

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 48 • nº 191
Julho/setembro – 2011

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Alcoolismo e tratamento penal da embriaguez

Cristhyan Martins Castro Milazzo e
Hudieny Dias de Souza

Sumário

1. Breve histórico do alcoolismo. 2. Efeitos do álcool sobre o homem. 3. A embriaguez alcoólica e a teoria da *actio libera in causa* hoje. 3.1. Modalidades de embriaguez alcoólica. 3.2. Conduta do agente. 3.3. Culpaabilidade. 3.4. O princípio do *nullum crimen sine culpa*. 3.5. A teoria da *actio libera in causa*. 4. Conclusão.

1. Breve histórico do alcoolismo

Conhecer a sucessão de fatos e descobertas relacionados ao alcoolismo é importante tanto para se tomar uma postura mais consciente diante do ato de beber, como para entender os reflexos dessa doença na sociedade, a ponto de, às vezes, lançar-se mão de soluções práticas desconectadas do ordenamento jurídico, para aplacar os danos sociais e econômicos provenientes da embriaguez.

Com isso em foco, tomar-se-á como divisor de águas o Movimento de Temperança, que, segundo Jandira Masur, foi a mais longa e conhecida tentativa de prevenção dos problemas ligados ao abuso do beber, iniciada no fim do século XVIII nos Estados Unidos (MASUR, 1988, p. 61).

O álcool é a substância psicoativa¹ que mais provoca transtornos no cotidiano das

Cristhyan Martins Castro Milazzo é mestre em Direito, doutoranda em Ciências da Religião, professora efetiva da Universidade Estadual de Goiás, assessora executiva da Pró-reitoria de Pesquisa e Pós-graduação da UEG e coordenadora do Curso de Direito das Faculdades Objetivo - ASSOBBES/IUESO.

Hudieny Dias de Souza é bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás e advogado.

¹ “Uma droga psicoativa é qualquer substância química que, quando ingerida, modifica uma ou várias funções do sistema nervoso central, produzindo efeitos psíquicos e comportamentais. São drogas psico-

pessoas, ao lado de outras, como cocaína e heroína.

Ele e seus problemas há muito são conhecidos. Segundo Jandira Masur (1988), as primeiras informações sobre seu uso datam do ano de 6000 a.C., quando começou a se difundir. Menna Barreto mostra o uso da substância no Egito Antigo: “Há milênios os egípcios já usavam bebida inebriante, obtida da fermentação da água da chuva e mel, enquanto nos festejos do Nilo entregavam-se a orgias alcoólicas coletivas, utilizando substância conhecida pelo nome de Trag (BARRETO, 1979, p. 11).” E Aristóteles (1992, p. 57), relacionando o tema ao Direito Penal, já na Antiguidade Clássica lecionava:

“[...] punimos uma pessoa até por sua ignorância, se ela for considerada responsável pela ignorância, como quando as penalidades são dobradas, no caso da embriaguez; efetivamente, a origem da ação está no próprio homem, pois estava ao seu alcance não ficar embriagado, e a embriaguez foi a causa de sua ignorância.”

O uso historicamente precoce do álcool deve-se, em parte, ao fato de que sua matéria-prima, o açúcar, pode ser facilmente obtida em qualquer região. Além disso, o álcool alimenta, já que em cada grama provê sete calorias (MASUR, 1988, p. 10-11).

As primeiras bebidas alcoólicas foram as fermentadas cerveja e vinho. Com a Idade Média, surgem as bebidas destiladas, aplacando mais as preocupações e a dor e assumindo virtudes mágicas (MASUR, 1988, p. 13).

Edgar Magalhães Noronha (1991, p. 178) mostra aspectos ruinosos da bebida, inclusive em relação aos autóctones da América Pré-Colombiana:

“Em sua *Criminologia*, formula Afrânio Peixoto verdadeiro libelo-crime acusatório contra o alcoolismo. Começa por dizer que é irrisão ter o ho-

ativas o álcool, maconha, cocaína, café, chá, diazepam, nicotina, heroína etc.” (DALGALARRONDO, 2000).

mem feito das fezes de uma bactéria – o álcool é o produto de desassimilação de um *saccharomyces* – sua delícia. Mostra as desastrosas conseqüências sobre o organismo humano e sobre a descendência do alcoólatra. Aponta as estatísticas da criminalidade, registrando seus índices mais elevados nos sábados e domingos e decrescendo daí por diante. Chama a atenção para a conduta dos governos, que não vacilam em auferir rendas a sua custa. Lembra a dizimação que ele produziu no *pele-vermelha* da América do Norte e em nosso *selvagem*, queimando-se antes com o cauim e mais tarde com o *cauimtatá* (cachaça) que o *civilizado* lhe deu.”

E também na Idade Moderna, um fato literário pode contribuir para unificar uma visão histórica do álcool e expor mais características da substância:

“Macduff. E que três coisas [...] a bebida provoca tão especialmente? O Porteiro. [...] nariz vermelho, sono e vontade de urinar. Quanto à luxúria, a bebida incita-a e reprime-a ao mesmo tempo: provoca o desejo, mas *impede-lhe a execução*” (SHAKESPEARE, 1961, p. 33, grifo nosso)

O Movimento de Temperança suprarreferido buscou inicialmente evitar o abuso de álcool, por meio de princípios morais, médicos, econômicos e nacionalistas, combatendo-se especialmente os destilados.

Por volta de 1830, começa uma cisão no Movimento. “Os chamados ‘absolutistas’ [...] passaram a defender a [...] *abstinência total* de bebidas alcoólicas” (MASUR, 1988, p. 62).

