

# Dolo e culpa na embriaguez voluntária

Hélio Simões Vidal  
Promotor de Justiça-MG  
Mestrando em Direito ( UGF-RJ )  
Professor de Direito Penal da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior –  
Juiz de Fora\MG

Alcoolismo e criminalidade. Espécies de embriaguez: acidental (caso fortuito, força maior e erro) não acidental (voluntária, culposa e preordenada) patológica Teoria da “*actio libera in causa*” Imputabilidade e presunção em matéria penal Dolo e culpa na embriaguez voluntária Bibliografia.

## 1. Alcoolismo e criminalidade

Remonta às brumas do tempo o uso de bebidas alcoólicas. JOSÉ ALVES GARCIA<sup>1</sup>[1] diz que o emprego de beberagens alcoólicas fermentadas remonta a muitos milhares de anos antes de Cristo e que “parece ter-se originado na Índia, onde coincidiu com o esplendor da cultura asiática, e daí ganhou o Oriente médio, o Egito e a Grécia; aqui a fabricação do vinho acusou a maior intensidade no apogeu helênico e se derramou pela civilização mediterrânea, para alcançar a máxima difusão e extensão no acume do Império Romano. Daqui, o cultivo da vinha e o uso de bebidas fermentadas ganharam a Europa central e setentrional, através do vale danubiano e o curso do Reno, onde ainda hoje conserva a maior densidade econômica, coincidindo com a máxima industrialização mecânica”.

O mesmo Autor<sup>2</sup>[2] lembra que o conhecimento das propriedades excitantes e estupefacientes de algumas plantas e do álcool etílico é documentado pelos mais antigos testemunhos etnográficos e paleontológicos, e revela, pois, uma constante necessidade humana, uma espécie de apetite profundo e irresistível para as drogas euforizantes e onirizantes.

Afirma EDUARDO SILVEIRA MELO RODRIGUES<sup>3</sup>[3], com apoio na lição de EVARISTO DE MORAES<sup>4</sup>[4], que não existe uma relação de causa e efeito entre alcoolismo e criminalidade, mas, apenas, uma influência; o álcool, então, não seria elemento causal direto na gênese do delito, mas poderia funcionar como *coadjuvante*. Por outro lado, assegura DEMETRIO CYRIACO FERREIRA

---

1[1] Verbete *Alcoolismo*. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. 3, pg. 161.

2[2] ob. cit. pg. 161.

3[3] *A Embriaguez e o crime*. Brasília Jurídica, pg. 22\23.

4[4] *A Embriaguez e o alcoolismo perante o direito criminal e a criminologia*, pg. 114\116.

TOURINHO<sup>5</sup>[5], com apoio em TAILLFER, que o álcool conduz ao crime e leva o alcoólatra a suprimir-se pura e simplesmente. “É no terreno regado pelo álcool que medram os crimes e os suicídios”, afirma.

A verdade é que, uma análise isenta do problema, informa a existência de estreita correlação entre álcool e criminalidade. Aquele ou é causa indireta ( desqualificação social do alcoólatra, deserção do trabalho, depauperamento físico e moral, indiferença afetiva ) ou direta da criminalidade ( pela influência do alcoolismo sobre a conduta do sujeito ), como estão a demonstrar os crimes cometidos em estado de intoxicação aguda, pela desinibição dos freios e controle das pulsões agressivas, favorecendo crimes violentos, contra o patrimônio ( dano, incêndio ), lesões corporais ( mormente agressões em família ), maus tratos contra crianças, crimes sexuais, injúrias, desacato e *particularmente*, os *crimes de trânsito*, que serão abaixo mais detidamente analisados.

Do mesmo modo, existe íntima correção entre abuso de *substâncias entorpecentes* e criminalidade. Como lembra FERRANDO MANTOVANI<sup>6</sup>[6]: “prescindindo do problema da criminalidade internacional organizada, dedicada ao tráfico de drogas, perigosíssima e em torno da qual gravitam colossais interesses econômicos, as relações entre *Toxicomania e criminalidade* vão examinadas sob os seguintes aspectos.: a) dos *efeitos criminosos indiretos*, enquanto a maior parte dos crimes praticados pelos drogados é cometida em razão do “estado de necessidade” devido à dependência ( crimes patrimoniais, agressões, receptações, e comércio “*al minuto*” de entorpecentes; b) dos *efeitos criminosos diretos*, sendo provado que certas drogas ( tais como anfetaminas e barbitúricos ) favorecem seguramente o cometimento de crimes violentos, sexuais, culposos, pela euforia, a desinibição, exaltação da agressividade, ligados ao efeito agudo das mesmas”.

No que pertine ao uso e abuso de *drogas ilícitas* ( maconha, LSD, cocaína, morfina, opiáceos etc. ) representa maior perigo o tratamento legal dado pelo Estado ao envolvimento da pessoa com aquelas, pela *marginalização e estigmatização* a que é levado o usuário, do que, propriamente, a lesividade da conduta. Vale a advertência de EDUARDO SILVEIRA MELO RODRIGUES<sup>7</sup>[7] “*De uma certa forma são as leis, e não as drogas que o fazem um criminoso*” ( *grifos originais* ).

O regime penal a que é submetido o usuário das denominadas “drogas ilícitas” é paradoxal, injusto, irreal, ineficaz. Drogas potencialmente corruptoras como o álcool e o tabaco são comercializados livremente, desse negócio beneficiando-se o Estado, fabricantes e comerciantes. Entretanto, ao usuário de drogas “ilícitas” prevê a atual legislação uma pena privativa da liberdade, absolutamente inútil e ineficaz.

Especificamente quanto à “maconha”, que é menos prejudicial do que o álcool<sup>8</sup>[8], identificando-se seus efeitos com os do tabaco, seu mecanismo ativo ( THC ) serve apenas como *fator desinibidor do comportamento*. De qualquer forma, como é tratada a matéria no âmbito criminal, hoje, serve apenas para

---

<sup>5</sup>[5] Verbete *Embriaguez* . Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. 20, pg. 66.

<sup>6</sup>[6] *Diritto penale*. Parte Generale, pg. 588.

<sup>7</sup>[7] *A Embriaguez e o crime*, pg. 27.

<sup>8</sup>[8] Álvaro Mayrink da Costa. *Direito penal*, vol. I, T. I, pg. 749.

estigmatização, etiquetagem ou rotulação ( *labeling* ), que não sofrem os alcoólatras, quando a dependência física, nesse caso, é incontestável<sup>9</sup>[9].

Lucidamente, mostra NILO BATISTA<sup>10</sup>[10] que a verdadeira droga, cujo abuso debilita, fere e mata, diretamente pela dependência ou indiretamente, nos espancamentos domésticos, brigas de lar e acidentes de trânsito, é o álcool. De “*lege ferenda*” propõe, com acerto, que o tratamento penal dado ao uso de drogas ilícitas deveria merecer símile regulamentação àquela relativa às drogas lícitas, tal como dispõe o art. 62 da Lei de Contravenções Penais.

Em verdade, a matéria deve ser tratada como sendo um problema de *saúde pública*. O tratamento punitivo, para a conduta daquele que detém para seu próprio uso, substância entorpecente ou que possa causar dependência psíquica, deve, em tudo e por tudo, ser equiparado àquela tratada pelo legislador, quando se refere ao consumo de drogas legais. “Por este motivo não deve chocar tão grandemente a proposta da descriminalização das drogas”<sup>11</sup>[11].

Ao usuário de substâncias entorpecentes sequer deveria ser reservado qualquer tratamento penal, ainda que brando, pois, “a observação atenta do fenômeno da criminalidade permite concluir, relativamente ao problema das drogas, que a nenhuma solução conduz a persecução penal ao viciado ou o rigor punitivo ao experimentador. Ao contrário, enquanto o último, geralmente primário, traumatizado pelo cumprimento de um ano de reclusão, tornará à comunidade já desambientado e predisposto a novas transgressões, o primeiro, agravado o seu estado patológico pela ausência de tratamento, não logrando suprir-se do tóxico durante o internamento, voltará fatalmente a usá-lo, e talvez pelas mesmas causas sócio-econômicas e psicológicas que o levaram ao vício, já então exacerbadas, passará, para mantê-lo, a exercitar o tráfico”<sup>12</sup>[12].

Nessa linha, a regulamentação italiana sobre uso e comércio de entorpecentes foi modificada pela Lei n. 162, de 26 de junho de 1990, sancionando, apenas e tão somente em via administrativa, e com finalidade de incentivo à submissão de tratamento terapêutico-reabilitativo, àquele que detenha, para uso próprio, quantidade de entorpecente não superior à média diária<sup>13</sup>[13]. Ou seja, a conduta ( porte de substância entorpecente para uso próprio ), é, perante o direito peninsular, atípica. E assim deveria ser perante o nosso direito.

