

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GUSTAVO DE OLIVEIRA QUANDT

**A TEORIA DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA* E A INIMPUTABILIDADE POR
EMBRIAGUEZ: LIMITES E POSSIBILIDADES NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO**

CURITIBA

2016

GUSTAVO DE OLIVEIRA QUANDT

**A TEORIA DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA* E A INIMPUTABILIDADE POR
EMBRIAGUEZ: LIMITES E POSSIBILIDADES NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Mestre em Direito, no Curso
de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato

CURITIBA

2016



PARECER

A Comissão Julgadora da Dissertação apresentada pelo mestrando **Gustavo de Oliveira Quandt**, sob o título “**A TEORIA DA ACTIO LIBERA IN CAUSA: LIMITES E POSSIBILIDADES NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**”, após argüir o candidato e ouvir suas respostas e esclarecimentos, deliberou aprová-lo por unanimidade de votos, com base nas seguintes notas atribuídas pelos Membros:

Prof. Dr. Paulo Cesar Busato (participação via Skype) - 10,00 (dez inteiros)

Prof.^a Dr.^a Priscilla Placha Sá - 10,00 (dez inteiros)

Prof. Dr. Rodrigo Sanchez Rios - 10,00 (dez inteiros)

Em face da aprovação, deliberou, ainda, a Comissão Julgadora, na forma regimental, opinar pela **concessão do título de Mestre em Direito ao candidato Gustavo de Oliveira Quandt**.

É o parecer.

Curitiba, 26 de agosto de 2016.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Paulo César Busato, pela generosidade em me aceitar como orientando; pela inestimáveis observações e sugestões; e pela profunda tolerância com os pontos de vista contrários – marca maior do genuíno cientista.

Aos Profs. Drs. Priscilla Placha Sá e Rodrigo Sánchez Rios, pelas pertinentes observações dirigidas a aprimorar o texto final.

À minha esposa, Karin, pelo apoio, sem o qual este trabalho não teria sido finalizado.

À minha mãe, pelo incentivo aos estudos.

Ao Colegiado do Curso de Pós-Graduação em Direito, pela compreensão em relação aos contratempos enfrentados.

RESUMO

A solução dada pelo Código Penal brasileiro em vigor para os crimes praticados por sujeito em estado de completa embriaguez por ele mesmo provocado voluntária ou culposamente, vem sofrendo constantes críticas desde a edição daquela lei. Numerosos autores propõem como alternativa a aplicação da teoria da *actio libera in causa*, a qual, em seu perfil mais amplamente aceito, seria menos rigorosa do que o regime legal, ao exigir já no instante em que o sujeito se embriaga o dolo ou culpa em relação ao fato final. Outros autores, por sua vez, impugnam a própria coerência interna da teoria da *actio libera in causa*, a qual apenas em aparência fundamentaria satisfatoriamente a punição de alguns fatos criminosos praticados pelo ébrio. O presente estudo volta-se a analisar as principais variantes (ou modelos) da teoria, a fim de verificar seus pressupostos, validade e limites, bem como sua compatibilidade com o Direito brasileiro. Além disso, é analisada uma outra alternativa ocasionalmente proposta para a punição de alguns desses crimes do ébrio, consistente na previsão autônoma de um crime de embriaguez.

Palavras-chave: *actio libera in causa*, embriaguez, inimputabilidade.

ABSTRACT

The legal treatment in Brazil of the torts committed by someone in complete drunkenness for which he is to be blamed, has been constantly criticized in the specialized literature. Many authors propose, as an alternative solution, the application of the principle of *actio libera in causa*, which would be less rigid than the foresaid legal treatment, since the principle presupposes an illegal intent or negligence by the time the offender gets drunk. On the other side, many authors cast doubts on the actual coherence of the principle. The purpose of the present study is therefore to ascertain the effectiveness and coherence of the main variants of the principle of *actio libera in causa* and verify if they are compatible with the Brazilian criminal law. Furthermore, the text deals with the alternative of a special crime of drunkenness.

Palavras-chave: *actio libera in causa*, drunkenness, insanity defense.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A EMBRIAGUEZ EVITÁVEL E A IMPUTABILIDADE	10
2.1 A EMBRIAGUEZ EVITÁVEL E A REDAÇÃO ORIGINAL DO CÓDIGO PENAL VIGENTE	12
2.2 A EMBRIAGUEZ EVITÁVEL, A REFORMA DA PARTE GERAL DE 1984 E A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	21
2.3 A CRÍTICA DE ZAFFARONI/PIERANGELI. OS DIFERENTES MODELOS.	26
3 NECESSIDADE DE UMA EXPLICAÇÃO PARA A PUNIÇÃO DO CRIME DO ÉBRIO	30
4 POSSÍVEIS SIGNIFICADOS DA EXPRESSÃO <i>ACTIO LIBERA IN CAUSA</i>.....	36
4.1 <i>ACTIO LIBERA IN CAUSA</i> COMO UMA ESTRUTURA COMUM A UM GRUPO DE CASOS PROBLEMÁTICOS	36
4.2 <i>ACTIO LIBERA IN CAUSA</i> COMO DENOMINAÇÃO DAS TEORIAS OU MODELOS PROPOSTOS PARA RESOLVER TODOS, OU ALGUNS, DOS CASOS ABRANGIDOS PELA ESTRUTURA DESCRITA NO ITEM 4.1	40
4.3 <i>ACTIO LIBERA IN CAUSA</i> COMO UM MODELO ESPECÍFICO, OU COMO UM ASPECTO DO FATO DE ACORDO COM ESSE MODELO.....	41
4.4 O USO DA EXPRESSÃO <i>ACTIO LIBERA IN CAUSA</i> NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS	42
4.5 O USO DA EXPRESSÃO <i>ACTIO LIBERA IN CAUSA</i> NO PRESENTE TRABALHO.....	45
5 OS MODELOS DA <i>ACTIO LIBERA IN CAUSA</i>	46
5.1 O MODELO DA TIPICIDADE	47
5.1.1 A <i>actio libera in causa</i> e a autoria mediata	50
5.1.2 O problema do adiantamento da punibilidade	55
5.1.3 As soluções “global” e “individual” da tentativa na autoria mediata.....	56
5.1.4 Outras formas de evitar o adiantamento da punibilidade	58
5.1.5 O modelo da tipicidade e a desnecessidade da <i>actio libera in causa</i>	61
5.1.6 O modelo da tipicidade e a desistência.....	63
5.1.7 O modelo da tipicidade e o duplo ou triplo dolo	63
5.2 O MODELO DA EXCEÇÃO	65
5.2.1 Início da tentativa no modelo da exceção.....	68

5.2.2	Legitimação legal e material do modelo da exceção.....	68
5.2.3	Pressupostos e limites da punibilidade do modelo da exceção	71
5.2.4	Possível abrangência do modelo da exceção.....	74
5.3	O MODELO DA EXTENSÃO	75
5.4	O FATO DO ÉBRIO E A TEORIA SIGNIFICATIVA DA AÇÃO.....	76
6	A ACTIO LIBERA IN CAUSA E O ART. 28 DO CÓDIGO PENAL	81
6.1	ACTIO LIBERA IN CAUSA, EMBRIAGUEZ E INIMPUTABILIDADE.....	81
6.2	O MODELO DA TIPICIDADE, A EMBRIAGUEZ, A IMPUTABILIDADE E O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO	83
6.2.1	O modelo da tipicidade e a autoria mediata no Brasil.....	86
6.2.2	Interpretações divergentes do art. 28, II	87
6.2.3	O modelo da tipicidade e outras situações de <i>actio libera in causa</i> por embriaguez.....	90
6.3	O MODELO DA EXCEÇÃO, A EMBRIAGUEZ, A IMPUTABILIDADE E O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO	95
6.3.1	A imputabilidade <i>ex vi legis</i> , o abuso de direito e o princípio da igualdade	96
6.3.2	<i>Actio libera in causa</i> e a “ficção de imputabilidade”. A diferença entre a imputabilidade e sua base biopsicológica.	99
6.3.3	Imputabilidade <i>ex vi legis</i> e responsabilidade objetiva	103
6.3.4	O caso clássico de <i>actio libera in causa</i> : a embriaguez preordenada	104
7	PROBLEMAS POLÍTICO-CRIMINAIS DA ADOÇÃO DA ACTIO LIBERA IN CAUSA	107
7.1	A EMBRIAGUEZ COMO CRIME AUTÔNOMO	107
7.1.1	A possível insuficiência da pena	108
7.1.2	Inaplicabilidade aos casos de ausência de ação.....	109
7.1.3	Necessidade de uma decisão prévia sobre a <i>actio libera in causa</i>	110
7.1.4	Consequência sistemática da incriminação da embriaguez.....	111
7.2	PROBLEMAS PROBATÓRIOS DA ADOÇÃO DA VERSÃO MAIS ESTRITA DA ACTIO LIBERA IN CAUSA	112
8	CONCLUSÃO.....	114
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	116

1 INTRODUÇÃO

Na disciplina da teoria do delito na redação original da Parte Geral do Código Penal vigente, havia quatro pontos que eram especialmente criticados pela doutrina, e todos pelo mesmo motivo: implicar responsabilidade sem culpa, ou além da medida dela.

Com a reforma da Parte Geral em 1984,¹ três desses pontos foram objeto de modificação, atendendo-se, no essencial, aos reclamos da doutrina. Assim, abandonou-se o princípio *error juris nocet* (art. 16 da Parte Geral original) dando-se relevo ao erro sobre a ilicitude do fato concreto (erro de proibição) a ponto de permitir a absolvição, se inevitável o erro (art. 21 do Código Penal em sua redação atual); estabeleceu-se expressamente a necessidade de, no mínimo, culpa em relação ao resultado mais grave nos crimes agravados pelo resultado (atual art. 19); permitiu-se que, nos casos de cooperação dolosamente distinta no concurso de agentes, fosse aplicada pena inferior àquela prevista para o crime efetivamente cometido (atual art. 29, § 2º, alterando o critério previsto no antigo art. 48, parágrafo único).

Manteve-se, contudo, a severa simplicidade da disciplina da embriaguez, que, nos dizeres do Código, não exclui a imputabilidade, salvo se decorrente de caso fortuito ou força maior (art. 28, II).² Aquela disciplina contava com a explicação oficial, oferecida pela Exposição de Motivos, de basear-se nas versões mais modernas da secular teoria da *actio libera in causa*, segundo a qual o fato, embora praticado em estado de perturbação psíquica, remontava a um instante no qual o agente gozava da plenitude de suas faculdades mentais, instante este no qual ele voluntária ou culposamente se embriagou.

A doutrina dominante não tardou a impugnar a explicação, refutando que a teoria em questão pudesse sustentar-se com tamanha amplitude. A contraposição entre regime legal e teoria da *actio libera in causa* manteve-se com o passar dos anos, aparecendo, com maior ou menor explicitude, essa teoria como alternativa benéfica ao texto da lei, havendo mesmo quem propusesse a interpretação deste segundo aquela.

Nesse embate, a teoria em si considerada recebeu menos atenção do que deveria. O *locus classicus* do tema, no Brasil, continua sendo a definição dada por Narcélio de Queirós, em monografia de quase 80 anos, na qual se adota justamente aquela concepção reputada excessivamente ampla da teoria. Nesse contexto, não surpreende o surgimento, nos últimos 20 anos, de diversas obras a questionar a consistência da teoria da *actio libera in causa*.

¹ Lei nº. 7.209, de 11 de julho de 1984, que deu nova redação a toda a Parte Geral do Código Penal.

² Rigorosamente falando, havia um quinto ponto assaz criticado pela doutrina, que era a disciplina da “emoção ou paixão” (art. 28, I), igualmente inalterado na reforma de 1984. Contudo, a importância prática do dispositivo é muito menor do que daqueles outros citados no texto, o que se refletia na menor contundência das críticas.

No mesmo período, contudo, sucedeu um fenômeno paralelo que certamente não contribuiu para a evolução do debate: a própria distinção entre o regime legal e a teoria da *actio libera in causa*, naquele perfil restrito mais comumente aceito, foi sendo abandonada por diversos autores – geralmente críticos da lei, os quais, passaram a combater indistintamente a teoria da *actio libera in causa* e o art. 28, II, do Código Penal.

Por fim, alguns autores passaram a identificar o art. 28, II, supracitado, com a totalidade do problema da embriaguez no Direito Penal, expandindo uma disciplina já em si ampla para muito além do teor literal da lei.

No estrangeiro, por outro lado, as variadas fundamentações apresentadas para a teoria da *actio libera in causa* condensaram-se em dois ou três modelos, articulados em torno de diferentes pressupostos e com consequências práticas diversas.

O presente texto volta-se a analisar essas formulações mais modernas da teoria da *actio libera in causa*, a fim de verificar se elas de fato oferecem um ponto de apoio seguro para uma interpretação restritiva do art. 28, II, do Código Penal. Além disso, um tópico é dedicado ao crime autônomo de embriaguez, previsto na legislação de alguns países e por vezes sugerido como alternativa *de lege ferenda* para a solução legal vigente.

No exame da doutrina estrangeira, tomou-se o máximo de cautela para evitar-se a importação de discussões impertinentes, como é a da compatibilidade do modelo da exceção com o Direito Penal alemão. Por essa e outras razões, evitou-se a praxe de analisar o regime legal de cada país, naquele exercício enganoso, se não perigoso, de um Direito comparado ingênuo e açodado.

Foi desconsiderada a problemática da embriaguez incompleta, que exigiria um exame à parte. Além disso, os modelos da *actio libera in causa* acima mencionados, especialmente o denominado modelo da tipicidade, interferem com numerosos institutos da Parte Geral do Direito Penal, tais como a tentativa e a autoria mediata. Não foi possível abordá-los em toda a profundidade, e duas questões foram omitidas ou apenas mencionadas: a *actio libera in causa* nos crimes de mão própria e nos crimes de ação vinculada. A exata caracterização desses conceitos, sua distinção e – no caso dos crimes de mão própria – a verificação da validade mesma da categoria face ao Direito em vigor, extrapolariam em muito o escopo do estudo. De toda forma, os tópicos referidos concernem, como dito, mais especialmente ao modelo da tipicidade, o qual é tido, no presente estudo, como dificilmente compatível com o Direito brasileiro vigente. Mas aqui já principiam as conclusões do trabalho, as quais serão apresentadas no momento próprio.

2 A EMBRIAGUEZ EVITÁVEL E A IMPUTABILIDADE

O Direito Penal moderno é, ou pretende ser, o Direito Penal da culpabilidade. Tal premissa tem como corolário, dentre vários outros, a exigência de que, em regra, para ser-lhe imposta uma pena, o sujeito reúna ao tempo do fato um conjunto mínimo de condições biopsicológicas, conjunto este usualmente denominado imputabilidade. Em outras palavras, a imposição de uma sanção penal baseada na culpabilidade depende, geralmente, de que o agente possua certo grau de maturidade e desenvolvimento mental, sem o qual ele é considerado inimputável e pode sujeitar-se unicamente a sanções apenas formalmente penais – as medidas de segurança.

Esse ponto de partida é aceito em suas linhas gerais pelo Código Penal, segundo o qual são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos e os portadores de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, desde que, neste último caso, tal deficiência lhes retire a capacidade de compreensão e autodeterminação:

Inimputáveis

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

Redução de pena

Parágrafo único – A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Contudo, essa premissa – de que a posse das condições pessoais geralmente denominadas, em seu conjunto, *imputabilidade*, é elemento ou pressuposto da culpabilidade e, portanto, da aplicação de uma pena materialmente penal – oferece graves dificuldades em relação ao estado transitório de perturbação mental decorrente do uso de álcool ou outras substâncias que afetam a capacidade de compreender a ilicitude do fato ou de se comportar segundo essa compreensão daquele que consome tais substâncias ou de outra forma se expõe a elas. Tais dificuldades se devem tanto ao caráter transitório desses efeitos,³ como ao fato de que, na grande maioria dos casos, o consumo daquelas substâncias é realizado voluntariamente e com prévia consciência da influência delas sobre o comportamento e a capacidade de autodeterminação de seu usuário.

Assim, se, por um lado, o consumo do álcool e de outras substâncias provoca

³ A transitoriedade do efeito do álcool separa o tema deste trabalho do problema do alcoolismo crônico, em que o abuso prolongado do álcool produz efeitos permanentes na psique do sujeito, que não retorna à normalidade após a metabolização da substância. V., por todos, BRUNO, A. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. II, p. 187.

alterações comportamentais aptas a aproximar o sujeito, nos casos extremos de intoxicação, aos doentes mentais legalmente considerados inimputáveis, na medida que lhe retira a capacidade de entender e de querer,⁴ por outro, aquelas substâncias geralmente afetam o indivíduo em razão de um ato voluntário seu (como o próprio consumo, no caso do álcool), praticado com conhecimento do efeito por elas causado. Trata-se de “gênero artificial de demência, espécie de loucura que se contrai voluntariamente”⁵. Põe-se assim a tensão⁶ entre o princípio da culpabilidade, que faz depender a punição do agente de certas condições pessoais dele, transitoriamente encobertas pelo consumo do álcool,⁷ e a percepção intuitiva de que a não punibilidade decorrente de uma situação previsível ao sujeito, ou mesmo deliberadamente buscada por ele – quiçá com premeditação para a prática de um fato definido como crime – não é uma solução justa ou convincente.⁸

Esse o problema do conflito entre imputabilidade e embriaguez,⁹ conhecido de longa data¹⁰ e para o qual talvez ainda não se tenha encontrado solução inteiramente convincente.

⁴ Essa premissa será aceita sem demonstração, pelas razões expostas na nota 116 adiante. Pressupõe-se, portanto, que o consumo de álcool ou de outras substâncias pode, nos casos extremos, provocar uma alteração de comportamento comparável às doenças mentais excludentes da imputabilidade – como reconhece, aliás, o próprio Direito vigente (CP, art. 28, § 1º, adiante discutido no texto).

⁵ Blackstone, *apud* QUEIRÓS, N. de. **Teoria da “actio libera in causa” e outras teses**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 26.

⁶ Sobre essa questão, de forma bastante expressiva e elegante, BRUNO, A. Prefácio e notas em QUEIRÓS, N. de. **Teoria da “actio libera in causa” e outras teses**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 8 e 18.

⁷ Justamente porque os aspectos médico-legais do tema não serão analisados no trabalho (v. nota 4), não se vê problema em mencionar apenas o álcool, mas com vistas a todas as substâncias capazes de provocar o estado de embriaguez. Essa solução, além de mais concisa, prestigia o desenvolvimento histórico da *actio libera in causa*, surgida em face dos problemas decorrentes do consumo do álcool etílico.

⁸ As ações delituosas do ébrio seriam “político-criminalmente necessitadas y merecedoras de sanción penal” (ALCÁCER GUIRAO, R. **Actio libera in causa dolosa e imprudente**: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005. p. 18); em sentido semelhante: MARTÍN LORENZO, M. Caso del chapista. In: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (org.). **Casos que hicieron doctrina en Derecho penal**. 2. ed. Madrid: La Ley, 2011, p. 415; HIRSCH, H. J. Acerca de la *actio libera in causa*. In: _____. **Derecho penal**: obras completas, t. I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 174; ALONSO ÁLAMO, M. La acción “libera in causa”. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, 1989, p. 63; JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal**: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992, p. 14 e 124, com referências à literatura espanhola e alemã.

⁹ E que não é, de forma alguma, o único problema suscitado pela embriaguez no Direito Penal. Além das situações de erro de tipo e de ausência da capacidade de ação induzidos pelo álcool, referidos no item 6.1, há ainda as questões envolvendo o crime de embriaguez em serviço, previsto no art. 202 do CPM (objeto da monografia *Embriaguez delituosa*, de Loureiro Neto), o delito de embriaguez ao volante (art. 306 do CTB e art. 279 do CPM), bem como a problemática do alcoolismo crônico, já referido na nota 3.

¹⁰ Vejam-se as indicações em QUEIRÓS, N. de. **Teoria da “actio libera in causa” e outras teses**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 18.

2.1 A EMBRIAGUEZ EVITÁVEL E A REDAÇÃO ORIGINAL DO CÓDIGO PENAL VIGENTE¹¹

A antiga Parte Geral do Código Penal em vigor enfrentou de maneira bastante simples a questão da embriaguez e sua interferência sobre a imputabilidade. Por um lado, reconheceu que aquela, a partir de certo estágio, é capaz de retirar do agente a capacidade de compreender o caráter ilícito do fato e de se determinar de acordo com tal entendimento, equiparando-a, portanto, aos transtornos mentais referidos no art. 22 da redação original do Código (essencialmente idêntico ao atual art. 26 transcrito acima). Por outro, além de diferenciar a embriaguez segundo seus graus ou estágios, separando a embriaguez *completa* da *incompleta* e restringindo àquela a aptidão de isentar de pena, o Código distinguia entre embriaguez decorrente de caso fortuito ou força maior (embriaguez acidental), em que o estado de ebriedade não é atribuível à conduta do indivíduo, e embriaguez voluntária ou culposa, decorrentes respectivamente do desejo de embriagar-se (ou da indiferença do sujeito quanto a essa possibilidade) e da imoderação descuidada no consumo do álcool.¹² Estas últimas modalidades de embriaguez, por serem evitáveis,¹³ não tinham eficácia dirimente alguma:

Emoção e paixão. Embriaguez
Art. 24. Não excluem a responsabilidade¹⁴ penal:
I – a emoção ou a paixão;
II – a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

¹¹ Em princípio, seria possível principiar a análise diretamente com o texto legal em sua redação atual, isto é, a Parte Geral com a redação dada pela Lei nº. 7.209/84. No entanto, como os dispositivos relevantes para o texto não foram substancialmente alterados pela referida lei (cf. item 2.2 adiante), a retroação da exposição aos comentários à Parte Geral original permite contemplarem-se obras clássicas como as de Hungria e Bruno.

¹² Para tal classificação, v., por todos, JESUS, D. E. de. **Direito Penal**, v. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 553; BUSATO, P. C. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 566. A embriaguez voluntária compreende ainda a preordenada, provocada pelo sujeito com o específico propósito de, já embriagado, praticar um fato definido como crime (JESUS, D. E. de. Op. cit., p. 554; BUSATO, P. C. Op. e loc. cit.). Chamon Junior critica a locução *embriaguez voluntária*, por entender que a embriaguez culposa também é voluntária, preferindo falar em embriaguez *querida* e embriaguez *assumida*; a embriaguez culposa, por sua vez, é chamada por esse autor de embriaguez *previsível* (CHAMON JUNIOR, L. A. **Responsabilidade penal e embriaguez**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 59). A expressão “embriaguez voluntária” foi também utilizada nesse sentido mais amplo por Busato em trabalho anterior ao seu manual (BUSATO, P. C. Valoração crítica da *actio libera in causa* a partir de um conceito significativo de ação. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 1, n. 2, jul.-dez. 2009, p. 152). Chamon Junior às vezes refere à embriaguez voluntária, culposa e preordenada como *imputável ao agente*, o que é plausível, embora possa causar confusão com a questão da *imputabilidade penal* – razão pela qual preferimos o gênero *embriaguez evitável* (cf. nota 13). Já Rodrigues, seguindo direção oposta, pondera que a embriaguez culposa também é, num certo sentido, *acidental* (RODRIGUES, E. S. M. **A embriaguez e o crime**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 17 e 42). No presente texto, as qualificações *voluntária*, *culposa*, *acidental* etc. para a embriaguez serão utilizadas em seus significados habituais.

¹³ Ao longo do presente trabalho, denominar-se-á *evitável* a embriaguez que, em razão de sua origem, não isenta de pena no regime do Código (isto é, a culposa e a voluntária, nesta compreendida a preordenada).

¹⁴ O uso do termo “responsabilidade” na antiga Parte Geral será detalhado adiante (item 2.2). Por ora, basta que, onde se diz “responsabilidade”, leia-se “imputabilidade”.

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

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

Tal solução foi justificada, na Exposição de Motivos do Código Penal, pelo recurso à teoria da *actio libera in causa*, a qual permitiria fundamentar a responsabilidade criminal do ébrio na conduta prévia de embriagar-se:¹⁵

4. A responsabilidade penal continua a ter por fundamento a responsabilidade moral, que pressupõe no autor do crime, contemporaneamente à ação ou omissão, a capacidade de entendimento e a liberdade da vontade, embora nem sempre a responsabilidade penal fique adstrita à condição de plenitude do estado de imputabilidade psíquica e até mesmo prescindida de sua coexistência com a ação ou omissão, desde que esta possa ser considerada *libera in causa* ou *ad libertatem relata*. (...)

