos (BRASILa, 2008; MIRABETE, FABBRINI 2009a).

Do princípio da lesividade podem-se extrair quatro consequências:

A primeira é que a partir desse princípio, proíbe-se a incriminação de um comportamento interno, por isso, pensamentos, cogitações ou planejamento de crimes não são considerados delitos (AMORIM, 2007).

A segunda é que o princípio da lesividade proíbe a incriminação de atitudes que não excedam o âmbito do próprio autor. Quando não se extrapola a esfera do bem jurídico de terceiro, não existe crime. Por isso, autolesão, suicídio, uso de drogas são atitudes que não são incriminadas pelo Direito Penal (AMORIM, 2007).

A terceira consequência desse princípio é que não se permite a incriminação de atitudes desviadas – aquela atitude que não é bem aceita em determinada sociedade, mas que não ofende um bem jurídico – como exemplo o homossexualismo ou a prostituição (AMORIM, 2007).

Por fim, a última consequência do princípio da lesividade é que se proíbe a incriminação de estados ou condições de existência. Por isso, ser diferente não pode ser considerado crime, como ter alguma deficiência, por exemplo (AMORIM, 2007).

A aplicação do princípio da ofensividade pelo STJ:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA DESMUNICIADA.

FALTA DE ACESSO PRONTO À MUNIÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA.

OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Como bem observado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no RHC nº 81.057-8/SP, "para a teoria moderna - que dá realce primacial aos **princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso** - o cuidar-se de crime de mera conduta - no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação - não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato." 2. De feito, o simples portar arma, sem que se tenha acesso à munição, não apresenta sequer perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, no caso, a

segurança pública, devendo ser reconhecida a atipicidade material da conduta, observando-se, sempre, o caráter fragmentário do direito penal. [...] (BRASILc, 2010)

PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO. INEXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. **O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal** que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da **sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima.**

2. Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor **da ação e/ou do resultado** (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) **impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico.**

3. A subtração de 2 litros de vodka SMIRNOFF e 1 litro de CAMPARI, posteriormente restituídos à vítima, embora se amolde à definição jurídica do crime de furto, não ultrapassa o exame da tipicidade material, mostrando-se desproporcional a imposição de pena privativa de liberdade, uma vez que a **ofensividade da conduta se mostrou mínima; não houve nenhuma periculosidade social da ação; a reprovabilidade do comportamento foi de grau reduzidíssimo e a lesão ao bem jurídico se revelou inexpressiva.**

[...] (BRASILd, 2010)

Outro princípio que rege o Direito Penal, quicá o mais importante, é o da legalidade ou da reserva legal: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. No Brasil ele é uma garantia fundamental prevista no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e uma norma penal prevista no art. 1º do Código Penal.

Nele está a idéia de que não há crime, nem há pena sem lei que os defina. A lei penal serve como uma “garantia de liberdade para todos”, pois o particular é livre para agir. Deve-se apenas respeitar os limites impostos pela lei. Ele serve como limitador da atuação estatal, na medida em que o Estado só poderá agir quando um particular infringir um comando legal. Dele, decorrem quatro subprincípios (BRASILa, 2008; BRASILb, 2010; JESUS, 2006, p. 61):

Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, dentro desse subprincípio se infere outro princípio, o da anterioridade da lei penal. Portanto, não existe crime nem pena sem lei anterior que os defina. Isso porque o tipo penal incriminador não pode servir de mecanismo para o Estado agir arbitrariamente. Deve-se existir sempre previsão legal anterior à conduta que o Estado resolveu sancionar. Não se permite a vigência retroativa da lei. Esse princípio é previsto no art. 1º do Código Penal Brasileiro (AMORIM, 2007; BRASILb, 2010; JESUS, 2006; ZAFFARONI et al, 2003b).

Nullum crimen, nulla poena sine lege certa, a partir dessa fórmula latina, extrai-se a idéia de que a lei penal deve ser certa, taxativa – deve ser clara e ter precisão semântica. Isso porque não pode pairar dúvidas sobre a conduta que é proibida pela lei penal, sob pena do cidadão ter sua garantia à liberdade tolhida (AMORIM, 2007).

Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta, a partir desse desdobramento do princípio da legalidade, tem-se a idéia de que somente a lei no sentido mais estrito da palavra pode tratar de matéria penal. Isso importa em dizer que a lei penal material em hipótese alguma pode ser criada por órgãos não legislativos do Estado. Assim, somente o Congresso Nacional – respeitada a competência privativa da União – é legítimo para a “programação criminalizante primária”. Por conseguinte, as medidas provisórias e as leis delegadas não podem ter como objeto a criminalização de condutas. É considerada inconstitucional a lei penal emanada pela administração em geral, pelo Poder Executivo e pelo Judiciário (AMORIM, 2007; ZAFFARONI et al 2003b, p. 204).

Sobre o tema Mirabete e Fabbrini (2009a, p. 40) asseveram:

O também denominado princípio da reserva legal tem entre vários significados, o da reserva absoluta da lei (emanada do Poder Legislativo, através de procedimento estabelecido em nível constitucional) para a definição dos crimes e cominação das sanções penais, o que afasta não só outras fontes do direito como as regras jurídicas que não são lei em sentido estrito, embora tenham o mesmo efeito, como ocorre, por exemplo, com a medida provisória, instrumento totalmente inadequado para tal finalidade.

Segundo Toledo (2000), a partir desse corolário, também fica vedada a aplicação de analogia para fundamentar e agravar a pena. Pois o papel de incriminar condutas e cominar penas fica a cargo das normas penais incriminadoras, que por sua vez, não admitem a aplicação da analogia em respeito ao princípio da legalidade. Logo, somente a lei, em seu sentido estrito, poderá tipificar comportamentos que entender necessário. Vedado, portanto, aplicá-la a casos semelhantes não previstos por lei.

Nullum crimen, nulla poena sine lege stripta, segundo esse desdobramento não basta hever uma lei determinando um comportamento criminoso, mesmo que a lei seja prévia, essa deverá ser positivada. Partindo desse pressuposto, doutrina, jurisprudência, uso e costumes não podem criar crimes e nem penas, tampouco, revogar leis penais. Ainda que os usos e costumes possam estabelecer limites da tipicidade penal, como o “conceito de objeto obsceno” (AMORIM, 2007; ZAFFARONI et al 2003b, p. 203).

Uma vez não respeitada qualquer uma dessas fórmulas latinas, estar-se-á ferindo o princípio da legalidade.

A Constituição Federal no seu art. 5º, inciso XL traz “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Prevê desse modo outro princípio informador do Direito Penal – o da irretroatividade da lei penal mais severa –, em respeito ao desdobramento do princípio da legalidade: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*. Isso quer dizer que a lei penal somente é aplicável aos fatos que ocorram após a sua vigência, sendo vedado as leis *ex-post facto* (BRASILa, 2008; JESUS, 2006; ZAFFARONI et al 2003b).

A regra no Direito Penal é que *tempus regit actum* – a lei do fato governará. Todavia, excepcionalmente, poderá haver a extra-atividade da lei penal. Por isso, poderá ser retroativa ou ultra-ativa (JESUS, 2006).

Isso ocorre somente quando se tratar de lei penal mais benéfica ao réu. São as hipóteses de *abolitio criminis* e de *novatio legis in mellius* (MIRABETE, FABBRINI, 2009a).

Na *abolitio criminis* ocorre a descriminalização da conduta – o Direito Penal exclui o crime do mundo jurídico. Por consequência, aquelas pessoas que estão sendo processadas, estão cumprindo pena ou já cumpriram, terão todos os efeitos penais extintos pela lei nova que deixa de incriminar a conduta. Preserva-se, contudo, os efeitos civis. Esse princípio encontra previsão legal no art. 2º do Código Penal: “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória” (BRASILb, 2010; MIRABETE, FABBRINI, 2009a).

Sobre o tema, MIRABETE, FABBRINI (2009a, p. 44) lecionam:

Trata-se [...] do princípio da retroatividade da lei mais benigna. A nova lei, que se presume ser mais perfeita que a anterior, demonstrando não haver mais, por parte do Estado, interesse na punição do autor de determinado fato, retroage para alcançá-lo.

Na *novatio legis in mellius*, a lei nova passa a dar um tratamento mais brando à conduta criminosa. Beneficia de qualquer forma o réu ao cominar penas menos rigorosas seja quantitativa ou, qualitativamente. O parágrafo único do art. 2º prevê esse princípio: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.” (BRASILb, 2010; MIRABETE, FABBRINI, 2009a).

Segundo Mirabete e Fabbini (2009a, p. 47), essa aplicação da lei nova mais benéfica aos fatos nos quais já incidiu o efeito da coisa julgada, não fere a CF no tocante de seu art. 5º, inciso XXXVI, que dispõe: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Isso ocorre, pois, o dispositivo legal se refere somente “às garantias individuais e não aos direitos do Estado como titular do *jus puniendi*.” (BRASILa, 2008).

Portanto, quando uma lei posterior for mais benéfica ao réu, será retroativa. Rege-se um fato que ocorreu antes de sua vigência. E, quando a lei anterior for melhor ao réu, essa será revestida de ultratividade, por isso aplica-se a lei ainda que já se tenha cessado sua vigência (JESUS, 2006).

Contudo, para Jesus (2006), existem duas ressalvas à exceção da retroatividade da lei mais benigna, que seriam as leis temporárias e as leis excepcionais, previstas no art. 3º do Código Penal. Essas leis somente possuem o caráter da ultratividade, pois caso contrário, não teriam efetividade nenhuma. Isso ocorre porque elas são criadas com prazo predeterminado para serem extintas – elas são autorrevogáveis – uma vez que somente são editadas para existirem em um período determinado. Já Zaffaroni (et al 2003b), entendem que o art. 3º do CP não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, na medida em que o constituinte originário não excepcionou a garantia constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu, tão logo, não pode ser feito pelo legislador derivado (BRASIL b, 2010).

Quando a lei for mais maléfica ao réu não acometerá a extra-atividade da lei penal. Nesse caso, a regra da irretroatividade da lei penal prevista no art. 5º, inciso XL, CF prevalecerá. São os casos da *novatio legis in pejus* e *novatio legis incriminadora* (BRASILa, 2008; JESUS, 2006).

No primeiro caso, surge uma lei nova mais severa que a anterior, permanece a definição do crime, aumentadas, no entanto, suas consequências penais. Já no segundo caso, uma lei nova surge para incriminar uma conduta que antes não era considerada crime, mas que em respeito ao princípio da anterioridade da lei penal não pode ser aplicada (MIRABETE, FABBRINI, 2009a).

Outro importante princípio fundamental do Direito Penal é o da proibição da analogia *in malam partem*. Em respeito ao princípio da legalidade não existe no Direito Penal analogia de norma penal incriminadora – a vedação diz respeito à Parte Especial

do Código Penal. Não se pode aplicar uma norma incriminadora a um caso semelhante, pois não é que exista lacuna, é tão somente porque o legislador entendeu não ser necessário adequar aquela conduta a um tipo penal (AMORIM, 2007; JESUS, 2006).

Entretanto, excepcionalmente, o Direito Penal admite a adoção da analogia. Desde que seja de norma penal não incriminadora e que seja a favor do réu – *in bonam partem*. Daí, percebe-se que a analogia para prejudicar o réu – *in malam partem* – não é permitida para nenhum tipo de norma penal (AMORIM, 2007).

Importante ressaltar que mesmo sendo admitida a analogia *in bonam partem* no Direito Penal, é necessário que o julgador reserve o seu emprego apenas para os casos excepcionais, sob pena de se ter a segurança posta em risco a cada aplicação do princípio. Isso porque não se pode olvidar que a regra continua sendo o princípio da legalidade (NUCCI, 2009b).