Quanto aos delitos praticados, sob a imediata influência de álcool ou substância análoga, na *direção de veículos automotores*, inexistente dúvida que o seu tratamento penal deverá merecer outro enfoque; nesse caso, sendo patente a interferência do álcool na eclosão de acidentes de trânsito, muitas vezes com resultados fatais, não há que se transigir. Além disso, é inquestionável que a embriaguez ( ou utilização de estupefacientes ) ao volante constitui-se em conduta capaz de lesar ou expor a perigo a incolumidade pública.

---

<sup>9</sup>[9] *Idem, ibidem*.

<sup>10</sup>[10] *Punidos e mal pagos*. O problema das Drogas, pg. 59\69.

<sup>11</sup>[11] Eduardo Silveira Rodrigues. ob. cit., pg. 28. *Igualmente*: Nilo Batista, ob. cit. pg. 66.

<sup>12</sup>[12] Mena Barreto. *O Desafio das drogas e o direito*, pg. 98.

<sup>13</sup>[13] Ferrando Mantovani. *Diritto penale*, pg. 685; Francesco Antolisei – Luigi Conti. *Manuale di diritto penale*, pg. 566\567, n. 208.

A nova regulamentação da matéria ( em substituição à contravenção do art. 34 LCP, no que diz respeito ao *tráfego viário* ) está prevista no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro ( Lei n. 9.503\97 ), e, em redação que, a nosso juízo, deveria ter posto fim à celeuma doutrinária e jurisprudencial que ora entendia ser necessário à configuração do tipo o perigo concreto, ora apenas o perigo abstrato à incolumidade pública<sup>14</sup>[14].

JOSÉ DA SILVA LOUREIRO NETO<sup>15</sup>[15], com base no estudo do prof. MIGUEL REALE JÚNIOR, acima citado, conclui que a determinação da embriaguez, não podendo ater-se a critérios objetivos de dosagem alcoólica, e, tendo em vista a inexistência de correlação entre esta e os sintomas, além da interferência de fatores pessoais e individuais, que modificam a sintomatologia, informa que “cada caso há de ser considerado à parte” ( ob. cit. pg. 51 ).

Na jurisprudência, alguns julgados consideravam que a *taxa de concentração alcoólica* de 1,5 c<sup>3</sup>L configurava a contravenção de direção perigosa<sup>16</sup>[16]; em outros casos, consideravam a taxa de alcoolemia na proporção de 1,60 cm<sup>3</sup>L<sup>17</sup>[17], ou, então, outras variações, “*a maior*” ( v.g. 2,20cm<sup>3</sup>L e 3,20 cm<sup>3</sup>L<sup>18</sup>[18]).

A redação daquele dispositivo legal ( art. 34 LCP ) permitia a existência de interpretação tanto no sentido da desnecessidade quando da absoluta necessidade de demonstração “*in concreto*” do perigo à incolumidade pública<sup>19</sup>[19]. Entrementes, disciplinando “*ex novo*” a matéria, o novo Código de Trânsito Brasileiro prevê como “*crimen*” a condução de veículo automotor, na via pública, sob a *influência* de álcool ou substância de efeitos análogos, *expondo a dano potencial a incolumidade de outrem* ( art. 306, Lei n. 9.503\97 ). Fechou, assim, questão com a doutrina e jurisprudência majoritárias que entendiam configurar o tipo penal a simples direção de veículo motorizado sob efeito de álcool, independente da demonstração de perigo concreto à incolumidade pública.

Como lecionava DAMÁSIO DE JESUS<sup>20</sup>[20] “Tratando-se de objeto jurídico genérico ( incolumidade pública ), o perigo é também genérico ( ou abstrato ), não necessitando de comprovação caso por caso” ( ... ) “Na doutrina, essa posição encontra fundamentos em BENTO DE FARIA ( *Das contravenções penais*, 2. ed., p. 119 ), MANOEL CARLOS DA COSTA LEITE ( *Contravenções penais*, p. 137 ) e JOSÉ FREDERICO MARQUES ( *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 274)”.

Mais recentemente, LUIZ FLÁVIO GOMES<sup>21</sup>[21] também leciona que o tipo do art. 306 CTB não exige um perigo concreto, mas potencial: “O fundamental, portanto, é a real potencialidade lesiva da conduta, não a demonstração de um perigo concreto para uma vítima concreta. Pode ser que no

---

<sup>14</sup>[14] Geraldo de Faria Lemos Pinheiro. *Algumas notas a respeito da embriaguez ao volante*, RT 500\415:425; Miguel Reale Júnior. *Crime de embriaguez ao volante*, RT 450\339:345.

<sup>15</sup>[15] *Embriaguez delituosa*, pg. 50.

<sup>16</sup>[16] RT 265\167; RT 380\285.

<sup>17</sup>[17] RT 383:217.

<sup>18</sup>[18] RT 291\581; RT 386\271.

<sup>19</sup>[19] Art. 34. ‘Dirigir veículos na via pública, ou embarcações em águas públicas, pondo em perigo a segurança alheia. Pena – prisão simples, de 15 ( quinze ) dias a 3 ( três ) meses’.

<sup>20</sup>[20] *Questões criminais*, pg. 212\214.

<sup>21</sup>[21] *Estudos de direito penal e processo penal*, pg. 48\49.

exato momento da condução potencialmente lesiva ( direção em zigue-zague, por exemplo ) ninguém estivesse no local. Pouco importa. Mas como se cuida de via pública, qualquer um poderia no local se encontrar e ser efetivamente lesado”. Ademais, segue o renomado Professor, ‘o tipo penal não diz “expondo a perigo a incolumidade de outrem” ( ob. cit. pg. 49 ), mas em *dano potencial* a incolumidade de outrem<sup>22</sup>[22].

A nosso entender, o novo CTB pretendia colocar uma pá de cal sobre a matéria: direção de veículo automotor, sob influência de álcool configura o delito do art. 306 daquela “*lex*”. Não há que se provar a existência de um concreto perigo à incolumidade de outrem; a lei exige apenas o “*dano potencial*”<sup>23</sup>[23] ( perigo abstrato ). Repita-se, o Código de Trânsito Brasileiro não requer perigo concreto, mas, apenas, potencial ou abstrato para a sua configuração, não havendo necessidade de demonstração caso a caso. Por outro lado, é de observar-se, ainda com LUIZ FLÁVIO GOMES ( ob. cit. pg. 50 ), que ‘qualquer outra condução perigosa, que não venha a encontrar adequação típica no CTB, insere-se no âmbito de incidência do art. 34’ ( refere-se o Autor ao art. 34 LCP ) que não foi revogado, nele incidindo condutas outras que tenham exposto a risco a incolumidade pública e que não tenham sido praticadas sob ‘*influência*’ de álcool ou substância de efeitos análogos.

Sucedeu que a redação do tipo ( art. 306 CTB ) veio a fomentar, mais uma vez, nova e descontrolada plêiade de posicionamentos, com grave prejuízo à necessidade de certeza jurídica.

Inúmeros julgados dos tribunais estaduais, e, inclusive, o próprio STJ<sup>24</sup>[24], com efeito, passaram a exigir, para a configuração do ‘*crimen*’, o perigo concreto<sup>25</sup>[25], na esteira de respeitável doutrina<sup>26</sup>[26] que, mesmo na hipótese do art. 34 LCP, requisitava pelo menos uma razoável demonstração do perigo de dano ou à integridade das pessoas.

De outro lado, o mesmo DAMÁSIO DE JESUS<sup>27</sup>[27], posicionou-se pela existência ‘*in casu*’ de um ‘crime de lesão e de mera conduta’, prescindindo, pois, para a sua subsistência, do perigo concreto ou abstrato.

De fato, a redação do tipo levou ARNALDO RIZZARDO<sup>28</sup>[28] a afirmar que se o sujeito, ‘trafegando na via pública, sem transeunte algum naquele local e horário, ou sem passageiros, não expõe ninguém a perigo de dano potencial’, mas, porém, que ‘basta o simples fato de dirigir sob a influência de álcool, tanto que o

---

<sup>22</sup>[22] Posteriormente, passou a sustentar Luiz Flávio Gomes ( cf. Damásio de Jesus. Crimes de trânsito, pg. 157 ), que o delito do art. 306 do CT exige ‘perigo concreto indeterminado’.

<sup>23</sup>[23] A expressão ‘dano potencial’, para Nélson Hungria ( *Comentários ao código penal*, vol. I, T. 2, pg. 13 ) significa ‘perigo de dano’.