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

Quando *voluntária* ou *culposa*, a embriaguez, ainda que *plena*, não isenta de responsabilidade (art. 24, nº II): o agente responderá pelo crime. Se for *preordenada*, responderá o agente, a título de dolo, com pena agravada (art. 24, nº II, combinado com o art. 44, nº II, letra *c*). Somente a embriaguez *plena* e *acidental* (devida a caso fortuito ou força maior) autoriza a isenção de pena, e, ainda assim, se o agente, no momento do crime, em razão dela, estava inteiramente privado da capacidade de entendimento ou de livre determinação.

Essa vinculação, porém, foi questionada por numerosos autores, os quais, apoiando ou não a disciplina legal, impugnaram a afirmação de que ela se explicasse pela teoria da *actio libera in causa*. Um dos primeiros foi Basileu Garcia:¹⁶

Não me parece que aqui [refere-se ao art. 24, II] se deva fazer realmente uma aplicação da teoria das *actiones liberae in causa*, como sustenta a “Exposição de Motivos”. Quer na embriaguez simplesmente voluntária, quer na embriaguez culposa, o agente não tem em vista cometer um crime, o que se dá em hipótese muito diferente, que é a da embriaguez dolosa, preordenada. O agente quer tão somente beber ou quereria talvez embriagar-se, mas não quer delinquir. Entretanto, vem a cometer um crime. Diz o Código – é responsável, e diz a “Exposição de Motivos” – é responsável, em virtude da aplicação que fazemos da doutrina das *actiones liberae in causa*, porque a ação criminosa foi livre em sua causa. Respondo que não foi livre na sua causa a ação criminosa. Não se nota aí um nexo de

¹⁵ As edições comerciais do Código Penal geralmente substituem os itens da Exposição de Motivos original relativos à Parte Geral pela Exposição de Motivos da Lei nº. 7.209, de 11/7/1984, que reformou aquela primeira parte do Código. A transcrição feita no texto se baseia na reprodução contida em MIRABETE, J. F. **Código Penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 40 e 50.

¹⁶ GARCIA, B. Causalidade material e psíquica. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 90, abr.-jun. 1942, p. 604. No mesmo ano desse trabalho (1942), Bento de Faria igualmente negou que a responsabilidade penal pelo fato animado por resolução surgida apenas após a embriaguez se explicasse pela *actio libera in causa*, embora não fosse muito claro quanto à interpretação que dava ao art. 24 (BENTO DE FARIA, A. **Código Penal brasileiro**, v. II, 1ª parte. Rio de Janeiro: Jacintho, 1942, p. 333).

causalidade subjetiva entre a ação daquele que quer, quando muito, embriagar-se e o resultado final: o crime que vem a cometer.

A crítica foi repetida nas *Instituições de Direito Penal*:¹⁷

Explicam a *Exposição de Motivos* e Nelson Hungria que o instituto das *actiones liberae in causa* justifica a punição dos delitos praticados em embriaguez completa, voluntária ou culposa. Embora tenha sido a nossa opinião contestada pelo eminente penalista, julgamos que constituirá desmedido alargamento das razoáveis possibilidades daquele instituto a explicação, por essa maneira, da punibilidade do alcoolizado, fora da hipótese, bem característica, de embriaguez preordenada.

Aníbal Bruno fez crítica semelhante:¹⁸

Esses casos, o nosso Código os resolve dispondo que a embriaguez voluntária ou culposa não exclui a responsabilidade penal, solução que a *Exposição de Motivos* do Código italiano toma por hipótese de *actio libera in causa*. A *Exposição de Motivos* do nosso Código segue a mesma interpretação, adotando para esse instituto um conceito amplíssimo. É um esforço para fazer incluir aquela solução na estrutura sistemática do Código.

Mas não só a hipótese não pode ser admitida na categoria da *actio libera in causa*, como também as consequências que dela decorrem são diversas das que derivam da admissão desse instituto.

Este último autor foi seguido por José Frederico Marques:¹⁹

Não é exato, por outra parte, que a teoria da *actio libera in causa* justifica, no campo da imputabilidade e da responsabilidade penal, o tratamento rigoroso que o Código deu à embriaguez. Não há que falar, no tocante ao assunto, em *actio libera in causa*. Os crimes praticados em estado de embriaguez voluntária ou culposa, diz o Prof. Aníbal Bruno, “não devem ser incluídos na teoria da *actio libera in causa*”, pois a punibilidade dos mesmos se assenta em outras bases. E não há que falar na velha teoria de Bartolo e dos práticos porquanto ela não se ajusta aos termos em que foi colocada, em nosso Código, a questão da embriaguez não acidental.

Em sentido análogo, manifestaram-se Bento de Faria,²⁰ Munhoz Netto,²¹ Noronha,²² Fragoso,²³ Jesus,²⁴ Balestra,²⁵ Martins²⁶ e Lyra Filho.²⁷ Segundo esses autores, a teoria da

¹⁷ GARCIA, B. *Instituições de Direito Penal*, v. I, t. I. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 350. A opinião de Hungria referida por Garcia será analisada em seguida no texto.

¹⁸ BRUNO, A. *Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. II, p. 151. A passagem de Frederico Marques transcrita em seguida no texto alude a um artigo de Aníbal Bruno denominado **A culpabilidade** e publicado em 1954 na Revista Pernambucana de Direito Penal e Criminologia, que não tivemos oportunidade de consultar.

¹⁹ MARQUES, J. F. *Tratado de Direito Penal*, v. II. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 183.

²⁰ Cf. nota 16.

²¹ MUNHOZ NETTO, A. Aspectos do anteprojeto de Código Penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 9, 1961, p. 93; _____. Aspectos da culpabilidade no Direito Penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 10, 1964, p. 102; _____. A culpabilidade no novo Código. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 13, 1970, p. 140; _____. As causas de exclusão da culpabilidade no novo Código Penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 15, 1972, p. 172.

²² NORONHA, E. M. *Direito Penal*, v. 1: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963, nº. 88, p. 184, e nº. 114, p. 223.

²³ FRAGOSO, H. C. Da responsabilidade penal no anteprojeto. In: **Ciclo de conferências sobre o anteprojeto do Código Penal brasileiro**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1965, p. 149; _____. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, nº. 188, p. 210; HUNGRIA, N; FRAGOSO, H. C. **Comentários ao Código Penal**, v. I, t. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, nº. 74, p. 609.

²⁴ JESUS, D. E. de, Culpabilidade normativa e embriaguez no Código Penal de 1969. **Justitia**, São Paulo, n. 83, out.-dez. 1973, p. 103; *Direito Penal*, v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva: 1983, p. 425 e 469.

actio libera in causa (doravante referida também como ALIC) se caracteriza por buscar o título e fundamento da punição do agente na vontade²⁸ que, no momento de embriagar-se, ele possuía em relação ao fato definido como crime que posteriormente viria a praticar. Assim, segundo a compreensão desses autores sobre a ALIC, o ébrio seria punível por crime doloso apenas se, ao embriagar-se, fosse capaz de prever a subsequente prática de um fato definido como crime, e incorporasse tal desdobramento à sua vontade: o sujeito embriaga-se com o fim de, nesse estado, cometer um crime (embriaguez preordenada) ou assumindo o risco de praticá-lo. Nessas condições, ainda que o fato criminoso não constitua uma ação *livre em si* (isto é, praticada na plena posse das faculdades mentais), sê-lo-ia *na causa*, gerado que foi pela conduta precedente de embriagar-se. A ALIC culposa, por sua vez, se caracterizaria pela previsibilidade, no instante em que o sujeito se embriaga, do fato punível que ele viria a praticar no estado de embriaguez. Fora desse quadro, a punição do fato do ébrio, por pernicioso que fosse, não encontraria fundamento na ALIC. Como resumiu Noronha,²⁹

(...) a doutrina das *actiones liberae in causa* exige que a pessoa, livre no momento antecedente, tenha dolo ou culpa relativamente ao delito que praticará.

No regime do Código Penal de 1940, por sua vez, o fato era tido por doloso ou culposos segundo o elemento subjetivo a animar o agente já durante a embriaguez. Pouco importava, segundo o texto da lei, se o agente, ao embriagar-se, agiu com dolo ou culpa em relação ao resultado que viria a ser produzido durante a embriaguez: a imputação, como dito, se basearia no dolo ou culpa identificáveis nesta segunda etapa – dolo ou culpa do ébrio.³⁰

²⁵ BALESTRA, A. A. Da embriaguez como figura autônoma. **Ciência Penal**, São Paulo, n. 1, 1973, p. 117.

²⁶ MARTINS, J. S. **Direito Penal**: introdução e Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 310 (sem grande ênfase).

²⁷ LYRA FILHO, R.; CERNICCHIARO, L. V. **Compêndio de Direito Penal**. São Paulo: Bushatsky, 1973, p. 192.

²⁸ Por pura conveniência, expõe-se aqui essa formulação da ALIC nos termos de uma concepção volitiva de dolo, segundo a qual este compreende representação e vontade, como defende a doutrina nacional dominante. Caso se opte por outra concepção do dolo, como a da teoria da representação, a palavra *vontade* contida no texto teria de ser substituída por outra. Sobre a dicotomia “teoria da representação × teoria da vontade” em seus termos tradicionais, BRUNO, A. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. II, p. 60. Para o estado mais recente da polêmica, GRECO, L. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, A. et al. (coord.). **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 885-903; PUPPE, I. **A distinção entre dolo e culpa**. São Paulo: Manole, 2004, *passim*; _____. Dolo eventual e culpa consciente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 58, jul. 1997, p. 211-214; SANTOS, H. S. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In: GRECO, L.; LOBATO, D. (org.). **Temas de Direito Penal**. Rio de Janeiro/S. Paulo/Recife: Renovar, 2008, p. 263-289. Para referências adicionais, v. BUSATO, P. C. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 411.

²⁹ NORONHA, E. M. **Direito Penal**, v. 1: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 224.

³⁰ A interpretação corrente dos dispositivos legais citados é aquela indicada no texto, isto é, de que a embriaguez inevitável pode isentar de pena ou reduzi-la, conforme seu grau, e a embriaguez evitável não interfere na imputabilidade, devendo-se punir o ébrio pelo dolo ou culpa manifestados durante a embriaguez. V., por todos, JESUS, D. E. de. **Direito Penal**, v. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 554; BUSATO, P. C. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 568. Chamon Junior, em sua crítica ao regime legal (e à ALIC), tacha de obscuro o texto do Código e afirma que ele viola o princípio da taxatividade (CHAMON JUNIOR, L. A.

A diferença entre a solução do Código, tomada em sua literalidade, e aquela proporcionada pela ALIC, tal como compreendida pelos autores citados por último, aparece com clareza naqueles casos em que o dolo ou culpa em relação ao fato surgem apenas após a embriaguez. Queirós e Bruno exemplificam-nos recorrendo a um exemplo de Max Ernst Mayer:³¹

Si, p. ej., un ebrio, en el camino de regreso a su casa, comienza una pendencia y golpea a un adversario, las más de las veces no habrá una *actio libera in causa* punible, porque, aunque el estado de ebriedad pudiera haber contribuido a la lesión corporal, difícilmente podrá afirmarse que, con referencia a ese resultado, habrá existido dolo o culpa.

Semelhante é o exemplo de Magalhães Noronha:³²

Certo operário, homem trabalhador, morigerado, pacífico, econômico e não dado a bebidas, teve um dia forte discussão com sua mulher, que, ato contínuo, abandonou-o, deixando-o com os filhos menores. Desgostoso, sai de casa e entra em um botequim, onde se põe a beber quase até à noite. Volta, então, para casa, inteiramente embriagado, vai ao berço de sua filhinha de seis meses, leva-a para o quintal, colocando-a sobre um cepo e está para decepar sua cabeça com uma machadada, quando um filho de onze anos, que a tudo assistia horrorizado, empurra-o e põe-se a gritar, acudindo agora os vizinhos e impedindo a consumação do ato. Horas depois, no interrogatório na Polícia, chorando desesperadamente, clamando que sua filha era tudo para ele na vida, protestando ignorar qual o móvel que o impeliu àquele gesto, dizia que se teria suicidado, caso houvesse sacrificado a menor.

Responsabilidade penal e embriaguez. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 235). Essa específica crítica, porém, não conta com muitos defensores, pois mesmo os opositores do regime do Código não parecem ter maiores dúvidas de seu teor imediato, e as propostas de interpretação restritiva geralmente vêm como alternativa salvadora do texto legal. Entre as poucas vozes dissonantes contavam-se Costa e Silva, Viana e Martins. Este último sugeriu que, se a embriaguez voluntária completa não guardasse relação direta com o crime nela cometido, sendo mera ocasião e não uma das condições dele, deveria ser equiparada à acidental (MARTINS, J. S. **Direito Penal**: introdução e Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 313). Já Viana, postulando a impossibilidade de distinção entre dolo e culpa na conduta do sujeito completamente embriagado, propôs que a embriaguez dolosa implicasse a punição por dolo, e a embriaguez culposa, por crime culposo (VIANA, L. V. **Embriaguez no Direito Penal**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1949, p. 61). Sobre essas opiniões divergentes, v. o item 6.2.2 *infra*. Por fim, a passagem de Costa e Silva relativa ao tema é pouco clara: “No conceito da embriaguez voluntária entra a preordenada; mas, neste caso, responde o agente por dolo. Nos outros, simplesmente por culpa” (COSTA E SILVA, A. J. da. **Código Penal**, v. I. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1943, p. 192). É difícil dizer se o “neste caso” se refere apenas à embriaguez preordenada ou à voluntária em geral. A primeira alternativa conduz à mesma interpretação dada por Viana (punição por dolo na embriaguez voluntária e por culpa na culposa); a segunda antecipa o Anteprojeto Hungria (v. adiante no texto) e limita a ALIC dolosa ao caso de preordenação, o que é mais benigno do que a própria concepção de ALIC sugerida por Bruno, Marques etc., que admitiam a punição também quando a embriaguez voluntária fosse acompanhada pelo dolo eventual em relação ao crime posteriormente cometido. O trecho relativo à ALIC nos comentários de Costa e Silva ao Código Penal de 1890 não indica a solução que ele daria a cada grupo de casos: diz apenas que “a *actio libera in causa* sujeita o agente a ser punido por dolo ou culpa, conforme as hipóteses” (COSTA E SILVA, A. J. da. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**, v. I, p. 197). Essa má tradição de comentar o regime legal da embriaguez sem a indicação clara da solução a ser dispensada a cada caso permanece até os dias atuais (cf. nota 377 *infra*).

³¹ MAYER, M. E. **Derecho Penal**, Parte General. Buenos Aires-Montevideo: B de F, 2007, p. 269; QUEIRÓS, N. de. **Teoria da “actio libera in causa” e outras teses**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 43; BRUNO, A. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. II, p. 153, nota 3.

³² NORONHA, E. M. **Direito Penal**, v. 1: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963, nº. 114, p. 224. Noronha credita o exemplo a Mezger. Uma hipótese semelhante é descrita por JESUS, D. E. de. **Direito Penal**, v. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 556.

Nos exemplos dados, ilustrativos de dolo superveniente à embriaguez, não seria possível a punição segundo a formulação da ALIC exposta acima, pois, no momento de embriagar-se, o sujeito sequer cogitou da violência que viria a praticar. Já pelo regime legal, os fatos seriam plenamente puníveis a título de dolo, pois a embriaguez era evitável (isto é, não foi acidental), e *durante ela* o sujeito agiu dolosamente. São concebíveis também exemplos de fatos culposos: o sujeito, arrasado pelo término de um relacionamento amoroso, põe-se a beber imoderadamente em casa; após embriagar-se por completo, decide sair em busca da mulher amada e atropela um transeunte. Uma vez que a iniciativa de dirigir surgiu apenas após a embriaguez e era imprevisível antes dela, a concepção mais estrita da ALIC não permitiria fundamentar a punibilidade do sujeito, ao contrário do que sucede com a disciplina do Código.³³

Assim, a afirmação de que o regime sugerido pela literalidade do texto legal corresponde à ALIC, necessariamente se baseia em uma concepção amplíssima da teoria.³⁴ O próprio Nélson Hungria, autor mais notável a defender o regime legal pelo recurso à *actio libera in causa*, impugnou a objeção de Basileu Garcia referida acima nos seguintes termos:³⁵

De duas, uma: ou o professor paulista desconhece, ou não quer aderir à extensiva conceituação moderna da *actio libera in causa*, tão bem fixada, entre nós, escoreita monografia, por Narcélio de Queirós.

De fato, essa “extensiva conceituação moderna” contava, já antes de Hungria e da exposição de motivos do CP de 1940,³⁶ com o apoio de Queirós, autor da mais citada monografia nacional sobre o tema.³⁷ No entanto, o próprio prefaciador e anotador da reedição

³³ Exemplo semelhante em NASCIMENTO, W. V. A embriaguez nos limites da culpa *strictu sensu*. In: _____. **A embriaguez e outras questões penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 23.

³⁴ De “conceituação extensiva” falava Nascimento (NASCIMENTO, W. V. A embriaguez nos limites da culpa *strictu sensu*. In: _____. **A embriaguez e outras questões penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 21). V. tb. a opinião de Prado/Carvalho/Carvalho transcrita na nota 165.

³⁵ HUNGRIA, N; FRAGOSO, H. C. **Comentários ao Código Penal**, v. I, t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, nº. 110, p. 387. Esse conceito amplo de ALIC, coincidente com o regime legal, foi adotado também por Viana, o qual, pouco antes de transcrever o item nº. 21 da Exposição de Motivos do Código Penal, reproduzido acima no texto, afirma: “perfilhou o legislador brasileiro, integralmente, a teoria da *actio libera in causa seu ad libertatem relata*” (VIANA, L. V. **Embriaguez no Direito Penal**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1949, p. 33; _____. *Embriaguez no Direito Penal*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná**, Curitiba, n. 4, dez. 1956, p. 274; v. tb., na obra de 1949, a p. 64). No entanto, a interpretação desse autor para o direito positivo brasileiro era diferente da de Hungria (cf. nota 30 supra). Ribeiro Pontes, Galdino Siqueira e Castelo Branco também parecem aceitar a identificação feita na Exposição de Motivos do regime do Código e da ALIC (RIBEIRO PONTES. **Código Penal brasileiro**, v. I. 2. ed. Curitiba-São Paulo-Rio de Janeiro: Guaíra, s/d, p. 66; SIQUEIRA, G. **Tratado de Direito Penal**, t. I. 2. ed. Rio de Janeiro: José Kofino, 1950, nº. 358, p. 401; CASTELO BRANCO, V. P. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Sugestões literárias, 1970, p. 207).

³⁶ A similitude de pensamento de Hungria e da Exposição de Motivos não surpreende, uma vez que, segundo Fragoso, deve-se justamente a ele a exposição de motivos do Código Penal assinada pelo ministro Francisco Campos (HUNGRIA, N; FRAGOSO, H. C. **Comentários ao Código Penal**, v. I, t. I. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 12).

³⁷ QUEIRÓS, N. de. **Teoria da “actio libera in causa” e outras teses**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963. A 1ª edição é de 1936. No Brasil, praticamente não há quem não cite a obra (especialmente a definição contida em

póstuma da obra, Aníbal Bruno, contestou que a teoria pudesse sustentar-se com contornos tão amplos.³⁸

Assim, para a maioria dos comentadores da Parte Geral original do Código,³⁹ o regime dela não correspondia à *actio libera in causa*. De toda forma, impugnar a identificação daquele com esta não significa, necessariamente, discordar da solução legal. Basileu Garcia, por exemplo, embora tenha refutado que a disciplina do Código se explicasse pela ALIC, admitiu o severo tratamento dispensado aos ébrios: “a lei, numa compreensível atitude de política criminal, recusa toda tolerância, toda complacência” à embriaguez voluntária ou culposa.⁴⁰ Do art. 24, II, do CP, disse: “acho-o útil, acho-o conveniente e não temo que dele decorram injustiças”.⁴¹ Ao dissertar brevemente sobre o Código Penal de 1969, então em *vacatio legis*, assim descreveu o regime do Código de 1940:⁴²

sua p. 37), embora nem sempre demonstrando grande compreensão dela. No exterior, mencionaram-na Soler, Cousiño Mac Iver e Zaffaroni (SOLER, S. **Derecho Penal argentino**, t. II. 4. ed. Buenos Aires: TEA, 1970, § 36 V, p. 41, nota 18; COUSIÑO MAC IVER, L. **Derecho Penal chileno**, t. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1975, p. 526, nota 1035; ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**, t. III. Buenos Aires: Ediar, n.º. 378, p. 438, nota 58).

³⁸ QUEIRÓS, N. de. **Teoria da “actio libera in causa” e outras teses**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 88, nota. Segundo anotou Bruno na 2ª edição da obra (op. cit., p. 89), e também o próprio Queirós (op. cit., p. 52), foram autores italianos do início do século XX que desenvolveram esse conceito amplíssimo. Também crítico à concepção de Queirós, FRAGOSO, H. C. Da responsabilidade penal no anteprojeto. In: **Ciclo de conferências sobre o anteprojeto do Código Penal brasileiro**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1965, p. 149.

³⁹ Bruno sugeriu que aquela concepção ampla de ALIC preconizada pela Exposição de Motivos e por Hungria era dominante (prefácio em QUEIRÓS, N. de. **Teoria da “actio libera in causa” e outras teses**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 10). Todavia, como sobressai das citações feitas no texto, os críticos da equiparação da ALIC ao regime legal pareciam ser mais numerosos – além de que o próprio Hungria, no mesmo ano da reedição da obra de Queirós anotada por Bruno, publicou seu anteprojeto com solução diversa e muito mais benigna para o problema da embriaguez (v. adiante no texto).

⁴⁰ GARCIA, B. **Instituições de Direito Penal**, v. I, t. I. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1954, n.º. 114, p. 347.

⁴¹ GARCIA, B. Causalidade material e psíquica. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 90, abr.-jun. 1942, p. 604.

⁴² GARCIA, B. Em torno do novo Código Penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 425, mar. 1971, p. 260. É certo que o mesmo Garcia afirmou que “é a mais rigorosa que se pode imaginar a configuração dessas causas de exclusão da punibilidade de que trata o art. 22 e de que cogitam os artigos seguintes, referentes à embriaguez” (GARCIA, B. Causalidade material e psíquica. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 90, abr.-jun. 1942, p. 601) e chamou *draconiano* o sistema legal relativo à embriaguez (GARCIA, B. **Instituições de Direito Penal**, v. I, t. I. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1954, n.º. 114, p. 351). No entanto, além de que *draconiano* não necessariamente significa *injusto*, é possível que o adjetivo se referisse à exigência de que a embriaguez, mesmo quando acidental, fosse completa para isentar de pena (**Instituições de Direito Penal**, cit., n.º. 114, p. 345: “a severidade é extrema”; Causalidade material e psíquica, cit., p. 603: “parece-me que houve um pouco de rigor demais”). A principal crítica do autor ao regime legal era contra a ambiguidade em relação à embriaguez crônica, que poderia ser tida como embriaguez voluntária penalmente irrelevante, ou considerada doença mental apta a isentar de pena (**Instituições de Direito Penal**, cit., n.º. 114, p. 348). Para a opinião de Garcia, v. ainda a nota 54. Revemos assim a opinião manifestada em trabalho anterior, no qual, seguindo Jesus, Tavares e Busato, alinhamos Garcia entre os críticos do regime dispensado pela lei à embriaguez evitável (QUANDT, G. de O. Uma breve comparação entre o PLS 236/2012 e o Projeto Substitutivo: aplicação da lei penal e teoria do delito. In: LEITE, A. (Org.). **Reforma Penal: a crítica científica à Parte Geral do Projeto de Código Penal (PLS 236/2012)**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 210, nota 652; JESUS, D. E. de. Culpabilidade normativa e embriaguez no Código Penal de 1969. **Justitia**, São Paulo, n. 83, out.-dez. 1973 p. 100; TAVARES, J. **Teoria do crime culposos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 433, nota 866; BUSATO, P. C. Valoração crítica da *actio libera in causa* a partir de um conceito significativo de ação. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 1,

Era um sistema bastante rigoroso, útil à defesa penal contra os crimes de perigosos indivíduos que se embriagam.