O Movimento, em torno de 1840, passou a buscar a proibição total do álcool. “Em 1851 o movimento teve sua primeira vitória importante quando o estado do Maine proibiu a venda de bebidas alcoólicas” (MASUR, 1988, p. 63). Em 1920, o Congresso emendou a Constituição estadunidense proibindo a fabricação e venda de bebidas

alcoólicas, dando início ao período conhecido por Lei Seca, que se estenderia até 1933, quando forte antagonismo público levou à revogação da proibição, durante a qual o mercado negro de bebidas alcoólicas e até mesmo o uso do nocivo álcool metílico foram uma realidade para fazer frente à inconstitucionalidade da comercialização (MASUR, 1988, p. 66-67).

No entanto, onde o Movimento mais se caracterizou foi nos Contos da Temperança, gênero específico de literatura e de arte gráfica que incluía pequenas histórias, novelas, peças e ilustrações dos efeitos deletérios do álcool no organismo e na condição social.

Atualmente, são diversas as alternativas às quais muitos países recorrem para combater o alcoolismo. “Uma das mais discutidas diz respeito ao aumento de preço das bebidas alcoólicas” (MASUR, 1988, p. 69). No entanto, é a educação sobre o álcool a única medida unanimemente defendida pelos envolvidos na prevenção dos problemas associados ao beber, com programas escolares e campanhas dirigidas a todos (MASUR, 1988, p. 74).

2. Efeitos do álcool sobre o homem

O Código Penal brasileiro, ao prever casos genéricos de manutenção da imputabilidade penal, normatiza no art. 28, inciso II:

“Art. 28. Não excluem a imputabilidade penal:

(...)

II – a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.”

Devido à dificuldade de se estabelecer o conceito de alcoolismo, fica-se com o conceito de embriaguez que se pode depreender dessa norma, haja vista inclusive as várias tentativas de resposta (determinações biológica, psicológica e sociocultural) que levam a conclusões discriminatórias ou pelo menos insuficientes para uma noção mais ampla sobre a causa do alcoolismo (MASUR, 1988, p. 28-43).

O álcool geralmente é introduzido no organismo por via digestora, indo ao estômago e daí para o sangue através da difusão. Cerca de 90% da defesa orgânica se processa por oxidação, e, antes de decorridas 24 horas de sua ingestão, ocorre sua eliminação total, também pelas vias excretoras, renais e respiratórias, embora 70% da substância já esteja eliminada em até 11 horas após sua entrada no organismo (MARANHÃO, 1996, p. 389-390). Quando no fígado, o álcool é biotransformado em aldeído acético, que se converte em acetato pela enzima acetoaldeído desidrogenase. O acúmulo desse aldeído provoca efeitos desagradáveis: rubor facial, hipotensão, taquicardia e náuseas (MASUR, 1988, p. 33-34). Os reflexos são retardados mesmo em baixa concentração sanguínea da substância e, com um pouco mais de concentração, é difícil a percepção simultânea de mais de um objeto, comprometendo, por exemplo, a execução de manobras para evitar acidentes. Além disso, a resposta ao estímulo sonoro (de lenta propagação) é mais rápida em comparação àquela estimulada pela luz (de difusão rápida) (MARANHÃO, 1996, p. 401-402), em razão de que o ébrio, por estar com seus centros de controle intoxicados, talvez tenha dificuldade de reagir a/perceber estímulo ondulatório de alta frequência.

Para se caracterizar as fases da embriaguez alcoólica, sob o prisma médico-legal, recorre-se à embriaguez simples, aquela normalmente tomada como parâmetro para descrever os fenômenos próprios do alcoolismo, com exclusão dos crônicos.

“Aqui, tem-se três fases, com suas respectivas características principais:

1) eufórica – funções intelectuais excitadas, com os centros de controle intoxicados, embora o álcool seja depressivo; vontade e autocrítica rebaixadas; comprometimento da capacidade de julgamento; certo erotismo, pela desinibição; atenção diminuída e aumento do tempo de reação (latência); 2) agitada – profundas pertur-

bações psicossensoriais, acarretando acidentes ou infrações penais (atos anti-sociais); alteração das funções intelectuais, do juízo crítico, da atenção e da memória, com propósitos desordenados ou absurdos; atentados sexuais e agressões como delitos; perda do equilíbrio; há liberação do controle; perturbações visuais, tais como diplopia, e às vezes anestesia, e 3) comatosa – sono no início e coma se instalando progressivamente; pode haver espúrcia, por relaxamento dos esfíncteres, e vômito, conseqüente à náusea; depois, anestesia profunda, abolição dos reflexos, paralisia e hipotermia; pode ser fatal, principalmente se exposição ao frio; morte pode sobrevir por broncopneumonia aguda, como pode ocorrer se o ébrio dormir na rua, por asfixia após sufocação provocada por regurgitamento de alimento, por hemorragia ou por processo meníngeo ou pancreático” (MARANHÃO, 1996, p. 390-393).

O alcoolismo gera a dependência física. Ao parar de beber, o alcoólatra pode sentir um mal-estar intenso em razão da síndrome de abstinência, que na sua forma mais severa é conhecida por *delirium tremens*², sanado pela ingestão de álcool.