<sup>24</sup>[24] REsp. n. 82. 296, 6ª T. rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro

<sup>25</sup>[25] TAPR, RSE n. 0148937 – 8, 4ª Câmara. J. 15. 02. 2001, DJ 09. 03. 2001: ‘O delito de direção perigosa, devido a embriaguez ao volante, está entre os classificados como de perigo concreto’; TJRS, RSE n. 0158682 – 1, 1ª Câmara, j. 21. 06. 2001, DJ 03. 08. 2001.

<sup>26</sup>[26] André Luís Callegari. *Delitos de perigo concreto e delitos de perigo abstrato*. Algumas considerações sobre a contravenção prevista no art. 34, RT 748:504.

<sup>27</sup>[27] *Crimes de trânsito*, pg. 158.

<sup>28</sup>[28] *Comentários ao código de trânsito brasileiro*, pg. 640.

sujeito passivo é a coletividade<sup>29</sup>[29], inclinando-se pelo crime de perigo abstrato.

O crime do art. 306 CTB, entretanto, é, mesmo, de mera conduta, e, portanto, trata-se de um tipo estruturado sobre o perigo abstrato, não sendo necessária a averiguação da ocorrência de perigo concreto, configurando-se a infração ainda que deserta a via pública.

No que pertine à *prova da embriaguez* ( que não se presume, cf. HÉLIO GOMES<sup>30</sup>[30] ), poderá ser feita por exame de dosagem alcoólica, exame clínico, “*bafômetro*”, testemunhas etc<sup>31</sup>[31].

Sob o ponto de vista *fisiológico* ( efeito ) costuma-se classificar a embriaguez em alegre, furiosa e letárgica ( DEMETRIO CYRIACO FERREIRA TOURINHO, *ob. cit.* pg. 66 ), ou fase da excitação, incoordenação motora e coma<sup>32</sup>[32].

A embriaguez aguda comum ou fisiológica, no seu início, caracteriza-se pela excitação psicomotora, com palavras e gestos fáceis e rápidos; mas os processos psíquicos já deixam transparecer o desvio e a desinibição, pois o indivíduo torna-se falante e repetidor, desatento, confuso, perde o senso das conveniências e circunstâncias, comete inconfidências ( *in vino veritas* ), após a eloquência expansiva a que se seguem o impudor e a audácia<sup>33</sup>[33]. Na segunda fase, prossegue o Autor, o afrouxamento dos processos psíquicos aumenta sob a forma de insistência nas inconveniências e importunação, embaraço da palavra, ataxia, desarmonia dos movimentos, marcha vacilante ou ebriosa, defeituosa convergência do olhar, perda do tonus facial, expressão emparvecida; se a libação é copiosa ou contínua, segue-se um terceiro período, com crescente anartria e disfasia, sonolência ou sono comatoso, durante horas, do qual sai o indivíduo confuso, com cefaléia, náusea, inapetência, sede intensa e fraqueza muscular ( *idem, ibidem* ).

ODIN I. DO BRASIL AMERICANO<sup>34</sup>[34] sintetiza os mencionados estados de embriaguez, que assim são classificados em doutrina.: “O primeiro estado é o de certa loquacidade, de anulação dos freios inibitórios. É o chamado estado do *macaco*. O segundo caracteriza-se por confusão mental, incapacidade de apreciar os fatos e reagir normalmente. É o estado do *leão*. A terceira fase é a do relaxamento total, em que o agente dorme inscientemente. É o estado do *porco*”.

A doutrina considera embriaguez completa a figura em segundo lugar “pois, na primeira, o agente tem consciência do que está fazendo, e, na última fase, a do relaxamento total, somente pode ser concebida nas hipóteses de crimes omissivos” ( *ob. cit.* pg. 345 ). No mesmo sentido DAMÁSIO DE JESUS,<sup>35</sup>[35]

---

29[29] *Idem*, pg. 642.

30[30] *Medicina legal*, pg. 147.

31[31] Gilberto Passos de Freitas. *Embriaguez. perícia e proibição de dirigir veículos*. Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 31\96:100.

32[32] Miguel Reale Júnior, RT 450\340.

33[33] José Alves Garcia, *ob. cit.* pg. 163.

34[34] *Manual de direito penal*, pg. 345.

35[35] *Direito penal*, vol. 1, pg. 507;

A embriaguez pode ser definida como sendo a intoxicação do organismo causada pelo álcool<sup>38</sup>[38] ou substância de efeitos análogos<sup>39</sup>[39].

## 2. Espécies de embriaguez

Já nos referimos no *item 01* supra à divisão da embriaguez, no que se refere ao aspecto fisiológico; neste tópico, resta apreciar a classificação da embriaguez segundo o ponto de vista subjetivo, ou seja, em relação à sua *causa psíquica*.

### 2.1. Embriaguez acidental

*Acidental* é a embriaguez derivada de caso fortuito, força maior *ou erro*, segundo nosso particular ponto de vista, inobstante haja coincidência quanto ao tratamento jurídico-penal dado às três hipóteses: se plena a embriaguez, vale dizer, completa, isenta o agente de pena ( art. 28, § 1º CP ); se incompleta, a pena poderá ser reduzida ( art. 28, § 2º CP ).

“Embriaguez *fortuita* é a que não foi querida, nem poderia sê-lo, porque de causa que era ignorada pelo agente”<sup>40</sup>[40]. “Dá-se a *força maior* quando, embora ciente de que se está embriagando, a pessoa não o pode evitar, tal qual acontece em camadas inferiores, com o mau costume de obrigar-se outrem a beber, freqüentemente sob ameaça de arma em punho”<sup>41</sup>[41].

Apurada a existência da embriaguez, sendo esta completa e proveniente de caso fortuito ou força maior ( ou seja, embriaguez inevitável ) fica excluído o *juízo de culpabilidade*, isentando-se o agente de pena. Nesse caso, o agente não responde pelo crime, em face da ausência de culpabilidade<sup>42</sup>[42]. Vários exemplos têm sido lembrados: a ingestão de substância inócua, estando o agente insciente da adição na bebida de substância entorpecente; coação moral; o agente cai no tonel de bebida; trabalho operário em ambiente saturado de vapores alcoólicos<sup>43</sup>[43]; a existência de uma desconhecida predisposição constitucional, ativada por pequena dose de álcool<sup>44</sup>[44]; a conduta maliciosa de outrem; a ingestão de bebida alcoólica por parte de quem é acometido de mal súbito<sup>45</sup>[45]; a ingestão inócua quantidade de álcool, cujo efeito é potenciado, de modo imprevisível, pela anterior ingestão de farmacos<sup>46</sup>[46] ou, enfim, a hipótese de quem, encontrando-se no deserto, é obrigado a ingerir álcool, a única bebida existente, para não morrer.

---

36[36] *Manual de direito penal*, vol. 1, pg. 219.

37[37] *Manual de direito penal*, pg. 337\338.

38[38] Giulio Battaglini. *Direito penal*, vol. 1, pg. 261.

39[39] Fernando de Almeida Pedroso. *Direito penal*, pg. 494.

40[40] Jair Leonardo Lopes. *Curso de direito penal*, pg. 150.

41[41] Magalhães Noronha. *Direito penal*, pg. 190.

42[42] Damásio de Jesus, ob. cit. pg. 512.

43[43] Fernando de Almeida Pedroso, ob. cit. pg. 495.

44[44] Mirabette, ob. cit. pg. 218.

45[45] Antolisei, ob. cit. pg. 562.

46[46] Antonio Pagliaro. *Principi di diritto penale*, pg. 646.

## 2.2. Embriaguez não acidental

Diz-se *não acidental* a embriaguez que não é devida ao caso fortuito, força maior ou erro, subdividindo-se em: a) *voluntária*; b) *culposa*; c) *preordenada*. É voluntária ( ou intencional ) a embriaguez “quando o agente se entregou às libações alcoólicas com o propósito de embriagar-se”<sup>47[47]</sup>. “Diz-se culposa, quando o agente ingere voluntariamente a substância inebriante, sabendo os efeitos desnormalizantes sobre o seu psiquismo e prevendo a possibilidade de, no estado de ebridez, praticar reações delituosas”<sup>48[48]</sup>. Na síntese precisa de MAGALHÃES NORONHA “diz-se voluntária quando o agente bebe para se embriagar; culposa quando não tem esse propósito, mas isso sucede” ( ob. cit. pg. 189 ).

Nos dois casos, o Código Penal não prevê a exclusão da imputabilidade penal ( art. 28, II ), disposição essa tida por BASILEU GARCIA<sup>49[49]</sup> como de extremo rigor e, por muitos, como inconstitucional, por acolher uma hipótese de *responsabilidade objetiva*<sup>50[50]</sup>.