A meu ver, não dava margem a injustiças, porque os casos de embriaguez que se apresentam nos tribunais rarissimamente, para não dizer nunca, são de embriaguez completa, que produza total supressão do discernimento, e a grande vantagem do sistema estava em evitar uma fácil escapatória, através da mera alegação de embriaguez completa, em benefício de autênticos delinquentes.

Ainda assim, a maioria dos autores que contestavam a identificação do direito então vigente com a ALIC, repudiava o primeiro, reconhecendo nele um lamentável exemplo de responsabilidade objetiva. Era o caso de Aníbal Bruno,⁴³ Frederico Marques,⁴⁴ Fragoso,⁴⁵ Noronha⁴⁶, Lyra Filho⁴⁷ e Jesus.⁴⁸

De forma geral, as opiniões a respeito da relação entre o regime da Parte Geral original do Código Penal de 1940 e a ALIC podiam ser divididas em três grupos principais: o primeiro deles, representado por Hungria, Ribeiro Pontes, Siqueira e pela Exposição de Motivos, identificava a solução legal, tomada literalmente, com a ALIC, o que pressupunha uma concepção amplíssima desta; Garcia, por sua vez, negava que o regime do Código coincidissem com a ALIC, mas ainda assim defendia o primeiro por razões eminentemente práticas; por fim, Bruno, Marques, Noronha, Jesus e Fragoso, além de contestar a identificação do CP com a ALIC, criticavam severamente o regime legal.⁴⁹

Contudo, o próprio Néelson Hungria, ao publicar seu anteprojeto de Código Penal em 1963,⁵⁰ abandonou a solução adotada pelo Código vigente e propôs a seguinte:⁵¹

n. 2, jul.-dez. 2009, p. 157; _____. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 568).

⁴³ BRUNO, A. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. II, p. 50.

⁴⁴ MARQUES, J. F. **Tratado de Direito Penal**, v. II. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, § 74/6, p. 168.

⁴⁵ FRAGOSO, H. C. **Lições de Direito Penal**: Parte Geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, nº. 188, p. 209; HUNGRIA, N.; FRAGOSO, H. C. **Comentários ao Código Penal**, v. I, t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 197, nº. 74, p. 610.

⁴⁶ NORONHA, E. M. **Direito Penal**, v. 1: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963, nº. 114, p. 225.

⁴⁷ LYRA FILHO, R.; CERNICCHIARO, L. V. **Compêndio de Direito Penal**. São Paulo: Bushatsky, 1973, p. 193.

⁴⁸ JESUS, D. E. de. **Direito Penal**, v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva: 1983, p. 511; _____. Culpabilidade normativa e embriaguez no Código Penal de 1969. **Justitia**, São Paulo, n. 83, out.-dez. 1973, p. 100, com referências adicionais (embora pelo menos uma delas – aquela à opinião de Garcia – esteja equivocada: v. nota 42 supra). Este último trabalho é citado por Zaffaroni como exemplo de crítica à ALIC (ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General, t. III. Buenos Aires: Ediar, 1981, nº. 379, p. 445, nota 810); no entanto, Jesus se limita a criticar o regime legal brasileiro, que, segundo ele próprio, não se confunde com a ALIC (cf. nota 24 supra).

⁴⁹ A par dessas orientações principais, havia ainda aqueles autores, como Costa e Silva, Martins e Viana, que interpretavam de forma particular o próprio texto do Código (cf. nota 30).

⁵⁰ Esse anteprojeto, após uma tramitação acidentada, deu origem ao Código Penal de 1969, editado alguns meses depois do falecimento de Hungria. Teve sua vigência sucessivamente adiada e foi afinal revogado sem jamais entrar em vigor. Sobre o tema, FRAGOSO, H. C. Subsídios para a história do novo Código Penal. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 3, jul.-set. 1971, p. 7-12; DOTTI, R. A. História da legislação penal brasileira (II). In: _____. **Casos criminais célebres**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 366.

⁵¹ A mudança de entendimento de Hungria é mencionada por Nascimento, Rodrigues e Silva (NASCIMENTO, W. V. A embriaguez nos limites da culpa *strictu sensu*. In: _____. **A embriaguez e outras questões penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 27; RODRIGUES, E. S. M. **A embriaguez e o crime**. Brasília: Brasília

Art. 31. A embriaguez, pelo álcool ou substância de efeitos análogos, ainda quando completa, não exclui a responsabilidade, salvo quando fortuita ou involuntária.

§ 1º Se a embriaguez foi intencionalmente procurada para a prática do crime, o agente é punível a título de dolo.

§ 2º Se, embora não preordenada, a embriaguez é voluntária e completa, e o agente previu ou podia prever que, em tal estado, poderia vir a cometer crime, a pena é aplicável a título de culpa, se a este título é punível o fato.

Como se pode observar, a disciplina da embriaguez completa inevitável permaneceu a mesma do CP de 1940, embora expressa de forma apenas indireta no final do *caput* do art. 31. Já a embriaguez incompleta (evitável ou não) não recebeu menção alguma no texto. Em relação à embriaguez completa evitável, o projeto parece aproximar-se da concepção estrita de ALIC defendida pela doutrina dominante de então, segundo a qual a punição a título de dolo exige a presença deste em relação ao crime (e não apenas em relação à embriaguez!) já no ato de embriagar-se. No entanto, o projeto permite uma interpretação ainda mais restrita que a concepção dominante da ALIC, na medida em que parece exigir, para a punição por dolo, que a embriaguez tenha sido “intencionalmente procurada para a prática do crime” – isto é, tenha sido *preordenada*, desconsiderando aqueles casos em que o sujeito meramente assumiu o risco, ao embriagar-se, de posteriormente praticar um fato definido como crime.⁵² Essas hipóteses parecem subsumir-se ao § 2º, que prevê a forma culposa da ALIC.⁵³ Também a punição por culpa, no anteprojeto, era mais restrita que na concepção dominante da ALIC, pois se limitava à embriaguez voluntária, com exclusão da embriaguez culposa. Assim, pelo texto do anteprojeto, o pai que leva o filho pequeno à praia e inadvertidamente se excede no consumo de bebida alcoólica, embriagando-se e deixando de perceber que o filho é tragado pelas ondas, não seria punível por homicídio culposo, pois sua embriaguez foi culposa e não voluntária. A falta de referências à embriaguez incompleta, a restrição da ALIC dolosa aos casos de preordenação/dolo direto de 1º grau⁵⁴ e a limitação da ALIC culposa à embriaguez voluntária tornavam muito pouco recomendável o regime proposto por Hungria em seu

Jurídica, 1996, p. 50; SILVA, H. C. da. **Embriaguez e a teoria da actio libera in causa**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 102). Sobre a embriaguez no anteprojeto Hungria, v. tb. MUNHOZ NETTO, A. Aspectos do anteprojeto de Código Penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 9, 1961, p. 93.

⁵² A proposta de Hungria coincide, nesse ponto, com uma interpretação possível da opinião de Costa e Silva sobre o Código de 1940 (cf. nota 30 supra). É de observar que o próprio Hungria, ao defender a definição de dolo do anteprojeto contra a crítica de Fragoso, insistiu que o dolo não se esgota na intenção, pois esta não abrange o dolo eventual (HUNGRIA, N. Em torno ao anteprojeto do Código Penal. **Revista brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 3, out.-dez. 1963, p. 21).

⁵³ A questão da embriaguez alcançada com dolo eventual em relação ao crime a ser cometido já havia sido mencionada por Fragoso no texto contestado por Hungria (FRAGOSO, H. C. A reforma da legislação penal – I. **Revista brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 2, jul.-set. 1963, p. 69)

⁵⁴ Com exclusão do dolo direto de 2º grau e do dolo eventual. Para os conceitos, BUSATO, P. C. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 417.

anteprojeto.⁵⁵

Infelizmente, os brevíssimos comentários de Hungria sobre a solução por ele proposta em seu anteprojeto não deixam claro se ele manteve intacta sua concepção amplíssima de ALIC e passou a reputá-la injusta, ou se reconsiderou a própria premissa de que a ALIC fundamentaria as soluções do Direito então vigente.⁵⁶ De toda forma, independentemente do que se alterou no seu pensamento – o conceito de ALIC ou a apreciação desse conceito –, o fato é que Hungria, ao propor e comentar seu anteprojeto de Código Penal, deixou de defender o regime legal pautando-se na ALIC.⁵⁷

2.2 A EMBRIAGUEZ EVITÁVEL, A REFORMA DA PARTE GERAL DE 1984 E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Na reforma da Parte Geral realizada pela Lei nº. 7.209/84, as mudanças no regime da imputabilidade e da embriaguez foram puramente terminológicas, como expressamente indicado na Exposição de Motivos da lei reformadora:

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

⁵⁵ A solução do anteprojeto foi severamente criticada por Basileu Garcia, que, como visto (p. 18 supra), considerava apropriado o rigor do regime legal (GARCIA, B. As penas e sua aplicação no anteprojeto. In: **Ciclo de conferências sobre o anteprojeto do Código Penal brasileiro**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1965, p. 132; _____. Das penas principais e sua aplicação. **Revista brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 4, jan.-mar. 1964, p. 48).

⁵⁶ HUNGRIA, N. Respostas às objeções do anteprojeto: primeira conferência. In: **Ciclo de conferências sobre o anteprojeto do Código Penal brasileiro**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1965, p. 468; _____. Respostas às objeções do anteprojeto: segunda conferência. In: op. cit., p. 472; _____. Em torno ao anteprojeto de Código Penal [III]. **Revista brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 5, abr.-jun. 1964, p. 13. De maneira geral, a evolução do pensamento de Hungria não é particularmente fácil de acompanhar, em razão de sua notória hostilidade a críticas e a sua dificuldade de reconhecer abertamente que mudou de opinião. A resposta às críticas de Fragoso ao anteprojeto principia em tom ameno e respeitoso: “As restrições que, pelas páginas da Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, vem fazendo o prof. Heleno Fragoso, como representante da Ordem dos Advogados, ao anteprojeto de novo Código Penal, de minha autoria, constituem, sem dúvida, a mais autorizada e séria crítica já formulada ao meu modesto trabalho. Procedem elas de um autêntico penalista e estão, por isso mesmo, a exigir que eu venha em defesa ou explicação dos critérios, regras ou conceitos que não mereceram sua aprovação.”. Mas a frase seguinte já dissipa toda aparência de humildade: “Pesa-me dizer que as objeções do ilustre crítico são, na sua quase totalidade, destituídas de fundamento ou relevância.” (HUNGRIA, N. Em torno ao anteprojeto do Código Penal. **Revista brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 3, out.-dez. 1963, p. 17). A ressalva (“quase totalidade”) é abandonada na frase final do texto: “Em suma: as críticas do prof. Fragoso ao anteprojeto, ou são, de todo irrelevantes, limitando-se a puro academicismo, ou são manifestamente desarrazoadas” (HUNGRIA, N. Em torno ao anteprojeto de Código Penal – II. **Revista brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 4, jan.-mar. 1964, p. 41).

⁵⁷ Segundo Bruno, “esse alargamento do conceito da *actio libera* (...) não alcançou impor-se na doutrina mais autorizada. Na Alemanha, não se faz sequer referência a essa opinião” (BRUNO, A. Embriaguez voluntária ou culposa e responsabilidade penal. In **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, v. 2, nº. 7, out.-dez. 1964, p. 24). Com a mudança de opinião de Hungria, a defesa do regime legal pelo recurso à ALIC em sua forma mais ampla perdeu seu principal defensor. V., todavia, a nota 164 adiante.

O texto original do Código empregava o termo *responsabilidade* para designar aquilo que, na literatura, se denominava *imputabilidade*.⁵⁸ A doutrina dominante repudiou a terminologia legal, insistindo no uso do termo *imputabilidade* para designar aquele “conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível”⁵⁹ – às vezes denominado também “capacidade de culpabilidade”⁶⁰ – e reservando a palavra *responsabilidade* para designar o “dever jurídico que incumbe ao imputável, culpado de determinado fato punível, de responder por ele perante a ordem do Direito”.⁶¹ Com a reforma de 1984, a lei adequou-se ao uso corrente dos termos,⁶² e essa foi a única mudança do tratamento da embriaguez:⁶³

Emoção e paixão

Art. 28 – Não excluem a imputabilidade penal:

I – a emoção ou a paixão;

Embriaguez

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

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

§ 2º – A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Com o advento da Constituição de 1988, alguns autores passaram a reputar

⁵⁸ Veja-se, por exemplo, o item nº. 18 da Exposição de Motivos do Código Penal de 1940. Novamente, sente-se a influência de Néelson Hungria, que defendeu a equivalência entre *responsabilidade* e *imputabilidade* (HUNGRIA, N; FRAGOSO, H. C. **Comentários ao Código Penal**, v. I, t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, nº. 101, p. 320) e insistiu no seu anteprojeto de 1963 no uso do termo *responsabilidade* para denominar o que a doutrina geralmente chama de *imputabilidade*.

⁵⁹ BRUNO, A. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. II, p. 39.

⁶⁰ V., p. ex., Mayrink da Costa: “a imputabilidade é a capacidade de culpabilidade” (MAYRINK DA COSTA, A. **Direito Penal**, v. 2. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1222). Não se deve confundir a capacidade de culpabilidade com a “capacidade de Direito Penal” – categoria aparentemente tomada dos autores italianos manejada por poucos autores brasileiros. V., p. ex., JESUS, D. E. de. **Direito Penal**, v. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 209; BARROS, F. A. M. de. **Direito Penal**, v. 1: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 378.

⁶¹ BRUNO, A. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. II, p. 27. Preferindo a terminologia tradicional àquela adotada pelo Código, além do próprio Bruno (op. e loc. cit.), v., entre vários outros: GARCIA, B. Causalidade material e psíquica. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 90, abr.-jun. 1942, p. 600; AZEVEDO, N. Da responsabilidade criminal – causas legais de isenção e de redução da pena (artigos 22 a 24 do Código Penal). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 748, fev. 1998, p. 772; SIQUEIRA, G. **Tratado de Direito Penal**, t. I. 2. ed. Rio de Janeiro: José Kofino, 1950, nº. 344, p. 382; Fragoso, em HUNGRIA, N; FRAGOSO, H. C. **Comentários ao Código Penal**, v. I, t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, nº. 69, p. 603 (“responsabilidade penal e imputabilidade são, evidentemente, coisas diversas, sendo indiscutível a impropriedade de nosso vigente CP”).

⁶² O Código Penal de 1969, mencionado na nota 50, já se rendera à crítica doutrinária e substituíra o termo “responsabilidade” por “imputabilidade” (PG, Título III, arts. 31 a 34).

⁶³ “A reforma penal de 1984 manteve a mesma orientação [da PG original em relação à embriaguez evitável], inclusive a mesma redação, substituindo somente a expressão da cabeça do artigo, ‘responsabilidade penal’, por ‘imputabilidade penal’, sem qualquer consequência prática” (BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**, v. 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 491).

inconstitucional o regime do Código, por violação do princípio da culpabilidade, que seria dedutível do princípio da pessoalidade da pena (CF, art. 5º, XLV) ou do princípio da presunção da inocência (CF, art. 5º, LVII). É o caso de Franco,⁶⁴ Jesus⁶⁵ e J. C. dos Santos.⁶⁶ Outros seguiram o caminho aberto por Garcia e reconheceram a discrepância entre o regime legal e a ALIC, mas aceitaram o primeiro por razões práticas. Podem-se mencionar Mirabete,⁶⁷ Nucci⁶⁸ e Simões Vidal⁶⁹. Já um terceiro grupo endossou a posição de Bruno, Frederico Marques etc. e insistiu na distinção entre ALIC e o regime legal, criticando este último. É o caso de Pierangeli,⁷⁰ Nascimento,⁷¹ Pedroso,⁷² Bitencourt⁷³ e Barros,⁷⁴ entre outros. Toledo, Rodrigues, Gomes e Cunha, por sua vez, propuseram que se interpretasse a lei vigente segundo aquela concepção mais restrita de ALIC, com o que as tensões entre ambas se resolveriam.⁷⁵

⁶⁴ FRANCO, A. S. Comentários ao art. 28. In: FRANCO, A. S.; STOCO, R. (org.). **Código Penal e sua interpretação**. 8. ed. São Paulo: RT, 2007, nº. 2.00, p. 220.

⁶⁵ A posição de Jesus tem uma particularidade. Nas edições mais antigas de seu manual, dizia que o direito então vigente, ao desconsiderar os efeitos da embriaguez evitável para a imputabilidade, admitia responsabilidade objetiva (JESUS, D. E. de. **Direito Penal**, v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva: 1988, p. 451). Com o advento da Constituição da República de 1988, passou a defender que o Código Penal deveria ser *interpretado de acordo com o art. 5º, LVII, da Constituição*, que proscreveria a responsabilidade objetiva (op. cit., 17. ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 451). Já no seu *Código Penal anotado*, cuja primeira edição já era posterior à Constituição, postulou que o art. 28, II, do CP, foi *revogado pelo art. 5º, LVII, da Constituição* (JESUS, D. E. de. **Código Penal anotado**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 98). Ambas as posições vêm sendo mantidas nas edições mais recentes que pudemos consultar de cada obra (**Direito Penal**, v. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 557; **Código Penal anotado**. 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 173), de modo que não é possível saber ao certo qual a relação enxergada pelo autor entre o CP e a CF – se de revogação ou de necessidade de interpretação da lei em conformidade com a Constituição.

⁶⁶ SANTOS, J. C. dos. **Direito Penal**, Parte Geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 295.

⁶⁷ MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal**, v. 1. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003, nº. 5.4.4, p. 215 e nº. 5.7.2, p. 222.

⁶⁸ NUCCI, G. de S. **Código Penal comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, nota 18 ao art. 28, p. 314; _____. **Manual de Direito Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 276.

⁶⁹ VIDAL, H. S. Dolo e culpa na embriaguez voluntária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 841, nov. 2005, p. 419 e 422.

⁷⁰ PIERANGELI, J. H. Reforma penal da embriaguez. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 685, nov. 1992, p. 302.

⁷¹ NASCIMENTO, W. V. A embriaguez nos limites da culpa *strictu sensu*. In: _____. **A embriaguez e outras questões penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 22 e 24.

⁷² PEDROSO, F. de A. **Direito Penal (Parte Geral): estrutura do crime**. 2. ed. São Paulo: LEUD, 1997, p. 519.

⁷³ BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**, v. 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 491. Esse autor critica vigorosamente o regime legal, chamando-o “superado” e relacionando-o a “uma política criminal completamente equivocada e intolerável em um Estado Constitucional e Democrático de Direito”. Por fim, de forma um pouco incoerente, propõe que se analise “*in concreto*” se, ao praticar o fato criminoso sob embriaguez evitável, o sujeito era, “nas circunstâncias”, capaz de culpabilidade, mas expressamente repele a tese da revogação do art. 28, II, do CP, pelo art. 5º, LVII, da CF, sustentada por Jesus (nota 65), consolando-se com o fato de que raramente se vê na prática um caso de embriaguez completa.

⁷⁴ BARROS, F. A. M. de. **Direito Penal, v. 1: Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 390. Sobre a opinião desse autor, v. ainda a nota 343 infra.

⁷⁵ TOLEDO, F. de A. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, nº. 280, p. 322; GOMES, L. F.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. **Direito Penal: Parte Geral**, v. 2. 2. tir. São Paulo: RT, 2007, p. 589; CUNHA, R. S. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 294. Pouco claros, PACELLI, E.; CALLEGARI, A. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2015,

Na prática forense, contudo, a disciplina legal vem sendo aplicada em sua literalidade, mencionando-se, em algumas decisões – geralmente pela referência ao item 21 da Exposição de Motivos do Código Penal, parcialmente transcrito acima – a *actio libera in causa*.⁷⁶

Em resumo: um considerável setor da doutrina considera injusto ou mesmo inconstitucional o regime legal, se aplicado com a amplitude que o texto do Código sugere, como de fato o vêm aplicando os tribunais. Parte desses autores propõe a adoção *de lege lata* da concepção mais restrita da ALIC como forma de tornar aceitável o texto da lei, enquanto alguns outros parecem enxergar naquela teoria uma alternativa válida e preferível *de lege ferenda*, que permitiria atingirem-se soluções justas e sem rompimento com o princípio da culpabilidade.

Nessa disputa, a própria teoria da *actio libera in causa* aparece em segundo plano – ora na simples impugnação da afirmação de que o Código a teria adotado, ora como alternativa para regime legal. Sua estrutura e fundamento são expostos em termos bastante esquemáticos, pela paráfrase da sua denominação (“ação livre na causa”) ou pela afirmação de que a imputabilidade não precisa perdurar durante todo o *iter criminis*. Em particular, a inserção da ALIC na teoria do delito, com a exigência lógica de que os elementos do crime – ação típica, ilicitude, culpabilidade – concorram num mesmo instante, e não sucessivamente, permanece sem explicação. Num certo sentido, a teoria parece ter exercido maior poder de atração por ser menos rigorosa do que o regime do Código Penal do que por seus próprios méritos: o conflito imanente na ALIC entre as exigências político-criminais de punição do fato do ébrio⁷⁷ e os princípios básicos do Direito Penal⁷⁸ raramente recebia a devida atenção.⁷⁹

p. 346. Num certo sentido, esses autores aproximaram-se da posição de Costa e Silva exposta na nota 30 supra. Contudo, enquanto este último sequer pareceu cogitar de outra forma de interpretar a lei, Toledo, Cunha e Gomes/García-Pablos de Molina escreveram quando o contraste entre a dicção literal da lei e a formulação mais estrita da ALIC já estava relativamente claro na doutrina, e sua proposta pode ser tomada como uma tentativa de conciliação. Rodrigues expressamente referiu à solução de Toledo, mas a removeu do plano da imputabilidade para o da tipicidade e a fundamentou em considerações pouco pertinentes acerca do finalismo e da respectiva noção de imputabilidade (RODRIGUES, E. S. M. **A embriaguez e o crime**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 45). Sobre a construção desse último autor, v. o item 6.2 adiante.

⁷⁶ STJ, REsp 908396, 5ª Turma, rel. Arnaldo Esteves Lima, j. 3/3/2009; AgRg no REsp 1165821, 5ª Turma, rel. Jorge Mussi, j. 2/8/2012; TJDF, RVCR 20040020012595, rel. Sérgio Bittencourt, j. 1/9/2004; TRF1, HC 33659, rel. Tourinho Neto, j. 15/9/2004. A intrigante decisão do STF proferida no HC 107801, 1ª Turma, min. Luiz Fux, maioria, j. 6/9/2011, será analisada no item 4.4.

⁷⁷ E também de outros fatos, caso se adote uma concepção mais ampla de ALIC. V., sobre isso, o capítulo 4 *infra*.

⁷⁸ Conflito entre prevenção e garantias, ou entre política criminal e dogmática, segundo Alcácer Guirao (ALCÁCER GUIRAO, R. **Actio libera in causa dolosa e imprudente**: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 24). Para o caso específico da inimputabilidade por embriaguez, v. nota 6 *supra*.

⁷⁹ A exceção mais destacada era Bruno, o qual desceu mais fundo na matéria e fundamentou a ALIC, dentre as alternativas que lhe pareciam disponíveis, na ideia de autoria mediata (BRUNO, A. **Direito Penal**: Parte Geral.

Esse fenômeno ocorre inclusive em obras que dedicam um tópico específico à ALIC, destacado da exegese do art. 28 do CP (ou do art. 24 anterior à reforma de 1984), tais como os manuais de Marques, Noronha,⁸⁰ Jesus⁸¹ e Mirabete,⁸² cujas fundamentações para a ALIC são bastante breves. Valha a do primeiro como exemplo:⁸³

A imputabilidade, como foi visto, é aferida e verificada no momento em que o agente pratica o fato ilícito; todavia, se ele se coloca em situação de inimputabilidade, propositadamente, para melhor realizar seus desígnios criminosos, alteram-se os dados da questão; em tal hipótese, vale, para o juízo de culpabilidade, a situação do sujeito no momento em que se colocou-se em estado de inconsciência. Aplica-se, então, o princípio das chamadas *actiones liberae in causa sive ad libertatem relatae*. (...) Desde que a ação delituosa praticada em estado de transitória perturbação da consciência, encontrasse sua causa em momento físico anterior, em que se preordenou a embriaguez para cometer o delito ou facilitar sua execução, – o agente pode ser punido pelo fato antecedente ou causa imediata [cremos que o correto seria mediata] do evento.