Sob o enfoque jurídico-penal, também tem-se três fases: 1) excitação – corresponde à modalidade incompleta, em que os freios morais estão frouxos, mas o agente ainda tem consciência, apesar de demonstrar euforia, loquacidade, menor capacidade de autocritica e haver desinibição; 2) depressão – a embriaguez já é completa, com confusão

² “É uma complicação aguda que ocorre no decurso do alcoolismo crônico. Pode aparecer após enfermidade infecciosa, traumatismo ou período de abstinência intempestiva. Há insônia, agitação psicomotora, parestesia, incoordenação motora, tremores e confusão onírica. Depois aparecem ilusões e alucinações (zoopsias e imagens ‘liliputianas’). Aparece também um quadro orgânico: sudorese, febre, anorexia, oligúria, hipotonia muscular, halitose e hipotermia. Pode ocorrer êxito fatal” (MARANHÃO, 1996, p. 394).

mental, falta de coordenação motora, ausência de censura ou freios morais, perdendo o agente a consciência e a vontade livres, e 3) letargia – também aqui a embriaguez é completa; ocorre sono profundo, podendo haver coma (SILVA, 2003, p. 53-54).

Além do conhecimento do alcoolismo, caracterizado por um consumo crônico de álcool e primazia do beber, com todas as suas conseqüências sobre a saúde individual, o conhecimento dos reflexos dessa doença no plano socioeconômico e jurídico também é relevante para se ter noção clara do estado a que pode chegar quem não se atém ao primeiro gole.

Independentemente do que leve ao contato com o álcool, seja interesse econômico, ideologia para manter o *status quo* da miséria com o intuito de, por exemplo, diminuir o valor da força de trabalho, ou busca por maior convívio social e desinibição, o fato é que, armada a teia social na qual o beber é uma constante, pode-se acompanhar a miséria em paralelo com o alcoolismo.

A embriaguez, por outro lado, comumente está associada a casos de homicídio e violência conjugal:

“É um fato bem estabelecido a presença importante do álcool em situações homicidas. Wolfgang cita-o em 64% dos casos, seja na vítima, no agressor ou em ambos. Gillin menciona-o em 1/3 dos homicidas, Gillies em 58% dos homicidas masculinos e 33% dos femininos. Pertusson fala em 36% dos homicidas alcoolizados. Cuthbert encontrou álcool ‘*presente de forma importante*’ em 50% dos casos. Referindo-se à influência do álcool na violência conjugal, Coleman cita o significativo emprego de álcool que fazem maridos e esposas com alto índice de VC (violência conjugal), quando comparados a casais não-violentos” (JOSEF, 2000, p. 32).

Também afeta o bem vida a peculiaridade de cada indivíduo manifestar a embriaguez com doses e em situações

psicossociais particulares, dificultando o controle de cada um sobre quando o beber normal deixa de sê-lo, sobre quando se está a abusar da substância. Por outro lado, “o abuso de álcool reduz significativamente a expectativa de vida do indivíduo, sendo causas comuns de morte entre pessoas com transtornos relacionados ao álcool o suicídio, câncer, cardiopatias, doença hepática e acidentes automobilísticos” (SILVA, 2003, p. 37). Mas, independentemente de o quanto o álcool reduza a expectativa de vida do indivíduo, a substância pode ceifar a vida deste a qualquer momento, como ocorre na véspera do suicídio e em acidentes automobilísticos graves.

3. *A embriaguez alcoólica e a teoria da actio libera in causa hoje*

3.1. *Modalidades de embriaguez alcoólica*

No Direito, têm-se as modalidades completa (caracterizada por inconsciência intelectual) e incompleta (com perda parcial da consciência), preordenada, voluntária, culposa, decorrente de caso fortuito e decorrente de força maior (DOTTI, 2002, p. 423), sendo essas cinco últimas mais perceptíveis se se identificar a ausência da vontade de beber (caso fortuito e força maior) ou três graus de vontade que podem estar presentes no indivíduo: em beber (culposa); beber e embriagar-se (voluntária), ou beber, embriagar-se e cometer crime (preordenada). Esses graus, quando presentes, são cumulativos no sentido de que a vontade socialmente mais danosa exige a presença da menos gravosa.

Na Criminologia e Psiquiatria, têm-se os tipos normal³, crônico⁴, patológico⁵ e

³ Pode ocorrer de tempos em tempos numa pessoa medianamente saudável e produzir uma forma transitória de demência (MANNHEIM, 1984, p. 365).

⁴ Envolve alterações permanentes no sistema nervoso do sujeito, que passa a apresentar traços de alienação mental (REYES ECHANDIÁ, 1976, p. 145), além de sintomas somáticos.

⁵ Faz com que o sujeito fique “extremamente suscetível aos efeitos da bebida alcoólica em razão

habitual, este quando o sujeito vive costumeiramente embriagado, por vício (SILVA, 2003, p. 59).

3.2. *Conduta do agente*

A conduta humana, objeto de regulação do Direito Penal, é o substrato a partir do qual se afere a existência do crime, de acordo com o que está tipificado nas leis penais. Assim, a conduta integra o fato típico, tendo como característica essencial a voluntariedade, sendo a atividade humana positiva ou negativa, orientável pelo dever-ser da norma (TOLEDO, 1994, p. 82-83). No entanto, mister que a vontade repercuta externamente (SILVA, 2003, p. 13).

São três as teorias da conduta que se destacam: causalista, finalista e social.

A teoria causalista, que não considera o dolo para caracterizar crime doloso, nem os elementos subjetivos especiais do tipo e da culpabilidade, tampouco o fato de a imprudência inconsciente não conter elementos psíquicos, define a conduta como a causa de modificação no mundo exterior por comportamento humano voluntário, sendo a vontade a que dá um mero impulso causal ao comportamento. A conduta é formada por processo interno de vontade, atuação dessa no mundo exterior, e seu resultado (SILVA, 2003, p. 7-8).