A jurisprudência do TJDFT sobre a analogia *in malam partem*:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 226, II, DO CP. CONDIÇÃO DE PADRASTO DA VÍTIMA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA CORRELAÇÃO, VEDAÇÃO DA ANALOGIA IN MALAM PARTEM E IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA.

[...]

3. A sentença que, interpretando a norma jurídica nos seus exatos contornos, reconhece que a condição de "companheiro da mãe da vítima" pode ser enquadrada dentro da elementar "padrasto", contida no tipo legal do art. 226, II, do CP, e, por conseguinte, aplica a majorante prevista neste dispositivo, não ofende o princípio da vedação da analogia in malam partem.

(BRASILE, 2009)

1.3 CONCEITO ANALÍTICO DO CRIME

Conforme o conceito analítico do crime ensina, para um fato ser considerado crime no Direito Penal deve existir uma conduta humana positiva – comissão – ou negativa – omissão – típica, ilícita e por fim, culpável, segundo a teoria tripartida adotada majoritariamente pelo Brasil (MIRABETE, FABBRINI, 2009a; TOLEDO, 2000).

Uma minoria, como Jesus (2006) e Mirabete e Fabbrini (2009a) adotam a teoria bipartida, na qual basta o fato típico e a ilicitude para que exista crime, pois a culpabilidade é tão somente pressuposto da punibilidade.

Portanto, segundo a majoritária, o ato deve estar previsto em lei em respeito ao princípio da legalidade, deve também ser contrário ao ordenamento jurídico e por fim deve ser censurável (TOLEDO, 2000).

Para Toledo (2000, p. 82) , o conceito analítico de crime pode ser sintetizado a seguir:

Do que foi dito, conclui-se que a base fundamental de todo fato-crime é um comportamento humano (ação ou omissão). Mas para que esse comportamento humano possa aperfeiçoar-se como um verdadeiro crime será necessário submetê-lo a uma tríplice ordem de valoração: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Se pudermos afirmar de uma ação humana (a ação, em sentido amplo, compreende a omissão, sendo pois, por nós empregado o termo sinônimo de comportamento, ou de conduta) que é típica, ilícita e culpável, teremos um fato-crime caracterizado, ao qual se liga, como consequência, a pena criminal e/ou medidas de segurança.

Nesse contexto, infere-se dos ensinamentos de Toledo (2000) o princípio *nullum crimen sine actione* – não existe crime sem uma ação humana (chamada também de conduta ou comportamento humano) – seja ela positiva (ação em sentido estrito) ou, negativa (omissão).

Essa regra encontra-se expressamente prevista no art. 13 do CP: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.” Depreende-se então, que não existe crime sem resultado e sem, muito menos, a ação humana, já que essa é a causadora daquele. Pode-se falar em conduta sem resultado jurídico relevante, o que não deixa de ser um irrelevante penal (BRASILb, 2010; MIRABETE, 2005a; TOLEDO, 2000).

Segundo jurisprudência do STJ é indispensável o resultado para a ocorrência do crime:

A infração penal não é só conduta. Impõe-se, ainda, o resultado no sentido normativo do termo, ou seja, dano ou perigo do bem juridicamente tutelado. A doutrina vem, reiterada, insistentemente, negando os delitos de perigo abstrato. Com efeito, não faz sentido punir pela simples conduta, se esta não trazer, pelo menos, probabilidade (não-possibilidade) de risco ao objeto jurídico (BRASILh, 1993).

A importância do conceito de ação em sentido amplo vai além da composição dos elementos que integram o fato típico: conduta – ação em sentido estrito ou omissão –, resultado, nexos de causalidade e tipicidade. É sobre o conceito de ação – primeiro elemento do fato típico – que se encontra a divergência mais expressiva entre os penalistas. Isso porque dependendo do sentido que se adote, altera-se o conceito estrutural do crime. Para tanto, costuma-se estudar as três teorias mais divulgadas sobre o tema: a teoria causalista, a teoria finalista e a teoria social da ação (MIRABETE, FABBRINI, 2009a, TOLEDO, 2000).

A teoria causalista (naturalista, tradicional, clássica, causal-naturalista ou causal) desenvolvida por Liszt, Beling e Radbrunch definia ação humana como um processo mecânico, muscular e voluntário regido pelas leis da natureza no direito penal – esse processo incorporava as leis da causalidade (JESUS, 2006; MIRABETE, FABBRINI, 2009a; SANTOS, 2005b; TOLEDO, 2000).

Para Santos (2005b, p. 12), a conduta podia ser definida como uma “produção causal de um resultado de **modificação** do mundo exterior, hoje conhecido como modelo **clássico** de ação.” Nesse modelo a conduta era concebida como um simples comportamento humano voluntário sem conteúdo finalístico que causava um resultado de modificação. Esse modelo possuía elementos unicamente objetivos (vontade-conduta – resultado) ligados pelo nexos de causalidade. Essa voluntariedade significava que a conduta não era feita sob coação física irresistível (JESUS, 2006; MIRABETE, FABBRINI, 2009a; SANTOS, 2005b) [grifo original].

Jesus (2006, p. 230) ensina:

Nos termos dessa teoria, a conduta é um puro fator de causalidade. Daí também chamar-se *causal*. Para ela a conduta é o efeito da vontade e a causa do resultado. Tudo gira em torno da causalidade: vontade, conduta e resultado. A vontade é a causa do comportamento e este, por sua vez, é a causa do resultado. Tudo isso se analisa sob o prisma naturalístico, de acordo com as leis da natureza, sem qualquer apreciação normativa ou social.

No causalismo, não existia apreciação da ilicitude ou da culpabilidade sobre a conduta. Isso porque a concepção do conceito do tipo era primitiva – entendia-se como

tipo a mera descrição do comportamento humano (aspecto externo da conduta). Portanto, a análise da ação era isenta de qualquer juízo de valor ou de referência aos outros elementos do crime – ilicitude e culpabilidade (AMORIM, 2007; JESUS, 2006).

Diante disso, os causalistas dividiam a conduta em duas partes: o processo causal exterior que era apreciado na ilicitude e o conteúdo subjetivo da vontade que era analisado na culpabilidade (TOLEDO, 2000).

Muitas críticas surgiram em torno de teoria causalista da ação, muito se deve ao fato de se ter descoberto elementos subjetivos, anímicos no tipo. O tipo que antes era “oco” passa a ter além dos elementos objetivos, os elementos normativos – dizem respeito ao juízo de valor – e os subjetivos – se referem ao intelecto (AMORIM, 2007; TOLEDO, 2000).

Antes, quando se tinha a ideia de que o tipo era a mera descrição do comportamento humano, não era possível explicar juridicamente por meio da teoria causal a figura da tentativa. Isso porque segundo a teoria causal, o conteúdo da vontade não pertencia à conduta – e sim à culpabilidade. A vontade era tão somente a causa do resultado. Partindo desse pressuposto, sabe-se que na tentativa existe conteúdo da vontade, embora não se alcance o resultado por circunstâncias alheias à vontade do sujeito. Então, se a conduta produz o resultado, como explicar a tentativa se nesta existe a conduta tendente a alcançar certo evento, mas não existe esse resultado jurídico relevante? (AMORIM, 2007; JESUS, 2006)

Outro problema que a teoria não era capaz de solucionar era a figura do crime omissivo. Segundo o causalismo, a vontade causava a conduta que causava o resultado, portanto, nada poderia ser causado pelo nada. Contudo, nesse tipo de crime o não agir humano é capaz de gerar um resultado jurídico relevante. Logo, para os causalistas o crime omissivo não era capaz de gerar causalidade alguma (JESUS, 2006).

Por fim, a teoria causal ainda sofria críticas por querer tratar de fenômenos sociais que é o delito, com fundamento somente nas leis das ciências naturais (JESUS, 2006).

Todas essas críticas serviram para um maior desenvolvimento da teoria da ação. Com isso, após alguns aprimoramentos, supera-se até a teoria neoclássica que veio em seguida para melhorar algumas lacunas da teoria causal. Surge, então, a teoria finalista da ação, proposta por Hans Welzel (AMORIM, 2007).

Para os finalistas toda ação humana é um exercício da atividade final. Pois toda vontade é concebida visando um fim. Como o ser humano possui a capacidade de prever as consequências de seus atos – isso se deve às experiências causais pelas quais o homem vivencia –, ele é capaz de dirigir a sua conduta de acordo com a vontade de realizar determinados resultados (AMORIM, 2007; JESUS, 2006; TOLEDO, 2000).

O que os causalistas chamavam de conteúdo da vontade, os finalistas denominaram de vontade finalista – uma “vontade tendente à produção de determinado fim”. Essa vontade finalista, agora, é elemento da ação humana e não da culpabilidade, como pensavam os antigos teóricos. Diante disso, toda conduta humana passa a ter conteúdo finalístico, seja doloso ou seja culposo. Essa não é mais apenas um acontecimento causal (JESUS, 2006, p. 234).

O dolo e a culpa deixam de ser elementos da culpabilidade e o primeiro passa a ser elemento subjetivo do tipo, enquanto o segundo passa a ser elemento normativo do tipo. Por isso, tanto a vontade de realizar as elementares do tipo, quanto a inobservância do cuidado objetivo necessário, “constituem uma conduta voluntária na causa”, portanto finalista (AMORIM, 2007; TOLEDO, 2000).

A principal diferença entre a teoria finalista e a causal pode ser resumida por Toledo (2000):

A finalidade é, pois, “vidente”; a causalidade “cega”. E nisso reside, precisamente, a grande diferença entre o conceito “clássico” causal da ação e o novo conceito finalista. No primeiro, a ação humana, depois de desencadeada, é considerada em seus aspectos externos, numa sequência temporal “cega”, de causa e efeito, como algo que se desprende do agente para causar modificações no mundo exterior. No segundo, é ela considerada, em sentido inverso, como algo que se realiza de modo orientado pelo “fim” (pelo objetivo) antecipado na mente do agente. É uma causalidade dirigida.

Nesses termos, as normas jurídicas não mais ordenam ou proibem meros acontecimentos causais não dirigidos, mas somente as ações ou as omissões finalisticamente dirigidas (TOLEDO, 2000).

Surgindo para servir como uma ponte entre a teoria causal e a teoria finalista, a teoria social da ação – ou da ação socialmente adequada, da adequação social ou normativa – foi fundada por Eberhard Schmidt e desenvolvida por Jescheck e Wessels (MIRABETE, FABBRINI, 2009a; SANTOS, 2005b).

Para essa teoria, ação é a “realização de um resultado socialmente relevante”. Contudo, a conduta humana tanto pode ser uma atividade dirigida, como também pode

ser um puro fator da causalidade. Isso porque essa teoria não rechaça os conceitos final e causal da ação, pelo contrário, os considera como conduta socialmente relevantes (JESUS, 2006, p. 233; TOLEDO, 2000).

Pode-se entender melhor essa teoria a partir dos ensinamentos de Toledo (2000, p. 103): “No dizer de Bockelmann, o mérito dessa teoria consiste em que, ao decidir-se sobre a tipicidade de uma ação, são considerados não só os aspectos causal e finalístico, mas também o aspecto social”.

Como essa teoria abarca os ensinamentos do causalismo, recebe, portanto, as mesmas críticas. Todavia, não deixa de ser criticada pelo novo elemento que veio trazer no conceito de ação – a sua relevância social. Isso porque por ser um critério muito amplo, é muito difícil de ser classificado, ainda mais, por se exigir um juízo ético e de valor para tal (MIRABETE, FABBRINI, 2009a).

Apesar de o Brasil ter adotado a teoria finalista, nosso Código Penal é misto, na medida em que a idéia da causalidade não foi abandonada. Foi tão somente enriquecida com o elemento da finalidade – intencionalidade –, por isso é possível encontrar resquícios da teoria causal em nosso código. Como exemplo do art.13, CP: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.” (BRASILb, 2010).