É *preordenada* a embriaguez quando o agente embriaga-se para cometer um crime ou apresentar uma escusa. Nesse caso, “o agente deliberadamente se embriaga para praticar a conduta delituosa, liberando seus freios inibitórios e fortalecendo sua coragem”<sup>51[51]</sup>. Hipótese em que se aplica, em sua totalidade, a teoria da “*actio libera in causa*”. Como doutrina ANÍBAL BRUNO<sup>52[52]</sup>: “Diz-se preordenada aquela em que o indivíduo se embriaga propositadamente para mais facilmente praticar o crime, animando-se de coragem ou sufocando os contra-estímulos à ação criminosa, ou para acobertar-se com uma dirimente ou atenuante. É a forma clássica da *actio libera in causa*. A sua forma típica”.

Provada a preordenação, não há isenção de pena, sofrendo essa, ainda, uma agravação ( art. 61, II, ‘I’ CP ).

## 2.3. Embriaguez patológica

---

<sup>47[47]</sup> José Frederico Marques. *Tratado de direito penal*, vol. II, pg. 240.

<sup>48[48]</sup> José Salgado Martins. *Direito penal*, pg. 311.

<sup>49[49]</sup> *Instituições de Direito penal*, vol. I, T. I, pg. 384.

<sup>50[50]</sup> Roberto Lyra Filho e Luiz Vicente Cernicchiaro. *Compêndio de direito penal*, p. 193; Fernando de Almeida Pedroso, ob. cit. pg. 498; Mirabette, ob. cit. pg. 219; Paulo José da Costa Júnior, *Curso de direito penal*, vol. 1, pg. 104; Magalhães Noronha, ob. cit. pg. 189; Frederico Marques. *Tratado de direito penal*, vol. 2, pg. 179:180; Fragoso. *Lições de direito penal*, pg. 210: ‘Se o fato delituoso praticado em estado de embriaguez, que conduz à incapacidade de entendimento e de autogoverno, não era sequer previsível, para o agente, no momento em que estava sóbrio, não há culpa e só se pode admitir que estamos diante de hipótese anômala de responsabilidade objetiva’; Edmundo José de Bastos Júnior. *Embriaguez e responsabilidade objetiva*, Revista da ESMESC, vol. 09, n. 16, pg. 231: ‘Outro fator biológico capaz de eliminar a capacidade de entender ou de querer é a embriaguez, pelo álcool ou qualquer outra substância de efeito inebriante. Aqui se defronta o Direito Penal moderno com complicado dilema, que ameaça violar um de seus postulados básicos, o *nullum crimen sine culpa*; ou deixa impune o ébrio, incapaz, por essa condição, no momento do fato, enfraquecendo a repressão à criminalidade, para a qual o álcool contribui, em grande proporção; ou considera-o capaz, sujeito a pena, configurando um caso de responsabilidade objetiva’.

<sup>51[51]</sup> César Roberto Bittencourt, ob. cit. pg. 343.

<sup>52[52]</sup> *Direito penal*. Tomo 2, pg. 150.

Por fim, é *patológica* ( ou crônica ) a embriaguez quando assemelha-se à doença mental, retirando do agente, total ou parcialmente, a capacidade de entendimento e volição. Esta é a que se verifica nos predispostos, nos tarados, nos filhos de alcoólatras. Aqui, o uso do álcool provoca alterações patológicas permanentes, “tali da far apparire indiscutibile che ci si trovi di fronte a una vera e propria malattia psichica: si pensi ad es. alla psicosi alcoolica di Korsakoff, alla paranoia alcoolica, al *delirium tremens* ecc.”<sup>53</sup>[53]

Manifesta-se, também, pela grande excitabilidade do seu portador, que é também acometido de alucinações, sentimentos de medo e furor, impulsos incontrolados. No caso do “*delirium tremens*”, o doente apresenta *facies* tremula e coberta de suores, inquietação, confusão, expressão angustiosa e abobalhada; seus sintomas principais são: turvação da consciência; inquietação motora; alucinações visuais móveis ( animais que pulam, paredes que caem ); em casos graves pode chegar-se à síndrome de Korsakoff<sup>54</sup>[54].

Também é patológica a embriaguez que leva ao *delírio alcoólico* que consiste num surto no curso de uma intoxicação crônica, ou estar ligado a um trauma ou doença intercorrente ( *ob. cit.* pg. 7 ), caracterizando-se pela irritabilidade, angústia e impressionabilidade. É seguida pelo delírio. “Às vezes, existe um fundo terrificante no delírio alcoólico: visão de animais ( zoopsias ) ferozes que atacam o doente; lutas com bandidos; participação em batalhas sangrentas etc.” ( *idem, ibidem* ).

No mesmo campo situam-se a *confusão mental alcoólica* ( onde predominam formas alucinatórias, podendo ocorrer de forma apática ou estúpida ), a *demência alcoólica* ( onde o doente apresenta tremores na língua e dedos, adormecimento de membros inferiores, desigualdade pupilar ( anisocoria ), reflexo à luz lento, impotência sexual, olhos salientes e “*facies vultoso*” ). O doente mostra-se abúlico, egoísta, incapaz de elaboração intelectual, desleixado, relapso, sem afeição, e procurando apenas extorquir ou furtar dinheiro da família para satisfazer os impulsos do vício. Ou, por fim, a *epilepsia alcoólica* ( que pode desencadear uma epilepsia genuína ) e a *síndrome de Korsakoff* ( que se desenvolve a partir do *delirium tremens* ), apresentando sintomas de perturbação acentuada da memória de fixação, desorientação; ocorrem delírios acompanhados de sintomas neurológicos, polineurite e paralisia dos músculos oculares; há hemorragias e proliferações vasculares na substância cinzenta da parede do terceiro ventrículo ( *idem, ibidem* ).

O tratamento penal, tendo em vista a existência de verdadeira *doença mental*, é regulado pelo art. 26 do Código Penal: “A embriaguez crônica ou patológica é assimilável à doença mental de que fala o art. 26, *caput*, pelo que constitui fator biológico da inimputabilidade” ( JOSÉ FREDERICO MARQUES, *ob. cit.* pg. 240 ).

### 3. Teoria da “*actio libera in causa*”

---

<sup>53</sup>[53] Fiandaca – Musco. *Diritto penale*, pg. 301.

<sup>54</sup>[54] João Batista de Oliveira e Costa Júnior. *Verbete Alcoolismo*. Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 6, pg. 6\7.

Fiando-se na lição de NARCÉLIO DE QUEIRÓS<sup>55</sup>[55], NÉLSON HUNGRIA<sup>56</sup>[56] doutrina que a essa teoria podem ser conduzidos não somente os casos em que o agente coloca-se, propositadamente, em estado de não-imputabilidade, “ou sem esta intenção, mas tendo previsto a possibilidade do resultado, ou, ainda, quando a podia ou devia prever”. Nesse caso, afastando a existência de responsabilidade objetiva, afirmava.: “O que legitima a punição na espécie, sem abstração do *nulla poena sine culpa*, é a inegável referência à ação ou omissão imediatamente produtiva do resultado antijurídico ao momento em que o agente se coloca em estado de inconsciência ou de abolição de *self control*” ( ob. cit. pg. 212 ).

Entretanto, é bem evidente que se a teoria em questão explica a punição dos crimes cometidos mediante embriaguez *preordenada* ( vale dizer, dolosa, ou, pelo menos, tendo o agente criado o risco da ocorrência do resultado, aceitando-o ( *dolo eventual* ), não explica, porém, os casos de embriaguez apenas voluntária ou culposa. Nesses casos, o sujeito não desejou, não previu nem havia elementos de previsão da ocorrência do resultado. “Nesta hipótese não se pode aplicar a teoria, embora o Código Penal e a “Exposição de Motivos” afirmem o contrário, no sentido da responsabilidade total do agente. Quando ainda imputável, o sujeito não agiu com dolo ou culpa em relação ao fato do crime determinado. A embriaguez não pode ser considerada ato de execução do crime que o agente não previu”<sup>57</sup>[57].

O campo de atuação das “*actio libera in causa*” é, unicamente, aquele da embriaguez dolosa<sup>58</sup>[58]. É a forma clássica da teoria, sua forma típica. Em verdade, a impropriamente chamada *actio* “culposa” dá origem a um crime estruturalmente culposos. O caso da mãe, que sabe ter um sono agitado e põe-se a dormir com o recém-nascido, matando-o por sufocamento, configura um crime culposos, não, porém, uma “*actio libera in causa*”.