A teoria social, por sua vez, fixa a conduta como sendo o comportamento humano socialmente relevante (JESCHECK, 1981, p. 296 apud DOTTI, 2002, p. 308), ou um acontecimento natural com perfil de ação humana, fato esse reconhecido por critérios finalísticos de valor (BETTIOL, 2000, p. 209-210 apud SILVA, 2003, p.11). O conteúdo da vontade do agente passa a pertencer à culpabilidade, bastando o mero querer algo para configurar a volição da ação (JESUS, 1995, p. 204).

de alguma condição psíquica particular, situação em que pequena dose é suficiente para provocar profunda obnubilação da consciência e desencadear uma manifestação epiléptica, com acessos furiosos, ataques convulsivos e atos de violência” (SILVA, 2003, p. 62).

Essa teoria também não prossegue pela “dificuldade de identificar-se a relevância social da conduta” (SILVA, 2003, p. 12), havendo critério vago e impreciso influenciando nos limites da antijuridicidade e indeterminando a tipicidade (MIRABETE, 1988, p. 105).

A mais aceita teoria da conduta é a finalista, já que “todo comportamento do homem tem uma finalidade” (MIRABETE, 1988, p. 104). Assim:

“[...] o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhes fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins. Graças ao seu saber causal prévio, pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim e o domine finalisticamente” (WELZEL, 2001, p. 27 apud SILVA, 2003, p. 9).

Essa teoria justifica-se tanto com relação às condutas dolosas quanto culposas. É a adotada pelo Direito Penal brasileiro.

A conduta pode se dar por ação ou omissão. O comportamento ativo é o mais comum, exigindo a lei que o indivíduo não leve a cabo o ato. O omissivo ocorre quando há dever jurídico de agir, sendo o tipo omissivo individualizante da conduta devida.

A ação não apresenta problema de classificação, enquanto a omissão divide-se em própria e imprópria. É própria quando o agente abstém-se da conduta determinada por uma norma penal incriminadora; pode ser praticada por qualquer pessoa e inexistente tipo ativo equivalente, como ocorre na omissão de socorro. A omissão é imprópria quando há tipo ativo correspondente. Cabe ao intérprete indicar se o omitente pode ser equiparado ao agente, sendo o resultado do fato criminoso advindo da inação do sujeito ativo. Pune-se esse tipo de omissão devido à posição de garantidor do agente, conforme art. 13, § 2º, do Código Penal brasileiro.

3.3. Culpabilidade

Todos podem ter uma noção do que seja culpabilidade. Trata-se daquele sentimento de ser culpado, responsável por alguma atitude ou dano que tenha sobrevivendo a outrem ou a si mesmo; ou mesmo do conceito que se faz sobre se se deve ou não responder por um dano provocado, mesmo que não se possa provar com rigor esse dano, como é o caso do dano moral. No entanto, o “resultado lesivo [...] só pode ser atribuído a quem lhe deu causa se essa pessoa pudesse ter procedido de outra forma, se pudesse com seu comportamento ter evitado a lesão” (MIRABETE, 2005, p. 195), não se podendo puni-la se um desmaio a impede de alimentar seu filho.

Apesar disso, inculpar alguém por uma conduta socialmente indesejável representa o risco de não se prevenir futuros danos, pois é mister ao menos um evento previsível.

O estudo da culpabilidade sofreu alterações, tendo-se destacado as seguintes teorias: psicológica, psicológico-normativa (normativa) e da culpabilidade (normativa pura).

A primeira está fundada na vontade e previsibilidade, responsáveis pela construção dos conceitos de dolo e culpa em sentido estrito, respectivamente. A culpabilidade se expressa numa ligação de natureza psíquica, anímica, entre o sujeito e o fato criminoso, tendo aquela como formas o dolo e a culpa (MIRABETE, 2005).

No entanto, devido a situações não abarcadas por essa teoria, surge a normativa. Além da culpa ou dolo, exige-se a reprovabilidade, um juízo de valor sobre o fato, considerando-se que essa censurabilidade somente existe se há no agente ao menos a possibilidade de consciência da ilicitude de sua conduta (MIRABETE, 2000, p. 196).

Segundo Licínio Barbosa (2002, p. 213-214), essa teoria desdobrou-se em várias correntes:

“A teoria da conduta pela vida, que se atribuiu a Mezger, afirma dever-se

tomar em consideração, no exame do fato delituoso, não apenas o fato incriminado, mas um acervo de atos anteriores da vida do agente, a fim de que se forme juízo, tão exato quanto possível, de sua conduta.

A essa teoria, chamou Hans Weizel teoria do caráter ou caráter lógico. Pois os atos da vida do agente informam o seu caráter. Deu-se-lhe, também o nome de determinação (pela) na vida, ou de tendência. Os fatos da vida do agente identificariam a sua tendência criminosa, – que poderia ser do primeiro ou do segundo grau, – segundo Sauer –, reincidente ou não.

‘*Willenstrafrecht*’ foi nome atribuído por Von Hippel à importância da vontade do agente na execução do fato. Formou-se, daí, a teoria do direito penal da vontade, muito grata ao estado autoritário, e que teve a sua gênese na doutrina alemã neo-normativista. Todavia coube a Goldschmidt realçar o papel da vontade na conduta do agente. Para ele, é mister distinguir entre a norma de dever e a norma de direito: a primeira [...] origina a culpabilidade; a última [...] supõe a antijuridicidade.”