Nele, a ação é causa do resultado de modificação do mundo exterior, mas agora essa causa não é vazia, ela é preenchida com a intenção do autor, essa causa aponta na direção de um resultado. Portanto, tem o que se chama de “causalidade dirigida” (AMORIM, 2007; BRASILb, 2010; SANTOS, 2005b; TOLEDO, 2000).

O Código Penal é misto também por ser possível encontrar a ideia da teoria social da ação. No art. 59, *caput* do CP tem-se que:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (BRASILb, 2010).

Portanto, ao fixar a pena o juiz levará em conta os aspectos sociais para a realização do crime – responsabilizará o agente à luz da relevância social de sua conduta criminosa.

Já no art. 20, *caput* do CP – Erro sobre a ilicitude do tipo – encontra-se a “prova” de que nosso código é finalista. O art. 20 reza: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime **exclui o dolo**, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei” Ora, se para a corrente finalista o dolo é elemento do tipo e não da culpabilidade – como pensavam os causalistas – e de acordo com esse artigo o erro sobre o elemento do tipo excluirá o dolo, infere-se que o dolo está presente no tipo. Logo, o código refere-se à teoria final da ação (AMORIM, 2007; BRASILb, 2010).

Superada a análise do fato típico, mais especificamente de seu primeiro elemento – ação em sentido amplo – e continuando a análise do conceito analítico do crime, passa-se para a análise da ilicitude, segundo elemento do crime.

Ilicitude ou antijuridicidade é a relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico. Assim, a conduta humana será ilícita quando estiver descrita em uma norma penal incriminadora e a lei não declará-la expressamente lícita por uma das causas excludentes da ilicitude: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito (JESUS, 2006).

Nessas ocasiões, existe um fato que é típico e que a lei ouve por bem não qualificá-lo como ilícito, na medida em que o homem médio não teria como agir diferente nessas situações, por isso, não existe crime por lhe faltar um requisito genérico – a ilicitude (JESUS, 2006).

O terceiro elemento genérico do crime, de muita importância para esse trabalho, é a culpabilidade. Esta é a medida da censura que a ordem jurídica imprime em face do fato típico e ilícito cometido (JESUS, 2006).

Então, para um fato típico e ilícito ser culpável é necessário que o agente da conduta seja imputável – seja capaz de ser reprovado socialmente – tenha potencial consciência da ilicitude e que se possa exigir dele conduta diversa da praticada no momento do fato (JESUS, 2006).

Ocorre que muitas vezes no momento da prática do fato, o sujeito não preenche esses pressupostos o que impossibilita a sua censura. Isso, para o Direito Penal, se conhece por causas de exclusão da culpabilidade. Inexiste, por conseguinte, o crime (TOLEDO, 2000).

São três as causas de exclusão. A inimizabilidade, a falta de consciência da ilicitude – erro de proibição – e a inexigibilidade da conduta diversa (JESUS, 2006).

Segundo o Código Penal brasileiro, o inimputável é aquele menor de 18 anos; ou aquele que por doença mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era ao tempo da ação ou omissão inteiramente incapaz de conhecer a ilicitude de seu ato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento; ou ainda, o embriagado completo, proveniente de caso fortuito ou força maior, que também não conhece a ilicitude do ato nem consegue determinar-se de acordo com esse entendimento ao tempo da ação ou omissão (BRASILb, 2010).

Por isso, se um inimputável cometer um fato típico e ilícito não cometerá um crime. Pode-se falar em outras figuras jurídicas, como o ato infracional ou um ato perigoso para a sociedade cuja sanção é a medida de segurança (JESUS, 2006).

A falta de consciência da ilicitude ou erro de proibição ocorre quando o sujeito, por estar em erro, acredita estar acobertado por justificantes da ilicitude, que se fossem cabíveis ao fato, o isentaria do injusto (AMORIM, 2007).

Entende-se por inexigibilidade da conduta diversa o fato de não se poder agir de outra forma, senão pela prática de um fato típico e ilícito. São os casos de obediência hierárquica ou coação moral irresistível. Nessas situações, o homem médio também agiria da mesma forma. (AMORIM, 2007)

Diante de todo exposto, pode-se concluir que para existir um crime se faz necessário preencher seus três elementos genéricos: fato típico, ilicitude e culpabilidade. Para tanto, o fato não pode estar acobertado por nenhuma causa que justifique ou que exclua a ilicitude ou a culpabilidade.

2 EMBRIAGUEZ NO DIREITO

2.1 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA RESPONSABILIDADE PENAL

Um fato quando típico, ilícito e culpável é considerado crime no Direito Penal, pois colocou em perigo ou lesionou um bem jurídico penalmente tutelado. Diante disso, cabe ao Estado, através de seu *jus puniendi*, responsabilizar o agente causador do delito aplicando-lhe uma pena (JESUS, 2006).

Essa pena terá duas funções: a primeira é a função de retribuição – retribuirá ao sujeito causador do crime uma punição com a finalidade de evitar novos delitos praticados por ele. A segunda tem como função o caráter pedagógico – visa prevenir que não só o sujeito, mas que os outros membros da sociedade venham a praticar crimes (JESUS, 2006).

Para Jesus (2006, p. 4) ao se impor “sanções aos sujeitos que praticam delitos, o Direito Penal robustece na consciência social o valor dos bens jurídicos, dando força às normas que os protegem”.

Portanto, como consequência da prática de um delito, surge para o Estado a possibilidade jurídica de responsabilizar o agente mediante uma sanção penal, é o que se chama de punibilidade (JESUS, 2006).

Com o advento da Nova Ordem Constitucional de 1988, tem-se a dignidade da pessoa humana como princípio balizador de todo sistema jurídico, o qual deverá ser observado na criação e na aplicação do Direito. Por isso, o Direito Penal ao proteger seus bens jurídicos deve se guiar por esse princípio. Logo, sua aplicação deve ser também contemplada no momento da responsabilização do autor da conduta criminosa.

Com isso, todo tratamento que vise responsabilizar o agente de um delito que não observe a dignidade da pessoa humana estar-se-á ferindo a Carta Magna.

Contudo, o princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito que é não pode ser enxergado como um princípio penal específico. Embora, ele seja aplicado nas relações penais – pois as normas penais têm o escopo de proteger o ser humano e seus direitos fundamentais –, trata-se de uma meta geral a ser alcançada pelo Estado e pela sociedade como um todo (NUCCI, 2009b).

Partindo de uma análise infraconstitucional, segundo o Código Penal pode-se inferir que para um sujeito ser responsabilizado por algum crime deverá ter agido, ao menos, culposamente.

Isso porque, conforme interpretação do art. 18, § único e do art. 19 do Código Penal, ninguém pode ser punido pelo fato previsto como crime se não o houver praticado dolosamente. Ressalvam-se as hipóteses excepcionais dos crimes na modalidade culposa, que são trazidas expressamente pelo código. E ainda, continuando a interpretação, o art. 19 ao explicar a responsabilidade do agente na agravação pelo resultado, impõe como condição mínima de majoração da pena, a culpa – em sentido estrito. Esse é o princípio penal *do nullum crimen sine culpa* – ou princípio da culpabilidade ou da responsabilidade penal subjetiva (BRASILb, 2010; SILVA, 2004; ZAFFARONI et al, 2003b).

Então, o que esse princípio quer dizer é que não existe mais no Direito Penal brasileiro a chamada responsabilidade penal objetiva – aquela em que se pune alguém que não age com dolo nem culpa – mas tão somente por existir nexo de causalidade entre sua conduta e o resultado danoso. Portanto, para que exista delito é preciso que exista, ao menos, culpa – responsabilidade penal subjetiva (SILVA, 2004).

Nesse sentido ensinam Zaffaroni et al (2003b, p. 245):

[...] o princípio da culpabilidade é o mais importante dos que derivam diretamente do estado de direito, porque sua violação implica o desconhecimento da essência do conceito de pessoa. Imputar um dano ou um perigo ao bem jurídico sem a prévia constatação do vínculo subjetivo com o autor (ou impor uma pena baseada apenas na causação) equivale a rebaixar o autor à condição de **coisa causante**. [grifo original]

Com a chegada da CF de 1988, o princípio *nullum crimen sine culpa* foi elevado à condição de princípio fundamental. Deve-se, portanto, exigir a sua observância tanto na elaboração quanto na aplicação das leis (SILVA, 2004; BRASILa, 2008).

Conforme a primeira parte do art. 5º, inciso XLV da nossa Carta Magna - nenhuma pena passará da pessoa do condenado (princípio da personalidade, ou da pessoalidade, ou da responsabilidade penal personalíssima) –, pode-se então, extrair o princípio supracitado, desta vez implícito no texto constitucional. Há a necessidade de se fazer uma interpretação extensiva. Isso se dá pelo fato de o preceito constitucional, ao fixar os limites da responsabilidade penal à pessoa do condenado, querer inferir um alcance maior. Isso fica claro, pois, se a pena não pode passar da pessoa do delincente, é claro que essa deva ter estreita correlação com a sua pessoa. Para que o agente possa ser punido é necessário que seja por fato exclusivamente próprio, portanto, por fato de sua responsabilidade pessoal (SILVA, 2004; BRASIL a, 2008).

2.2 A TUTELA DADA PELO CÓDIGO PENAL À EMBRIAGUEZ

A Exposição de Motivos original da Parte Geral do Código Penal de 1940 previa:

Ao resolver o problema da embriaguez, 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 se estende a todos os casos em que o agente se deixou arrastar ao estado de inconsciência** (grifo nosso) (NUCCI, 2009b, p. 303).

A atual Exposição de Motivos prevê:

Permanecem íntegros, tal como redigidos no Código vigente, os preceitos sobre paixão, emoção e embriaguez. As correções terminológicas introduzidas não lhes alteram o sentido e o alcance e se destinam a conjugá-los com disposições outras, do novo texto (BRASILb, 2010).

Com isso, o Código Penal em seu art. 28, inciso II prevê as hipóteses em que não há exclusão da imputabilidade em decorrência de crime cometido em estado de embriaguez (voluntária ou culposa):

Art. 28. Não excluem a imputabilidade penal:

I- (...)

II- a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos (BRASILb, 2010).

A embriaguez pode ser classificada em função do **elemento subjetivo** – dolo – do agente **em relação à embriaguez**. Ela pode ser não acidental – voluntária ou culposa – e acidental. Existe embriaguez voluntária quando o indivíduo ingere substância alcoólica ou equivalentes com o escopo de embriagar-se. Já a culposa, o sujeito não ingere substância alcoólica ou semelhante com o intuito de se embriagar, mas em função de um excesso imprudente chega a esse estado. A embriaguez acidental é aquela em que não há voluntariedade nem culpa para se embriagar, ela decorre de caso fortuito ou força maior (JESUS, 2006).

Ocorre que, ao se estender “a todos os casos em que o agente se deixou arrastar ao estado de inconsciência” conforme a Exposição de Motivos explica, o CP passou a responsabilizar objetivamente alguns casos. Cria-se assim uma ficção jurídica, pois existe a presunção de dolo e culpa criada pelo legislador (NUCCI, 2009b).

Isso se dá nos casos de **embriaguez voluntária² completa**.

Quando a embriaguez – voluntária ou culposa – é incompleta, não existe problema quanto à aplicação do art. 28, inciso II do CP, pois nesse estado se uma pessoa comete um delito, ainda existe consciência e tem-se percepção do mundo em sua volta. Pode o agente determinar-se de acordo com o caráter ilícito da conduta. Existe, assim, responsabilidade pessoal do autor.

Entretanto, no caso da **embriaguez voluntária completa**, a pessoa embriagada que comete um ilícito age com a consciência bastante alterada e prejudicada. É impossível agir com dolo e culpa nessa circunstância, fere-se, dessa forma, o princípio constitucional do *nullum crimen sine culpa*.