Como doutrinava ANÍBAL BRUNO<sup>59</sup>[59], “Para configurar-se a hipótese, entretanto, é sempre necessário a existência do dolo no estado de imputabilidade anterior. O agente, assim, age como mandante de si mesmo, como instrumento de seu próprio desejo” ( nesse sentido, substancialmente, HUNGRIA, *Comentários* cit. vol. I, t. 2, pg. 212; ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, ob. cit. vol. I, t I, pg. 869; JAIR LEONARDO LOPES, *Curso* cit. pg. 152; FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit. pg. 674.: “Poichè la colpevolezza è rimprovero per l’atteggiamento della volontà e vi è colpevolezza finché la volontà è rimproverabile, la procurata incapacità rientra nella colpevolezza nei casi: a) di *incapacità preordinata*, che non può escludere la imputabilità perché essa stessa rientra nel dolo di premeditazione, in quanto il soggetto *predispone se stesso* come strumento del suo progetto criminoso” ( *g. n* ).

Na tentativa de explicar o fundamento da punição nas “*actiones liberae in causa*”, além do *critério causal* supra acenado ( expressamente vide GIUSEPPE

---

55[55] *Teoria da actio libera in causa*, pg. 40.

56[56] *Comentários ao código penal*, vol. I, t. 2, n. 83, pg. 211.

57[57] Damásio de Jesus. *Questões criminais*. Embriaguez: apreciação em face do código penal, pg. 215\220; no mesmo sentido in *Direito penal* cit. vol. 1, pg. 51.

58[58] Magalhães Noronha. *Direito penal*, cit. pg. 191.

59[59] *Direito penal*, cit. vol. 2, pg. 151.

BETTIOL – PETTOELLO MANTOVANI. *Diritto penale*, pg. 476 n. 3 ), a doutrina costuma buscá-lo na *ampliação do processo executivo do crime*, e, assim, constitui-se a embriaguez procurada “*ato de execução*” do delito; nesse sentido: Antolisei ( *ob. cit.* n. 202, pg. 548 ): “Colui che si ubriaca per porsi in condizione di commettere un delitto, *nel momento in cui si procura l’ebrietà comincia già ad eseguire il delitto stesso*” ( g.n. ) e BETTIOL ( *ob. cit.* pg. 477 ), para quem a circunstância é em tudo assemelhável àquela do agente que submete outrem a estado de incapacidade ou vale-se de uma terceira pessoa que age sob engano ou erro.

Essa é uma das questões mais intrincadas do problema penal da embriaguez. Entrementes, quanto ao segundo critério mencionado (ampliação temporal do conceito de “ato executivo”) é evidente a superficialidade. Ora, aceitando tal critério<sup>60</sup>[60], deveria ser punido o sujeito que procura embriagar-se para cometer o crime planejado, porém não logra o intento ( por uma circunstância qualquer, v.g. pela intervenção de um terceiro ou do ladrão que lhe furta a garrafa, ou porque esta caiu no chão, derramando o líquido ). Pense-se ainda na hipótese de o sujeito, planejado o crime, e procurando a embriaguez para cometê-lo, ver-se acometido de profundo sono ou letargia quando ainda rumava para o “*locus commissi delicti*”: seria punido porque, acatando-se o critério da doutrina supra, ao embriagar-se, já estaria desenvolvendo o processo executivo do delito!

O ato de embriagar-se preordenadamente é tão preparatório quanto aquele do ladrão que procura uma escada, v.g. para cometer o furto: “Il porsi, ad es., in stato di ebrietà per consumare un omicidio ha lo stesso valore giuridico che procurarsi una scala per consumare un furto. E come il procurarsi la scala non è ancora la condotta esecutiva del furto così non è la condotta esecutiva dell’omicidio il porsi in stato di ebrietà. Nell’uno e nell’altro caso questa condotta antecedente, infatti, non rientra nella fattispecie legale dell’omicidio o del furto”<sup>61</sup>[61]. Ademais, como lembra CARLO FIORE<sup>62</sup>[62], a questão é puramente de responsabilidade e culpa e não de tipicidade.

É preciso, pois, buscar uma explicação fora dos critérios supra mencionados, o que pretendemos com as seguintes considerações: em verdade, o sistema jurídico requer que o sujeito, ao praticar uma conduta sancionada com pena criminal, seja portador de consciência e vontade. Em suma, que tenha capacidade de entendimento e determinação. O Código Penal, por outro lado, procura isentar o agente de pena quando não lhe pode ser movido qualquer juízo de censura por ter agido sem essa necessária capacidade. Assim, nas hipóteses de *causas patológicas, fisiológicas* ou *fortuitas* que levem o sujeito a não alcançar o mencionado entendimento, procura o ordenamento isentá-lo de pena.

Porém, quando essa capacidade de entendimento e determinação é *procurada* pelo sujeito ( v.g., mediante ingestão de álcool, estupefacientes, narcóticos, *et similia* ), com predisposição daquele estado psíquico, a lei exclui,

---

<sup>60</sup>[60] Assim, Zaffaroni – Pierangelli. *Manual*, pg. 531: ‘o médico que se embriaga durante uma intervenção cirúrgica, para não suturar a ferida e deixar que o paciente morra de hemorragia, está realizando um ato de tentativa’; ‘a ação de embriagar-se é um ato de tentativa, um ato de execução’ ( *idem*, pg. 534 ).

<sup>61</sup>[61] Silvio Ranieri. *Manuale di diritto penale*, pg. 536\537.

<sup>62</sup>[62] *Diritto penale*, pg. 404.

através do mecanismo jurídico denominado *presunção* possa ele alegar a falta de consciência e vontade na prática do ato.

Com efeito, no momento da prática do crime deve ser imputável o sujeito, porém a lei não quer que este procure uma fácil escapatória, alegando ausência de entendimento ou determinação. Nessa hipótese, a lei considera que, em certos casos, o agente é plenamente imputável.

Assim, a imputabilidade subsiste ( o que normalmente ocorre ) nas hipóteses em que o sujeito *naturalisticamente* age com consciência e vontade ou, então, quando a lei considera imputável quem naturalisticamente possa não sê-lo por faltar essa capacidade de entendimento, *desde que* essa inconsciência seja procurada pelo agente. Isso em consideração ao fato de que a preordenada incapacidade é objeto do *juízo de reprovação*.

Como leciona FERRANDO MANTOVANI ( ob. cit. pg. 647 ), *‘seria pensável que tal incapacidade procurada exclua a imputabilidade quando ela mesma insere-se no foco do dolo ou culpa do agente?’*. Nas palavras do renomado Autor.: “L’imputabilità, che è presupposto della colpevolezza, come può venire meno quando l’incapacità è oggetto della colpevolezza? ( ob. cit. pg. 647 ).

A lei penal, conferindo garantias aos seus destinatários, exige, para irrogação de pena, que, no momento da prática do crime, tenha o agente consciência e vontade ( ou seja, tenha capacidade de entendimento e determinação ), somente excluídas quando, *por causas naturais ou fortuitas* não permitam ao sujeito alcançá-las. Se o próprio agente, para praticar o crime, ou apresentar uma escusa, persegue, dolosamente, o estado de incapacidade, é evidente que o juízo de censura incidirá porque, repise-se, a procurada incapacidade já faz parte do objeto da culpabilidade ( MANTOVANI, ob. cit. pg. 647 ).

Nem por isso o agente será chamado a responder, sempre e sempre, por qualquer delito praticado no estado de embriaguez. E nem a lei diz que o crime praticado, qualquer que seja, será sempre doloso. Tal somente ocorrerá quando o crime cometido esteja incluído na “*linha programática*” antecedente.

Com efeito, exige-se uma “*continuidade psicológica*” entre a deliberação ( embriaguez programada, dolosa ) e a causação do resultado ( que é, diga-se, *pressuposto mínimo* para a existência da “*actio libera in causa*” ). Pense-se no caso de Tício que, preordenada a embriaguez para matar Caio, e, colocado este no interior do veículo, para levá-lo ao local de execução, provoque “*in itinere*” a morte do desafeto por uma imprudência ao volante. Ou seja, “ocorre che il reato concretamente posto in essere sia del tipo di quello inizialmente programmato. Va sottolineato che il fatto criminoso concretamente realizzato deve essere omogeneo a quello inizialmente programmato perché, altrimenti, si creerebbe una frattura tale da recidere la necessaria corrispondenza tra fatto e colpevolezza”<sup>63</sup>[63].

Embora *rigoroso* o sistema, não se trata de responsabilidade objetiva, como sustentado por alguns autores<sup>64</sup>[64]; a lei, tendo em vista a existência de um reprovável “*dolo de premeditação*”, considera imputável quem, embriagando-se preordenadamente para o cometimento de um crime, pratica-o em condições que, se

---

<sup>63</sup>[63] Fiandaca – Musco. *Diritto penale*, pg. 304/305.

<sup>64</sup>[64] v.g. Alfredo de Marsico. *Diritto penale*, pg. 212.

não pudessem ser atribuídas à sua própria e reprovável conduta, teriam o condão de excluir a imputabilidade penal.