Por fim, o mesmo autor traz um complemento dessas correntes:

“Na teoria finalista, de Weizel, [...] convém [...] colher e examinar que os atos do agente se orientem a determinado fim. Têm uma destinação certa. Contraopondo os teóricos do exame global dos atos da vida do agente, ligeiramente perpassados, fala-se na teoria do fato isolado, que, consoante Aníbal Bruno, compreende o exame apenas do fato incriminado” (BARBOSA, 2002, p. 215).

No entanto, mais tarde, com o surgimento da teoria finalista da conduta, esse modo de encarar a culpabilidade perde terreno. Assim:

“O fim da conduta, elemento intencional da ação, é inseparável da própria ação. O dolo, por exemplo, é a consciência do que se quer e a vontade de realizar o tipo; se ele não existe, ou seja, se a ação não for dolosa, não há fato típico doloso” (MIRABETE, 2000, p. 196).

Dessa forma, a maneira como o agente procura encarar sua conduta, ou seja, o que ele quer obter de sua atitude, ou o que seria esperado dele em face de eventual imprudência, negligência ou imperícia, passa a ter menos importância para se obter a ideia de culpabilidade. Então, surge a teoria da culpabilidade, em que o dolo e a culpa pertencem à conduta, e os elementos normativos formam a culpabilidade, ou seja, a “reprovabilidade da conduta típica e antijurídica” (MIRABETE, 2000, p. 196), sendo essa censurabilidade uma opção político-fragmentária do legislador, embora haja controvérsias doutrinárias sobre o *habitat* em que se encontra o dolo e a culpa, colaborando para isso o art. 59 do Código Penal brasileiro, no qual o motivo/intenção do agente é relevante para se fixar pena.

Assim, para apenar alguém, presume-se que tenha ele agido com culpabilidade. Igualmente, é senso comum o fato de que quanto mais censurável o crime cometido, mais se deve exigir reparação social pelo dano causado, sendo a pena reflexo do quão intensa seja a culpabilidade, conforme partidários da teoria retributiva da pena, embora não se deva admitir que a culpabilidade seja o único limite da pena.

Um primeiro passo para se verificar se o agente agiu culpavelmente está em mensurar a capacidade psíquica do sujeito; capacidade essa que permita o seguinte:

“Ter consciência e vontade dentro do que se denomina autodeterminação, ou seja, se tem ele [o agente] a capacidade de entender, diante de suas condições psíquicas, a antijuridicidade de sua conduta e de adequar essa conduta à sua compreensão. A

essa capacidade psíquica denomina-se *imputabilidade*. Esta é, portanto, a condição pessoal de maturidade e sanidade mental” (MIRABETE, 2000, p. 197).

Então, tem-se o primeiro elemento da culpabilidade, que para alguns autores é pressuposto e não elemento daquela (MIRABETE, 2000, p. 197). No presente artigo, esse é o elemento mais importante, visto estar diretamente ligado à capacidade que o agente tem de perceber o caráter criminoso do fato quando da prática deste em estado de embriaguez. Além disso, a imputabilidade relaciona-se com o poder-agir-de-outro-modo, pressuposto de conduta que deve estar presente na mente do imputável.

Superada a determinação da imputabilidade do sujeito, passa-se a ser necessário, em busca de um juízo de reprovação, verificar se o sujeito conhecia o fato de estar praticando um crime culpável, ou crime, conforme a teoria do crime considerada. É indispensável que ele:

“[...] possa conhecer, mediante algum esforço de consciência, a antijuridicidade de sua conduta. É imprescindível apurar se o sujeito poderia estruturar, em lugar da vontade antijurídica da ação praticada, outra conforme o direito [...]. Só assim há falta ao dever imposto pelo ordenamento jurídico. Essa condição intelectual é chamada *possibilidade de conhecimento da antijuridicidade do fato* [...]” (MIRABETE, 2000, grifo nosso).

Resta obter o último elemento da culpabilidade, requisito concomitante com os demais na verificação desta, considerando que:

“É também necessário que, nas circunstâncias do fato, fosse possível exigir do sujeito um comportamento diverso daquele que tomou ao praticar o fato típico e antijurídico, pois há circunstâncias ou motivos pessoais que tornam inexigível conduta diversa do agente. É o que se denomina

exigibilidade de conduta diversa” (MIRABETE, 2000).

Assim, diante de certos casos, o fato de o agente ter capacidade psíquica que o torne consciente e com vontade de praticar o fato típico e antijurídico não quer dizer que de antemão seja considerada reprovável sua conduta. Não merece o rigor da lei quem só tem uma saída admissível no praticar o fato. Punir o autômato, diante de fatos aos quais o homem médio sempre reage confrontando o tipo penal, não é atitude tolerável.

Os casos de exclusão da culpabilidade, que exige o conhecimento de seus elementos, serão tratados após a consideração das causas excludentes da antijuridicidade, também denominadas

“[...] causas de justificação do comportamento típico, aplicáveis ao fato penalmente relevante em geral, as elencadas no artigo 23 do diploma penal. São elas: a legítima defesa (nº II), o estado de necessidade (nº I), o estrito cumprimento de dever legal (nº III) e o exercício regular do direito (nº III).”