Nem mesmo a clássica monografia de Queirós foge a esse esquema: após expor brevemente a origem histórica da ALIC,⁸⁴ apresenta o respectivo conceito segundo vários autores;⁸⁵ comenta a expansão que sofreu (seja para abranger fatos meramente culposos, seja para avançar da hipótese original de inimputabilidade por embriaguez alcoólica para outras formas de perturbação mental ou mesmo situações diversas, como a ausência de ação); propõe a solução de alguns casos, de forma pouco sistemática;⁸⁶ defende que o problema não deve ser estudado no domínio da imputabilidade, mas no da causalidade mediata;⁸⁷ e, apenas nas últimas páginas,⁸⁸ apresenta aquela concepção amplíssima já comentada acima, que surge *Deus ex machina* e praticamente desconectada das várias concepções expostas ao longo do trabalho. Mais recentemente, essa mesma insistência na causalidade mediata permeou a exposição de Valdir Sznick, que identificou na ação de embriagar-se um começo de execução suficiente para atender à exigência de imputabilidade (que não precisaria conservar-se durante todo o processo criminoso), mas negou que a ação de embriagar-se constituísse tentativa do crime a ser praticado pelo ébrio.⁸⁹

Apesar disso, a literatura nacional não parecia ter nomes de peso contra a ALIC. As

3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. 2, p. 53 – cf. 5.1.1 *infra*).

⁸⁰ NORONHA, E. M. **Direito Penal**, v. 1: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963, nº. 88, p. 184

⁸¹ JESUS, D. E. de. **Direito Penal**, v. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 516.

⁸² MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal**, v. 1. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003, nº. 5.4.4, p. 215.

⁸³ MARQUES, J. F. **Tratado de Direito Penal**, v. II. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, § 74/6, p. 168.

⁸⁴ QUEIRÓS, N. de. **Teoria da “actio libera in causa” e outras teses**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 18.

⁸⁵ Op. cit., p. 36.

⁸⁶ Op. cit., p. 57.

⁸⁷ Op. cit., p. 65 e 71.

⁸⁸ Op. cit., p. 86.

⁸⁹ SZNICK, V. **A responsabilidade penal na embriaguez**. São Paulo: LEUD, 1987, p. 105 e 118. Como se verá no capítulo 5, a identificação do instante em que se inicia a tentativa do crime do ébrio é central na ALIC, especialmente no modelo da tipicidade ali exposto.

controvérsias e dúvidas sobre a teoria relatadas por Queirós, Viana e Sznick⁹⁰ não se refletiram nas principais exposições do Direito brasileiro vigente, que se concentraram em criticar ou justificar o regime legal.⁹¹ Assim, ao mesmo tempo em que, desde a mudança de opinião de Hungria, não parecia haver autores de vulto a defender aquela concepção amplíssima de ALIC coincidente com o texto do Código (ou pelo menos a combater expressamente a crítica segundo a qual a ALIC não explicava por completo a solução legal), tampouco havia grande questionamento da coerência interna e validade da ALIC na sua formulação mais restrita: a simples exigência de dolo ou culpa no momento da ação de embriagar-se em relação ao resultado criminoso parecia suficiente para justificar a punição dele, e a polêmica parecia restringir-se ao problema do dolo ou culpa supervenientes, bem como da punição como crime doloso de um fato que, no momento da ação de embriagar-se, poderia ser considerado no máximo culposos.

2.3 A CRÍTICA DE ZAFFARONI/PIERANGELI. OS DIFERENTES MODELOS.

Esse panorama modificou-se, o mais tardar, em 1997, com a publicação da tradução e adaptação para o Brasil, por José Henrique Pierangeli, do *Manual de Derecho Penal* escrito por Eugenio Raúl Zaffaroni a propósito do Direito Penal argentino. Nessa obra, a aparente robustez da teoria da *actio libera in causa* (mesmo naquela versão mais restrita geralmente defendida no Brasil) foi seriamente posta em dúvida. Após expor suas linhas gerais, os autores ponderam:⁹²

A teoria parece extremamente razoável, e, aplicando a mesma a maior parte da doutrina estrangeira, passou da solução que era fornecida pelo *versari in re illicita* para a embriaguez completa, pela via da *actio libera in causa*. Todavia, críticas posteriores revelam que essa teoria constitui uma violação ao princípio da reserva legal.

A crítica já aparecera com maior detalhe no *Tratado de Derecho Penal* de

⁹⁰ QUEIRÓS, N. de. **Teoria da “actio libera in causa” e outras teses**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 73; VIANA, L. V. **Embriaguez no Direito Penal**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1949, p. 35; SZNICK, V. **A responsabilidade penal na embriaguez**. São Paulo: LEUD, 1987, p. 28. Para numerosas referências às divergências no século XIX sobre a punibilidade do fato do ébrio, v. JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal**: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992, p. 46; ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General, t. III. Buenos Aires: Ediar, 1981, n.º. 379, p. 442.

⁹¹ Ainda assim, é digna de menção a crítica de Falconi, que questionou incisivamente a plausibilidade da ideia, inspiradora da ALIC em sua origem histórica, de alguém embriagar-se para obter coragem para praticar determinado crime (FALCONI, R. **Lineamentos de Direito Penal**. São Paulo: Ícone, 1994, p. 196). Todavia, tal crítica não alcançou a repercussão dos comentários de Zaffaroni/Pierangeli expostos no item 2.3 abaixo.

⁹² ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal brasileiro**, Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, n.º. 289, p. 531.

Zaffaroni.⁹³ Segundo esse autor, a aceitação da ALIC para os crimes comissivos praticados pelo ébrio depende da discutível combinação da imputabilidade e dolo no momento de embriagar-se, com a ação objetivamente típica praticada durante a embriaguez. Naquele primeiro momento, tem-se “dolo” sem tipicidade objetiva – que, portanto, é simples ânimo, pois não há dolo fora do tipo – e no segundo, tipicidade objetiva sem dolo. Para essa dessincronização dos elementos do crime, seria preciso recorrer a um conceito tão amplo de tipo que incluísse atos prévios ao início da execução – “um conceito ‘amplo’ de tipo que, no fundo, não é conceito algum de tipo”.⁹⁴ A falta de tipicidade objetiva da ação de embriagar-se se verificaria no fato de que “ninguém pode sustentar seriamente que quem se senta em uma taberna e começa a beber, realiza com isso um ‘começo de execução de um homicídio’”.⁹⁵

Além disso, o sujeito que se embriaga para praticar um crime não teria a menor garantia de que se manterá firme nesse propósito após se tornar inimputável. Por tal razão, ele não teria domínio do fato, e a eventual prática do fato planejado durante o período de sobriedade se deveria ao acaso.⁹⁶

Nos últimos anos, essa impugnação da ALIC, em suas linhas gerais, foi repetida em outras obras, como as de Silva⁹⁷ e Chamon Junior.⁹⁸ Assim, após algumas décadas de polarização da comunidade jurídica nacional entre adeptos e críticos do regime legal, e da defesa, por parte de alguns destes últimos, da ALIC, surgiram na discussão alguns questionamentos da própria *actio libera in causa* em sua versão mais restrita.

Mais ou menos na mesma época, vieram a público alguns trabalhos, inspirados na doutrina estrangeira, que davam notícia de formulações mais precisas da ALIC, as quais se dividiriam em dois ou três modelos. Se algumas obras, como as de Queirós⁹⁹ e Bruno,¹⁰⁰ já

⁹³ ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General, t. III. Buenos Aires: Ediar, 1981, n.º. 379, p. 439. Trata-se da versão expandida, em cinco volumes, do manual que Pierangeli traduziu e adaptou. Ambas as obras seguiam forte tendência finalista e não correspondem, no conjunto, ao pensamento atual do autor argentino, cujo trabalho sistemático mais recente é o *Manual de Derecho Penal* escrito em conjunto com Alejandro Alagia e Alejandro Slokar. Tal obra igualmente vem sendo traduzida e adaptada para o Direito brasileiro, desta vez por Nilo Batista e sob o título *Direito Penal brasileiro*. Essa obra coletiva repete a crítica à ALIC (ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. **Derecho Penal**: Parte General. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002, § 46 VI 2, p. 704).

⁹⁴ ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General, t. III. Buenos Aires: Ediar, 1981, n.º. 379, p. 440.

⁹⁵ Op. cit., n.º. 379, p. 440.

⁹⁶ Op. cit., n.º. 379, p. 443.

⁹⁷ SILVA, H. C. da. **Embriaguez e a teoria da actio libera in causa**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 107.

⁹⁸ CHAMON JUNIOR, L. A. **Responsabilidade penal e embriaguez**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 159.

⁹⁹ “As variações de concepções não dizem respeito apenas aos limites da órbita de aplicação da fórmula [da ALIC], mas, principalmente, se referem à exata tradução do seu fundamento teórico” (QUEIRÓS, N. de. **Teoria da “actio libera in causa” e outras teses**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 16).

¹⁰⁰ BRUNO, A. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. II, p. 53

insinuavam certa variedade de fundamentações distintas por trás da ALIC, nesses trabalhos mais recentes fala-se em modelos contrapostos a disputar a preferência dos estudiosos. Em 2000, Juarez Cirino dos Santos, na obra *Moderna teoria do fato punível*, deu notícia da existência de duas variantes da teoria da *actio libera in causa* – nomeadamente, a *teoria da exceção* e a *teoria do tipo* – além de abordar algumas das dificuldades que ela enfrenta.¹⁰¹ Na 2ª edição de seu *Direito Penal da negligência*, Juarez Tavares igualmente aludiu à existência desses dois modelos.¹⁰² Essas mesmas variantes e também o *modelo da extensão* foram objeto de um artigo publicado no Brasil em 2005 de Eduardo Demetrio Crespo,¹⁰³ autor de monografia dedicada, entre outros temas, ao problema da tentativa na *actio libera in causa*.¹⁰⁴

Em 2003, Paulo César Busato propôs o abandono da teoria da *actio libera in causa*, defendendo a possibilidade de se atingir o mesmo objetivo com ela visado – qual seja, permitir a punição de certos crimes do ébrio – com o conceito significativo de ação, desenvolvido por Vives Antón e Fletcher.¹⁰⁵

Pouco depois, o manual de Jorge de Figueiredo Dias,¹⁰⁶ dedicado ao Direito Penal português, mas cuja 2ª edição (de 2007) foi publicada também no Brasil, não apenas faz menção às teorias do tipo e da exceção já referidas, como registrou a mudança de opinião do autor em relação à edição anterior (aparecida unicamente em Portugal). Mais recentemente, em 2010, as mesmas três variantes da teoria (modelos da tipicidade, da exceção e da extensão) foram objeto de consideração por Fábio Guedes de Paula Machado e Natália Berti.¹⁰⁷ Por fim, em 2014, a monografia de Edilene Balbino dedicada à ALIC¹⁰⁸ igualmente tratou dos dois modelos mais citados – o da tipicidade e o da exceção.

¹⁰¹ SANTOS, J. C. dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 223.

¹⁰² TAVARES, J. **Direito Penal da negligência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Na 3ª edição, intitulada *Teoria do crime culposo*, o trecho está na p. 426 (TAVARES, J. **Teoria do crime culposo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009). V., contudo, a nota 192 infra. Os modelos do tipo e da exceção são referidos também por MAYRINK DA COSTA, A. **Direito Penal**, v. 2. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1250.

¹⁰³ DEMETRIO CRESPO, E. *A actio libera in causa: uma exceção às exigências da culpabilidade pelo fato?* **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 842, p. 437-451, dez. 2005.

¹⁰⁴ DEMETRIO CRESPO, E. **La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa**. Granada: Comares, 2003.

¹⁰⁵ BUSATO, P. C. Valoração crítica da *actio libera in causa* a partir de um conceito significativo de ação. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 3, n. 10, pp. 61-81, 2003. Consultado segundo a versão publicada na Revista Justiça e Sistema Criminal, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 149-172, jul.-dez. 2009. A posição foi mantida em seu manual (BUSATO, P. C. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 569).

¹⁰⁶ DIAS, J. de F. **Direito Penal: Parte Geral**, t. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Coimbra: Coimbra Editora, 2007, cap. 21, § 52, p. 588.

¹⁰⁷ MACHADO, F. G. de P.; BERTI, N. *Actio libera in causa*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 900, pp. 429-466, out. 2010. No mesmo ano de 2010, o primeiro autor publicou a monografia *Culpabilidade no Direito Penal*, na qual o modelo da extensão não foi considerado (MACHADO, F. G. de P. **Culpabilidade no Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 228).

¹⁰⁸ BALBINO, E. D. V. **Culpabilidade e actio libera in causa no Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014, p. 115.

No exterior, em especial na Alemanha e Espanha, houve verdadeira proliferação de trabalhos sobre a ALIC, fenômeno que se intensificou com a reforma legal nesse último país em 1995 e com a prolação de duas decisões inesperadas pelo BGH em 1994 e 1996.¹⁰⁹

No item 4, serão examinados esses modelos de ALIC, bem como a proposta alternativa de Busato. Antes, porém, é preciso verificar se o crime do ébrio efetivamente exige uma consideração especial; é esse o objeto do item seguinte.

¹⁰⁹ Bundesgerichtshof, ou Tribunal Federal de Justiça, tribunal alemão cuja competência geralmente se compara à do Superior Tribunal de Justiça brasileiro. Sobre as decisões, vejam-se HIRSCH, H. J. Acerca de la *actio libera in causa*. In: _____. **Derecho penal**: obras completas, t. I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 174; DÍAZ PITA, M. del M. *Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 21; SCHÜNEMANN, B. Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad. In: _____. **Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002, p. 125; _____. Sobre el estado actual de la teoría de la culpabilidad penal. In: _____. **Obras**, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 460. Às decisões seguiram-se textos com títulos como **Der Anfang vom Ende der actio libera in causa** (O início do fim da *actio libera in causa* – trabalho de Horn mencionado em ALCÁCER GUIRAO, R. *Actio libera in causa dolosa e imprudente*: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 197).

3 NECESSIDADE DE UMA EXPLICAÇÃO PARA A PUNIÇÃO DO CRIME DO ÉBRIO

A discussão das formulações da teoria da *actio libera in causa* e de sua aplicabilidade aos crimes cometidos em estado de embriaguez pressupõe, antes de tudo, que se reconheça um problema na punição desses fatos. Em outras palavras: o exame da ALIC no crime do ébrio só faz sentido se as críticas da doutrina dominante ao regime legal forem pertinentes. Mais precisamente, no presente capítulo pretendemos enfrentar um argumento encontrado em vários autores – qual seja, o de que não existe uma embriaguez evitável capaz de anular aquela capacidade de entender e de querer usualmente necessária para o juízo de imputabilidade do sujeito. Se tal afirmação for verdadeira, então a teoria da *actio libera in causa* é supérflua para a questão da embriaguez – ao menos no que se refere à imputabilidade.¹¹⁰

Frequentemente, essa negação de uma embriaguez tão profunda que retire do sujeito a capacidade de entender a proibição e se motivar por ela, se expressa por uma frase de efeito, como a passagem de Battaglini¹¹¹ citada na Exposição de Motivos do Código Penal:

21. (...) A propósito, não é de esquecer a opinião de Battaglini (“Diritto Penale”, pág. 125), que, se contém algum exagero, não deixa de ser útil advertência: “... o ébrio, com inteligência suprimida e vontade inexistente, é uma criação da fantasia: ninguém jamais o viu no banco dos réus”.

Há duas formas de compreender essa proclamação. Por um lado, ela pode significar que, na prática, as pessoas que, sob o efeito do álcool, cometem fatos definidos como crime, não estão embriagadas a ponto de perder aquela capacidade pessoal geralmente definida como imputabilidade.¹¹² Por outro, a referida frase pode significar que sob nenhuma hipótese os

¹¹⁰ No item 5.1.5, será analisada outra conotação dessa afirmação da desnecessidade da teoria. No presente capítulo, discute-se a ideia de que a *actio* do ébrio é sempre *libera* em medida suficiente para justificar a punição.

¹¹¹ Na tradução brasileira *Direito Penal* da obra de Battaglini, a passagem aparece na p. 238 da edição de 1964 e na p. 265 do v. 1 da edição de 1973 (BATTAGLINI, G. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1964; _____. **Direito Penal**: Parte Geral, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1973). A mesma ideia, em tons menos coloridos, foi expressa por Garcia a propósito do Código Penal de 1969 (cf. transcrição na p. 18 *supra*). Como observa Viana, a citação de Battaglini é uma repetição (sem referência, acrescentamos) da passagem de Lambert (*Philosophie de la Cour d’Assises*, Paris, 1861, p. 389) transcrita por Carrara: “El ébrio que no sabe lo que hace y que, privado por completo de todo conocimiento, queda reducido al estado de un autómatas, es, según Lambert, una figura creada por la imaginación y que nunca se há sentado en el banquillo de los acusados” (CARRARA, F. **Programa de Derecho Criminal**, v. I. Reimp. Bogotá: Temis, 1996, § 334, nota 1, p. 227; VIANA, L. V. **Embriaguez no Direito Penal**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1949, p. 59).

¹¹² Parece ser essa a melhor de interpretar o confuso parecer de Marinho/Freitas, que recusam a explicação do regime legal pela ALIC, rejeitam a teoria segundo a qual o ébrio sempre conserva uma “vontade residual” punível, negam que o regime legal implique responsabilidade objetiva, admitem que sem previsibilidade objetiva, no instante de embriagar-se, do resultado lesivo produzido durante a embriaguez, não pode haver tipicidade subjetiva, mas concluem que “em termos práticos, a discussão não assume importância maior, uma vez

efeitos do álcool privariam o sujeito das aptidões mentais necessárias para o juízo de culpabilidade, se evitável a embriaguez.

A primeira possibilidade empresta um sentido fenomenológico à frase que funciona apenas como o consolo¹¹³ de que, se injustiça houver, será rara – mas não justifica o regime legal. Ainda que, *em regra*, o delinquente ébrio conserve suficiente capacidade mental para sofrer o juízo de culpabilidade, naqueles casos excepcionais em que isso não ocorre o Código igualmente manda punir o agente como se sóbrio estivesse, o que exige uma fundamentação.

A segunda interpretação parece corresponder à opinião de Hungria (embora ela também possa ser compreendida como expressão da primeira alternativa, criticada no parágrafo anterior):¹¹⁴

Cumprir notar, além disso, que, segundo a lição da experiência, a vontade do ébrio não é tão profundamente conturbada que exclua por completo o poder da inibição, como acontece nas perturbações psíquicas de fundo patológico. É o que justamente acentua Mezger: “a experiência ensina que na embriaguez é possível e pode ser exigido um grau mais alto de autocontrole do que, por exemplo, nas alterações da consciência de índole orgânica. As perturbações por intoxicação de álcool (acrescente-se: *et similia*) sempre ficam, em maior ou menor medida, na superfície”.

O problema dessa proposta, segundo a qual a embriaguez jamais atinge inteiramente o conjunto de condições pessoais que integra a imputabilidade, é que ela cria um impasse sistemático insolúvel. Embora parte da doutrina tenha procurado impugná-la afirmando, com base na literatura médico-legal, que o álcool é capaz de alienar temporariamente o sujeito em um grau incompatível com o juízo de reprovação em que consiste a culpabilidade,¹¹⁵ cremos que o argumento verdadeiramente decisivo é o fato de que o CP, ao tratar da embriaguez completa *inevitável*, reconhece-lhe eficácia impeditiva da imputabilidade:¹¹⁶

Art. 28 (...)

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

que são muito raros os casos nos quais poderemos observar a rática de um fato típico e ilícito por uma pessoa completamente embriagada, ao menos fora das hipóteses de embriaguez preordenada, em que, a nosso ver, não há dúvida de que a imputabilidade penal existe” (MARINHO, A. A.; FREITAS, A. G. T. de. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 329).

¹¹³ E parece ser como consolo que Bitencourt, crítico do regime legal, a repete (cf. nota 73).

¹¹⁴ HUNGRIA, N; FRAGOSO, H. C., **Comentários ao Código Penal**, v. I, t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, nº. 110, p. 385.

¹¹⁵ V., p. ex., GALVÃO, F.; GRECO, R. **Estrutura jurídica do crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 441.

¹¹⁶ De fato, o que a Medicina Legal oferece é uma explicação do mecanismo de atuação do álcool no organismo, bem como possíveis critérios de sua mensuração e comprovação. A decisão de tratar o doente mental de forma particular, e de equiparar a ele o ébrio (ao menos em se tratando de embriaguez inevitável), é estritamente jurídica e se baseia na percepção social da embriaguez. O tema será retomado em detalhes no item n. 6.3.4, com referências na nota 397.

Ocorre que a *origem* da embriaguez não parece ter relevância para a apuração da influência dela sobre a capacidade de entender e de querer, a qual é determinada pelo *grau* da intoxicação. Uma vez que esse grau é independente da origem quanto à conduta do agente (voluntária, culposa, proveniente de caso fortuito etc.), a afirmação de que o álcool não é capaz de afetar inteiramente a aptidão mental em que se baseia a imputabilidade – isto é, de que “o ébrio incapaz de entender e querer jamais sentou no banco dos réus” – contraria o texto expresso do art. 28, § 1º, do CP, segundo o qual existem, sim, *ébrrios inimputáveis*. Foi o que observou Viana:¹¹⁷

Aliás, o Código de 1940, ao referir à *embriaguez accidental completa* (artigo 24, n.º II, § 1.º), reconhece que ela pode tornar o agente, no momento do crime, *inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento*.

O fato de que a lei mesma, ao tratar da embriaguez inevitável, admite sua aptidão para eliminar a imputabilidade, foi igualmente destacado por Bruno:¹¹⁸

Por isso o dolo do ébrio, como o do doente mental, fica normalmente sem relevância jurídica, por essa ausência das condições normais de entendimento e vontade, isto é, de imputabilidade, que deixa desintegrada a estrutura da culpabilidade. Isso mesmo reconhece o Código em relação à embriaguez accidental completa.

Da mesma forma, comparando o inciso II com o § 1º do art. 28, observou Chamon Junior:¹¹⁹

Será que o Legislativo tentou enxergar dois estados mentais em um mesmo quadro psíquico? É claro que não, pois, se assim fosse, dita duplicidade estar-se-ia baseado [sic] na finalidade da conduta que levou à intoxicação, o que seria uma tese completamente refutável. Se “voluntária” ou “culposa”, a embriaguez não excluiria a imputabilidade. Mas se fortuita, por exemplo, já não haveria imputabilidade!!

O próprio Hungria, que antes havia defendido vigorosamente a solução do Código Penal, veio a reconhecer a impossibilidade de distinguir os efeitos da embriaguez conforme sua gênese:¹²⁰

Se não há distinção, quanto ao efeito de conturbação psíquica eliminadora do entendimento ético-jurídico e do poder de auto-inibição, entre embriaguez **accidental** e embriaguez **voluntária**; porque somente no primeiro caso se há de excluir a imputabilidade para admitir, no segundo, uma chocante **responsabilidade objetiva**, e até mesmo a título de dolo?

Assim, caso se aceite que o álcool não elimina a capacidade de entender e de querer sequer na embriaguez completa, o art. 28, § 1º, do CP fica sem explicação. Uma possibilidade

¹¹⁷ VIANA, L. V. **Embriaguez no Direito Penal**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1949, p. 60.

¹¹⁸ BRUNO, A. Embriaguez voluntária ou culposa e responsabilidade penal. In **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, v. 2, n.º 7, out.-dez. 1964, p. 18.

¹¹⁹ CHAMON JUNIOR, L. A. **Responsabilidade penal e embriaguez**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 116.