De resto, era o que dizia SILVIO RANIERI: “E la sua punibilità’ ( *do agente que embriagou-se preordenadamente* ) ‘si giustifica con la considerazione che essendo il comportamento successivo, sebbene svolto in stato di non imputabilità, attuazione del *dolo antecedente*, da questo è sorretto e guidato, tanto che a esso deve essere sostanzialmente conforme, così che vi spiega i suoi effetti *come se lo accompagnasse nel momento nel quale si estrinseca*”<sup>65</sup>[65] ( g.n. ).

Essa é, também, a sentença de CARLO FIORE ( ob. cit. pg. 404): “La *ratio* delle disposizioni che stabiliscono la punibilità delle azioni commesse in *stato di incapacità preordinato* - e il relativo principio di responsabilità - non è stata mai posta in discussione. Da un punto de vista politico-criminale, è del tutto ovvia l’esigenza di punire chi abbia programmato la propria incapacità per gli scopi indicati negli artt. 87 e 92, cpv, c.p ( *ma anche* chi volontariamente, o per leggerezza, si sia posto in condizioni di non poter controllare, successivamente, i propri atti, dei quali pertanto, dovrà rispondere, *come se* fosse stato pienamente capace di intendere e di volere )” ( g.n. ).

#### 4. Imputabilidade e presunção em matéria penal.

Não deve, assim, causar espanto a afirmativa de que, em certas hipóteses, pode não coincidir a naturalística capacidade de entendimento penal, com o dado normativo que a exclua “*ex vi legis*” ( v.g., conquanto possa um menor de 18 anos ter capacidade de entendimento e determinação, é considerado *inimputável* - art. 28 CP- *presumindo-se* essa inimputabilidade “*juris et de juris*” ).

Em outros casos, a lei pode considerar imputável quem, naturalisticamente, possa não ter capacidade de entendimento e determinação ( embriaguez preordenada ou voluntária ). A lei, ainda, pode valer-se de presunções para, v.g., sujeitar o inimputável à medida de segurança, embora ele não apresente a mínima periculosidade. Não é por outro motivo que o desconhecimento da lei é inescusável ( art. 21, primeira parte CP ), residindo, também aqui, a força de uma absoluta presunção “*ex vi legis*”.

Nesses casos, “existe um preceito de lei que estabelece como verdadeira determinada situação, independentemente da produção de provas que a demonstrem”<sup>66</sup>[66]. Quando essa ficção é estabelecida de forma absoluta, não se admite prova em contrário; vale dizer, a verdade legal não pode ser confutada por prova em contrário. Tal, como dito, é o caso da inimputabilidade legal dos menores de 18 anos. “O art. 27 do diploma penal, exemplificativamente, ao editar que os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, presumiu como verdade que lhes falta a maturidade penal, não tendo eles, conseqüentemente, capacidade de discernimento e compreensão para que possam entender o caráter criminoso do ato e determinar-se conforme esse entendimento”. *Trata-se de presunção absoluta ou juris et de jure, que inadmite prova em sentido oposto*”<sup>67</sup>[67] ( g.n. ).

---

<sup>65</sup>[65] *Manuale*, cit. pg. 537/538.

<sup>66</sup>[66] Fernando de Almeida Pedroso, ob. cit. pg. 472.

<sup>67</sup>[67] ob. e pg. cit.

No caso de doença mental ( art. 26 ‘*caput*’ do CP ), com comprometimento da faculdade de entendimento *ou* determinação, presume a lei “*jure et de jure*” a periculosidade do sujeito para, também por força do mesmo princípio sujeitá-lo à medida de segurança ( art. 97 CP ). *Nesse sentido*: DAMÁSIO DE JESUS68[68]. Ou seja, todo o sistema gira em torno a uma presunção, independentemente da periculosidade real do sujeito.

Assim, a coincidência entre a imputabilidade com a capacidade de entendimento e determinação não é plena, uma vez que a legislação ( como visto nos casos supra-apontados ), comumente, prevê hipóteses de não imputabilidade em presença de uma real capacidade de entendimento e determinação, bem como imputabilidade na ausência daquela capacidade.

O menor de 18 anos, que pratique o fato típico e antijurídico, deve considerar-se não imputável, ainda que possuísse essa capacidade de entendimento em relação ao fato; ao contrário nas hipóteses de embriaguez não acidental ( voluntária ou culposa e preordenada ), ou de emoção e paixão ( art. 28, I CP ), conquanto algumas controvérsias, a lei presume subsistente a imputabilidade “*juris et de jure*”.

Essa peculiaridade é conhecida dos autores peninsulares69[69]: “A onta dell’art. 85 la coincidenza dell’imputabilità con la capacità d’intendere e di volere non è piena, dato che la legislazione vigente prospetta ipotesi: *a*) di non imputabilità in presenza della capacità d’intendere e di volere; *b*) di imputabilità in assenza della capacità d’intendere e di volere”. E, exemplificando, traz à baila os casos do menor de 14 anos ( que perante a legislação italiana é inimputável ) e os casos de embriaguez não acidental ou por substâncias estupefacientes, bem como os estados emotivos e passionais.

Com efeito, particularmente nos denominados *estados emotivos e passionais*, é possível que, embora não se inserindo no conceito amplo de “doença mental”, possam, realmente, excluir a imputabilidade penal ( BOSCARRELLI, ob. cit. pg. 115 ). *A lei*, no entanto, e apenas por *razões de ordem prática*, presume subsistir a plena imputabilidade. Era o que dizia HUNGRIA, em conferência proferida na Faculdade de Direito de São Paulo, e reproduzida nos *Comentários ao Código Penal*, vol. I T. 2, cit. pg. 372, nota 23 “*a*” : “ Por mais que acarrete a obnubilação da inteligência, ou por mais que subverta o juízo de comparação entre os estímulos e contra-estímulos ou restrinja a faculdade de auto-governo, traduzindo uma verdadeira explosão afetiva, com rompimento dos liames entre a conduta e o psiquismo superior, e exprimindo-se numa reatividade ou descarga psicomotora incontrolável, *a emoção em face do Código vigente, deixa intata, por presunção juris et de jure, a capacidade de direito penal*” ( g. n ).

Nesse particular, conquanto pareceres em contrário, firmamos posição com ANÍBAL BRUNO70[70], pois, também aqui, apenas razões de política criminal ( para afastar a famigerada “perturbação dos sentidos e da inteligência” do direito anterior ) prevalece uma *exigência prática*, em contraste com a lógica jurídica ( ob. cit. p. 161, nota 8 ). Há casos, como menciona o inexcusável Autor, que

---

68[68] *Código penal anotado*, pg. 262.

69[69] v.g. Marco Boscarelli. *Compendio di diritto penale*, pg. 114\115.

70[70] *Direito penal*, cit. pg. 159\162.

avançam tanto na subversão dos fenômenos psíquicos que, na realidade das coisas, excluem as condições exigidas para a imputabilidade ( ob. cit. pg. 160 ), casos esses que, embora extremos e excepcionais, existem, e, dentro da lógica do sistema, o Direito não devia ignorá-los.

Em síntese, a legislação adota uma ficção, recusando-se a reconhecer à emoção ou paixão, o poder de excluir a imputabilidade, quando elas podem conduzir a uma compreensão e perturbação em alto grau da consciência ( MEZBER, MAURACH, SAUER, GERMAN, *cf.* ANÍBAL BRUNO, ob. cit. pg. 160, nota 8 ). No mesmo sentido é o pensar de FIANDACA – MUSCO71[71], para quem a legislação italiana ( não excluindo a imputabilidade nos estados emotivos ou passionais ) é de excessivo rigor, contrastante com o dado de experiência, no sentido de que também as paixões violentas podem diminuir a capacidade de autocontrole do agente.

Nosso Código, assim como o italiano, não atribui qualquer relevância penal a esses estados psicológicos, quando não derivam de fundo patológico. A imputabilidade persiste, pois, “*ex vi legis*” muito embora possa, no caso concreto, não subsistir. E isso porque, também aqui, é somente o dado legal que informa a subsistência de capacidade de entendimento ou determinação. Como diziam BETTIOL - MANTOVANI72[72]: “*Si tratta sostanzialmente, entro certi limiti, di una finzione di capacità*” ( g.n.).

Nem por isso, pode-se afirmar que, ao disciplinar a matéria específica da embriaguez, da emoção e da paixão, criou o Código uma “disfarçada” responsabilidade penal objetiva. Essa somente ocorre quando se sujeita alguém à imposição de pena sem que tenha agido com dolo ou culpa, ou sem que tenha ficado demonstrada sua culpabilidade, com fundamento no simples nexo de causalidade material73[73].