A rigor, todas essas discriminantes caberiam, *lato sensu*, no exercício regular de um direito, que seria gênero (PEDROSO, 2000, p. 306). No entanto, há casos específicos de excludentes de antijuridicidade, que o Código Penal prescreve a determinados casos:

“Diante do endereço certo das excludentes, do destinatário típico a que se dirigem, resumem as chamadas excludentes específicas ou especiais da antijuridicidade [...] aplicáveis a fato típico destacado e diferenciado. É o que acontece, *exempli gratia*, no artigo 128 do Código Penal, que legitima o aborto, desde que provocado por médico, quando não haja outro meio de salvar a vida da gestante (nº I), ou quando tenha resultado a gravidez de estupro, precedida a interrupção da gestação de consen-

timento por quem de direito (nº II)” (PEDROSO, 2000, p. 306-307).

Sob outro prisma se mostra a imposição da pena, haja vista que a culpabilidade é requisito para punir, e não do crime (MIRABETE, 2000). Aqui procura-se dissecar os elementos da culpabilidade, cuja presença simultânea é imprescindível para se aferir que a conduta é culpável. Com esse intuito e com base em remissões ao Código Penal brasileiro:

“Em primeiro lugar, existem os casos de inimputabilidade do sujeito:

- a) Doença mental, desenvolvimento mental incompleto e desenvolvimento mental retardado (art. 26);
- b) Desenvolvimento mental incompleto por presunção legal, do menor de 18 anos (art. 27);
- c) embriaguez fortuita completa (art. 28, § 1º).

Há ausência de culpabilidade também pela inexistência da possibilidade de conhecimento do ilícito nas seguintes hipóteses:

- a) erro inevitável sobre a ilicitude do fato (art. 21);
- b) erro inevitável a respeito do fato que configuraria uma discriminante – discriminantes putativas (art. 20, § 1º);
- c) obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico (art. 22, segunda parte).

Por fim, exclui-se a culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa na coação moral irresistível (art. 22, primeira parte)” (MIRABETE, 2000, p. 198).

Por fim, a inimputabilidade. O Código Penal brasileiro não traz com precisão seu conceito, “preferindo determiná-la de modo negativo, posto tenha estabelecido as hipóteses de sua exclusão, [...] os casos de inimputabilidade” (PEDROSO, 2000, p. 506).

Por outro lado, esse diploma penal foca-se no critério biopsicológico para admiti-la.

Assim, só se logra inexistir a imputabilidade pela presença de deficiência mental e pela incapacidade de entendimento e determinação dela proveniente, conciliando, destarte, a causa e o efeito. Não podem estar presentes maturidade e sanidade mental, as condições pessoais necessárias à capacidade de discernimento e compreensão.

3.4. O princípio do *nullum crimen sine culpa*

A responsabilidade penal requer que o agente do ato delituoso o tenha praticado ao menos culposamente. Não deve a culpa ser confundida com o conceito de culpabilidade, já que este implica na ideia de dever ou não o agente responder pelo fato, restando configurado o crime com a mera existência do fato típico e antijurídico, segundo a teoria finalista da ação (ou conduta).

Assim, independentemente de análise da culpabilidade, o crime requer a culpa em sentido estrito ou o dolo, elementos do tipo penal.

3.5. A teoria da *actio libera in causa*

Quanto ao conceito, a *actio libera in causa* exige a seguinte condição:

“[...] 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 a podia ou devia prever” (QUEIRÓS, 1963, p. 37).

Dessa forma, não pratica crime com *actio libera in causa* (ação livre na causa) o agente que não poderia ter previsto o que resultaria do ato/fato de beber, o qual o tornou inimputável.

Comentando o surgimento da teoria da *actio libera in causa*, Aníbal Bruno (1963, p. 8) explana que ela foi concebida “dentro do problema da embriaguez transposto para o Direito Penal e entrando aí em conflito com

a exigência da imputabilidade, elemento ou pressuposto da culpabilidade, em que se fundamenta a responsabilidade criminal.”

Haroldo Caetano da Silva (2003, p. 98) elenca os principais caminhos pelos quais se enveredou a doutrina para justificar a punição da *actio libera in causa*:

- “a) o dolo que tem o agente na fase inicial (imputável) prolonga-se por todo o processo causal por ele provocado, alcançando o fato praticado em estado de perturbação da consciência;
- b) a ação pela qual o agente se põe voluntariamente em condição de incapacidade já constitui ato de execução do fato típico visado, sendo suficiente para justificar a punibilidade;
- c) o agente, no momento em que ainda é imputável, faz de si mesmo mero objeto material para a prática do crime, tornando-se instrumento inimputável de um agente mediato imputável.”

Dessa forma, a teoria em comento desloca a imputabilidade para momento anterior à realização do crime, de forma que a ação inicial caracterizante já é parte da execução do delito, está incluída na operação delituosa, e é a sua base.

Embora o Código Penal aceite, em toda a sua plenitude, a teoria da *actio libera in causa*, que engloba os casos em que o agente se deixou arrastar ao estado de inconsciência, a teoria não deve ser aceita.

Haroldo Caetano da Silva (2003, p. 122) refere-se à justificativa comum dos doutrinadores, em que se considera, para punir, que o agente obtém o resultado sendo um instrumento de uma vontade anterior. Rebatendo a tese, esse autor, em brilhante síntese, considera que “o sujeito sóbrio não sabe do que é capaz o ébrio, não tem controle sobre este, nem domínio do fato”. Assim, o resultado danoso proveniente do beber, quando a embriaguez resultante é completa (requisito para a aplicação da teoria da *actio libera in causa*), é produto do acaso, mera possibilidade num universo de

possibilidades, como deixam claro Zafaroni e Pierangeli: “Se o ébrio [...] ao invés de [sic] matar seu rival, abraça-o e lhe diz que fique com a namorada, não haveria possibilidade alguma de condená-lo por tentativa de homicídio”.