Nesse sentido são as lições de Nucci (2009b, p. 301):

É preciso destacar que o sujeito embriagado completamente, no exato momento da ação ou da omissão, está com sua consciência fortemente obnubilada, **retirando-lhe a possibilidade de ter agido com dolo ou culpa**. Portanto, ainda que se diga o contrário, buscando sustentar teorias opostas à realidade trata-se de uma **nítida presunção de dolo e culpa estabelecida pelo legislador**, isso é, a adoção da responsabilidade penal objetiva, já que não havia outra forma de contornar o problema. (griso nosso)

A respeito da embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, prevê o Código Penal em seu art. 28, § 1º uma causa de exclusão da culpabilidade. Nesse caso, o legislador adotou o critério biopsicológico, na medida em que não é suficiente a embriaguez acidental completa. É imprescindível que em razão dela o sujeito não tenha capacidade intelectual ou volitiva (JESUS, 2006).

Art. 28,§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 (BRASILb, 2010).

Contudo, quando o sujeito comete um delito em razão de **embriaguez incompleta** proveniente de caso fortuito ou força maior, essa não tem o condão de excluir a culpabilidade, uma vez que ainda existe espaço para a consciência do sujeito comandar as suas ações. Dessa maneira, o sujeito poderá ter a pena atenuada, desde que exista a redução da capacidade intelectual ou volitiva, segundo o § 2º, do Código Penal:

Art. 28,§ 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 caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASILb, 2010).

² Não há ficção jurídica quando o agente que comete um crime completamente embriagado chega **culposamente** a esse estado, conforme será explicado adiante.

Por fim, o CP brasileiro prevê em seu art. 61, inciso II, alínea I a embriaguez preordenada, circunstância essa que sempre agravará a pena.

Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

II: ter o agente cometido o crime:

I: em estado de embriaguez preordenada (BRASILb, 2010).

A embriaguez preordenada é espécie do gênero embriaguez voluntária, contudo, no momento em que o sujeito ingere a substância tóxica já possui intenção de cometimento de crime em estado de ebrio. Na verdade, o sujeito se embriaga para encoraja-se a cometer o delito (JESUS, 2006; CHAMON, 2003a).

Segundo Alberto Silva Franco:

É uma forma de embriaguez voluntária, a espécie que se chama preordenada. O agente deliberadamente se embriaga para criar condições psíquicas favoráveis ao crime, animando-se de coragem ou sufocando os resíduos de resistência ao impulso criminoso, ou para acobertar-se com uma atenuante ou dirimente. É o tipo clássico de *actio libera in causa* (SILVA, 2004, p. 107).

Nesse caso, a pena somente será agravada se a embriaguez preordenada for incompleta. Se essa for completa, a Exposição de Motivos do Código Penal autoriza a aplicação de uma teoria para legitimar a responsabilização do agente.

Para legitimar a punição do sujeito que se embriaga preordenadamente e vem a causar o resultado querido, teóricos penalistas criaram a teoria da *actio libera in causa*. Teoria essa, prevista na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 e que “modernamente, não se limita ao estado de inconsciência preordenado, mas se estende a todos os casos em que o agente se deixou arrastar ao estado de inconsciência” (NUCCI, 2009b, p. 303).

3 TEORIA DA ACTIO LIBERA IN CAUSA

3.1 SIGNIFICADO DA TEORIA

O **conceito moderno** da teoria pode ser explicado, no Brasil, por Narcélio de Queirós, Aníbal Bruno dentre outros doutrinadores. Para Narcélio, em sua famosa monografia sobre a teoria da *actio libera in causa* – ação livre em sua causa –, o agente no estado de inimputabilidade causa um resultado punível, pois se colocou nesse estado, propositadamente, com ou sem intenção de produzir o evento lesivo. Isso porque a causa antes da ação delituosa era livre e o agente tinha consciência de determinar-se de acordo com o caráter ilícito do fato. Segundo Nascimento (1992, p. 21), “com Narcélio de Queirós temos a medida exata do que se deve entender por *actio libera in causa*”:

São os casos em que alguém, no estado de não-imputabilidade, é causador, por ação ou omissão, de algum resultado punível, tendo-se colocado naquele estado, ou propositadamente, com a intenção de produzir o evento lesivo, ou sem essa intenção, mas tendo previsto a possibilidade do resultado, ou, ainda, quando podia ou devia prever (NASCIMENTO, 1992, p. 21).

Aníbal Bruno aceita completamente a noção exposta por Narcélio e acrescenta ainda à sua definição: “trata-se de um fato livremente querido, ou previsto, ou previsível, quando o agente ainda imputável, mas cometido em estado de inimputabilidade por êle voluntariamente provocado” (CHAMON JUNIOR, 2003a, p. 132).

Os adeptos da teoria da *actio libera in causa* explicam que para ser reconhecida uma ação livre em sua causa – *actio libera in causa* – se faz necessário observar três elementos. Deve existir uma conduta voluntária inicial de embebedar-se, ou melhor, de colocar-se em estado de inimputabilidade; assim como um resultado típico ligado à conduta voluntária por nexos de causalidade; por fim deve inexistir elemento psicológico – dolo ou culpa – no momento da produção do resultado. Assim, após a ocorrência do ato voluntário, a responsabilização do agente não se daria em função do resultado típico ocorrido posteriormente, mas, sim, em função desse ato de vontade (RODRIGUES, 1996; SILVA, 2004).

Mayer – grande jurista alemão que amadureceu a teoria da *actio libera in causa* – explica que essa pode ser analisada como um todo que se divide em duas ações. Na primeira ação, está a vontade livre do agente dirigida à realização de um resultado, já na segunda ação, está a conduta não livre produtora do resultado visado. Essas duas ações estão ligadas ao elemento essencial à caracterização da teoria: o nexos causal (CHAMON JUNIOR, 2003a; NASCIMENTO, 1992).

Narcélio, ao explicar tais ensinamentos, acrescenta que além da verificação do nexo de causalidade, deve-se ainda examinar se existiu dolo ou culpa na ação primeira – na ação em que o sujeito ainda era responsável pelos seus atos. Desse modo, pune-se o sujeito pelo ato antecedente – pela causa mediata do evento – e não pela causa imediata produtora do resultado (CHAMON JUNIOR, 2003a; NASCIMENTO, 1992).

Nesses termos, a embriaguez seria a causa desencadeadora de um processo que culmina na produção do fato ilícito. Entretanto, “**não se imputaria** o agente pelo que praticasse no estado de embriaguez e, sim, **pelo que tivesse realizado em sã consciência**” (CHAMON JUNIOR, 2003a; NASCIMENTO, 1992, p. 18) [grifo nosso].

Nucci (2009b, p. 302) explica:

Com base no princípio de que a “causa da causa também é causa do que foi causado”, leva-se em consideração que, no momento de se embriagar, o agente pode ter agido dolosamente, projetando-se esse elemento subjetivo para o instante da conduta criminosa.

Há autores, como Beling, que aplicam analogicamente aos casos da teoria da *actio libera in causa* os **fundamentos da autoria mediata** para explicar a punição por meio da *actio*. Isso porque assim como nas hipóteses de autoria mediata – nas quais quem responde pelo crime é o autor mediato (aquele idealizador do crime) e não o autor imediato (aquele executor material do fato) –, nos casos da *actio*, quem responderá pelo ato ilícito é o sujeito imputável que no momento antes de embriagar-se agiu com dolo ou culpa (JESUS, 2006; SILVA, 2004).

Tal se dá, pois seria como se existissem dois sujeitos, um para cada ação. Na primeira ação, existe um sujeito consciente, imputável, capaz de prever as consequências de seus atos, já na segunda, o que existe é um sujeito desprovido de consciência e por consequência, de vontade, incapaz de determinar-se de acordo com o caráter ilícito de sua conduta. Dessa maneira, pune-se o sujeito sóbrio pelos atos praticados quando sujeito ébrio, na medida em que o sujeito ébrio serviu de instrumento de realização de vontade do sujeito sóbrio (SILVA, 2004).

Nesse diapasão, Silva (2004, p. 83) expõe os seguintes ensinamentos:

De sua parte, Ernst Beling compara a *actio* aos casos de autoria mediata, explicando que na *actio libera in causa* “**alguém se coloca a si mesmo em um estado de incapacidade de querer ou de inimputabilidade, e executa em tal estado a ação ou a omissão que acarreta o resultado**”. Na hipótese, como diz Mayer, o agente usa o seu próprio corpo como instrumento na execução do crime (grifo original).

Os adeptos da teoria da *actio libera in causa* divergem quanto a sua justificativa.

Alguns doutrinadores como Ranieri, Aníbal Bruno, Zaffaroni e Pierangeli, entendem que o ato de embriagar-se corresponde a um ato preparatório, posto que lhe falta tipicidade objetiva. Dessa maneira, nas palavras de Roberto Lyra, é um ato preparatório punível que constitui uma exceção à responsabilidade subjetiva (CHAMON JUNIOR, 2003a).

Assim, Chamon Junior retrata os ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli:

porque a conduta de colocar-se em estado ou situação de inculpaabilidade carece de tipicidade objetiva [...] Se neste momento (de embriagar-se preordenadamente) fosse ele detido pela polícia, não haveria juiz na Terra capaz de condená-lo por tentativa [...] **porque há uma total ausência de tipicidade objetiva** (1997 apud CHAMON JUNIOR, 2003a, p. 136) [grifo original]

Já a grande maioria dos defensores da teoria como Narcélio, Silveira, Hungria, entendem que o ato de embriagar-se é considerado ato executivo do fato típico querido, o que já é suficiente para justificar a responsabilidade criminal (CHAMON JUNIOR, 2003a).

Esses doutrinadores refutam a idéia da responsabilidade objetiva de Lyra, pois a justificativa da teoria da *actio libera in causa* está fundada numa relação de causalidade. Não se precisa ceder à idéia da “máxima defesa social” – responsabilidade objetiva –, uma vez que incompatível com o direito penal moderno. Portanto, bastaria um nexos causal entre o antes e depois. Nesse sentido, Chamon Junior (2003a, p. 138):

[...] posto que haja relação causal entre o **voluntário** estado de inconsciência e a conduta produtiva do evento lesivo, não há porque desconhecer a culpabilidade [...] quem desencadeou tais elementos criou a causa dolosa do evento, mesmo se, no momento da verificação deste, achar-se inconsciente ou arrependido. Tal nexos de causalidade seria aquele entre o estado de embriaguez procurado, a ação do ébrio e o fato punível [grifo original].

Então, segundo o conceito de causalidade voluntária – preordenamento – não é exigível a presença do dolo durante todo o desenrolar do nexos causal, pois basta que se ponha a causa em movimento. Logo, a imputabilidade deve existir no momento da ação – no momento de se embriagar –, assim, não se exige que essa esteja presente no momento do resultado. Isso se dá, pois “Querer dolosamente a **causa** do resultado, seria como querer também dolosamente o próprio resultado” Portanto, Carrara já sinalizava nessa direção ao explicar que “a concomitância do dolo com a ação não é condição

absoluta de imputabilidade” (CHAMON JUNIOR, 2003a, p. 140; RODRIGUES, 1996) [grifo original].

Nesse sentido, os adeptos da teoria da *actio* explicam que como a imputabilidade deve existir só no momento da ação de se embriagar, o tempo do aparecimento do resultado é irrelevante para determinar a capacidade de imputação do agente.

Desse modo quem envia uma bomba-relógio para alguém e essa máquina vem a explodir no momento em que o agente encontrava-se dormindo, esse agiu imputavelmente. Porque o momento de se verificar a imputabilidade nos crimes de atividade é o da causação definitiva – quando se enviou a máquina infernal – e nos crimes de omissão, é o tempo decisivo em que havia um dever de agir (SILVA, 2004).