Não há, segundo pensamos, qualquer ofensa ao princípio da culpabilidade, quando a legislação prevê a não exclusão da *imputabilidade*, nos casos de “*actio libera in causa*”, embriaguez não acidental ou emoção e paixão. Vale notar que os autores que advogam a inconstitucionalidade do art. 28, II do Código Penal, não tecem qualquer consideração acerca da denominada “periculosidade presumida” (art. 97 CP) ou “inimputabilidade presumida” ( art. 27 CP ).

## 5. Dolo e culpa na embriaguez voluntária

Apreciando a hipótese específica da *embriaguez voluntária ou culposa*, bem como suas conseqüências no campo penal, DAMÁSIO DE JESUS74[74] considera que o sujeito responde pelo delito cometido *sempre a título de dolo*: “Complica-se a questão quando a conduta típica e ilícita é praticada pelo agente em estado de ebríez completa, voluntária ou culposa e não preordenada. Neste caso, o Código Penal determina que a ebríez não exclui a imputabilidade, pelo que o sujeito responde pelo delito a título de dolo” ( g.n. ).

---

71[71] *Diritto penale*, pg. 294.

72[72] *Diritto penale*, cit. pg. 495.

73[73] Damásio de Jesus. *Direito penal*, pg. 453.

74[74] *Questões criminais*, cit. pg. 215.

Por isso o renomado jurista vê no art. 28, II do CP uma hipótese de responsabilidade penal objetiva, repudiando-a, por vício de inconstitucionalidade ( ob. cit. pg. 217 ). Informa, ainda, que esse entendimento é compartilhado pela quase totalidade da doutrina brasileira: ANÍBAL BRUNO ( *Embriaguez voluntária ou culposa e responsabilidade penal*, Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, 7:17 e s., out.\dez., 1964; *Direito penal*, Rio e Janeiro, Forense, 1959, v. 1, t.2, p. 154 ); BASILEU GARCIA ( *Instituições de direito penal*, São Paulo, Max Limonard, 1956, v. 1, t. 1, pg. 351 ); MAGALHÃES NORONHA ( *Direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1963, v. 1., pg. 225; *Da ação livre na causa*, Diário de São Paulo, 28 set. 1969); SALGADO MARTINS ( *Sistema de direito penal brasileiro*, Konfino, 1957, n. 14, p. 99 ); HELENO CLÁUDIO FRAGOSO ( *Da responsabilidade penal no anteprojeto*, Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal brasileiro, São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 1965, p. 149; *A reforma da legislação penal*, vol. I, Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, 2:68 ); ROBERTO LYRA FILHO e LUIZ VICENTE CERNICCHIARO ( *Compêndio de direito pena*. Parte Geral, São Paulo, 1973, p. 193 ).

Mais tarde, na obra *Direito penal* ( pg. 510 ), DAMÁSIO DE JESUS parece modificar o pensamento exposto, para dizer que o sujeito, na embriaguez voluntária ou culposa, responde pelo delito, sem indicar a que título.: “*Se o sujeito comete uma infração penal sob efeito de embriaguez voluntária ou culposa, não há exclusão da imputabilidade, e, por consequência, não fica excluída a culpabilidade. Ele responde pelo crime*” E, concluindo, assevera que o Código, afirmando a não exclusão da imputabilidade, admite a responsabilidade penal objetiva. Por isso, o artigo *sob comento* ( 28, II do CP ) estaria revogado com o advento da Constituição Federal de 1988 que em seu art. 5º LVII, introduziu o *princípio do estado de inocência*.: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, *pois o mencionado artigo é incompatível com a presunção de dolo ou culpa*, “de modo que o art. 28, II do CP, deve ser interpretado de modo a não admitir mais a responsabilidade objetiva” ( ob. cit. pg. 511 ).

Várias têm sido as propostas doutrinárias de reformulação do mencionado dispositivo legal. Dentre elas, a sustentação da tese da criação do crime de embriaguez, nos moldes da legislação alemã<sup>75</sup>[75] ou uma interpretação “diferenciada” do dispositivo legal, a fim de que a punição somente possa surgir se e quando a prova tenha indicado que o agente, ao iniciar a ingestão do álcool, previu ou poderia prever que, no estado de embriaguez posterior, pudesse vir a cometer crime<sup>76</sup>[76].

Para MANZINI ( segundo notícia Antolisei, ob. cit. pg. 563 ), pelo fato cometido, o sujeito sempre deverá responder a título de culpa; para outros ( PAOLI e ESCOBEDO ), a responsabilidade deve dar-se a título de culpa, limitada aos casos em que essa figura é contemplada em lei e, para outros ( VANINI e MANTOVANI ), ainda como noticiado por Antolisei, deve considerar-se o vínculo psicológico do sujeito no momento em que se embriaga: se intencionalmente, responde a título de dolo; embriagando-se por imprudência, responde a título de culpa.

---

<sup>75</sup>[75] Damásio de Jesus. *Questões criminais*, pg. 215\220.

<sup>76</sup>[76] Jair Leonardo Lopes. *Curso*, pg. 153.

Todas as teorias devem ser refutadas. De responsabilidade objetiva não se trata; o Código não diz, em absoluto, que o delito é sempre imputado a título de dolo. Muito menos que esse é presumido “*juris et de juris*”. Diz, apenas, que a *imputabilidade* não fica excluída. Não diz o Código a *que título* ( dolo, culpa ou preterdolo! ) o sujeito será chamado a responder. Essa indagação virá “*a posteriori*”, segundo os elementos factuais encontrados no momento da prática do crime.

Em síntese, o Código Penal não atribui ao sujeito qualquer responsabilidade pela simples causação do resultado. *A imputabilidade* ( não o dolo ou a culpa! ) é que considera-se não excluída. Como doutrina ANTONIO PAGLIARO<sup>77</sup>[77]:

“Perciò è erronea la vecchia opinione ( ad. es., Zerboglio, *Imputabilità, responsabilità, ubriachezza volontaria*, in Riv. Pen., 1935, p. 136 ) per la quale l’art. 92 prima parte configurava un caso de responsabilità obiettiva. *Responsabilità obiettiva in senso stretto è la responsabilità senza dolo e senza colpa; non la responsabilità con dolo o colpa, ma senza capacità di intendere e di volere*”<sup>78</sup>[78].

Por outro lado, deve ser afastada a interpretação daqueles que pretendem atribuir a responsabilidade pelo crime cometido, no estado de ebridez voluntária ou culposa, segundo o elemento psicológico que anima o sujeito, quando da ingestão de álcool ( v.g., JAIR LEONARDO LOPES ). A interpretação, a par de não encontrar fundamento no direito positivo<sup>79</sup>[79], confunde o estado psicológico que provoca a condição de embriaguez com aquele que acompanha a sucessiva comissão do delito específico. O crime, então, seria doloso ou culposo se o agente, ao embriagar-se, previu ou devia prever ( culpa ) a prática do crime.

Porém, objetando, irretocavelmente, a posição adotada pelos partidários da teoria acima exposta, ensinam GIOVANNI FIANDACA – ENZO MUSCO<sup>80</sup>[80] que, assim raciocinando, incorre-se no risco de punir como culposos delitos cometidos dolosamente ( Tício, deixando-se arrastar à embriaguez, numa festa, onde somente encontrou afáveis e antigos amigos, após uma discussão com um deles, e, atacado de ira, mata-o ), e, vice-versa, de punir-se como dolosos, delitos involuntariamente causados, e que se seguiram a um estado de embriaguez procurada, prevista ou desejada ( Caio, após preordenada embriaguez, provoca a morte de um terceiro, por imprudência devido a um acidente automobilístico ).

A criação de um delito específico de embriaguez, onde o fato cometido nesse estado funcionaria como “condição objetiva da punibilidade”, no molde da legislação alemã, também não atende aos interesses da justiça penal. Forjada ou “arranjada” a prova da embriaguez, injustas desclassificações ocorreriam, punindo-se de forma mitigada crimes de grande censurabilidade. Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, no Brasil, essa opção seria nada menos do que *desastrosa*. Ademais, não é isento de críticas sérias o dispositivo do direito penal alemão que se pretende copiar para o direito brasileiro.

---

<sup>77</sup>[77] *Principi di diritto penale*, pg. 647, nota 18.

<sup>78</sup>[78] No mesmo sentido: Antolisei – Conti. *Manuale di diritto penale*, pg. 564.

<sup>79</sup>[79] Gaetano Contento. *Corso di diritto penale*, vol. 2, pg. 249.

<sup>80</sup>[80] *Diritto penale*, cit. pg. 298.