Esse mesmo argumento serve para rebater as demais hipóteses trazidas pela doutrina. O dolo não pode alcançar a prática do fato típico, já que este poderá não se efetivar, da mesma forma que não se executa o mesmo fato se o ébrio, por exemplo, dormir antes de cometê-lo.

Vê-se, então, que a atual orientação legislativa penal não está de acordo com a melhor doutrina, carecendo de uma interpretação mais atualizada. É o que se depreende ao se deparar com estas linhas de Baracho (1984, p. 354), que considera que “os próprios juízes podem transformar-se em burocratas, isolados da sociedade, quando não estão atentos às deficiências de qualquer modalidade normativa que merece interpretação atualizada”.

Igualmente importante, para se tomar a iniciativa de interpretar mais atualizada a matéria, é este trecho de Beccaria (1997, p. 32 apud SILVA, 2003, p. 131), para quem:

“Os juízes não receberam as leis de nossos antepassados como tradição de família, nem como testamento, que só deixasse aos pósteros a missão de obedecer, mas recebem-nas da sociedade vivente ou do soberano que a representa, como legítimo depositário do atual resultado da vontade de todos.”

Por outro lado, como disse Narcélio de Queirós (1963, p. 66), o jurista deve oferecer “soluções jurídicas para os problemas jurídicos”. No entanto, não é o que ocorre quando um juiz, por exemplo, aplica literalmente o que prescreve o Código Penal brasileiro no que atine à teoria da *actio libera in causa*, visto ser esta “uma ficção jurídica, inventada para resolver questões práticas de segurança” (SILVA, 2003, p.

124), considerando-se também o fato de que “a história é insuperável batalha social contra o alcoolismo, complementada, agora, pela atualidade da verdadeira guerra que se vem travando contra o consumo de drogas, de uma maneira geral” (SILVA, 2003, p. 126).

Sem se incorrer em contradições no ordenamento jurídico pátrio, pode-se prevenir os efeitos penais do alcoolismo mediante, por exemplo, políticas públicas, como publicidade sobre os riscos da embriaguez para toda a sociedade, ou mesmo com a criação de um “tipo autônomo para o crime de ébrio” (SILVA, 2003, p. 141). Quanto àquela publicidade pública, em razão de o Estado obter dinheiro com a arrecadação de tributos sobre o comércio de bebidas, talvez se deva esperar um pouco mais, até que se tenham melhores meios para se arrecadar tributos com eficiência, ou até que os gastos públicos, para tratar os problemas da embriaguez, superem o benefício tributário auferido pelo Estado. Enquanto isso, o campo está aberto para as ONGs (Organizações Não Governamentais) lutarem por mudanças.

Para rebater dúvidas sobre a impropriedade da teoria da *actio libera in causa*, pode-se recorrer ao conceito de culpabilidade, já que, durante a prática do fato típico, o ébrio está em estado de embriaguez completa, ou seja, é um inimputável (SILVA, 2003, p. 120), razão pela qual não deve sofrer qualquer penalização, por se ter conduzido sob o manto da inculpabilidade. Por fim, em razão de a embriaguez completa ser caracterizada como doença mental pelo Catálogo Internacional de Doenças – CID, Código F-10, e considerando o art. 26 do Código Penal, o agente do fato ilícito não deve ser apenado.

4. Conclusão

Como já referido, sobre as necessidades que surgiram no campo penal, a teoria da *actio libera in causa*, esboçada e interpretada

neste artigo, vem à realidade jurídica brasileira para fazer frente aos casos em que alguém, sob o estado de não imputabilidade, comete ato ilícito. Foi visto que, sob efeito completo de substâncias inebriantes, especialmente do álcool etílico, o agente do fato delituoso não se comporta de modo previsível, sendo um mero autômato diante de uma força ocasional particular que tanto pode fazer o sujeito ultrapassar o limite do tipo penal quanto nem sequer ameaçá-lo.

Para um melhor entendimento do fenômeno étlico envolvido com o fato típico e antijurídico, a busca por uma compreensão histórica, geográfica e interdisciplinar do alcoolismo revelou que se trata de um problema de muitas facetas, que não pode ser resolvido no âmbito jurídico sem se atentar para suas causas socioeconômico-psíquicas.

Foi verificado, também, que a teoria não passa de um artifício que não consegue romper a falta de sintonia do legislador⁶ com o que há de mais moderno e coerente em termos de ordenamento jurídico no mundo. A previsão legal de um tipo penal para o crime do ébrio, existente em outros países – caso em que a atitude culposa já é suficiente para caracterizar crime quando o agente se embriaga e posteriormente vem a cometer esse fato típico e antijurídico –, é um passo harmônico com o que há de mais evoluído na doutrina.

Parece que o legislador brasileiro foi radical ao estabelecer uma exceção, dentro do Código Penal, em flagrante contradição com a repulsa que aparentemente teria demonstrado ao proibir a responsabilidade objetiva no campo penal. Mas não se trata de um radicalismo necessário, conquanto útil para as medidas práticas vergastadas

⁶ Apesar das recentes reformas ao Código de Trânsito Brasileiro pelas Leis nº 11.275/06 e nº 11.705/08, que alteraram os artigos 165, 276, 277, 291, § 1º e 306 do CTB, os princípios gerais do Código Penal continuam em vigor, inclusive com o afastamento dos Juizados Especiais Criminais quando o agente estiver sob influência de substância psicoativa que determine dependência. A reforma veio na contramão da necessidade de menor rigor quanto ao inimputável.

neste artigo. É verdade que às vezes, para se alcançar um objetivo, precisa-se de ser radical, não necessariamente por gostar de o ser, mas para se chegar a um ponto médio representativo de certa exigência, a exemplo do que ocorre com o aluno mediano que, ao obter nota zero numa prova em colégio que exige média mediana para aprovação em duas provas, deve obter nota máxima na outra. Não é o que ocorre aqui com o legislador, haja vista que seu radicalismo afronta o sistema de princípios do Código Penal e da própria Constituição da República Federativa do Brasil.