Então, para se punir aqueles crimes cometidos em estado de ebbriez preordenada ou não o Código Penal brasileiro optou pela teoria da *actio libera in causa*, que pela análise da culpa – sentido amplo – no momento de se embriagar, legitima a punição do delito causado inconscientemente.

3.2 RECEPÇÃO NO SISTEMA DO CÓDIGO PENAL

Como já dito antes, a teoria da *actio libera in causa* está prevista na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 e sofreu uma ampliação em sua aplicabilidade. Dessa maneira, o CP recorrendo a uma ficção fundamentada na Política Criminal, estende a todos os casos em que o agente se deixou arrastar ao estado de inconsciência. Por isso, se aplica não só à embriaguez preordenada, mas também aos crimes cometidos nos casos de embriaguez voluntária ou culposa (JESUS, 2006; NUCCI, 2009b,).

Pode-se perceber essa ampliação no conceito moderno³ elaborado por Narcélio de Queirós, ao explicar que a teoria se aplica aos casos em que “[...] alguém, no estado de não-imputabilidade, é causador, por ação ou omissão, de algum resultado punível, **tendo-se colocado** naquele estado, ou **propositadamente**, com **a intenção de produzir**

³ Em um conceito antigo exposto por Carrara, a embriaguez deveria ser analisada tanto no seu grau (completa ou incompleta) como na sua causa (acidental, culposa, voluntária, preordenada). Por isso, entendia que a **embriaguez preordenada** sob qualquer causa e grau não deveria excluir a imputabilidade, já na **embriaguez voluntária e culposa, quando completas, excluía-se a imputabilidade por dolo**, permitindo a punição a título de culpa. Mas, quando incompleta, não se afastava a imputabilidade, admitindo-se tão somente atenuantes (SILVA, 2004) [grifo nosso].

o evento lesivo” nesse momento se referindo à embriaguez preordenada (dolo direto) e continuando “[...] ou sem essa intenção, mas **tendo prevista a possibilidade** do resultado, ou, ainda, quando **podia ou devia prever**” aqui, clara está a referência que se faz à embriaguez voluntária (por dolo eventual) e à culposa, respectivamente⁴ (grifo nosso) (NASCIMENTO, 1992, p. 21).

Portanto, para se analisar a atual aplicação da teoria da *actio libera in causa* no seu caso concreto, observa-se a jurisprudência do Egrégio TJDFT sobre a embriaguez preordenada:

PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PERSONALIDADE DO AGENTE. REAVALIAÇÃO. AGRAVANTE DA EMBRIAGUEZ PREORDENADA E INDENIZAÇÃO DOS PREJUÍZOS CAUSADOS À VÍTIMA. EXCLUSÃO..
[...]
2. PARA QUE SE CARACTERIZE A AGRAVANTE DA EMBRIAGUEZ PREORDENADA NÃO BASTA A PROVA DE QUE O AGENTE PRATICOU O DELITO SOB INFLUÊNCIA DO ÁLCOOL, SENDO IMPRESCINDÍVEL A DEMONSTRAÇÃO DE QUE SE EMBRIAGOU PARA O FIM DE PRATICAR O CRIME.
[...] (BRASILf, 2010)

Nesse caso em tela, o TJDFT aplicou corretamente o entendimento a respeito da teoria da *actio libera in causa*, pois o simples ato de se embriagar não é suficiente para que haja punição por meio da teoria, visto que se faz necessário também que exista um nexo de causalidade entre o ato de beber e a vontade de cometimento do delito em estado de inconsciência.

Nessa linha, o exemplo citado por Mayer nas palavras de Narcélio de Queirós:

“Um indivíduo bêbado, no caminho de casa, tem uma disputa qualquer e agride seu adversário. Aí, não existe, na maioria dos casos, uma *actio libera in causa* punível, porque, mesmo quando a embriaguez tenha motivado a lesão corporal, não existe um dolo ou culpa anterior, que se refira apenas a esse evento” (1963 apud CHAMON JUNIOR, 2003a, p. 128)

Ocorre que dada a autorização trazida pela Exposição de Motivos do Código Penal que amplia o uso da teoria, ocorre uma desnecessária aplicação da mesma, pois utiliza-se a teoria a “todos os casos em que o agente se deixou arrastar ao estado de inconsciência”. Entretanto, poder-se-ia resolver a maioria dos casos de crimes

⁴ Essa interpretação de embriaguez dolosa (por dolo direto ou por dolo eventual) e culposa é feita a partir da classificação da embriaguez em função de seu elemento subjetivo. Explicado no tópico 2.2 A TUTELA DADA PELO CÓDIGO PENAL À EMBRIAGUEZ

cometidos sob influência de álcool apenas com o dispositivo do art. 28 e seus incisos e parágrafos (BRASILb, 2010; NUCCI, 2009b, p. 303).⁵

Isso porque, na embriaguez voluntária ou culposa **incompleta**, existem resquícios de culpa – *latu sensu* – na conduta, logo existe consciência e o agente pode determinar-se de acordo com o caráter ilícito do fato. Desse modo, o fundamento da punição da conduta seria em razão do art. 28, II, do CP, logo incabível a invocação da *teoria da actio libera in causa* (BRASILb, 2010).

Assim, o entendimento de Timm nas palavras de Narcélio de Queirós para enriquecer o exposto:

“não entra no exame dos casos que se referem aos estados de embriaguez incompleta, pois entende que as espécies em que se tem em vista a chamada imputabilidade diminuída não podem ser tidas como *actiones liberae in causa*” (1963 apud CHAMON JUNIOR, 2003, p. 129)

Já no caso de um crime cometido em estado de embriaguez **culposa completa**, legítima é sua punição conforme reza o art. 28, II, do CP. Isso porque existindo previsibilidade de cometimento de crime e, mesmo assim, o agente se embriaga e vem a cometê-lo, o ato de se embriagar se configura como a **conduta típica violadora do dever de cuidado**. O agente responde pelo crime a título de culpa. Pois, a lesão do dever de cuidado e a previsibilidade objetiva são, **em todos os casos de crimes culposos, anteriores em relação à produção do resultado típico culposo** (SILVA, 2004).

Essas são as lições de Silva (2004, p. 106)

O comportamento típico violador do dever de cuidado é extamente o de ingerir bebida alcoólica, uma vez que havia previsibilidade do evento, que vem a acontecer. Consequentemente, prescinde-se, no caso, da teoria da *actio libera in causa* para imputar o fato, a título culposo, ao seu autor.

Contudo, existem autores, como Nucci (2009b), que mesmo na situação de embriaguez culposa completa entendem inexistir a possibilidade de se punir tal agente

⁵ Como se observa nesta outra jurisprudência a respeito do tema. Neste caso, o TJDFT, nos termos do art. 28, CP c/c o art. 61, alínea I não exclue a imputabilidade em razão da embriaguez culposa ou voluntária (preordenada ou não). Resolve a questão com a utilização apenas do Código Penal, como se verifica na Apelação Criminal “[...] **imputabilidade não é excluída, nem diminuída em ocorrendo embriaguez culposa ou voluntária, quiçá preordenada [...]**” (APR1826997, Relator VAZ DE MELLO, 2ª Turma Criminal, julgado em 19/03/1998, DJ 10/06/1998 p. 53)

sem incidir na responsabilidade penal objetiva, uma vez que inexistente consciência no momento da conduta, conforme já explicado (BRASILb, 2010, RODRIGUES, 1996; SANTOS, 2005b; SILVA, 2004).

Assim como nas hipóteses do crime cometido no estado de embriaguez culposa completa, quando existe a figura do **dolo eventual** – o sujeito não quer se embriagar mas, após prever que nesse estado poderá vir a cometer um crime, assume o risco da sua ocorrência –, esta, pode ser legitimamente resolvida pelo Código Penal.

Chamon Junior (2003a, p. 250) explica que o dolo eventual e a culpabilidade são aferidos no momento de se embriagar – “quando o sujeito assume subjetivamente os riscos de produção do tipo objetivo”. Isso porque, a exemplo da culpa, é impossível de determinar no dolo eventual o início da execução, e conseqüentemente, a tentativa. Há que se entender o resultado em sua globalidade.

Nesse sentido:

A questão é que tanto no dolo eventual, quanto na culpa, a tipicidade somente se verifica com a superveniência do resultado. A diferença entre ambas as figuras é uma distinção de postura perante o dever violado: de resignação ou de confiança (CHAMON, 2003a, p. 250).

Logo, somente existirá a figura do dolo eventual quando houver o resultado, visto que é impossível determinar o início da execução de um ato que **não se quer** praticar (CHAMON JUNIOR, 2003a).

São as explicações de Chamon Junior (2003a, p. 252): *A tipicidade no dolo eventual se delinea somente se ocorrer o resultado; no dolo direto o primeiro ato constitutivo já determina a tipicidade.* [grifo original]

Portanto, percebe-se que não existe problema ao punir o sujeito quando esse praticou um crime em estado de embriaguez voluntária completa – quando houver dolo eventual, na medida em que a o dolo e a culpabilidade são **em todos os casos de crimes dolosos – por dolo eventual –, anteriores em relação à produção do resultado típico doloso** (CHAMON JUNIOR, 2003a).

Então, pode-se concluir que a problemática é em relação à embriaguez voluntária completa, preordenada ou não – por dolo direto.

Essa hipótese de embriaguez **voluntária completa**, o agente não pode ser responsabilizado pela teoria, na medida em que estaríamos diante de um caso de

responsabilidade penal objetiva, por ausência de outra opção para punir o agente. Isso se dá porque uma vez o agente embriagado completamente, não há que se falar em consciência, por conseguinte, não existe dolo e por isso o fato é atípico⁶ (NUCCI, 2009b).

Ao se analisar a jurisprudência do TJDFT sobre a ampliação da teoria da *actio libera in causa* para “todos os casos em que o agente se deixou arrastar ao estado de inconsciência”, percebe-se que muitas vezes o tribunal acaba por utilizar a teoria sem a real necessidade de sua invocação. Isso porque o próprio Código Penal autoriza tal utilização desmedida, visto que a própria letra da lei já seria suficiente para resolver os casos de embriaguez voluntária – por dolo eventual, não preordenada – e culposa (NUCCI, 2009b, p. 303).

Então, nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. DISPARO DE ARMA DE FOGO EM VIA PÚBLICA POR SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR. ARTIGO 15 C/C ARTIGO 20, AMBOS DA LEI Nº 10.826/2003. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ACERVO PROBATÓRIO FORTE E COERENTE. EXCLUSÃO DA IMPUTABILIDADE PENAL PELA EMBRIAGUEZ. ACTIO LIBERA IN CAUSA. INVIABILIDADE. DOENÇA MENTAL NÃO COMPROVADA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO

[...]

2. A EMBRIAGUEZ CAPAZ DE EXCLUIR A IMPUTABILIDADE PENAL É A COMPLETA E PROVENIENTE DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR, EM QUE O AGENTE É INTEIRAMENTE INCAPAZ DE COMPREENDER A NATUREZA ILÍCITA DO FATO, OU DE DETERMINAR-SE SEGUNDO TAL ENTENDIMENTO. TRATA-SE, PORTANTO, DE HIPÓTESE DIVERSA DO CASO EM ANÁLISE, EM QUE O APELANTE DE FORMA CONSCIENTE E VOLUNTÁRIA, ENTROU EM UM BAR, TOMOU BEBIDA ALCOÓLICA E, APÓS, EM VIA PÚBLICA, EFETUOU DISPAROS DE ARMA DE FOGO. HÁ UMA PERFEITA SUBSUNÇÃO À TEORIA ACTIO LIBERA IN CAUSA, DE MANEIRA A AFASTAR A TESE DEFENSIVA DE QUE O APELANTE NÃO POSSUÍA CAPACIDADE DE ENTENDER A ILICITUDE DO FATO.