¹²⁰ HUNGRIA, N. Respostas às objeções do anteprojeto: primeira conferência. In: **Ciclo de conferências sobre o anteprojeto do Código Penal brasileiro**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1965, p. 468.

seria inverter os termos da questão e postular que o § 1º do art. 28 do CP concede uma espécie de perdão: a embriaguez, mesmo a completa, jamais retiraria inteiramente a capacidade de entender e de querer, mas a reduziria em grande margem; a lei, por sua vez, perdoaria o resíduo de culpabilidade remanescente apenas se inevitável a embriaguez.

O problema dessa proposta é que ela não se concilia com a sabedoria acumulada a respeito das demais causas de exculpação. De fato, parte da doutrina distingue entre causas de exclusão (plena) de culpabilidade, tais como a inimputabilidade por transtorno ou deficiência mental e erro de proibição inescusável, das causas de (mera) exculpação, como a coação irresistível, que combinariam uma redução drástica da culpabilidade com uma desculpa benevolente daquela culpabilidade residual.¹²¹ Mas se a impunidade do ato praticado sob coação irresistível, por exemplo, se explica dessa forma, então a embriaguez inevitável que isenta de pena em nada diferiria dessas outras causas de exculpação, e a simples gênese da embriaguez não justificaria a discriminação de tratamento para a embriaguez evitável. No mínimo, seria necessário reconhecer aquela grande redução da culpabilidade determinada pelo álcool, ainda que evitável a embriaguez, e reduzir a pena daquele que pratica o crime em embriaguez evitável, nos termos do § 2º do art. 28. Em outras palavras: se a embriaguez não eliminasse a imputabilidade por completo e a isenção de pena, na embriaguez completa inevitável, se explicasse apenas por um perdão legal, ainda assim o sujeito que agisse sob embriaguez evitável completa teria direito à redução da pena dispensada pelo Código à embriaguez inevitável incompleta.

Além disso, como destaca Hirsch, todas as causas de exclusão da culpabilidade se baseiam em padrões, cuja aplicação necessariamente tem de desconsiderar resíduos mínimos de culpabilidade no caso concreto.¹²² Mesmo os transtornos e deficiências mentais aptos, conforme a lei, a excluir a imputabilidade, nem sempre retiram por completo a capacidade de entender e de querer: a menos que se reduza o cleptomaníaco, por exemplo, a um autômato escravo da própria doença, o que lhe sucede não é uma supressão absoluta da capacidade de se motivar pela norma, mas uma anormalidade tão expressiva que inibe a formação de um juízo de censura em grau juridicamente relevante.

Por fim, como já dito, a afirmação de que a embriaguez – mesmo a inevitável – jamais elimina inteiramente os aspectos intelectivos e volitivos da imputabilidade, não corresponde à opinião mais difundida. Ainda que se possa questionar algum exemplo

¹²¹ JESCHECK, H.-H.; WEIGEND, T. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Granada: Comares, 2002, § 43 II, p. 512.

¹²² HIRSCH, H. J. **La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 25.

concreto,¹²³ a semelhança entre a embriaguez e a doença mental, destacada no início do trabalho,¹²⁴ é justamente o que propõe o desafio do tratamento penal da embriaguez, e negar essa semelhança é tão simples quanto enganoso. E, para a afirmação dessa similitude, não é decisivo o aspecto clínico do álcool, mas sim a percepção social de seus efeitos na capacidade de autodeterminação do sujeito. Segundo Bruno,¹²⁵

A afirmativa de alguns penalistas de que, então, seja sempre possível uma compreensão real dos fatos e uma autovigilância no sentido de evitar a realização de uma ação punível de que persistem sempre, em grau relevante, as condições que a lei reclama para o juízo da imputabilidade opõe-se aos dados da ciência e à própria observação prática dos fatos da vida. Deforma-se desse modo o problema e chega-se a conclusões contrárias à realidade.

A mesma crítica merece a concepção de Balbino, que, inspirando-se em proposições sobre a imputabilidade colhidas da doutrina portuguesa – em especial de João Curado Neves e Carlota Pizarro de Almeida –¹²⁶, conclui que a embriaguez completa não afeta aquela. Em particular, nega o paralelo entre a embriaguez completa e a loucura,¹²⁷ postulando que¹²⁸

a atitude de alterar de maneira voluntária ou culposa o biopsíquico com bebidas alcoólicas e substâncias análogas (transtorno mental) não corresponde à inimputabilidade penal. Não se pode confundir o comportamento irresponsável que ocasionalmente pode dar vazão à execução de crime com o direito à inimputabilidade, pois esta se fundamenta em genuínas e espontâneas doenças mentais com sentido social e jurídico. (...) É fundamental que se distinga, doença mental oriunda do alcoolismo inesperado do agir irresponsável culposo ou voluntário (intenção) embriagando-se demasiadamente.

No entanto, essa afirmação parece incorrer no problema denunciado no texto de distinguir os efeitos do álcool na inimputabilidade conforme a gênese da embriaguez, deixando sem explicação convincente o art. 28, § 1º. A afirmação de que “a pessoa que abusa do álcool porta estruturas mentais intactas”,¹²⁹ é dificilmente conciliável com o dispositivo legal já referido, na medida em que confunde a gênese da embriaguez com os seus efeitos sobre o processo de formação da vontade.¹³⁰ Tampouco basta a afirmação de que a isenção de

¹²³ Como faz Balbino (BALBINO, E. D. V. **Culpabilidade e actio libera in causa no Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014, p. 160, nota 308) a respeito do caso descrito por Jesus (v. nota 32 acima).

¹²⁴ Texto na altura das notas 4 e 5.

¹²⁵ BRUNO, A. Embriaguez voluntária ou culposa e responsabilidade penal. In **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, v. 2, nº. 7, out.-dez. 1964, p. 18.

¹²⁶ A autora cita especialmente os textos *Modelos de inimputabilidade* (2004) e *Toxicodependência e inimputabilidade* (2003), de Almeida, e *Toxicodependência e imputabilidade penal* (2003) e *A problemática da culpa nos crimes passionais* (2008), de Neves.

¹²⁷ BALBINO, E. D. V. **Culpabilidade e actio libera in causa no Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014, p. 110, 112, 114, 116, 146, 151, 166, 172.

¹²⁸ Op. cit., p. 92-93.

¹²⁹ Op. cit., p. 111, invocando João Curado Neves.

¹³⁰ Em determinada passagem, a autora parece mesmo negar que a própria embriaguez inevitável completa possa comparar-se à doença mental (BALBINO, E. D. V. **Culpabilidade e actio libera in causa no Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014, p. 161).

pena por embriaguez inevitável deve ser reservada a casos extremos, comparáveis àqueles em que o agente atua sob circunstâncias verdadeiramente anormais:¹³¹ tal argumento diz muito mais com a intensidade da embriaguez do que com sua origem.

Assim, a construção da autora, que acentua o aspecto normativo da imputabilidade em detrimento de sua base puramente biológica,¹³² pode ter utilidade no estudo da embriaguez e de seus efeitos sobre a imputabilidade, mas não exatamente nos termos propostos: não é o contraste entre um modelo mais restrito de inimputabilidade, de inspiração mais clínica e maiores restrições probatórias,¹³³ e um modelo mais amplo, menos dependente de reconhecimento médico e pericial,¹³⁴ que permitirá explicar a diferença entre embriaguez evitável e inevitável.¹³⁵

Questão distinta é a de saber se, nos casos de embriaguez preordenada, é possível falar em eliminação total (embora transitória) da capacidade mental em que se baseia a imputabilidade. Em outras palavras: questiona-se se é possível considerar completa a embriaguez do sujeito que, embora bêbado, consegue recordar e executar o projeto criminoso anteriormente idealizado. Trata-se da objeção de Berner,¹³⁶ Ferrer Sama,¹³⁷ Pessina¹³⁸ e Galvão/Greco.¹³⁹ Mas aí já não se trata de saber se a embriaguez é apta a nublar a capacidade mental do sujeito em grau comparável aos transtornos e deficiências mentais provocadores da inimputabilidade, mas de verificar se o grupo de casos “embriagar-se *para* cometer o crime” tem consistência. Tal tema será tratado no item 6.3.4.

Assim, o problema da necessidade de justificação do crime do ébrio não pode ser obviado pela afirmação de que a embriaguez jamais afeta suficientemente a imputabilidade, pois tal premissa contraria o tratamento legal da embriaguez completa inevitável e a percepção social do fenômeno da embriaguez nos seus graus mais avançados.

¹³¹ Op. cit., p. 149.

¹³² V., p. ex., de forma particularmente clara, op. cit., p. 112.

¹³³ Op. cit., p. 103.

¹³⁴ Op. cit., p. 104 e 155.

¹³⁵ Em certas passagens, a concepção de Balbino parece aproximar-se bastante daquela defendida no presente texto (cf. item 6.3.1 *infra*). Infelizmente, o texto da autora é ambíguo e não deixa claro se é toda embriaguez evitável que não exclui a imputabilidade, como prevê literalmente o CP, ou se é naquelas hipóteses clássicas de ALIC que o sujeito pode ser responsabilizado (por dolo ou por culpa, conforme o elemento subjetivo presente no momento de embriagar-se).

¹³⁶ Cf. JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal**: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992, p. 45 e 50.

¹³⁷ Cf. JOSHI JUBERT, U. Op. cit., p. 53.

¹³⁸ Cf. SZNICK, V. **A responsabilidade penal na embriaguez**. São Paulo: LEUD, 1987, p. 29.

¹³⁹ GALVÃO, F.; GRECO, R. **Estrutura jurídica do crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 447.

4 POSSÍVEIS SIGNIFICADOS DA EXPRESSÃO *ACTIO LIBERA IN CAUSA*

No item 2.1, deu-se notícia de dois usos distintos para a locução ALIC em relação ao problema da embriaguez. Mencionou-se ali que alguns identificavam a ALIC com a punição de todos os fatos praticados em embriaguez evitável, punição esta conforme o dolo ou culpa verificados durante aquele estado. Já a doutrina dominante, ao criticar a identificação do regime legal da embriaguez com a ALIC, propõe um conceito mais restrito desta, que busca o fundamento da punição na vontade verificada no ato de embriagar-se e relativa ao fato definido como crime que posteriormente seria cometido.

No entanto, essa não é a única divergência terminológica existente em relação à expressão *actio libera in causa*, razão pela qual convém prestar alguns esclarecimentos sobre os possíveis usos dessa denominação e sobre o que se pode validamente deduzir desses usos antes de avançar no estudo da teoria propriamente dita.¹⁴⁰

4.1 *ACTIO LIBERA IN CAUSA* COMO UMA ESTRUTURA COMUM A UM GRUPO DE CASOS PROBLEMÁTICOS

Joshi Jubert e Alcácer Guirao utilizam a denominação ALIC, primordialmente, para caracterizar uma *estrutura bipartida* que os fatos lesivos podem apresentar. Para esses autores, o característico da ALIC é o desenvolvimento do fato em dois momentos distintos: o momento t_2 , em que se produz o resultado lesivo, instante em que falta algum dos elementos característicos do crime (ação, dolo, ilicitude, culpabilidade), e o momento precedente t_1 , no qual o mesmo o sujeito que, no instante t_2 , produzirá o resultado lesivo, induz a ausência daquele elemento faltante.

Para a caracterização da ALIC como estrutura, não importa a solução que se dará para cada caso – a qual pode variar segundo o específico elemento do crime ausente no momento t_2 .¹⁴¹ Importa apreender essa realização em duas etapas, em que a primeira é

¹⁴⁰ Os itens subsequentes se beneficiam imensamente do tópico “algumas considerações sobre o conceito de *actio libera in causa*” da obra de Joshi Jubert (JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal**: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto, p. 30). Contudo, a maior limitação do objeto do presente texto, que se concentra na problemática da embriaguez, e mais especialmente na influência dela sobre a imputabilidade, dispensa o grau de detalhamento alcançado por aquela autora. Mais precisamente, interessa apenas demonstrar que a expressão se refere a, pelo menos, três aspectos inter-relacionados, mas distintos (estrutura, modelos, objeto do juízo de reprovação), e que, sem uma especificação do sentido empregado, a afirmação de que este ou aquele autor defende ou repudia a ALIC perde seu significado.

¹⁴¹ JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal**: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto, p. 81, 91 e 117; ALCÁCER GUIRAO, R. **Actio libera in causa dolosa e imprudente**: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 23, seguido por

determinante da ausência de um elemento que seria necessário, em princípio, para a punibilidade do fato ocorrido num momento subsequente.

No que tange ao uso da expressão ALIC para designar essa estrutura temporalmente bipartida do fato, divide-se a doutrina em relação a quais dos elementos do crime poderiam faltar no momento t_2 .¹⁴² Em primeira linha,¹⁴³ a ALIC se refere aos fatos praticados em estado de embriaguez, no qual faltaria o substrato biopsicológico necessário daquilo que hoje se denomina imputabilidade, e é a eles que o nome da teoria melhor se aplica: ações que não são livres em si, mas o são em sua causa (na medida em que a falta de capacidade de autodeterminação ou “liberdade” é obra do próprio sujeito).¹⁴⁴ Um conceito um pouco mais amplo abrange ainda os fatos em que, no instante t_2 , falta a própria ação (compreendida como movimento corporal voluntário), exemplificados pelo clássico exemplo da mãe com sono agitado que se põe a dormir na mesma cama do filho pequeno e o sufoca enquanto dorme.¹⁴⁵

MARTÍN LORENZO, M. Caso del chapista. In: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (org.). **Casos que hicieron doctrina en Derecho penal**. 2. ed. Madrid: La Ley, 2011, p. 414, nota 13.

¹⁴² No texto, apresentam-se três formulações progressivamente mais amplas, cada uma abrangendo a anterior – as mesmas formulações indicadas por Alcácer Guirao e Balbino (ALCÁCER GUIRAO, R. *Actio libera in causa dolosa e imprudente*: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 22; BALBINO, E. D. V. *Culpabilidad e actio libera in causa no Estado democrático de direito*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014, p. 25). Não são as únicas possíveis: Joshi Jubert alude a um “sin fin de posibilidades” (JOSHI JUBERT, U. *La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal*: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992, p. 66). Hruschka, por exemplo, apegado à sua reconstituição histórica da ALIC, incluía nela as situações de inimputabilidade e de estado de necessidade exculpante provocados, pois em ambas a ação não seria livre em si, mas o seria na causa (cf. JOSHI JUBERT, U. op. cit., p. 65 e 67). O próprio Hruschka, contudo, mudou de opinião e passou a admitir que a problemática da ALIC pode se dar com relação a todas as categorias do delito (*apud* JOSHI JUBERT, U. op. cit., p. 65, nota 156).

¹⁴³ “Es evidente, y sobre este punto no se discute, que la *alic* se refiere, ante todo, a los supuestos em que el sujeto provoca dolosamente, en un momento anterior al ataque al bien jurídico, su inimputabilidad absoluta” (JOSHI JUBERT, U. *La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal*: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992, p. 61). Na p. 28, a autora igualmente descreve a provocação da inimputabilidade como um conteúdo mínimo para a ALIC.

¹⁴⁴ Esse âmbito restrito é defendido por Díaz Pita, que reconhece todavia que a “concepção clássica” da ALIC inclui também os casos de incapacidade de ação (abordada em seguida no texto *supra*). DÍAZ PITA, M. del M. *Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 117. Deve-se observar, porém, que a autora resolve um caso de *omissio libera in causa* por ausência de capacidade de ação segundo a aplicação do que ela considera serem as regras gerais dos crimes omissivos (op. e loc. cit.) – expediente que será analisado nos itens 5.1.5 e 6.2.3.

¹⁴⁵ Segundo Joshi Jubert, essa concepção intermediária é a mais aceita (JOSHI JUBERT, U. *La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal*: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992, p. 63; v. tb. p. 71, nota 174). No mesmo sentido, ALCÁCER GUIRAO, R. *Actio libera in causa dolosa e imprudente*: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 23, que igualmente se concentra nessas duas hipóteses de ALIC, embora simpatize com a concepção mais ampla advogada por Joshi Jubert e exposta em seguida no texto. Essa noção intermediária, defendida por Alonso Álamo (ALONSO ÁLAMO, M. La acción “libera in causa”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, 1989, p. 71), deduz-se também do conceito apresentado por Rodríguez Montañés (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. *Actio libera in causa*. In: LUZÓN PEÑA, D.-M. (org.). *Enciclopedia penal básica*. Granada: Comares, 2002, p. 33) e vários outros.

A importância histórica do exemplo da mãe de sono agitado, que pode parecer artificial nos dias de hoje, é destacada por Joshi Jubert e Queirós (JOSHI JUBERT, U. *La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal*: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992, p. 34,

Por fim, e mais recentemente, Joshi Jubert¹⁴⁶ advogou um conceito amplo de ALIC (compreendida, repita-se, como descrição de uma *estrutura bipartida*), no qual a ausência característica do instante t_2 poderia ser de qualquer elemento do crime, da ação à culpabilidade.¹⁴⁷ A fim de possibilitar essas definições mais amplas, não se fala em inimputabilidade no instante t_2 , mas em “estado defeituoso”¹⁴⁸ – sem prejuízo de algumas situações específicas receberem nomes próprios, tais como *actio illicita in causa* e *omissio libera in causa*: na primeira, o fato praticado pelo sujeito em uma situação (em tese) justificante foi precedido pela criação, pelo mesmo sujeito, da própria situação justificante;¹⁴⁹ já na *omissio libera in causa*, o sujeito é fisicamente incapaz de praticar no instante t_2 a ação devida que impediria um resultado nocivo, mas sua incapacidade decorre de um fato realizado no momento t_1 .

Considerando que o presente trabalho trata do problema da ALIC nos crimes praticados sob o estado de embriaguez, para o qual interessam essencialmente as hipóteses de inimputabilidade e ausência de ação, cuja inserção no conceito é aceita pela maioria da doutrina,¹⁵⁰ a discussão detalhada do possível âmbito máximo da ALIC como estrutura é desnecessária, e bastam algumas breves considerações. De certa forma, tanto os defensores de conceitos mais estritos de ALIC-estrutura, como os defensores de conceitos mais amplos, têm uma parcela de razão. Contra estes últimos se pode objetar que, na medida que é preciso ressalvar a todo tempo a possibilidade de que os distintos grupos de casos recebam tratamento diferente (até mesmo pelas próprias peculiaridades do Direito positivo, que pode regulá-los

nota 49; QUEIRÓS, N. de. **Teoria da “actio libera in causa” e outras teses**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 40, nota 5).

¹⁴⁶ JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal**: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992, p. 61 e ss., esp. p. 91.

¹⁴⁷ E mesmo a culpabilidade, por exemplo, pode faltar por ausência de imputabilidade (como ocorre na embriaguez), por erro de proibição, por coação irresistível. Joshi Jubert fornece interessante exemplo de ALIC-ausência de culpabilidade por coação: “A tiene en su poder uns documentos secretos muy importantes que de revelarse llevarán inmediatamente a la muerte a varias personas, y sabe además que B va atrás ellos. A, que vive en una casa apartada junto con su hijo de corta edad, tiene allí escondidos tales documentos. Un día llaman a la puerta, y antes de abrir [A] se da cuenta de que es B, con una arma. A pesar de ello, decide abrir la puerta y enfrentarse con él. Como era de esperar, B amenaza con mutilar a su hijo si no le entrega los documentos” (JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal**: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992, p. 73).

¹⁴⁸ V., p. ex., COUSIÑO MAC IVER, L. **Derecho Penal chileno**, t. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1975, p. 529 (“condición defectiva”); DEMETRIO CRESPO, E. **La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa**: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa. Granada: Comares, 2003, p. 125; ALCÁCER GUIRAO, R. **Actio libera in causa dolosa e imprudente**: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 21; HRUSCHKA, J. «Actio libera in causa» y autoría mediata. In: _____. **Imputación y Derecho penal**: estudios sobre la teoría de la imputación. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 160.

¹⁴⁹ Amplamente, LUZÓN PEÑA, D.-M. “Actio illicita in causa” y provocación en las causas de justificación. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, 1994, p. 61-86, *passim*.

¹⁵⁰ Cf. nota 145.

específica e diversamente), talvez não faça muito sentido insistir na similitude estrutural das várias hipóteses, e menos sentido ainda em empregar a denominação para todas elas¹⁵¹ – especialmente quando se tem em conta que essa denominação cai melhor a algumas daquelas hipóteses do que a outras.

O significado literal da expressão *actio libera in causa* por vezes é invocado pelos defensores de um conceito mais estrito de ALIC. Para eles, a *actio illicita in causa*, por exemplo, não tem relação com o problema da falta de liberdade no instante t_2 , e sua inserção num conceito amplo de ALIC deturpa o significado da expressão.¹⁵² No entanto, com esse argumento se abandona o terreno da ALIC como estrutura e se utiliza a expressão já com vistas a um específico modelo de solução (cf. item 4.3 *infra*). Além disso, essa insistência no significado literal da expressão e em sua origem histórica¹⁵³ como explicação da punibilidade do fato do ébrio inimputável põe alguns defensores desse conceito mais estrito de ALIC, como Alonso Álamo, em um impasse. Conforme esclarecido por essa autora,¹⁵⁴ a inserção no conceito de ALIC dos casos de ausência de ação, nos quais o fato ocorrido no estado defeituoso do instante t_2 sequer se qualifica como uma ação penalmente relevante (valha o exemplo já referido da mãe que sufoca o filho durante o sono), foi possível porque ocorreu em época na qual a imputabilidade não tinha um conceito unitário comparável ao atual, caracterizando-se antes pela consideração conjunta de hipóteses casuísticas de inimputabilidade, entre as quais se encontrava o sono e a incapacidade de ação. Ocorre que, modernamente, o sono é tido como uma causa de exclusão da própria ação,¹⁵⁵ o que impede (segundo a terminologia moderna) que se fale propriamente em uma *actio non libera in se, sed in sua causa* no exemplo dado, pois o que falta no instante t_2 não é apenas a liberdade a animar a ação, mas a própria ação. A existência de uma relação entre ambas as incapacidades (de ação e de culpabilidade) com a ideia de liberdade, e o fato de que um mesmo fator, como a embriaguez, tanto pode afetar apenas a imputabilidade (em estágios mais leves) como a

¹⁵¹ Nesse sentido, DÍAZ PITA, M. del M. *Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 113.

¹⁵² ALONSO ÁLAMO, M. La acción “libera in causa”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, 1989, p. 79. Para Hruschka, “removed from its conceptual context, it [a expressão *actio libera in causa*] is often misunderstood today and sometimes used merely as a catch-word” (HRUSCHKA, J. Imputation. In: ESER, A.; FLETCHER, G. P. (org.). *Rechtfertigung und Entschuldigung: rechtsvergleichende Perspektiven*. Freiburg im Breisgau, 1987, p. 147; v. tb. p. 156, nota 63).

¹⁵³ Críticos do argumento histórico: JOSHI JUBERT, U. *La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 56; ALCÁCER GUIRAO, R. *Actio libera in causa dolosa e imprudente: la estructura temporal de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2005, p. 23.

¹⁵⁴ ALONSO ÁLAMO, M. La acción “libera in causa”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, 1989, p. 69.

¹⁵⁵ Reconhece-o a própria Alonso Álamo (ALONSO ÁLAMO, M. Op. cit., p. 70).

própria capacidade de ação (em estágios mais avançados),¹⁵⁶ não alteram esse panorama. Assim, aqueles defensores de um conceito mais estrito de ALIC que invocam a origem histórica da expressão e seu significado literal teriam, para ser consequentes, de optar por conceitos de imputabilidade e inimputabilidade que incluíssem o problema da capacidade de ação,¹⁵⁷ ou adaptar aquele conceito histórico de ALIC à realidade moderna e excluir de seu âmbito os casos de ausência de ação no instante t_2 .¹⁵⁸ Ao não fazerem nem uma coisa nem outra, põem um servo (a ALIC) a servir dois senhores (a origem histórica do instituto e os conceitos modernos de imputabilidade e ação).