JIMENEZ DE ASÚA, citado por EDUARDO SILVEIRA MELO RODRIGUES<sup>81</sup>[81], em reunião para elaboração do Código Penal Tipo para a América Latina lembrou, acerca do despropositado alvitre, que “...han cuidado mucho de que no parezca que se castiga la embriaguez, sino que sólo se castiga el hecho cometido em estado de embriaguez; por tanto, esa comisión de ese delito ha actuado como una condición objetiva de punibilidad”. O que é típico, para o direito alemão, segundo a fórmula ali existente ( § 323 a StGB – *Vollrausch* ), no fundo, é o fato praticado em estado de embriaguez ( *Rauschtat* ), que, no direito alemão, constitui-se em autêntica condição objetiva de punibilidade<sup>82</sup>[82].

Aparentando punir a embriaguez, a fórmula em questão termina por punir, na verdade, um fato praticado em estado de inimputabilidade ( *Rauschtat* ), prescindindo, na concepção do artigo, da existência de dolo ou culpa, quando da comissão desse fato. Como consequência, não há como desconhecer, o mecanismo opera um *salto para trás*, sancionando penalmente uma conduta absolutamente indiferente, sob o aspecto penal ( o ato de embriagar-se – *Vollrausch* - ).

Em síntese, podemos concluir, com EDUARDO SILVEIRA MELO RODRIGUES ( ob. e pg. cit. ) : “Então, a fórmula alemã é a completa subversão do princípio, porque típico é o cometimento do delito, não a embriaguez. E uma condição objetiva de punibilidade, sem que haja ao menos culpa com relação ao fato\conduta incriminador, é condição penal objetiva, pura responsabilidade legal”

Nenhuma das teses propostas, como alternativas ao tratamento penal da embriaguez, sustenta-se em sólidos pilares. Outrossim, nenhuma réstia de inconstitucionalidade paira sobre o art. 28, II do CP que é plenamente *compatível* com o *princípio de culpabilidade*. Não se prescinde da investigação acerca do elemento subjetivo que animou a conduta do agente *no momento da prática do fato*. O título da imputação, na embriaguez voluntária ou culposa, sofre os influxos dos conceitos de dolo, culpa ou preterdolo.

A conduta será dolosa ou culposa segundo o apurado no momento da prática do crime<sup>83</sup>[83]. E razão assiste a CARLO FIORE<sup>84</sup>[84]: “O que vem debitado ao autor que se pôs ( voluntaria ou culposamente ) em estado de incapacidade, é o próprio fato doloso, preterintencional ou culposo, que em tal estado ele praticou: tal imputação é plenamente compatível com o princípio de culpabilidade face à possibilidade de mover-se ao sujeito uma reprovação pelo fato de ter-se posto culpavelmente, quando era plenamente capaz de entendimento e volição, numa condição que teria comportado a perda ou diminuição de suas capacidades de autocontrole”<sup>85</sup>[85].

---

81[81] *A embriaguez e o crime*, cit. pg. 76.

82[82] Bauman – Weber – Mistch. *Strafrecht*, pg. 529: ‘Objektive Strafbarkeitsbedingungen stellt das Strafgesetz nur bei einigen wenigen Straftatbeständen auf. Anerkannte Fälle objektiver Strafbarkeitsbedingung sind die Verbürgung der Gegenseitigkeit in § 104 a, die Nichterweislichkeit der behaupteten Tatsache bei § 186, die schwere Körperverletzungsfolge oder Tötung bei § 227, die *rechtswidrige Rauschtat bei § 323 a*’ ( g.n. ).

83[83] José Frederico Marques, *Tratado*, vol. 2, pg. 244.

84[84] *Diritto penale*, pg. 406.

85[85] Zaffaroni – Pierangeli. ( *Manual de direito penal brasileiro*, pg. 533 ) procuram harmonizar as disposições do art. 28, II do CP - embriaguez voluntária e culposa - com o princípio de culpabilidade ( art. 19, CP ). Para eles, “A lei não estabelece ser a embriaguez irrelevante e que

## 6. Bibliografia

- AMERICANO, Odín. I. do Brasil. *Manual de direito penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1985.
- ANTOLISEI, Francesco - CONTI, Luigi. *Manuale di diritto penale*. Parte Generale. 12ª ed. Milano: Giufrè, 1991.
- BARRETO, Mena. *O Desafio das drogas e o direito*. Rio de Janeiro: Renes, 1971.
- BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal*. São Paulo: Editora da USP, vol. 1, 1973.
- BAUMANN, Jürgen – WEBER, Ulrich – MITSCH, Wolfgang. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 10ª ed. Bielefeld: Gieseking, 1995.
- BETTIOL, Giuseppe - MANTOVANI, Pettoello. *Diritto penale*. 12ª ed. Padova: Cedam, 1986.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. Parte Geral. 4ª ed. São Paulo: RT, 1997.
- BOSCARELLI, Marco. *Compendio di diritto penale*. Parte Generale. 8ª ed. Milano: Giufrè, 1994.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, Tomo 2, 1984.
- CONTENTO, Gaetano. *Corso di diritto penale*. Bari: Laterza, vol. 2, 1996,
- COSTA JÚNIOR, João Batista de Oliveira e. *Alcoolismo*. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, vol. 6, 1978.
- DA COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito penal*. Parte Geral. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, Tomo I, 1991.
- DE MARSICO, Alfredo. *Diritto penale*. Parte Generale. Napoli: Jovane, 1969.
- FIANDACA, Giovanni - MUSCO, Enzo. *Diritto penale*. Parte Generale. 3ª ed., Bologna: Zanichelli, 1995.

---

o agente deva ser apenado em todos os casos, e sim que a embriaguez voluntária ou culposa, completa ou incompleta, não excluem a imputabilidade'. De forma que a previsão 'está de conformidade com uma construção lógica do crime e não contraria o princípio de culpabilidade, porque existe uma ação; que é reprovável - embriagar-se pela ingestão de álcool ou substância de efeitos análogos - *na qual a imputabilidade permanece intocável*' ( g.n. ).

- FILHO, Roberto Lyra - CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Compêndio de direito penal*. Parte Geral. São Paulo: José Bushatsky, 1973.
- IORE, Carlo. *Diritto penale*. Parte Generale. Torino: UTET, vol. 1, 1997.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. A Nova Parte Geral. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- FREITAS, Gilberto Passos de. *Embriaguez. Perícia e proibição de dirigir veículos*. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, vol. 31, 1977.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Max Limonard, vol. 1, T. I, 1980.
- GARCIA, José Alves. *Alcoolismo*. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Borsoi, vol. 3, s/d.
- GOMES, Hélio. *Medicina legal*. 18ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1977.
- GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: RT, 1999.
- HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, t. 2, 1958.
- JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.  
\_\_\_\_\_. *Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 1997.  
\_\_\_\_\_. *Questões criminais*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.  
\_\_\_\_\_. *Crimes de trânsito*. Anotações à Parte Criminal do Código de Trânsito. São Paulo: Saraiva, 1998.
- JÚNIOR, Edmundo José de Bastos. *Embriaguez e responsabilidade objetiva*. Revista da ESMESC, vol. 09, n. 16, dez.\2001.
- JÚNIOR, Miguel Reale. *Crime de embriaguez ao volante*. RT 450\339.
- JÚNIOR, Paulo José da Costa. *Curso de direito penal*. Parte Geral. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 1995.
- LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal*. Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: RT, 1996.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Parte Generale. 3ª ed. Milano: CEDAM, 1992.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, vol. 2, 1997.  
\_\_\_\_\_. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, vol. 2, 1965.
- MARTINS, José Salgado. *Direito penal*. Introdução e Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1974.

- MIRABETTE, Júlio Fabrini. *Manual de direito penal*. Parte Geral. São Paulo: atlas, vol. 1, 1997.
- MORAES, Evaristo de. *A Embriaguez e o alcoolismo perante o direito criminal e a criminologia*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos e Cia. s\d.
- NETO, José da Silva Loureiro. *Embriaguez delituosa*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. Parte Geral. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale*. Parte Generale. 5ª ed. Milano: Giufrè, 1996.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal*. Parte Geral. São Paulo: Leud, 1993.
- PINHEIRO, Geraldo de Faria Lemos. *Algumas notas a respeito da embriaguez ao volante*. RT 500\415.
- QUEIRÓS, Narcélio de. *Teoria da actio libera in causa e outras teses*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- RANIERI, Silvio. *Manuale di diritto penale*. Parte Generale. 4ª ed. Padova: CEDAM, 1968.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro*. 4ª ed., São Paulo: RT, 2003.
- RODRIGUES, Eduardo Silveira Melo. *A Embriaguez e o crime*. Brasília\ DF: Brasília Jurídica, 1996.
- TOURINHO, Demétrio Cyriaco Ferreira. *Embriaguez*. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Borsoi, vol. 20, s\d.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl - PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: RT, 1999.