[...] (BRASILg, 2009)

No caso acima, desnecessária a invocação da teoria, portanto, tal subsunção é no mínimo forçosa, na medida em que, novamente, o próprio art. 28, II do CP resolve a questão (BRASILb, 2010).

A visão de Nascimento (1992, p. 22) sobre o tema:

⁶ A punição do agente em razão do crime cometido em estado de embriaguez completa voluntária e de embriaguez preordenada é o cerne da grande discussão desse trabalho que será apresentada no momento da exposição das críticas a respeito da teoria da *actio libera in causa*. (tópico 3.3)

Como se nota, a *actio libera in causa*, de acordo com a orientação acima (se refere à ampliação da teoria a todos os casos em que o agente se deixou arrastar ao estado de inconsciência), **sofreu a mais ampla flexibilidade, mas sem qualquer fundamento plausível**. O que se fez foi **forçar soluções que extrapolavam os limites dessa teoria**. [grifo nosso]

Tal se dá porque o fato de alguém beber voluntariamente e cometer um crime em seguida, não significa que a embriaguez foi voluntária ou preordenada, podendo em algumas vezes ter fugido do controle do agente, seja por desconhecer sua resistência para uma nova bebida, seja por ter ingerido algum medicamento forte antes de ter entrado em um bar, ou seja, por algum motivo de caso fortuito ou até por imprudência.

Nucci (2009b, p.303) preconiza:

Com a devida vênia, nem todos os casos em que o agente “deixou-se arrastar” ao estado de inconsciência podem configurar uma hipótese de “dolo ou culpa” a ser arremessada para o momento da conduta delituosa. Há pessoas que bebem por beber, sem a menor previsibilidade de que cometeriam crimes no estado de embriaguez completa, de forma que não é **cabível a aplicação da teoria da *actio libera in causa* nesses casos**. [grifo nosso]

No mesmo raciocínio, outro julgado em que se **aplica a teoria da *actio libera in causa* sem a real necessidade**:

“Ao agente que admite ter bebido cachaça logo após a ingestão de remédio de aplicação psiquiátrica, aplica-se a teoria da *actio libera in causa*, já que agiu voluntariamente, tanto quando ingeriu o remédio quanto no momento em que se embriagou com cachaça”. (grifo original) (20080110230122APR, Relator ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª Turma Criminal, julgado em 18/06/2010, DJ 02/07/2010 p. 159).

Nesse caso, não está correta a invocação da teoria da *actio* para resolver esse caso. Existe uma confusão quanto ao sentido da expressão voluntariedade. Isso porque o ato de se intoxicar é uma conduta, por isso, será revestida de voluntariedade. Portanto, a conduta de quem se embriaga por diversão não buscando um estado de ebriedade, é tão voluntária quanto aquela conduta de quem atua no sentido de querer ficar bêbado. Assim, o que as diferencia é o fim visado. Desse modo, a justificativa trazida no julgado de que por existir voluntariedade nas condutas – de tomar remédio e de se embriagar – deve-se aplicar a teoria da *actio libera in causa* não procede. Já que toda conduta humana é um ato voluntário (CHAMON JUNIOR, 2003a).

Se considerarmos o caso em questão como uma hipótese de embriaguez preordenada – ainda que criando uma ficção jurídica – a voluntariedade de se

embriagar deveria estar atrelada à vontade de cometer um crime em estado de ebrio, mas não parece o caso, por não terem feito referência a essa relação de causalidade.

Em se tratando de embriaguez voluntária, a voluntariedade que existe é tão somente ao ato de ingerir remédio e de beber, que constituem atos atípicos e lícitos. Dessa maneira, para o crime cometido logo após a embriaguez ser punido a título de dolo direto deveria haver provas nos autos da intenção do autor. E a título de dolo eventual deveria o agente ter tido previsão do crime. No caso de dolo direto, seu estado de ebrio deveria ser incompleta nos termos do art. 28, II, do CP, pois se completa, seria o caso de responsabilidade penal objetiva⁷ (BRASILb, 2010; CHAMON JUNIOR, 2003a).

Por fim, poder-se-ia entender por uma embriaguez culposa, visto que o agente foi imprudente ao misturar bebida após a ingestão de medicamento psiquiátrico, nesse caso, tanto a embriaguez incompleta como a completa seriam aptas a punir legitimamente o agente, com fundamento basicamente no art. 28, inciso II, do CP (BRASILb, 2010; CHAMON JUNIOR, 2003a).

Assim, interessante teria sido se nos casos supramencionados, em os julgadores não entendendo por uma hipótese de embriaguez culposa e não cabendo a embriaguez preordenada, tivessem analisado o grau da embriaguez voluntária, antes de aplicarem a teoria da *actio libera in causa* sem o menor rigor técnico. Se incompleta, bastaria o art. 28, II do CP para legitimar tal responsabilização, se completa, o tribunal teria que enfrentar a questão da responsabilidade objetiva (BRASILb, 2010).

Dessa forma a recepção dada pelo código à teoria da *actio* gera um legalismo acrítico. Faz com que os juízes – para punirem um crime cometido em estado de embriaguez – deixem de aplicar a letra da lei e de enfrentar as controvérsias reveladas diante de casos de responsabilização objetiva e apliquem uma ficção jurídica ultrapassada, criada por força de Política Criminal a fim de atender aos clamores sociais. Conforme apontarão as críticas feitas pela doutrina.

⁷ Como será demonstrado no tópico referente às críticas à teoria da *actio* (tópico 3.3).

3.3 CRÍTICAS EM TORNO DE SUA ADOÇÃO

Não obstante a teoria da *actio libera in causa* ter surgido para solucionar os problemas relacionados aos estados de transitória perturbação da consciência nos casos da embriaguez alcoólica que o Direito Penal vinha enfrentando, essa encontrou uma solução punitiva para o agente que se colocava em situação de inimputabilidade para cometer um crime (SILVA, 2004).

Atualmente ela é alvo de muitas críticas que apontam para a sua falta de tecnicismo e ofensa a princípios basilares dos Direitos Constitucional e Penal (SILVA, 2004).

A primeira crítica à teoria vem no sentido dela não conseguir ser aplicada à luz da Constituição Federal. Isso se dá por haver ofensa ao princípio da legalidade (CHAMON JUNIOR, 2003a).

Como se sabe, a teoria da *actio libera in causa* está prevista na Exposição de Motivos do Código Penal. Esta, por sua vez, é o que baseia as fundamentações dos magistrados na responsabilização do sujeito ébrio. Um texto político, carente de normatividade, capaz de incriminar e punir alguém.

Portanto, fere-se o princípio da legalidade e da reserva legal, mais precisamente o corolário *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, na medida em que existe obscuridade e omissão da norma, por faltar-lhe taxatividade. O que força os intérpretes da lei procurarem outros mecanismos alheios à norma para legitimar a punibilidade do sujeito ébrio (CHAMON JUNIOR, 2003a).

Outra ofensa que existe ao princípio da legalidade é em relação à sua fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*. Pois existem alguns autores que aplicam a analogia *in malam partem*, e pior, em norma penal incriminadora.

É o que ocorre com o entendimento antigo exposto por Carrara e que muitos autores atuais têm adotado.

Segundo esse entendimento, na embriaguez voluntária e culposa, quando completas, exclui-se a imputabilidade por dolo direto permitindo a punição a título de culpa. Ao agir dessa maneira, desvirtua-se o caso concreto, a fim de se providenciar uma justificativa para a punição penal (CHAMON JUNIOR, 2003a).

O que existe é uma analogia para responsabilizar subjetivamente um indivíduo, quando a única solução jurídica que existe para esse caso é a sua não responsabilização. Porque se verifica uma hipótese de responsabilidade penal objetiva (CHAMON JUNIOR, 2003a).

A teoria da *actio* legitima a responsabilização do indivíduo em estado de **embriaguez completa** voluntária⁸ – preordenada ou não –, na qual inexistente estado de consciência e entendimento do caráter ilícito **no momento de sua conduta**. Logo, não existe dolo, já que não existe consciência e só quem a possui é capaz de querer alguma coisa. Leva-se, então, à inaplicabilidade da teoria pela inobservância do princípio *nullum crimen sine culpa*. O que acarreta na responsabilização objetiva do agente (SILVA, 2004).

Essa falta de entendimento do caráter ilícito ocorre pois existe uma necessidade de contemporaneidade entre a conduta criminosa do agente e a sua imputabilidade. E nos casos da embriaguez completa voluntária – preordenada ou não –, não há que se falar em culpa no momento do delito, já que a consciência está **completamente** alterada e perturbada a ponto de se considerá-la como ausente (MACHADO, acesso em 28/08/10).

Machado (acesso em 28/08/10) explica que o nosso diploma legal ao tratar dos casos de inimputabilidade, em seu art. 26, elege, como requisito para se reconhecer a inimputabilidade, a **existência conjunta** da causa biológica geradora da incapacidade absoluta – embriaguez – e o não entendimento do caráter ilícito da conduta ou de determinação de acordo com ele – falta de consciência da ilicitude –, ao tempo da prática do ato (BRASILb, 2010).

Nesse diapasão:

Portanto, forçoso é concluir que **a imputabilidade** ou inimputabilidade penal, conforme orientação do nosso diploma penal, **somente poderá ser aferida ao tempo da prática do fato típico e antijurídico** (independentemente de ser a conduta considerada omissiva ou comissiva) (MACHADO, acesso em 28/08/10) [grifo nosso]

Importante ressaltar que não se precisaria chegar à análise da culpabilidade, pois o que se verifica é que nem mesmo o fato típico existe. Porque inexistente o dolo.

⁸ Como foi explicado no tópico 3.2 RECEPÇÃO NO SISTEMA PENAL, não há controvérsia acerca da punição do agente que comete um crime em estado de embriaguez culposa – completa ou incompleta – ou por dolo eventual.

Jesus (2006) ensina que para a teoria finalista – a teoria adotada pelo Brasil – o dolo é a simples vontade de concretizar os elementos objetivos do tipo. Importa em dizer que o dolo não contém a consciência da ilicitude. Esta, pertence à culpabilidade.

Contudo, é necessário que estejam presentes os requisitos da consciência para caracterizar o dolo.

Nesse sentido, Jesus (2006, p. 289):

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 [grifo nosso].

Assim, se o agente não for capaz de conhecer as circunstâncias do crime ou tiver uma falsa apreciação sobre elas – por lhe faltar consciência – ficará afastado o dolo, por conseguinte, o fato típico (JESUS, 2006).

Logo, ao se excluir o fato típico por faltar consciência suficiente para caracterizar o dolo, não haverá necessidade de analisar na culpabilidade, a falta de consciência da ilicitude.

A aferição do dolo deve ocorrer no momento da realização da conduta tipificada, ou seja, a “noção do dolo pressupõe a referência ao próprio tipo”. Isso porque a teoria do crime ensina que não existe culpabilidade sem dolo, já que para se chegar ao juízo de reprovabilidade social – culpabilidade – deve-se preexistir um fato típico (CHAMON JUNIOR, 2003a, p. 158).

Assim, contrariando esses ensinamentos, os adeptos da teoria ensinam que a aferição de culpa, sentido amplo, deve ocorrer no momento antes da embriaguez, quando a ação era livre em sua causa. Segundo Chamon Junior (2003a, p. 157), “a teoria peca ao afirmar que o dolo deva ser constatado no momento de imputabilidade precedente à conduta típica”.

Nas palavras de Alberto Silva Franco (2001 apud SILVA, 2004, p.111):

É evidente que a **deslocação no tempo desse juízo** não bastou para camuflar a consagração legislativa de uma hipótese de imposição de pena, por pura **responsabilidade objetiva**, o que **colide francamente com o princípio do nullum crimen sine culpa**, apresentado como idéia-força de toda a reformulação da Parte Geral do Código Penal.