Compreendida como estrutura, a ALIC tanto pode reunir os fatos em que o estado defeituoso foi buscado pelo agente, como aqueles em que ela é fruto de seu descuido. Da mesma forma, abrange as hipóteses em que o resultado lesivo produzido no estado defeituoso era objeto do dolo do sujeito no momento em que se pôs nesse estado, assim como aquelas outras em que o fato era meramente previsível. Em princípio, pode-se falar em ALIC dolosa e em ALIC culposa.¹⁵⁹

Por fim, a natureza ativa ou passiva da origem do estado defeituoso também dá origem a uma subdivisão: o sujeito pode tornar-se inimputável ingerindo bebida alcoólica (conduta ativa) ou permanecendo em um local que vai sendo preenchido pelos vapores do álcool (conduta passiva). Daí a divisão de *actio libera causa in agendo* e *actio libera in causa in omitendo*.¹⁶⁰ A combinação dessas possibilidades dá origem a uma grande variedade de casos, todos eles – na visão de Joshi Jubert – compreendidos nessa estrutura bipartida da ALIC: ALIC-ausência de ação *in agendo* (estado defeituoso consistente na ausência da capacidade de ação, provocada por um comportamento ativo no instante t_1); ALIC-ausência de imputabilidade *in omitendo* (estado defeituoso consistente na inimputabilidade, provocada por um comportamento omissivo no instante t_1); *omissio libera in causa in agendo*; *actio illicita in causa in omitendo* etc.

4.2 ACTIO LIBERA IN CAUSA COMO DENOMINAÇÃO DAS TEORIAS OU MODELOS PROPOSTOS PARA RESOLVER TODOS, OU ALGUNS, DOS CASOS ABRANGIDOS

¹⁵⁶ ALONSO ÁLAMO, M. La acción “libera in causa”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, 1989, p. 71. Sobre isso, v. nota 323 infra e item 6.2.2 infra, esp. nota 344.

¹⁵⁷ V. nota 346 adiante no texto.

¹⁵⁸ Como o faz Díaz Pita (se bem que não por razões históricas), em posição praticamente isolada (cf. nota 144 supra).

¹⁵⁹ Sobre o problema da ALIC culposa e seu caráter necessário ou supérfluo, v. item 5.1.5 abaixo.

¹⁶⁰ JOSHI JUBERT, U. *La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal*: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992, p. 188; ALONSO ÁLAMO, M. La acción “libera in causa”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, 1989, p. 89.

PELA ESTRUTURA DESCRITA NO ITEM 4.1

Para resolver alguns dos casos representativos da estrutura em dois instantes descrita no item anterior, foram propostas algumas teorias, ou modelos, que fundamentariam a punibilidade daqueles casos.¹⁶¹

Embora essas teorias naturalmente valorem o acontecimento em seu conjunto – isto é, tanto aquilo que se passou no instante t_1 como o desdobramento ocorrido no instante t_2 –, diferenciam-se segundo o instante ao qual dão maior ênfase, ou melhor, no qual identificam o fato sobre o qual recairá a imputação: assim, o modelo da tipicidade tende a concentrar-se na ação praticada no instante t_1 , ao passo que o modelo da exceção acentua o fragmento do fato ocorrido no instante t_2 . Isso posto, é certo que a expressão ALIC, tomada em sua literalidade, se ajusta melhor àquelas formulações que fundamentam a punição nos acontecimentos sucedidos no instante t_2 , acontecimentos estes que não seriam livres em si, mas o seriam em sua causa (v. item 4.3 adiante).

De toda forma, tratando-se de propostas rivais para a explicação de um conjunto parcialmente coincidente de fenômenos, a utilização do termo ALIC para todas essas teorias parece-nos adequada, como pareceu também àqueles vários autores que, sem repudiar a terminologia tradicional, propuseram modelos concentrados nos fatos ocorridos no instante t_1 . As principais obras alusivas aos vários modelos descritos no capítulo 5 descrevem-nos como modelos de ALIC, e não como fórmulas alternativas à “verdadeira” ALIC.

4.3 *ACTIO LIBERA IN CAUSA* COMO UM MODELO ESPECÍFICO, OU COMO UM ASPECTO DO FATO DE ACORDO COM ESSE MODELO

Por fim, e como já insinuado no tópico anterior, a expressão ALIC pode se reservar para aquelas teorias que realçam o acontecimento do instante t_2 , ou mesmo para o próprio acontecimento. De fato, esse é o significado mais literal da locução, que designa a ação, praticada no instante t_2 , que, se não era livre em si, remonta a um instante t_1 anterior em que o

¹⁶¹ Talvez seja mais exato dizer-se que as diversas propostas de fundamentação da punibilidade do fato do ébrio foram agrupadas em duas ou três teorias. As denominações *modelo da tipicidade* e *modelo da exceção* são atribuídas por Hruschka e Joshi Jubert a Ulfrid Neumann (HRUSCHKA, J. «Actio libera in causa» y autoría mediata. In: _____. **Imputación y Derecho penal**: estudios sobre la teoría de la imputación. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 157, nota 1; JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal**: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992, p. 18, nota 15). Como sói acontecer, nem todos os autores apresentam suas formulações subscrevendo expressamente algum desses modelos, e a inserção de algum autor nesta ou naquela teoria pode ser duvidosa (v., p. ex., as notas 221 e 301 adiante).

sujeito gozava de capacidade de autodeterminação, o que a torna livre em sua gênese.¹⁶² Para os defensores desse uso mais restrito da denominação ALIC, os modelos que fundamentam a punição do acontecimento total enfatizando o fragmento situado no instante t_1 , já não tratam de uma *actio libera in causa*, mas de uma *actio libera in se*.¹⁶³

A utilização da expressão ALIC apenas nesses sentidos restritos (do acontecimento no momento t_2 , ou da teoria que concentra o fundamento de punibilidade do fato total nesse segundo acontecimento), perde em utilidade o que ganha em pureza. Como se verá em seguida (item 4.5), a afirmação de que a ALIC é equivocada, ou mesmo desnecessária, para justificar a punição de certos fatos, frequentemente tem em vista apenas as formulações que enfatizam o fato ocorrido no momento t_2 , mas não raro se baseia ela mesma em um modelo que também pode ser denominado de “teoria da *actio libera in causa*” (cf. o item anterior). A se adotar uma denominação mais restrita de ALIC, os defensores do modelo da tipicidade, por exemplo, seriam igualmente “críticos da ALIC”; a própria ideia de modelos da ALIC perderia seu sentido.

4.4 O USO DA EXPRESSÃO *ACTIO LIBERA IN CAUSA* NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS

No item 2.1, expôs-se o fato de que, em determinado momento, a doutrina nacional utilizava a expressão ALIC em dois sentidos de distinto alcance: para uns, ela correspondia ao regime legal da embriaguez evitável tomado em sua literalidade, a desconsiderar completamente a influência dela na imputabilidade e a valorar o fato do ébrio como se ele estivesse sóbrio; para a doutrina dominante, porém, a ALIC se caracterizava por buscar no instante de embriagar-se o agente o dolo ou culpa em relação ao crime que este viria a perpetrar. Como já visto, desde a mudança de opinião de Néelson Hungria, não houve autores de peso a defender o regime do Código invocando uma concepção ampla de ALIC.

Apesar disso, a distinção entre o texto do CP e a ALIC em sua forma mais tradicional não conseguiu impor-se totalmente. Nos últimos anos, numerosas obras, geralmente críticas do regime legal, voltaram a identificá-lo em alguma medida com a ALIC.¹⁶⁴ Já outros autores

¹⁶² De acordo com Joshi Jubert, o principal defensor dessa posição foi Hruschka, que se basearia justamente na origem histórica da expressão ALIC (JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal:** ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992, p. 30). V., todavia, a mudança de posição de Hruschka indicada na nota 142 supra.

¹⁶³ V., p. ex., ALONSO ÁLAMO, M. La acción “libera in causa”. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, 1989, p. 59 e 64.

¹⁶⁴ BALBINO, E. D. V. **Culpabilidade e actio libera in causa no Estado democrático de direito**. Porto

distinguiram as duas noções em termos bastante sutis, a ponto de ser duvidosa sua opinião.¹⁶⁵

Na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal proferiu um intrigante acórdão em 2011¹⁶⁶ que certamente não contribuiu para a compreensão da ALIC, do regime do Código, da terminologia adotada ou do que quer se seja. Tratando de um caso de embriaguez ao volante e reformando a decisão que pronunciou o paciente por homicídio doloso, sua ementa proclama, em aparente contradição com a orientação jurisprudencial descrita no item 2.2 deste trabalho – a qual aplica em sua literalidade o art. 28, II – que “a embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo”. Na p. 16, o ministro relator para o acórdão pontua que só haveria dolo eventual “se houvesse a comprovação da *actio libera in causa*, quer dizer, ele [o condutor do veículo] se embebedou para praticar o ilícito”. Essa mesma ideia é seguida na p. 22, com a transcrição da exposição de Nucci da teoria da ALIC. Na p. 24, adota-se a opinião de Zaffaroni/Pierangeli, para quem a ALIC é desnecessária nos crimes culposos, que se resolvem segundo as regras usuais dessa modalidade de delito. Por fim, na p. 24 e ss., o acórdão acentua que o dolo eventual foi simplesmente deduzido da circunstância de que o paciente dirigiu embriagado, o que seria inadmissível.

Como se vê, o acórdão parece partir do conceito mais restrito de ALIC, que exige, para a punição a título de dolo, que ele esteja presente no instante t_1 , no qual o agente se põe em estado defeituoso. Sucede que o próprio Nucci, embora adira a tal conceito, não o põe acima do art. 28, II, que não faz essa exigência.¹⁶⁷ Além disso, o decisivo não foi o conceito de ALIC aparentemente adotado no acórdão, mas a completa ausência de qualquer elemento

Alegre: Nuria Fabris, 2014, p. 15, 27, 114, 141; GALVÃO, F.; GRECO, R. **Estrutura jurídica do crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 440; GALVÃO, F. **Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013., p. 457; GRECO, R. **Curso de Direito Penal**, v. 1: Parte Geral. 18. ed. Niterói: Impetus, 2016, p. 504; MASSON, C. **Direito Penal esquematizado**, v. 1: Parte Geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2016, p. 531; DELMANTO, C. *et al.* **Código Penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 167. Leiria igualmente parece aproximar os dois sistemas, mas oferece casuística correspondente à noção mais estrita de ALIC referida no item 2.1 do texto (LEIRIA, A. J. F. **Fundamentos da responsabilidade penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 255). Algo muito próximo ocorre com Silva (comparem-se as pp. 80, 86, 92 e 103 de SILVA, H. C. da. **Embriaguez e a teoria da actio libera in causa**. Curitiba: Juruá, 2004).

¹⁶⁵ Prado/Carvalho/Carvalho, por exemplo, afirmam que o regime legal acolheu um “conceito amplíssimo” de ALIC, e, ao tratar da embriaguez preordenada, pontuam que “aqui se tem em conta a *actio libera in causa*” (PRADO, L. R.; CARVALHO, E. M. de; CARVALHO, G. M. de. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 14 ed. São Paulo: RT, 2015, p. 357). Dotti, ao conceituar a ALIC, adota a concepção restrita exposta no texto, mas não investe especialmente no seu confronto com o regime legal (DOTTI, R. A. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 462). Reale Júnior acentua que a solução legal não decorre da ALIC, mas não se dedica a criticar nem a defender a primeira (REALE JÚNIOR, M. **Instituições de Direito Penal**, Parte Geral, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 215).

¹⁶⁶ STF, HC 107801, 1ª Turma, min. Luiz Fux, maioria, j. 6/9/2011.

¹⁶⁷ Cf. nota 68.

concreto a indicar a existência de dolo de homicídio (seja no instante t_1 , seja no instante t_2), além da simples circunstância da embriaguez. Assim, o que o STF fez foi essencialmente exigir algum indicativo de dolo adicional à mera embriaguez. Uma vez que o mesmo tribunal, nos anos seguintes, invocou o acórdão em questão apenas para negar a aplicabilidade de suas conclusões aos novos casos que julgou,¹⁶⁸ talvez o mais prudente seja apenas reconhecer no acórdão em questão um esforço bem-intencionado e mal conduzido para evitar que a soberania do júri e o brocardo *in dubio pro societate* permitam atirar os motoristas embriagados aos leões sem qualquer indício concreto de dolo. Em um desses julgamentos subsequentes, o min. Fux, que havia sido o relator do HC 107801, esclareceu que admitia em tese o dolo eventual em crimes de trânsito,¹⁶⁹ e que pretendeu apenas evitar “a banalização do crime de homicídio doloso, decorrente da sistemática aplicação da teoria da ‘ação livre na causa’”.¹⁷⁰ Logo, se no HC 107801, o referido ministro parecia haver defendido a conceituação mais restrita de ALIC dolosa adotada pela doutrina brasileira dominante (a exigir dolo já no momento em que o agente se embriaga), no HC 101698 a ALIC é identificada de forma absolutamente arbitrária com a banalização do dolo eventual nos crimes de trânsito: a conclusão que o ministro queria combater – de que “quem dirige embriagado assume o risco de matar alguém” – não tem relação alguma com a ALIC em qualquer de suas formulações. Aparentemente, o STF confundiu a ALIC com a totalidade da problemática do crime do ébrio¹⁷¹ e a afirmação de que “a embriaguez alcoólica que conduz à

¹⁶⁸ STF, HC 109210, 1ª Turma, min. Rosa Weber, j. 21/8/2012; STF, HC 112242, 2ª Turma, min. Ricardo Lewandowski, j. 5/3/2013; STF, HC 115352, 2ª Turma, min. Ricardo Lewandowski, j. 16/4/2013.

¹⁶⁹ O que é, sem dúvida, a opinião amplamente dominante. V., p. ex., NASCIMENTO, A. B. do. Delitos de trânsito: culpa consciente ou dolo eventual? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 715, mai. 1995, p. 405-410; NINNO, W. Racha. Dolo eventual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 19, jul. 1997, p. 211-214; HONORATO, C. M. Crimes de trânsito: análise crítica da doutrina e da jurisprudência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 859, mai. 2007, p. 457-484; BASTOS, J. J. C. Crimes de trânsito: interpretação e crítica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 25, jan.-mar. 1999, p. 174-188. Sobre a relação entre “racha” e dolo eventual, v. CONSTANTINO, C. E.; SAAD-DINIZ, E. Comentários ao acórdão do STF no HC 101.698/RJ - homicídio doloso em acidente de trânsito decorrente de “racha”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 920, jun. 2012, p. 399-448.

¹⁷⁰ STF, HC 101698, 1ª Turma, min. Luiz Fux, j. 18/10/2011, p. 4. Periodicamente algum autor critica o suposto abuso no reconhecimento do dolo eventual dos crimes de trânsito (v., p. ex., WUNDERLICH, A. O dolo eventual nos homicídios de trânsito: uma tentativa frustrada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 754, ago. 1998, p. 461-479; CALLEGARI, A. L. Dolo eventual, culpa consciente e acidentes de trânsito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 13, jan.-mar. 1996, p. 191-202). A observação informal da prática forense alimenta a intuição de que estão certos; contudo, como tivemos oportunidade de alertar em outro trabalho, “a menos que se negue aprioristicamente a possibilidade de crimes dolosos no trânsito, o que é raro em doutrina, a afirmação de que houve abuso na pronúncia ou no veredito proferidos em determinado processo judicial depende de uma análise concreta e casuística que esses autores não se dispuseram a fazer, bastando-se com referências genéricas a um abuso induzido pela ‘mídia’” (QUANDT, G. de O. Uma breve comparação entre o PLS 236/2012 e o Projeto Substitutivo: aplicação da lei penal e teoria do delito. In: LEITE, A. (Org.). **Reforma Penal: a crítica científica à Parte Geral do Projeto de Código Penal (PLS 236/2012)**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 200, nota 602).

¹⁷¹ Sobre esse ponto, v. item 6.1 adiante.

responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo”, além de não corresponder à jurisprudência dominante sobre o tema *imputabilidade e embriaguez*, não significou um esforço voltado a modificá-la.

4.5 O USO DA EXPRESSÃO *ACTIO LIBERA IN CAUSA* NO PRESENTE TRABALHO

Como se vê, a expressão ALIC tem múltiplas acepções, o que priva de significado a afirmação descontextualizada de que um determinado autor é favorável ou contrário a ela. Talvez em razão da própria origem histórica da figura, tão presa ao problema da inimputabilidade por embriaguez, a qual por sua vez conforma aquele núcleo mínimo aceito pela maioria da doutrina,¹⁷² acontece de algum autor rejeitar nominalmente a ALIC por recusar a punição do crime do ébrio inimputável, mas utilizar *em outros setores* os exatos argumentos utilizados por autores que se identificam como defensores da ALIC. A opinião de Zaffaroni é ilustrativa: ao concentrar-se no problema da ALIC-inimputabilidade por embriaguez (ALIC como estrutura), ele impugna as propostas voltadas a justificar sua punição (ALIC como modelos de solução), mas reconhece a punibilidade de determinados fatos que se poderiam caracterizar como ALIC-ausência de ação, recorrendo aos fundamentos do modelo da tipicidade. Nesse contexto, Zaffaroni tanto pode ser considerado um crítico da ALIC (como ele próprio se apresenta), como pode classificar-se como defensor parcial do modelo da tipicidade para determinadas hipóteses que apresentem a estrutura de ALIC – embora, como dito, rejeite a aplicação desse mesmo modelo (ou de qualquer outro) para explicar o caso mais intimamente associado, do ponto de vista histórico, à própria ALIC, que é o da inimputabilidade por embriaguez.

Neste trabalho, adotaremos a expressão ALIC para denominar tanto os fatos temporalmente bipartidos descritos no item 4.1 (especialmente os de ausência de ação ou de imputabilidade), como as teorias que procuram fundamentar a punibilidade daqueles fatos, cf. o item 4.2, embora reconheçamos que o significado literal da expressão *actio libera in causa* sugere mais propriamente o próprio acontecimento ocorrido no instante t_2 nessa estrutura bipartida, ou os modelos de solução que enfatizam esse acontecimento.

¹⁷² Cf. nota 145.

5 OS MODELOS DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*

Como visto no capítulo 1, vários comentadores do Código Penal contrapuseram ao regime legal a teoria da *actio libera in causa*, que forneceria, segundo eles, uma explicação consistente para a punição de alguns fatos praticados em completa embriaguez. Exigiam, essencialmente, que o sujeito fosse punido segundo o dolo ou culpa relativos ao crime afinal cometido e verificados no momento de embriagar-se, e não apenas conforme o dolo ou culpa existentes já no estado de embriaguez. No mesmo capítulo, expusemos as críticas de Zaffaroni/Pierangeli a tal concepção, cuja aparente solidez não resistiria a um exame mais acurado. Por fim, referimos à existência de formulações mais modernas da ALIC, que procurariam conformá-la com mais precisão aos postulados da teoria do delito.

No presente capítulo, exporemos em linhas gerais essas teorias. Cada uma delas oferece uma resposta diferente para a pergunta “como conciliar a punição do fato definido como crime ocorrido no instante t_2 com o impedimento criado pelo estado defeituoso verificado nesse mesmo instante?”. Ou, para o problema específico da ALIC-inimputabilidade por embriaguez: “como conciliar a punição do fato do ébrio com a exigência de que o sujeito seja imputável no momento da prática daquele fato?”¹⁷³ Em outras palavras, e utilizando a terminologia própria dos comentadores da ALIC, as teorias propõem diferentes formas de encarar a exigência imposta pelo princípio da coincidência,¹⁷⁴ segundo o qual os elementos do crime devem apresentar-se simultaneamente para que o fato seja punível.¹⁷⁵ O modelo da tipicidade afirma que o crime do ébrio tem início já com a ação de tornar-se inimputável; o modelo da exceção suspende a exigência da imputabilidade no momento do fato; já o modelo

¹⁷³ Essa apresentação dos modelos como respostas específicas para o problema do princípio da coincidência, tomamo-la de DÍAZ PITA, M. del M. *Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 25 e 29. No entanto, essa autora, ao agrupar as soluções que tentam conciliar a ALIC com o princípio da coincidência, menciona ainda uma solução (de Dreher/Tröndle) que, a considerar o resumo oferecido por ela própria, parece antes negar pontualmente a exigência de concomitância dos elementos do crime do que se propor a satisfazê-la (DÍAZ PITA, M. op. cit., p. 30).

¹⁷⁴ Na Alemanha, o princípio da coincidência temporal entre injusto e culpabilidade tem previsão expressa (§ 20 do StGB, transcrito no item 5.2.2 *infra*). Naquele país, a doutrina tem o duplo desafio de justificar a punição do fato do ébrio inimputável e de conciliá-la com uma lei que não abre exceções à exigência da imputabilidade no momento do fato para a punição dele. No Brasil, pelo contrário, existe uma ampliação reputada excessiva por parte da doutrina da punição do fato do ébrio (cf. itens 1 e 6.3). Ainda assim, o princípio da coincidência parece ser um ponto de partida perfeitamente válido para a exposição do tema, pois sua força não decorre apenas de sua previsão legal expressa (na Alemanha), mas de um aspecto ínsito à noção de culpabilidade. Prova disso é que tanto os críticos como os defensores do chamado modelo da exceção reconhecem que sua adoção pelo legislador não supre a necessidade de uma justificação material da solução nele proposta (cf. nota 277 *infra*).

¹⁷⁵ Amplamente sobre o princípio, ALCÁCER GUIRAO, R. *Actio libera in causa dolosa e imprudente: la estructura temporal de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2005, p. 24, o qual igualmente põe os modelos da ALIC como diferentes respostas ao problema proposto pelo princípio da coincidência (op. cit., p. 30).

da extensão propõe uma interpretação ampla para o termo “fato”, a incluir não apenas o episódio criminoso propriamente dito, mas também o acontecimento precedente da perda da imputabilidade.

Embora o agrupamento das propostas doutrinárias nesses modelos¹⁷⁶ seja mais ou menos recente – ao menos sob a denominação que eles recebem – algumas das ideias subjacentes a cada uma delas já apareciam nas etapas anteriores do debate, razão pela qual é possível analisar as principais objeções à ALIC no trato desses modelos.

5.1 O MODELO DA TIPICIDADE

Esse modelo, defendido por Roxin,¹⁷⁷ Hirsch,¹⁷⁸ Alcácer Guirao,¹⁷⁹ Demetrio Crespo¹⁸⁰, Schünemann¹⁸¹, Joshi Jubert¹⁸² e Frister,¹⁸³ sugere que a conduta de se tornar inimputável ou incapaz de ação pode, sob certas circunstâncias, constituir uma ação típica,¹⁸⁴ razão pela qual seria punível pela aplicação das regras gerais de imputação do fato ao agente. O sujeito que voluntariamente se embriaga, embora saiba que em ocasiões anteriores terminou por espancar sua esposa nesse estado, cria o risco de repetir o fato e assume esse mesmo risco, podendo ser punido pelas lesões corporais dolosas que vier a cometer em completa embriaguez. A mãe que se põe a dormir junto ao filho pequeno, mesmo sabedora de que tem sono pesado e agitado, viola o dever de cuidado em relação à criança e responde por

¹⁷⁶ A diferença entre os modelos é minimizada por Stratenwerth, para quem “ambas soluciones [i.e., os modelos da tipicidade e da extensão] son menos contradictorias entre sí de lo que podría parecer” (STRATENWERTH, G. **Derecho penal, Parte General I: el hecho punible**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, § 10/46, p. 291).

¹⁷⁷ ROXIN, C. Observaciones sobre la “actio libera in causa”. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, p. 21-38, 1988.

¹⁷⁸ HIRSCH, H. J. Acerca de la *actio libera in causa*. In: _____. **Derecho penal: obras completas**, t. I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 173-191.

¹⁷⁹ ALCÁCER GUIRAO, R. **Actio libera in causa dolosa e imprudente: la estructura temporal de la responsabilidad penal**. Barcelona: Atelier, 2005, p. 105.

¹⁸⁰ DEMETRIO CRESPO, E. **La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa**. Granada: Comares, 2003, p. 137.

¹⁸¹ SCHÜNEMANN, B. La significación del principio penal de culpabilidad en la época de la globalización. In: _____. **Obras**, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 488; _____. **Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad**. In: _____. **Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002, p. 126.

¹⁸² JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto**. Barcelona: Bosch, 1992., p. 281. Na realidade, a autora reputa autônoma sua proposta, que poderia chamar-se “modelo da provocação relevante”, mas, segundo os critérios adotados no texto, seguimos Demetrio Crespo ao identificar a proposta dessa autora com o modelo da tipicidade (DEMETRIO CRESPO, E. **La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa**. Granada: Comares, 2003, p. 132). V., todavia, a nota 221 infra.