Além de recorrer-se à doutrina e Direito Comparado⁷, o legislador pode buscar, durante o processo legislativo, a participação da sociedade civil organizada nas discussões dos projetos de lei, para se evitar ter de atualizar as leis pelo simples motivo de que essas, ao surgirem, já estão ultrapassadas de há muito em relação à realidade social dos destinatários. Deve-se buscar leis mais sintonizadas com a realidade fática dos seus destinatários, para não se incorrer em necessidades corriqueiras de mudanças. E, nessa sintonia, os destinatários das normas são peças-chave para que estas sejam duradouras. Não se quer, com isso, dizer que as leis devam durar para sempre, pois é sabido que a dinâmica da vida social exige adaptações das normas, conforme o atual resultado da vontade de todos. A sociedade deve buscar um Poder Legislativo mais atuante no momento em que as próprias leis já não mais guardam harmonia com o sistema ao qual estão ligadas.

Na prática, resta o conforto de que, observando as condenações emanadas do Poder Judiciário com competência criminal, o próprio destinatário das normas penais,

⁷ Veja-se, por exemplo, o crime de ébrio, previsto no art. 295 (Embriaguês e intoxicação), nº 1, do Código Penal português: "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 facto ilícito típico, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias".

por si mesmo, busque interpretar as normas implícitas na jurisprudência e adequar sua conduta ao anseio de manter sua própria liberdade. Isso é especialmente verdadeiro num país em que poucos conhecem as leis, havendo produção dessas com muita frequência.

Reforçando essa consideração, é sabido que a questão da imputabilidade foge ao âmbito jurídico, sendo necessário, para a sua definição, recorrer-se a conceitos e teorias de outros ramos do conhecimento humano: medicina, psiquiatria, sociologia e outras disciplinas ligadas à saúde humana. A própria psique humana, cujo conceito é importantíssimo para a culpabilidade de um modo geral, não está e talvez nunca esteja bem descrita ou compreendida, sendo até discutida uma possível extinção da Psiquiatria como ramo autônomo da Medicina.

No entanto, o problema não se resume a isso. A falta de atualização do ordenamento parece ser um problema recorrente também em outros ramos jurídicos pátrios, exceto naqueles em que o próprio Estado está diretamente interessado, como ocorre nas leis orçamentárias, em razão do envolvimento de muitos interesses econômicos e às vezes eleitorais.

Por outro lado, nunca se deve perder de vista que o Direito Penal é subsidiário. Só deve atuar quando forem praticados todos os outros meios menos invasivos para reparar um mal imposto à sociedade. A liberdade de um indivíduo, uma das mais grandiosas características de sua dignidade, deve, como costuma lecionar um ilustre professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (Prof. Dr. Pedro Sérgio dos Santos), ser retirada como punição em último caso, quando o Estado, embora pareça contraditório, fez de tudo para provar se o indivíduo era inocente, chegando ao fim do processo convencido de que restava configurada a culpa que o conceito de culpabilidade exige para impor pena. Relegar ao Direito a incumbência

exclusiva de resolver problemas sociais e econômicos oriundos da embriaguez é querer isentar de responsabilidade as políticas públicas levadas a cabo pelo Poder Executivo, que está mais próximo da sociedade por administrar a coisa pública e que teoricamente seria o Poder mais subalterno, controlável, da República, o que facilitaria seu controle até mesmo pelos administrados. Embora o Direito também deva colaborar para a harmonia social, especialmente o Direito Penal deve, pelo argumento acima, ter atuação mínima.

Referências

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. 2. ed. Brasília: UnB, 1992.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARBOSA, Licínio. *Direito penal*. Goiânia: Século XXI, 2002.
- BARRETO, João de Deus Menna. *Novo prisma jurídico da embriaguez*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Campinas: Red Livros, 2000.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. t. 1.
- _____. Prefácio ao livro de Narcélio de Queiroz. In: QUEIRÓS, Narcélio de. *Teoria da "actio libera in causa" e outras teses*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- DALGALARRONDO, Paulo. *Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais*. Porto Alegre: Artmed, 2000.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte geral*. Trad. S. Mir Puig & f. Muñoz Conde. Barcelona: Casa Editorial S.A., 1981. v. 1.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.
- JOZEF, Flavio. *Homicídio e doença mental*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BARRETO, João de Deus Lacerda Menna. *Novo prisma jurídico da embriaguez*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.
- MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*. Tradução de J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. v. 1.
- MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso Básico de Medicina Legal*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MASUR, Jandira. *O que é alcoolismo*. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1988. v. 1.
- _____. _____. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- _____. _____. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. 29. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal: parte geral: estrutura do crime*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2000.
- QUEIRÓS, Narcélio de. *Teoria da "actio libera in causa" e outras teses*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- REYES ECHANDIÁ, Alfonso. *La imputabilidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1976.
- SHAKESPEARE, William. *Macbeth*. Tradução de Manuel Bandeira. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1961.
- SILVA, Haroldo Caetano da. *Actio libera in causa: uma teoria in extremis*. 2003. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2003.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina finalista da ação*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.