Então, na embriaguez preordenada – aquela em que o sujeito se embriaga com o fito de cometer o ilícito –, no momento em que antecede a embriaguez, o que existe é uma vontade de beber e um desejo de realizar o tipo objetivo quando embriagado. Não se pode falar em dolo quanto a conduta criminosa posterior. A embriaguez nesse caso será considerada tão somente um ato preparatório atípico (SILVA, 2004).

Esses são os ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli (1997 apud SILVA, 2004. p. 108-109):

Restritos ao dolo, a questão muda totalmente de aspecto, porque **a conduta de colocar-se em estado ou situação de inculpaabilidade carece de tipicidade objetiva**. Que conduta típica de homicídio configura o ato de beber? Trata-se apenas de um **ato preparatório atípico, porque a tentativa requer um começo de execução que deve exteriorizar-se**, e quando alguém está em um bar, bebendo na companhia de outras quinze pessoas por maior que seja a sua vontade de embriagar-se para matar seu rival no amor, sua conduta em nada distingue da dos quinze bebedores restantes, não se podendo ainda neste caso falar de começo de execução. Se neste momento fosse ele detido pela polícia, não haveria juiz na Terra capaz de condená-lo por tentativa de homicídio, porque há uma total ausência de tipicidade objetiva. Não havendo tipicidade objetiva (e, neste caso, os causalistas devem afirmar apenas inexistir tipicidade), não se pode conceber o dolo, porque a vontade deve ser a de realizar o tipo objetivo, mas, nesse momento, o que existe é só uma vontade de beber e um desejo de, embriagado, realizar o tipo objetivo. **Esse desejo nunca pode ser dolo, porque lhe falta toda tipicidade objetiva em que assentar-se** [grifo nosso].

Nesse contexto, é absurdo aceitar a aplicação da teoria para legitimar tal punição, uma vez que chega a atentar contra a dignidade humana do sujeito ébrio, na medida em que esse só expressou vontade livre para o ato de embriagar-se. Ele é punido por um ato criminoso praticado sem ao menos ter concorrido culposamente (CHAMON JUNIOR, 2003a).

É uma clara afronta à técnica da teoria do crime, na medida em que a teoria da *actio libera in causa* promove o juízo de culpabilidade no momento em que o sujeito resolve se embriagar, quando na verdade não existe crime. Intoxicar-se não é juridicamente típico. Confunde-se reprovação ética com reprovação jurídica e chega-se por isso a uma culpabilidade sem tipicidade (CHAMON JUNIOR, 2003a).

Ademais, o simples desejo de realizar o tipo objetivo quando embriagado não pode ser passível de punição, lição essa extraída do princípio da lesividade⁹. Este ensina que só a conduta capaz de lesionar, pôr em risco ou ofender um bem jurídico

⁹ Maiores explicações sobre esse princípio podem ser encontradas no tópico 1.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO PENAL.

pode ser considerada crime. Desse modo, comportamentos internos, pensamentos, cogitações de crimes não são considerados delitos.

Assim, a teoria também fere princípio basilar do Direito Penal ao legitimar a punição de um desejo.

Nesse momento, os filiados à teoria da *actio* para legitimar a sua aplicação argumentariam que o agente ao se colocar em uma situação de inimputabilidade e praticar um crime nesse estado, o fez como instrumento da vontade anterior, que foi manifestada quando ainda o era possível – antes de embriagar-se quando era imputável. Logo, não seria necessário que o dolo e a culpabilidade coincidisse com o momento em que se produz o resultado. Seria fundamental tão somente o dolo e a imputabilidade no **ato inicial** (SILVA, 2004).

Para justificar a prescindibilidade do dolo e da culpabilidade coincidirem com o resultado, os defensores da *actio* dão o exemplo da bomba-relógio: “o agente arma a bomba-relógio e, no momento da explosão, encontra-se dormindo em um lugar distante”. Em que pese esse agente esteja inconsciente no momento do resultado, não deixará de ser responsabilizado pelo ato criminoso (SILVA, 2004, p. 105).

Como percebe-se, no momento do resultado – explosão da bomba – o agente era inimputável e não possuía querer algum, assim como ocorre no caso da *actio libera in causa*. No momento do resultado, o sujeito ébrio encontra-se sem consciência livre e completa em razão da embriaguez. Deve-se, nos dois casos, o agente ser punido.

Portanto, para a teoria da *actio*, basta se verificar o elemento subjetivo da ação voluntária inicial e o nexo de causalidade entre essa e o evento ocorrido posteriormente, quando incapaz de conhecer o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com ele, para ser legítima a punição do crime praticado pelo ébrio (SILVA, 2004).

Nesse sentido, se critica essa ideia pois o sujeito sóbrio não possui o controle sobre as ações e vontades do sujeito ébrio. Pois, se assim fosse, não seria caso de aplicação da teoria. Isso porque em se tratando de embriaguez voluntária – preordenada ou não –, que é a única capaz de produzir inimputabilidade, “esse desejo de matar nunca poderá ser uma direção da causalidade até a finalidade”, visto que o “sujeito sóbrio não tem controle sobre o sujeito ébrio, nem tampouco sobre o domínio do fato” (CHAMON JUNIOR, 2003a; SILVA, 2004, p. 109).

Partindo desse pressuposto, quando o sujeito ébrio comete um delito para realizar uma vontade preordenada em seu espírito, percebe-se um nexó lógico e psicológico entre a ação criminosa e o desígnio precedente. Conclui-se que necessariamente a embriaguez não foi plena e dessa forma, não se pode falar em *actio libera in causa*, visto que a embriaguez incompleta é punida pela lei, conforme o art. 28 do Código Penal. Não existe necessidade da invocação da teoria (BRASILb, 2010 ; CHAMON JUNIOR, 2003a; SILVA, 2004).

É a explicação de Silva (2004, p. 107-108):

A embriaguez preordenada, segundo o entendimento de Carrara, somente será possível se a embriaguez não for completa, pois, se existe nexó lógico entre a ação e o desígnio precedente, no dizer do mestre, “**necessariamente a embriaguez não foi plena**”. E, se a embriaguez não é completa, evidentemente não há falar em *actio libera in causa*, que pressupõe um estado de inimputabilidade no momento da prática do crime. [grifo original]

Com relação ao exemplo da bomba-relógio, certamente não fará diferença alguma o agente estar dormindo, bêbado ou louco no momento do evento, visto que esse já praticou todo o ato executivo do crime. É uma tentativa acabada do resultado esperado. Basta a ocorrência do evento para que a tentativa se transforme em ato consumado. Assim, não há que se falar em aplicação da teoria da *actio libera in causa* nessa hipótese. Por outro lado, quando um sujeito se coloca em estado de inimputabilidade (embriaguez completa) e pratica um crime ou visa a prática de um crime, o ato de beber não é uma tentativa acabada do crime a ser praticado, nem tampouco é fato típico (SILVA, 2004).

Por fim, existe uma última crítica a se fazer à teoria. Esta trata-se de um instituto incoerente que fere não só a Constituição Federal de 1988, como também a técnica jurídica trazida pelo nosso Código Penal.

Ficou demonstrada a afronta à CF quando se verifica a inaplicabilidade do princípio *nullum crimen sine culpa*, o da dignidade da pessoa humana e o da legalidade.

Porém, a incoerência da teoria é verificada não somente ao se responsabilizar objetivamente o sujeito de um crime, conforme se demonstrou.

É percebida também quando um sujeito que se coloca em estado de ebridez culposamente pode ser punido legitimamente pelos artigos que tratam da embriaguez do Código Penal. Entretanto, em uma situação mais grave, quando o agente se coloca

voluntariamente em estado de inimputabilidade – preordenadamente ou não – e vem a praticar um crime, não existe punição legítima – constitucional e legal.

Tal se dá, pois a punição do crime no estado de **embriaguez completa** que se chegou **por dolo direto ou indireto** recai na responsabilidade objetiva. Verifica-se como é sem propósito falar-se em embriaguez voluntária por dolo¹⁰.

Isso porque, mais uma vez, os adeptos à teoria não veem problema ao entender a embriaguez como um fato típico, reprovável juridicamente. A embriaguez, como já falado, não passa de uma reprovação ética. E o dolo, este, é a vontade de realizar os **elementos do tipo**. Se não existe tipo, claro está que também não existirá o dolo. Dessa forma, pune-se um desejo anterior, como se dolo fosse (CHAMON JUNIOR, 2003a).

Assim, o Direito Penal pune a conduta culposa – menos grave – respeitando-se a Carta Magna e o Código Penal, todavia, não possui o condão legítimo de punir a conduta mais grave – aquela em que há voluntariedade – mesmo se utilizando da teoria da *actio*.

3.4 REDEFINIÇÃO DA PROBLEMÁTICA SOB UM ENFOQUE CONSTITUCIONAL

Diante de tudo que foi exposto, percebe-se a necessidade de se enfrentar a questão do crime cometido em estado de embriaguez voluntária completa. Visto que essa recai na responsabilização objetiva do agente.

Contudo, é evidente que, na prática, diante de um fato concreto, é quase impossível **provar** o grau da embriaguez do sujeito. O que dificulta a aplicação correta dos artigos do CP e se apela para a aplicação da teoria da *actio libera in causa*. Essa, por sua vez, convincente na tarefa de responsabilizar “legitimamente” o agente.

De acordo com Narcélio de Queirós, o “jurista deve procurar sempre soluções jurídicas para os problemas jurídicos”. Contudo, o que se verifica é que a Exposição de Motivos do Código Penal – que não tem força normativa por ser um texto político – é o que dá fundamento aos magistrados para aplicar a teoria da *actio libera in causa*. O que

¹⁰ Esse tratamento dado a embriaguez –por dolo direto ou indireto – é percebido no conceito moderno de Narcélio de Queirós, tratado no tópico 3.2 RECEPÇÃO NO SISTEMA DO CÓDIGO PENAL. Isso se dá pois esse seria o erro clássico dos defensores da teoria da *actio* em que confundem voluntariedade no ato de beber e dolo em praticar o crime. Visto que beber, por ser uma conduta humana, sempre será voluntária.

faz com que a Política Criminal se aproprie do papel de norma e responsabilize penalmente o ébrio (CHAMON JUNIOR, 2003a; SILVA, 2004, p. 88).

Assim, mais que uma mudança na consciência dos intérpretes do Direito – no sentido de enfrentar a teoria da *actio libera in causa* e afastar a responsabilização objetiva que deriva dela –, há que se imprimir uma vontade de mudança nos criadores das normas.

Nesse sentido, é poder-dever do Legislativo retirar do mundo jurídico a teoria que não se coaduna com o Direito Penal Constitucional, por meio de uma nova norma que dê tratamento legislativo adequado ao problema da embriaguez. É dizer, de forma clara e taxativa, sem que exista a necessidade de se recorrer à doutrina, à jurisprudência ou à Exposição de Motivos do Código Penal para solucionar a questão (CHAMON JUNIOR, 2003a).

A solução encontrada por alguns países, como Alemanha e Portugal, foi a criação de um tipo autônomo para o crime de ébrio (SILVA, 2004).

O Código Penal de Portugal criou o seguinte tipo (SILVA, 2004, p.125-126):

Art. 295º. Embriaguez e intoxicação:

1. Quem, pelo menos por negligência, se colocar em estado de inimputabilidade derivado da ingestão ou consumo de bebida alcoólica ou de substância tóxica e, nesse estado, praticar um fato ilícito típico, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.

2. A pena não pode ser superior à prevista para p fato ilícito típico praticado.

[...]

Ao se tipificar o crime de embriaguez completa, deixar-se-á de punir objetivamente o ébrio que cometeu o crime nesse estado.

A conduta de se embriagar passará a ser fato típico e, dessa maneira, plenamente possível será a existência do dolo. Esse será o dolo de alcançar a embriaguez completa. O crime – aquele praticado após se embriagar completamente – ao ser praticado, será condição objetiva de punibilidade (SILVA, 2004).