¹⁸³ FRISTER, H. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, cap. 18/17, p. 372.

¹⁸⁴ Ou melhor, constitui já uma parte integrante da ação típica que se estenderá no instante t_2 (cf. DÍAZ PITA, M. del M. **Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 31).

homicídio, caso o filho seja sufocado pelo corpo dela durante o sono – homicídio doloso ou culposo, conforme o elemento subjetivo relativo à morte do filho que a animava no momento de se deitar.

Nesse modelo, como adiantado no item 4.2, a ênfase recai sobre o fato praticado no instante t_1 , isto é, sobre a ação que provoca o estado defeituoso subsequente. O fato ocorrido no instante t_2 é um simples desdobramento¹⁸⁵ daquela primeira ação, razão pela qual o estado defeituoso (verificado apenas no instante t_2) não impede a punição do acontecimento total, pois o juízo de tipicidade, ilicitude e culpabilidade é formulado no instante t_1 , e não é necessário que esses atributos da ação permaneçam até a consumação do crime.¹⁸⁶

Tal modelo, em princípio, tem inegáveis vantagens. Além de explicar a punição de fatos dolosos e também culposos, como ilustram os exemplos sugeridos acima, ele aplica-se tanto às hipóteses de inimputabilidade como às de ausência de ação, se não a outras mais. Ademais, o modelo baseia-se no manejo das regras usuais de imputação, dispensando construções *ad hoc* e fraturas na teoria do delito e transformando a ALIC (compreendida como estrutura – cf. item 4.1 supra) num simples grupo de casos.¹⁸⁷ Por fim, ele é meridianamente claro quanto ao título de imputação subjetiva, a qual se baseia no elemento anímico verificado no instante t_1 relativo ao fato a ocorrer no instante t_2 , o que confirma a intuição expressa na posição dominante exposta no capítulo 2. Assim, o modelo da tipicidade

¹⁸⁵ Cf. ALCÁCER GUIRAO, R. *Actio libera in causa dolosa e imprudente*: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 34. Varia, nas exposições do modelo da tipicidade, o grau de automatismo dos acontecimentos no instante t_2 : Roxin, por exemplo, reconhece que não se trata de um desdobramento puramente mecânico, ao passo que Jakobs, muito de acordo com sua visão particular de pessoa e sociedade, descreve os desdobramentos ocorridos no instante t_2 como um fato natural (ROXIN, C. Observaciones sobre la “actio libera in causa”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, 1988, p. 29; JAKOBS, G. La denominada actio libera in causa. In: _____. *Moderna dogmática penal*: estudios compilados. 2. ed. México: Porrúa, 2006, p. 632).

¹⁸⁶ Esta última afirmação tradicionalmente é ilustrada pelo exemplo da bomba-relógio, cuja detonação pode ocorrer em instante no qual o terrorista que a instalou se encontra embriagado ou dormindo, o que certamente não impedirá sua punição. Contudo, o exemplo (que aparece nas mais variadas formulações da ALIC e, segundo Zaffaroni, remonta a Impallomeni) prova muito pouco, pois não há dúvida de que instalar uma bomba-relógio e afastar-se do local, perdendo o controle sobre o artefato, constitui uma ação típica de tentativa (de homicídio, lesões corporais, dano, explosão – pouco importa), ao passo que a adequação típica da ação de embriagar-se por referência ao que o sujeito fará embriagado a seguir é justamente o que se discute no modelo da tipicidade. Por tal razão, o exemplo é criticado por adversários autodeclarados da ALIC, por defensores do modelo da exceção e também por adeptos do modelo da tipicidade (respectivamente: ZAFFARONI, E. R. *Tratado de Derecho Penal*: Parte General, t. III. Buenos Aires: Ediar, 1981, n.º. 379, p. 441; DÍAZ PITA, M. del M. *Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 45; ALCÁCER GUIRAO, R. *Actio libera in causa dolosa e imprudente*: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 66).

¹⁸⁷ Segundo Díaz Pita, Neumann considerou o modelo da tipicidade o mais consequente dentre aqueles que se propõem a justificar a punição da ALIC atendendo ao princípio da coincidência (DÍAZ PITA, M. del M. *Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 31). Alcácer Guirao, adepto do modelo, expressamente defendeu que “el modelo de la tipicidade en realidad no altera las reglas generales de imputación” (ALCÁCER GUIRAO, R. *Actio libera in causa dolosa e imprudente*: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 33 e 104).

fundamentaria a punição dos fatos praticados sob embriaguez preordenada, num extremo, e também de fatos culposos, no outro, mas não chegaria ao ponto de punir todo fato decorrente de embriaguez evitável, como estatui a lei brasileira vigente; em particular, ficariam fora do alcance do modelo da tipicidade os casos do dolo ou culpa supervenientes expostos no item 2.1.

Como se verá no item 5.1.5, o modelo da tipicidade obteve certo sucesso quanto aos crimes culposos e à *omissio libera in causa*. Para os crimes dolosos cometidos em situação de inimputabilidade decorrente da embriaguez, sua aceitação não foi tão ampla. As principais críticas que se fazem a ele é que o ato de embriagar-se não passa de um ato preparatório, que o modelo da tipicidade incorretamente converteria em ato executivo. Além disso, nada garantiria que, após embriagar-se, o sujeito realmente executará o plano idealizado enquanto estava sóbrio; essa falta de garantia tornaria a eventual realização do plano pelo sujeito ébrio uma obra do acaso.

A afirmação de que embriagar-se não é, ainda, um ato executivo, aparece em diversas exposições – inclusive naquelas anteriores ao estabelecimento da contraposição entre os diversos modelos de ALIC.¹⁸⁸ Segundo a crítica, punir por tentativa o sujeito que apenas se pôs a beber para criar coragem de matar alguém constituiria um adiantamento intolerável da punibilidade.

A postulada falta de controle sobre os atos que viessem a ser praticados pelo ébrio, por sua vez, impediria que se enxergasse no eventual desdobramento do fato uma realização daquilo que o sujeito planejou enquanto sóbrio.¹⁸⁹

Ambas as questões se esclarecem quando se analisa um outro argumento bastante antigo,¹⁹⁰ utilizado agora pelos defensores do modelo da tipicidade,^{191, 192} segundo o qual o

¹⁸⁸ V., entre vários outros: BRUNO, A. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. II, p. 54; COUSIÑO MAC IVER, L. **Derecho Penal chileno**, t. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1975, p. 535; ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General, t. III. Buenos Aires: Ediar, 1981, n.º. 379, p. 440; DIAS, J. de F. **Direito Penal**: Parte Geral, t. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Coimbra: Coimbra Editora, 2007, cap. 12, § 56, p. 590 (abandonando a posição defendida na edição anterior). Noronha afirma que, na ALIC, a ação de embriagar-se já é ato executivo do crime, mas não menciona a possibilidade de punição pela tentativa (NORONHA, E. M. **Direito Penal**, v. 1: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963, n.º. 114, p. 224). Fazemos a ressalva porque, embora o art. 14, II, do CP, equipare tentativa e atos executivos, há quem identifique os últimos sem reconhecer a primeira na ação de embriagar-se (cf. nota 89 supra).

¹⁸⁹ ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General, t. III. Buenos Aires: Ediar, 1981, n.º. 379, p. 443.

¹⁹⁰ Que, segundo Queirós, já aparecia em Carrara e em Ortolan (QUEIRÓS, N. de. **Teoria da “actio libera in causa” e outras teses**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 29, nota 30; CARRARA, F. **Programa de Derecho Criminal**, v. I. Reimp. Bogotá: Temis, 1996, § 343, p. 233). Joshi Jubert arrola outros autores antigos que comparavam a ALIC à autoria mediata (JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal**: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992, p. 47, nota 107). Schünemann considera o modelo da tipicidade, calcado na autoria mediata, a “construção clássica” da ALIC (SCHÜNEMANN, B. La significación del principio penal de culpabilidad en la época de la globalización.

sujeito, ao embriagar-se, torna-se um instrumento de si mesmo. A referência a instrumento remete claramente ao instituto da autoria mediata, em relação à qual o problema da identificação do início da execução também aparece.

5.1.1 A *actio libera in causa* e a autoria mediata

Enquanto na autoria direta o agente pratica o crime por si mesmo, na autoria mediata ele o comete por meio de um terceiro,¹⁹³ do qual se vale como um instrumento humano. Entre as hipóteses mais representativas dessa instrumentalização estão o emprego de coação moral irresistível contra o executor material do crime, o recurso a um executor inimputável e a indução do instrumento a um erro de tipo (ou a manutenção do instrumento no erro em que haja incorrido).¹⁹⁴ Embora o autor mediato (também chamado de “homem de trás”) não

In: _____. **Obras**, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 485; _____. Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad. In: _____. **Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002, p. 123).

¹⁹¹ Cf. ALCÁCER GUIRAO, R. *Actio libera in causa dolosa e imprudente*: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 35 e 45, notas 121 e 124; SCHÜNEMANN, B. La significación del principio penal de culpabilidad en la época de la globalización. In: _____. **Obras**, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 485; _____. Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad. In: _____. **Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002, p. 123; _____. Sobre el estado actual de la teoría de la culpabilidad penal. In: _____. **Obras**, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 459. Alonzo Alamo reconhece a afinidade entre o argumento da autoria mediata e o modelo da tipicidade, mas menciona Jescheck como um adepto do modelo da exceção que igualmente se vale de tal argumento (ALONSO ÁLAMO, M. La acción “libera in causa”. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, 1989, p. 64, nota 23). No entanto, como adverte Alcácer Guirao (op. cit., p. 42, nota 107), na 5ª e última edição do *Tratado*, Jescheck e Weigend reformularam a exposição do tema e deixaram de valer-se do paralelo entre ALIC e autoria mediata (JESCHECK, H.-H.; WEIGEND, T. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General. Granada: Comares, 2002, § 40 VI, p. 478). A utilização do paralelo com a autoria mediata no âmbito do modelo da exceção foi tachada de “eclética” e “um tanto confusa” por Castelló Nicás (CASTELLÓ NICÁS, N. Comentários ao art. 20.1 do Código Penal espanhol [de 1995]. In COBO DEL ROSAL, Manuel (org.). **Comentarios al Código Penal**, t. II. S/I: Edersa, 1999, p. 145), que utilizou a 4ª edição do Tratado de Jescheck (CASTELLÓ NICÁS, N. Op. cit., p. 102, nota 6). Segundo Alcácer Guirao, Kühl seria um defensor do modelo da exceção que se valeria do paralelo com a autoria mediata (ALCÁCER GUIRAO, R. Op. cit., p. 106, nota 347). V. ainda as considerações de JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal**: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992, p. 176, nota 420.

¹⁹² Tavares, que na *Teoria do crime culposo* mencionava os modelos do tipo e da exceção (cf. nota 102 supra), passou a tratar o paralelo com a autoria mediata como um modelo autônomo na *Teoria dos crimes omissivos*, o que certamente não é usual. TAVARES, J. **Teoria do crime culposo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 426; _____. **Teoria dos crimes omissivos**. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 301.

¹⁹³ Que pode ser a própria vítima: ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General, t. IV. Buenos Aires: Ediar, 1982, nº. 531, p. 321; BATISTA, N. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 131, nota 427, e 142; DIAS, J. de F. **Direito Penal**: Parte Geral, t. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Coimbra: Coimbra Editora, 2007, t. I, 31º capítulo, § 8, p. 778.

¹⁹⁴ Discutem-se, na doutrina, outras possibilidades de autoria mediata, que vão desde o erro de proibição pelo instrumento até um muito controverso erro sobre o sentido concreto da ação, passando pela autoria mediata pelo uso de aparatos organizados de poder. Para uma visão panorâmica, MAYRINK DA COSTA, A. **Direito Penal**, v. 2. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1668; DIAS, J. de F. **Direito Penal**: Parte Geral, t. I. 2. ed. São

pratique diretamente o fato,¹⁹⁵ este é considerado obra sua em razão do controle que exerce sobre o instrumento: o homem de trás detém, enfim, o domínio sobre o fato e é autor dele.

Como adiantado, também na ALIC se fala em instrumentalização. A diferença é que o instrumento e o autor mediato seriam a mesma pessoa: este, o sujeito ainda sóbrio (ou, mais geralmente, ainda fora do estado defeituoso) no instante t_1 ; aquele, o sujeito já embriagado (ou melhor, no estado defeituoso) no instante t_2 . A ALIC teria, portanto, correspondência próxima com a autoria mediata.

A semelhança entre os institutos às vezes é criticada invocando-se o princípio lógico da identidade: a autoria mediata se caracteriza pelo emprego de *outram* como instrumento,¹⁹⁶ ao passo que na ALIC é o *mesmo sujeito* quem provoca o estado defeituoso e então pratica nesse estado um fato definido como crime. Considerar a ALIC uma hipótese de autoria mediata implicaria tratar a mesma pessoa como se duas fossem.¹⁹⁷ Essa objeção pode ser contornada de suas formas. A primeira consiste em interpretar o § 25, 1, do StGB, lendo “pessoa não responsável” no lugar de “outram”.¹⁹⁸ A segunda, mais simples e convincente, limita-se a afirmar que a ALIC é estruturalmente *semelhante* à autoria mediata, e não um *subgrupo* desta última.¹⁹⁹ Hirsch, ao defender esse paralelismo, acentua que a ALIC se insere

Paulo: Revista dos Tribunais/Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 31º capítulo, § 6 e ss., p. 777; STRATENWERTH, G. **Derecho penal, Parte General I: el hecho punible**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, § 12/30 e ss., p. 379; JESCHECK, H.-H.; WEIGEND, T. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Granada: Comares, 2002, § 62 II, p. 717; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. Autoría mediata, coautoría y autoría accesoría. In: LUZÓN PEÑA, D.-M. (org.). **Enciclopedia penal básica**. Granada: Comares, 2002, p. 162.

¹⁹⁵ A dificuldade em afirmar sem mais que o homem de trás pratica atos típicos foi um dos principais motivos da derrocada das teorias objetivo-formais da autoria. Sobre isso, BATISTA, N. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 64; STRATENWERTH, G. **Derecho penal, Parte General I: el hecho punible**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, § 12/4, p. 369; em maiores detalhes, embora sem concordar inteiramente com a crítica, GIMBERNAT ORDEIG, E. **Autor y cómplice en Derecho penal**. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006, p. 21.

¹⁹⁶ Código Penal alemão: “§ 25. Autoria. (1) É punido como autor quem comete o fato punível por si mesmo ou por meio *de outrem*”. Código Penal português: “Artigo 26.º Autoria. É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio *de outrem*, ou tomar parte direta na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”. Código Penal espanhol: “Artículo 28. Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio *de otro* del que se sirven como instrumento”.

¹⁹⁷ ALONSO ÁLAMO, M. La acción “libera in causa”. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, 1989, p. 64; DÍAZ PITA, M. del M. **Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 50 e 128. Outras referências em ALCÁCER GUIRAO, R. **Actio libera in causa dolosa e imprudente: la estructura temporal de la responsabilidad penal**. Barcelona: Atelier, 2005, p. 39.

¹⁹⁸ JAKOBS, G. La denominada actio libera in causa. In: _____. **Moderna dogmática penal: estudios compilados**. 2. ed. México: Porrúa, 2006, p. 636; crítica da formulação de Jakobs, DÍAZ PITA, M. del M. **Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 128. A mesma autora inclui Roxin entre os autores que consideram a ALIC uma autêntica hipótese de autoria mediata (op. cit., p. 34), mas logo em seguida refere apenas que Roxin “estabelece um paralelismo” entre os institutos (op. cit., p. 35).

¹⁹⁹ Nesse sentido, DEMETRIO CRESPO, E. **La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa**. Granada: Comares, 2003, p. 138; ALCÁCER GUIRAO, R. **Actio libera in causa dolosa e imprudente: la estructura temporal de la**

na primeira hipótese do § 25, 1, do Código Penal alemão, no qual se prevê a autoria direta ou de própria mão (“é punido como autor quem comete o fato punível *por si mesmo*”), e não na segunda, relativa à autoria mediata (“... ou por meio *de outrem*”).²⁰⁰

Naturalmente, uma vez reconhecida a existência de diferenças entre ALIC e autoria mediata (ou seja, abandonada a ideia de se tratar a segunda como gênero da qual a primeira é espécie) tanto se podem destacar as semelhanças, como se podem acentuar as diferenças entre uma e outra. Hruschka, defensor do modelo da exceção, critica o paralelo entre os institutos comparando-o a uma corrida de revezamento disputada por uma pessoa só.²⁰¹ Com isso, no entanto, transfere-se o acento da comparação da ideia de instrumentalização de uma pessoa (seja ela quem for!) para a exigência de que o autor mediato não seja o próprio instrumento, o que não apreende satisfatoriamente a essência da autoria mediata.

A identidade entre homem de trás e executor material como suposta refutação do paralelismo entre ALIC e autoria mediata também aparece na afirmação de que esta não é possível nos crimes de mão própria.²⁰² Tratando-se de desdobramento do princípio da identidade, o argumento sujeita-se à mesma crítica dirigida a ele, pois prova no máximo que a ALIC não é um caso de autoria mediata, mas não demonstra que, para a solução dos problemas compreendidos por aquela, as diferenças sejam mais relevantes do que as semelhanças.²⁰³ Além disso, o argumento é bivalente, pois tanto pode ser utilizado para denunciar a diferença entre os institutos,²⁰⁴ como pode motivar a aceitação da ALIC mesmo nos crimes de mão própria, porquanto o instrumento, nesses casos, é também o próprio homem de trás.²⁰⁵ Por fim, existe também a possibilidade de simplesmente reconhecer a

responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 106, com referências adicionais.

²⁰⁰ HIRSCH, H. J. Acerca de los límites de la autoría mediata. In: _____. **Derecho penal: obras completas**, t. I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 183. Schünemann baseia-se na 2ª hipótese do § 25, aplicando-a *a fortiori* (SCHÜNEMANN, B. La significación del principio penal de culpabilidad en la época de la globalización. In: _____. **Obras**, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 489; _____. Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad. In: _____. **Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 128.

²⁰¹ HRUSCHKA, J. «Actio libera in causa» y autoría mediata. In: _____. **Imputación y Derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación**. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 165, nota 22.

²⁰² ALONSO ÁLAMO, M. La acción “libera in causa”. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, 1989, p. 65.

²⁰³ Os problemas específicos da ALIC nos crimes de mão própria são expressamente deixados de lado na investigação de Joshi Jubert (JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto**. Barcelona: Bosch, 1992, p. 17), como igualmente o serão aqui. Um primeiro problema seria apurar a própria consistência da categoria dos crimes de mão própria, o que muito claramente extrapola os limites do presente trabalho.

²⁰⁴ Como o faz ALONSO ÁLAMO, M. La acción “libera in causa”. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, 1989, p. 65.

²⁰⁵ Aceitando a ALIC nos crimes de mão própria em razão da identidade entre homem de trás e executor material, HIRSCH, H. J. Acerca de la *actio libera in causa*. In: _____. **Derecho penal: obras completas**, t. I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 187. Contra a argumentação desse autor, HRUSCHKA, J. «Actio

inaplicabilidade do modelo da tipicidade e consequente impunidade naqueles casos de utilização de si mesmo como instrumento para a prática de um crime de mão própria,²⁰⁶ o que não compromete a ALIC ou o modelo em questão como um todo, mas apenas lhes impõe um limite.

No que diz respeito à ALIC-inimputabilidade, um obstáculo mais sólido é a própria rejeição da modalidade da autoria mediata caracterizada pelo emprego de instrumento inimputável. Zaffaroni, por exemplo, limita a autoria mediata aos casos de instrumento que age atípica ou licitamente, mas trata como simples instigação (isto é, como participação em sentido estrito) o emprego de um instrumento não culpável.²⁰⁷ É grande a semelhança dos argumentos e exemplos utilizados por esse autor para criticar a ALIC, por um lado, e a autoria mediata pelo uso de instrumento inimputável, por outro. Ao tratar da primeira, afirma que o sujeito que se inebria para matar o amante da esposa não tem como garantir o que fará uma vez embriagado, pois tanto pode consumir seu plano como pode abraçar o rival, razão pela qual lhe falta o domínio do fato.²⁰⁸ Já ao traçar os limites da autoria mediata, pondera que o sujeito que instiga um louco a praticar um crime não tem o domínio do fato, pois nada lhe garante que o instigado irá atender à sugestão²⁰⁹: o louco a quem se instigou para assassinar o vizinho tanto pode matá-lo como beijá-lo.²¹⁰

De fato, caso se reconheça, na utilização de um instrumento inimputável, apenas a participação *stricto sensu* (na modalidade instigação), o paralelismo com a ALIC se torna menos convincente, pois se a utilização de si mesmo como instrumento é algo concebível, a instigação de si mesmo dificilmente o é. Essa concepção restritiva, porém, não corresponde à

libera in causa» y autoría mediata. In: _____. **Imputación y Derecho penal**: estudios sobre la teoría de la imputación. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 166.

²⁰⁶ ROXIN, C. Observaciones sobre la “actio libera in causa”. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, 1988, p. 31; SCHÜNEMANN, B. La significación del principio penal de culpabilidad en la época de la globalización. In: _____. **Obras**, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 487 e 489; _____. Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad. In: _____. **Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002, Schünemann, p. 127.

²⁰⁷ ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General, t. IV. Buenos Aires: Ediar, 1982, n.º. 528, p. 311. A construção desse autor é facilitada pelo fato de que ele trata certas hipóteses de coação moral irresistível como estado de necessidade justificante (ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General, t. III. Buenos Aires: Ediar, 1981, n.º. 434, p. 626).

²⁰⁸ ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General, t. III. Buenos Aires: Ediar, 1981, n.º. 379, p. 443.

²⁰⁹ ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General, t. IV. Buenos Aires: Ediar, 1982, n.º. 528, p. 312. O autor adota a solução individual da tentativa (v. item 5.1.3 abaixo) para todas as formas de autoria mediata, e a utiliza como argumento adicional, por recusar-se a enxergar uma tentativa na simples conduta de incitar o louco – da mesma forma como recusava que a ação de embriagar-se pudesse ser já uma tentativa (ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General. Buenos Aires: Ediar, t. III, 1981, n.º. 379, p. 443, e t. IV, 1982, n.º. 528, p. 312).

²¹⁰ ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General, t. IV. Buenos Aires: Ediar, 1982, t. IV, n.º. 528, p. 314.

noção mais aceita da autoria mediata. É certo que alguns autores²¹¹ atribuem a expansão da autoria mediata por uso de instrumento inculpável à adoção, no Código Penal alemão de 1871, ao critério da acessoriedade extrema, segundo o qual a punição do partícipe dependia da culpabilidade do autor;²¹² uma vez adotado o critério da acessoriedade limitada, que exige apenas a ilicitude do fato do autor, o cúmplice ou instigador do agente inculpável poderia ser punido como partícipe, não havendo lacunas de punibilidade a exigir que se o trate como autor.²¹³ No entanto, mesmo assegurada a possibilidade de punição do instigador ou cúmplice do agente inculpável, a doutrina dominante conclui que aquele que impele ou auxilia um sujeito inculpável deve, sob certas circunstâncias, ser considerado autor mediato.²¹⁴ A resistência de Zaffaroni se baseia, em larga medida, em uma noção excessivamente mecanicista ou probabilística de domínio do fato,²¹⁵ que não se sustenta sequer para a delinquência individual. Ao contrário do que insinua esse autor, não é a alta *probabilidade* de que o instrumento pratique o crime que transforma o homem de trás em autor mediato,²¹⁶ mas a *superioridade* deste em relação ao instrumento – superioridade que, no caso da coação, é

²¹¹ HIRSCH, H. J. Acerca de los límites de la autoría mediata. In: _____. **Derecho penal: obras completas**, t. I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 202; STRATENWERTH, G. **Derecho penal, Parte General I: el hecho punible**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, § 12/30, p. 379; JESCHECK, H.-H.; WEIGEND, T. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Granada: Comares, 2002, § 62 I 1, p. 715; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria. In: LUZÓN PEÑA, D.-M. (org.). **Enciclopedia penal básica**. Granada: Comares, 2002, p. 161 – embora insistam na importância do conceito mesmo após a adoção do critério da acessoriedade limitada. Contra a valoração da autoria mediata como simples “tapa-buracos”, MAURACH, R. **Tratado de Derecho Penal**. Barcelona: Ariel, 1962, t. II, § 48 I A, p. 315, e B, p. 317.