Esse tipo penal adotado por Portugal serve como exemplo e inspiração para o Legislativo brasileiro. Cada país deve adotar as normas em consonância com as respectivas Constituições e normas infraconstitucionais.

No Brasil, o melhor seria a sanção de pena restritiva de direitos e multa, ao invés de pena privativa de liberdade. Isso porque a prisão além de não ser capaz de corrigir e

reintegrar o sujeito na sociedade, acaba por torná-lo mais perigoso. Além de inflar um sistema que já não consegue se manter, devido ao grande número de presídios que passam por problemas de superlotação.

O importante, segundo os ensinamentos de Beccaria, não é o tamanho da pena, mas a certeza da punição (AMORIM, 2007).

Nesse sentido, se existir uma punição legítima e efetiva daqueles que cometem o crime em estado de embriaguez, possivelmente essas pessoas passarão a ter mais cautela antes de se embriagar.

Assim, com um Direito Penal legítimo e constitucional – que respeita a dignidade de todo cidadão –, o Estado Democrático de Direito passa a cumprir seu papel de defensor da sociedade contra as violações aos seus bens jurídicos fundamentais em harmonia aos princípios e normas que o regulam.

CONCLUSÃO

Muito se sabe hoje, que o problema do consumo de drogas ilícitas divide espaço também com o problema do exagero do uso de drogas lícitas, como, por exemplo, o álcool. Isso se deve ao fato do álcool ser uma droga lícita de fácil e livre acesso às pessoas e, quando consumido imoderadamente, leva a pessoa a agir de forma a pôr em risco a integridade física e a vida do próximo.

Uma grande problemática que o Direito Penal enfrenta é a punição do crime praticado pelo agente em estado de embriaguez completa voluntária, preordenada ou não. Para isto, faz uso da teoria da *actio libera in causa*, que tem por objetivo tentar legitimar a punição do crime de um ébrio ao tentar conciliá-la ao princípio norteador do *nullum crimen sine culpa*, uma vez que ao cometer o delito este encontra-se em situação de inimputabilidade.

O Código Penal atual trata da embriaguez no seu artigo 28 e nos respectivos incisos e parágrafos. Ademais, em sua Exposição de Motivos, faz referência à aceitação da teoria da *actio libera in causa* para resolver os problemas da responsabilidade penal no tocante à embriaguez.

Contudo, como ficou demonstrado no decorrer do presente trabalho, esse diploma só é capaz de punir legitimamente o crime praticado no estado de embriaguez – completa e incompleta – decorrente de culpa ou dolo eventual.

Isso porque nesses dois elementos – culpa em sentido estrito e dolo eventual – a tipicidade só é verificada se ocorrer o resultado. Assim, o dolo eventual ou a culpa e a culpabilidade são aferidos antes da produção do resultado típico. A grande diferença dessas figuras é a resignação ou a confiança perante o dever violado.

Portanto, não há problema na punição do sujeito que comete um crime em estado de embriaguez completa, quando for previsível ou existir previsibilidade de ocorrência de um delito nesse estado. Quando incompleta, mais razão há para se punir o agente, visto que existe consciência de sua conduta e o sujeito possui capacidade para determinar-se de acordo com a ilicitude do fato.

Todavia, quando o agente comete um crime embriagado completamente e esta embriaguez se dá de forma voluntária ou preordenada, não há que se falar em solução jurídica.

Isso porque não existe solução legítima e constitucional para o caso.

De acordo com o que foi exposto, o sujeito ao querer se embriagar para cometer um crime e vindo a cometê-lo embriagado completamente, não possui consciência. O que importa em dizer que não haverá dolo e, como consequência dessa atipicidade, não haverá culpabilidade.

Entretanto, os adeptos da teoria da *actio libera in causa*, insatisfeitos com a impossibilidade de se punir esse agente – por faltar solução jurídica que não recaia na responsabilização objetiva – e pressionados pelo clamor social – que exige a punição daqueles que cometem crimes embriagados– viram na Política Criminal a solução para o problema.

Criaram uma ficção jurídica que projeta o “suposto dolo ” e a “inexistente culpabilidade”, presente no momento em que o sujeito resolve se embriagar, para o instante em que o sujeito – inimputável – comete o delito.

Tal se dá, pois a embriaguez não é ato preparatório típico nem tampouco ato executório de qualquer crime. Não passa de uma conduta socialmente reprovável, circunstância confundida pela teoria da *actio* como uma reprovação jurídica.

A teoria peca ao caracterizar o desejo de realizar um crime embriagado como dolo. Fere, destarte, o princípio da lesividade.

O que se tentou demonstrar é que a teoria da *actio* sustenta a existência da culpabilidade sem a tipicidade, do dolo sem a consciência, promovendo indevida responsabilização objetiva e, principalmente, vilipendiando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do *nullum crimen sine culpa*.

Ademais, um texto político, carente de normatividade – que é a Exposição de Motivos – dá base aos magistrados para punirem o agente ébrio por meio da teoria da *actio*. Tal solução não se compadece com o postulado da legalidade.

A grande conclusão a que se chega é que a teoria da *actio libera in causa* – por ter sido acolhida pelo Direito Penal brasileiro na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 e posteriormente ratificada no de 1984 – não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

A vigente Carta Magna, ao erigir a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, faz com que este princípio seja observado tanto na consecução das leis, como na aplicação dessas.

Nesse sentido, ao se admitir uma teoria que confronta vários princípios constitucionais a ponto de ferir um fundamento da República, responsabilizando o ébrio

que cometeu um crime, fere-se a dignidade dessa pessoa. É que todos merecem ser responsabilizados em adequação às suas garantias constitucionais.

É verdade que não é socialmente certo que homicidas – motoristas-homicidas –, estupradores, assaltantes que cometem crimes desta natureza em estado de inimputabilidade, fiquem impunes, mas também não é constitucionalmente correto que tal punição se dê em função do sacrifício de seus direitos e garantias.

Cabe ao legislador brasileiro a tarefa de atualizar o diploma penal à luz da Constituição Federal de 1988, a fim de tornar legítima uma punição merecida. Segere-se seguir o exemplo de países que adotaram um tipo autônomo para o crime de embriaguez.

O maior erro ao se aceitar a punição por meio da teoria da *actio libera in causa* consiste na admissão do sacrifício imposto aos direitos fundamentais da pessoa humana, uma vez se mantenha a situação de inércia do legislador penal.

Deve-se, portanto, atualizar e constitucionalizar a responsabilização dos crimes cometidos em estado de embriaguez completa, sem, contudo, olvidar-se das conquistas trazidas aos cidadãos com a Nova Ordem Constitucional.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Pedro Rocha. *Anotações das aulas da disciplina Direito Penal I*. Brasília: UniCEUB/Curso de Direito: 2007.

BRASILa. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2008

BRASILb. Decreto – Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Brasília: Diário Oficial da União, 2010

BRASILc. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus. Habeas Corpus. Porte ilegal de arma de fogo. Arma desmuniçada. Falta de acesso pronto à munição. Atipicidade da conduta. Observância do princípio da lesividade. Ordem Concedida. HC 140061/ES. Sexta Turma. Impetrante : Thiago Piloni- Defensor Público. Impetrado : Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Paciente : Adeilson Marim Pereira. Relator: Ministro Celso Limongi. Brasília, 25 de maio de 2010. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=976414&sReg=200901217854&sData=20100621&formato=PDF

BRASILd. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus. Penal. Habeas Corpus. Furto. Princípio da insignificância. Incidência. Ausência de tipicidade material. Teoria constitucionalista do delito. Inexpressiva lesão ao bem jurídico tutelado. Ordem concedida. HC 161.800/MG. Quinta turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Wilson Gonçalves Santos. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 27 de maio de 2010. Disponível em

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14605217/habeas-corpus-hc-161800-mg-2010-0022973-8-stj/inteiro-teor>

BRASILE. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Apelação Criminal. Penal e processual penal. Estupro com violência presumida. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Aplicação da causa de aumento do art. 226, II do CP. Condição de padrao da vítima. Inexistência de ofensa aos princípios da correlação, vedação da analogia in malam partem e irretroatividade da lei penal mais gravosa. 2005 10 1 000581-3 APR. Segunda Turma Criminal. Apelante: Arnaldo Henrique da Silva. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Desembargador Arnaldo Camanho de Assis. Brasília, 05 de março de 2009. Disponível em:

<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=65&PGATU=4&l=20&ID=62184,76635,28868&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>

BRASILf. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Apelação Criminal. Penal. Roubo circunstanciado. Circunstâncias judiciais. Personalidade do agente. Reavaliação. Agravante da embriaguez preordenada e indenização dos prejuízos causados à vítima. Exclusão. APR 2006 01 1 029638-0. Segunda Turma Criminal. Apelante: Adalberto José da Silva. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Desembargador Arnaldo Camanho de Assis. Brasília, 04 de março de 2010. Disponível em:

<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=117&PGATU=6&l=20&ID=62184,78758,21260&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>

BRASILg. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Apelação Criminal. Apelação Criminal. Disparo de arma de fogo em via pública por soldado da polícia militar. Artigo 15 c/c artigo 20, ambos da Lei nº 10.826/2003. Pedido de absolvição por insuficiência de provas. Acervo probatório forte e coerente. Exclusão da imputabilidade penal pela embriaguez. Actio libera in causa. Inviabilidade. Doença mental não comprovada. Recurso conhecido e não provido. 20060710095359APR. Segunda Turma Criminal. Apelante: Francisco Roncalli Bicalho Félix de Almeida. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Desembargador Roberval Casemiro Belinati. Brasília, 02 de abril de 2009. Disponível em:

<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=51&PGATU=3&l=20&ID=62184,79839,8644&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>

BRASILh. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial. Direito Penal. Contravenção Penal (art. 32). Concurso de pessoas. O direito e sistema. O código penal, a lei fundamental da respectiva legislação. O concurso de pessoas decorre da conduta típica. Na contravenção penal (art.32), o verbo reitor é dirigir. Acrescente-se o elemento – sem a devida habilitação – e a circunstância de lugar – na via pública. Considere-se ainda o – resultado (sentido normativo). Renegue-se o delito perigo abstrato. Alguém pode estimular ou concorrer materialmente (entregar a chave do veículo, hipótese dos autos). Incide, pois, o disposto no art.29, código penal. De outro lado, o bem jurídico – incolomidade pública (preservação de pessoas e coisas indeterminadas). Foi posto na hipótese, concretamente, em perigo.REsp 34322 / RS. Sexta turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Marco Antônio Ortiz de Oliveira e Outro. Relator: Ministro Vicente Cernicchiaro. Brasília,01 de junho de 1993. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199300110519&dt_publicacao=02-08-1993&cod_tipo_documento=3

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Responsabilidade penal e embriaguez*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003^a

DURKHEIM, Émile. *Lições de Sociologia*. Tradução de Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, volume 1: Parte Geral*. 28^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2006

MACHADO, Leonardo Marcondes. Artigo: Inimputabilidade penal e a Teoria da “*Actio Libera in Causa*”. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, IBCCRIM. Site: www.ibccrim.org.br, acesso em: 28/08/10

MIRABETE, Julio Fabbrini. Atualização de Renato N. Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005a.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal I Parte Geral Arts. 1º a 120 do CP*. 25º. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2009ª

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *A embriaguez e outras questões penais (Doutrina – Legislação – Jurisprudência)*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal, Parte Geral e Parte Especial*. 5ª ed. Rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009b

NUNES, Rodrigues. *Dicionário Jurídico Rg*. 8ª ed. São Paulo: Editores, 2003c

RODRIGUES, Eduardo Silveira de Melo. *A embriaguez e o crime*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 4ª ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005b

SILVA, Haroldo Caetano da. *Embriaguez e a teoria da actio libera in causa*. Curitiba: Juruá, 2004

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000

ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renavan, 2003 b