²¹² Para uma visão panorâmica desse aspecto (dito “qualitativo”) da acessoriedade, v. MAURACH, R. **Tratado de Derecho Penal**. Barcelona: Ariel, 1962, t. II, § 53 III A, p. 398; JESUS, D. E. de. **Direito Penal**, v. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 457. Bockelmann, Maurach e Mezger creditam a terminologia utilizada no texto a M. E. Mayer. BOCKELMANN, P. **Relaciones entre autoría y participación**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1960, p. 7; MAURACH, R. Op. cit., §53 III B, p. 399, nota 308; MEZGER, E. **Tratado de Derecho Penal**, t. II. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949, § 53 I, p. 328, nota 2; MAYER, M. E. **Derecho Penal, Parte General**. Buenos Aires-Montevideo: B de F, 2007, p. 485.

²¹³ A dispensabilidade da autoria mediata nesses casos é salientada por ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**, t. IV. Buenos Aires: Ediar, 1982, n.º. 528, p. 315.

²¹⁴ ROXIN, C. **Autoría y dominio del hecho en Derecho penal**. 7. ed. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 259; HIRSCH, H. J. Acerca de los límites de la autoría mediata. In: _____. **Derecho penal: obras completas**, t. I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 201; JESCHECK, H.-H.; WEIGEND, T. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Granada: Comares, 2002, § 62 II 4 a 6, p. 719; DIAS, J. de F. **Direito Penal: Parte Geral**, t. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Coimbra: Coimbra Editora, 2007, t. I, 31º capítulo, § 15, p. 783; STRATENWERTH, G. **Derecho penal, Parte General I: el hecho punible**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, § 12/46, p. 386 – com expressa referência ao fato de que, substituída na lei alemã a acessoriedade máxima pela limitada, já não se trata simplesmente de preencher lacunas de punibilidade. Se é preciso exigir circunstâncias adicionais à simples inimizabilidade do agente para transformar seu instigador em autor mediato, e quais seriam elas, é algo variável (um panorama em STRATENWERTH, G. Op. cit., §12/47, p. 386).

²¹⁵ A posição aproxima-se daqueles que negam a existência de um nexo causal entre a ação de embriagar-se e o fato criminoso posteriormente cometido. Chamon Junior, por exemplo, nega tal nexo afirmando que “o homem não é mera máquina” (CHAMON JUNIOR, L. A. **Responsabilidade penal e embriaguez**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 176). Sobre o problema da causalidade na ALIC, em detalhes, JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal**: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992, p. 291.

²¹⁶ ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**, t. IV. Buenos Aires: Ediar, 1982, n.º. 528, p. 314.

obtida à força, e que no caso de erro, decorre de uma compreensão melhor da situação.²¹⁷ O capanga que sabe, por experiências pretéritas, que seu facinoroso líder trucidará (ou mandará trucidar) violentamente todos quantos se aproximarem da mulher por quem é obcecado, tem garantia quase absoluta de que, ao informar o chefe da existência de um novo pretendente, estará proferindo uma sentença de morte deste último. Essa certeza é muito superior à de quem instala uma bomba-relógio no automóvel do desafeto, que pode não explodir ou detonar com o veículo desocupado; ainda assim, o delator é mero partícipe do homicídio praticado pelo ciumento chefe, e o sabotador, autor (individual) do homicídio tentado ou consumado que praticou, pois o primeiro não tem o domínio do fato alheio, ao passo que o autor do atentado detém o domínio do próprio fato – ainda que o método por ele eleito possa não ser particularmente certo.

No caso da ALIC-inimputabilidade, não há dúvida da superioridade do agente no instante t_1 em relação ao mesmo sujeito no instante t_2 , em que já se encontra no estado defeituoso, de modo que o paralelo com a autoria mediata parece justificar-se.²¹⁸

De toda forma, é preciso ressaltar que o domínio do fato, no emprego de instrumento inimputável, se baseia mais em critérios normativos do que fáticos ou probabilísticos, especialmente quando não são feitas exigências adicionais – como o efetivo déficit de compreensão e autocondução do inimputável por menoridade, por exemplo.²¹⁹

Assim, naqueles sistemas jurídicos em que a autoria mediata é claramente destacada da simples instigação, é válida a comparação entre aquela e a ALIC-inimputabilidade.

5.1.2 O problema do adiantamento da punibilidade

Como visto no início deste item 5.1, uma das críticas dirigidas ao modelo da

²¹⁷ De “superioridade espiritual” na incitação de um paranoico fala STRATENWERTH, G. **Derecho penal, Parte General I: el hecho punible**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, § 12/17, p. 375. Maurach distingue a autoria mediata da instigação porque na primeira existe o abuso de uma pessoa por outra (MAURACH, R. **Tratado de Derecho Penal**. Barcelona: Ariel, 1962, t. II, § 48 I B, p. 317). Jescheck/Weigend falam em “preponderância” do autor mediato e “inferioridade” do instrumento (JESCHECK, H.-H.; WEIGEND, T. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Granada: Comares, 2002, § 61 V 3, p. 702, e § 62 I 3, p. 716, respectivamente).

²¹⁸ Naturalmente, aqueles que negam que a embriaguez voluntária elimina a imputabilidade igualmente se opõem à comparação com a autoria mediata. É o caso de BALBINO, E. D. V. **Culpabilidade e actio libera in causa no Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014, p. 130. Alcácer Guirao, citando Carolina Bolea Bardon, afirma que a autoria mediata com instrumento inimputável só existe quando o homem-de-trás cria a inimputabilidade do instrumento (ALCÁCER GUIRAO, R. **Actio libera in causa dolosa e imprudente: la estructura temporal de la responsabilidad penal**. Barcelona: Atelier, 2005, p. 118). No entanto, essa restrição só faz sentido se excluir as hipóteses em que o instrumento consente com sua perda de imputabilidade – exatamente como ocorre na ALIC; esse detalhe não é abordado por Alcácer.

²¹⁹ Cf. nota 214, parte final.

tipicidade (ou à sua aplicação à ALIC-inimputabilidade) é que ele adiantaria indevidamente o início da execução, ao situá-lo já na ação de se tornar inimputável.²²⁰ Ao tratar como típica a ação de produção do estado defeituoso, o modelo da tipicidade implicaria, em princípio, a punibilidade por tentativa do sujeito que se pusesse nesse estado, ainda que não praticasse os ulteriores atos necessários à consumação do crime.²²¹

Uma vez que a ideia de que a ação de beber (para o caso de ALIC-inimputabilidade) já é uma tentativa punível é, à primeira vista, bastante desconcertante,²²² não faltaram iniciativas para retardar a fixação do ponto inicial da punibilidade na ALIC.

5.1.3 As soluções “global” e “individual” da tentativa na autoria mediata

Uma forma possível para evitar o adiantamento da punibilidade proporcionado (em princípio) pelo modelo da tipicidade é a adoção da “solução global” para a tentativa na autoria mediata. Segundo ela, a conduta do homem de trás só se torna punível quando o instrumento inicia a execução material do fato. Tratando-se de instrumento que age tipicamente, ela importa em fazer coincidir o início da execução para o autor mediato com o início dos atos executivos do instrumento – daí a denominação *solução global*, oposta às *soluções individuais*,²²³ segundo as quais a tentativa do autor mediato ocorre antes que o executor entre

²²⁰ Demetrio Crespo considera essa a “crítica de maior peso” ao modelo da tipicidade (DEMETRIO CRESPO, E. **La tentativa en la autoría mediata y en la *actio libera in causa***: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa. Granada: Comares, 2003, p. 137).

²²¹ Em Alcácer Guirao, esse adiantamento é tão ínsito ao modelo da tipicidade que as propostas de obviá-lo vão transferidas para outros modelos: assim, as formulações de Herzberg e de Joshi Jubert são incluídas por Alcácer no modelo da extensão (ALCÁCER GUIRAO, R. **Actio libera in causa dolosa e imprudente**: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 53 e 66, nota 213).

²²² Demonstra-o o fato de que Bruno, ao mesmo tempo que fundamenta a ALIC pelo paralelo com a autoria mediata, rejeita a afirmação de que a ação de embriagar-se já constitui ato executivo do crime (BRUNO, A. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. II, p. 54).

²²³ A expressão vai no plural para alcançar todas as soluções que situem o início da tentativa para o autor mediato em instante anterior ao da prática de atos executivos pelo instrumento. Utilizam-na nesse sentido Herzberg e seu tradutor Luís Greco (HERZBERG, R. D. A tentativa na autoria mediata. In GRECO, L.; LOBATO, D. (org.). **Temas de Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008, p. 355, e 347, nota 10). Demetrio reserva a locução *solução individual* para a sua forma mais adiantada, denominada por Dias de *solução puramente individual* (cf. nota 226 infra), chamando as demais soluções individuais de *soluções intermediárias* (DEMETRIO CRESPO, E. **La tentativa en la autoría mediata y en la *actio libera in causa***: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa. Granada: Comares, 2003, p. 111). Ainda sobre a terminologia, v. tb. a nota 228 infra. Entre os extremos determinados pela solução puramente individual e pela solução global, “se defienden prácticamente todas las posturas imaginables” (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria. In: LUZÓN PEÑA, D.-M. (org.). **Enciclopedia penal básica**. Granada: Comares, 2002, p. 173); em termos praticamente idênticos: “en la ciencia se han adoptado todas las posiciones imaginables entre la solución individual y la solución global” (MAURACH, R.; GÖSSEL, K. H.; ZIPF, H. **Derecho Penal**: Parte general, t. II. Buenos Aires: Astrea, 1995, § 48/103, p. 358).

em ação.²²⁴ Aceita a solução global e transportada ela para a ALIC, o modelo da tipicidade, embora ponha ênfase na ação realizada pelo sujeito ainda sóbrio (ou fora do estado defeituoso) no instante t_1 , não adiantaria a punibilidade como denunciado por seus críticos, pois o fato só se tornaria punível quando o sujeito, já no estado defeituoso, desse início à execução material do crime.²²⁵

O problema é que a solução global para a autoria mediata faz a existência da tentativa depender de um acontecimento posterior à totalidade do comportamento do autor mediato e põe em dúvida a própria essência dessa forma de autoria, que é a execução de um fato próprio utilizando-se um terceiro como instrumento. Ainda que não se aceite uma solução *puramente* individual, segundo a qual a tentativa, para o autor mediato, tem início já com o exercício da influência dele sobre o instrumento,²²⁶ a solução global permite que a tentativa tenha início, para o autor mediato, enquanto ele dorme ou se encontra muito distante do local de atuação do instrumento.²²⁷ No caso da ALIC-inimputabilidade por embriaguez, caso se queira explicar a punibilidade do acontecimento total enfatizando o fragmento ocorrido no instante t_1 , como pretende o modelo da tipicidade, dificilmente se poderia postergar o início da tentativa para depois da ação de embriagar-se, pois é nesse momento em que o sujeito perde o controle sobre si mesmo e se torna incapaz de guiar-se pelas exigências do Direito.²²⁸

²²⁴ Sobre o tema, v. HERZBERG, R. D. A tentativa na autoria mediata. In GRECO, L.; LOBATO, D. (org.). **Temas de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008, p. 347, ALCÁCER GUIRAO, R. **Tentativa y formas de autoría: sobre el comienzo de la realización típica**. Madrid: Edisofer, 2001, p. 138, DEMETRIO CRESPO, E. **La tentativa en la autoría mediata y en la *actio libera in causa*: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa**. Granada: Comares, 2003, p. 111; FARRÉ TREPAT, E. Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la *autoría mediata* y en la *actio libera in causa*. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 13, 1988-1989, p. 66; DIAS, J. de F. **Direito Penal: Parte Geral**, t. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 31º capítulo, § 82 e ss., p. 818; STRATENWERTH, G. **Derecho penal, Parte General I: el hecho punible**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, § 29/1, p. 637. Defendendo a solução global, tanto para a autoria mediata como para a ALIC, MAURACH, R.; GÖSSEL, K. H.; ZIPF, H. **Derecho Penal: Parte general**, t. II. Buenos Aires: Astrea, 1995, § 48/112, p. 361, e § 40/111, p. 45, respectivamente (embora rejeitem o paralelo entre autoria mediata e ALIC: op. cit., § 40/110, p. 44).

²²⁵ Machado, de forma excessivamente simplificadora, transporta o problema do início da execução no modelo da tipicidade para a oposição entre teorias subjetivas e teorias objetivas da tentativa (MACHADO, F. G. de P. **Culpabilidade no Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 229).

²²⁶ Cf. a terminologia de DIAS, J. de F. **Direito Penal: Parte Geral**, t. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 31º capítulo, § 83, p. 818.

²²⁷ ROXIN, C. Observaciones sobre la “*actio libera in causa*”. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, 1988, p. 30, citado por DEMETRIO CRESPO, E. **La tentativa en la autoría mediata y en la *actio libera in causa*: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa**. Granada: Comares, 2003, p. 117.

²²⁸ Essa solução da perda do controle é chamada por Dias de “solução individual modificada” e creditada a Roxin (DIAS, J. de F. **Direito Penal: Parte Geral**, t. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 31º capítulo, § 83, p. 819). Alcácer Guirao a considera uma “variante da solução individual” (ALCÁCER GUIRAO, R. **Actio libera in causa dolosa e imprudente: la estructura temporal de la responsabilidad penal**. Barcelona: Atelier, 2005, p. 117). Sobre ela, amplamente, ALCÁCER GUIRAO, R. **Tentativa y formas de autoría: sobre el comienzo de la realización típica**. Madrid: Edisofer, 2001, p. 163; HERZBERG, R. D. A tentativa na autoria mediata. In GRECO, L.; LOBATO, D. (org.). **Temas de Direito**

Qualquer outra solução para a ALIC põe o início da punibilidade em um instante em que o sujeito já não reúne as condições exigidas pela lei para responder pelos próprios atos.

5.1.4 Outras formas de evitar o adiantamento da punibilidade

Chamon Junior propõe uma solução que igualmente impede que o sujeito seja punido por tentativa já no momento em que ele se põe no estado defeituoso – embora ele certamente não considere classificar sua proposta como um modelo de ALIC e muito menos fale em modelo da tipicidade. Segundo o autor, que endossa as críticas de Zaffaroni expostas no item 2.3, na embriaguez preordenada a conduta de embriagar-se não é ato executivo. No entanto, o sujeito que se embriaga assumindo o risco de praticar um fato definido como crime agiria com dolo eventual. Como a tentativa animada por dolo eventual não seria punível, e sequer seria possível distinguir preparação e tentativa, a punibilidade dependeria da consumação do fato. Assim, o fato só se tornaria punível com a conjugação dos acontecimentos dos instantes t_1 e t_2 : autocolocação no estado defeituoso com dolo eventual em relação ao resultado criminoso (t_1) e produção do resultado no estado defeituoso (t_2).²²⁹

No fundo, a proposta de Chamon Junior para o dolo eventual se aproxima bastante da solução adotada pela doutrina – inclusive pelos autodeclarados críticos da ALIC – para os crimes culposos. Nestes, não existe o problema do adiantamento da punibilidade, porque eles só se punem caso se realize por completo o fato típico, o que geralmente exige a superveniência de um resultado,²³⁰ razão pela qual geralmente não se distingue entre atos preparatórios e executivos no âmbito dos crimes culposos.²³¹ Na construção de Chamon Junior, o mesmo tanto sucederia com os crimes animados pelo dolo eventual. O primeiro problema da proposta é que, como admitem prontamente os próprios adversários da punição

Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008, p. 358.

²²⁹ CHAMON JUNIOR, L. A. **Responsabilidade penal e embriaguez**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 243.

²³⁰ Não é caso de detalhar a discussão sobre a existência de crimes culposos sem resultado, caso particular da antiga discussão, hoje praticamente superada, sobre a existência de crimes sem resultado. Os crimes culposos sem resultado são admitidos por NORONHA, E. M. Do crime culposo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 59; MAYRINK DA COSTA, A. **Direito Penal**, v. 2. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1361; e tacitamente por TAVARES, J. **Teoria do crime culposo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 323. Bons exemplos parecem ser os crimes culposos omissivos próprios da legislação extravagante, como os dos arts. 63, § 2º, e 66, § 2º, do CDC; dos arts. 228, parágrafo único, e 229, parágrafo único, do ECA; do art. 68, parágrafo único, da Lei nº. 9.605/98 (referidos por TAVARES, J. **Teoria dos crimes omissivos**. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 420, que acrescenta alguns outros exemplos inválidos, por se tratar de crimes claramente dolosos, à falta de indicação legal da suficiência da simples culpa – cf. o parágrafo único do art. 18 do CP); do art. 7º, parágrafo único, da Lei nº. 8.137/90. Sobre o tema, mui brevemente, COSTA JUNIOR, H. **Teoria dos delitos culposos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988, p. 67.

²³¹ V., contudo, as observações de ALCÁCER GUIRAO, R. **Actio libera in causa dolosa e imprudente**: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 155.

da tentativa com dolo eventual,²³² a alegada incompatibilidade entre esses dois institutos não é reconhecida pela doutrina dominante. Além disso, esses mesmos críticos não costumam impugnar a possibilidade de distinção entre atos preparatórios e atos executivos nos crimes praticados com dolo eventual, mas apenas defendem que, enquanto não sobrevier o resultado, não há crime. Assim, uma vez aceita a compatibilidade da tentativa com o dolo eventual,²³³ bem como a possibilidade de distinção entre atos preparatórios e atos executivos também nos crimes animados por ele, a construção de Chamon Junior perde sua sustentação.²³⁴

No item anterior, pontuamos que, caso se queira explicar a punibilidade dos fatos com estrutura de ALIC enfatizando o fragmento ocorrido no instante t_1 , como propõe o modelo da tipicidade, dificilmente se poderia postergar o início da tentativa para depois da ação de embriagar-se. Joshi Jubert e Herzberg pretendem exatamente isso, concebendo o início da execução material do fato pelo sujeito já em estado defeituoso (isto é, no instante t_2) como um “resultado da tentativa”. Segundo esses autores, a tentativa, tanto quanto o crime consumado, teria um resultado, sem o qual não seria punível. O que Joshi Jubert não explica satisfatoriamente é porque o resultado teria de ser o início da execução material pelo sujeito em estado defeituoso, e não a simples criação do próprio defeito.²³⁵

A concepção de Herzberg, por sua vez, insere-se num esforço inaugurado por Roxin e Schmidhäuser para adiar a punibilidade em certas hipóteses de tentativa acabada, entre as quais se incluiria a autoria mediata.²³⁶ Postula, como dito, a necessidade de um “resultado de tentativa” para a punição desta, resultado que, nas hipóteses de autoria mediata e ALIC, seria o início da ação do instrumento “segundo a representação do autor”. A proposta de Herzberg

²³² TAMARIT SUMILLA, J. M. La tentativa con dolo eventual. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, 1992, p. 515. De “doutrinas tradicionais” fala FARIA COSTA, J. **Tentativa e dolo eventual**: ou da relevância da negação em Direito Penal. Reimp. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 74.

²³³ Para uma proposta diferenciadora, BUSATO, P. C. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 671.

²³⁴ Da forma como exposta pelo autor, a formulação ostenta um problema adicional. Para ele, o dolo eventual não é um *minus* em relação ao dolo direto, mas um *aliud* (CHAMON JUNIOR, L. A. **Responsabilidade penal e embriaguez**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 243). Por essa razão, os atos praticados sob embriaguez preordenada não poderiam ser punidos a título de dolo eventual, pois ali estaria presente o dolo direto; tampouco seriam puníveis a título de dolo direto, em razão da adoção, pelo autor, das críticas de Zaffaroni expostas no item 2.3 e subscritas por esse autor. Assim, o sujeito que se embriagasse meramente assumindo o risco de praticar um ato definido como crime seria punível se esse crime sobreviesse, mas o agente que se embriagasse com o propósito de cometer um fato definido como crime permaneceria impune.

²³⁵ JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal**: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992, p. 282, 380. Críticos da posição de Joshi Jubert, Demetrio Crespo, E. **La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa**: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa. Granada: Comares, 2003, p. 140; ALCÁCER GUIRAO, R. **Actio libera in causa dolosa e imprudente**: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 70.

²³⁶ HERZBERG, R. D. A tentativa na autoria mediata. In GRECO, L.; LOBATO, D. (org.). **Temas de Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008, p. 345; ALCÁCER GUIRAO, R. **Tentativa y formas de autoría**: sobre el comienzo de la realización típica. Madrid: Edisofer, 2001, p. 115.

se prende fortemente ao texto do § 22 do Código Penal alemão, que define a tentativa com expresso recurso à “representação do fato” pelo autor.²³⁷

Mauro Leone²³⁸ e Farré Trepát²³⁹ seguem um caminho semelhante, postulando que o início da execução material do fato pelo sujeito em estado defeituoso seja considerado condição objetiva de punibilidade. Assim, embora o ato de embriagar-se fosse já o início da execução do crime, este se tornaria punível apenas no instante em que o sujeito, já ébrio, iniciasse a execução material do fato.²⁴⁰

Por fim, Demetrio Crespo, embora discorde dos fundamentos propostos por Joshi e Farré Trepát, acompanha-as na exigência de que, na ALIC-inimputabilidade por embriaguez, o sujeito faça algo além de simplesmente embriagar-se, pois esta conduta não cria ainda um perigo ao bem jurídico e depende de atos subsequentes. Enfatiza a distinção entre um instrumento humano e um desdobramento puramente mecânico da ação.²⁴¹ No entanto, uma vez realizados esses atos adicionais à embriaguez, o autor estima que a tentativa retroage à ação de embriagar-se. Com isso, a constatação de que uma ação é ou não uma tentativa fica a depender de fatos posteriores a ela, em tudo se assemelhando à condição objetiva de punibilidade sugerida por Farré Trepát e criticada por esse autor.²⁴²

²³⁷ Para Luís Greco, o § 22 do StGB é de tradução “especialmente difícil”. Esse autor propõe a seguinte versão: “tenta um delito aquele que, segundo a sua representação do fato, dá início imediato à realização do tipo” (nota do tradutor em HERZBERG, R. D. A tentativa na autoria mediata. In GRECO, L.; LOBATO, D. (org.). **Temas de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008, p. 348). Almeida sugere “tenta uma infração pena quem, de acordo com a sua representação do ato, prepara imediatamente a realização do fato típico”, com o que o verbo nuclear da definição da tentativa é preparar – uma escolha no mínimo intrigante (ALMEIDA, L. de. **Código Penal alemão: direito comparado**. São Paulo: Bushatsky/EDUSP, 1974, p. 260). Decomain traduz a preposição “nach”, que no § 22 significa “segundo” ou “de acordo”, como “depois”, oferecendo uma versão que deturpa completamente o critério objetivo-individual adotado pelo StGB: “tenta uma conduta penal aquele que, depois da idealização da conduta, inicia imediatamente a realização do tipo penal” (DECOMAIN, P. R. **Código Penal alemão: tradução, comparação e notas**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014, p. 168).

²³⁸ *Apud* JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto**. Barcelona: Bosch, 1992, p. 368.

²³⁹ FARRÉ TREPAT, E. Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la *actio libera in causa*. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 13, 1988-1989, p. 81.

²⁴⁰ Crítico da posição de Farré Trepát, DEMETRIO CRESPO, E. **La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa**. Granada: Comares, 2003, p. 115; ALCÁCER GUIRAO, R. **Tentativa y formas de autoría: sobre el comienzo de la realización típica**. Madrid: Edisofer, 2001, p. 144.

²⁴¹ DEMETRIO CRESPO, E. **La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa**. Granada: Comares, 2003, p. 141.

²⁴² Alcácer Guirao destaca a contradição em que incorre Demetrio Crespo, na medida que este aceita a solução individual para o início da tentativa na autoria mediata, admite o paralelismo entre essa forma de autoria e a ALIC, mas postula algo próximo à solução global para a tentativa nesta última (ALCÁCER GUIRAO, R. **Actio libera in causa dolosa e imprudente: la estructura temporal de la responsabilidad penal**. Barcelona: Atelier, 2005, p. 36, nota 71).

5.1.5 O modelo da tipicidade e a desnecessidade da *actio libera in causa*

Na apresentação do modelo da tipicidade feita no item 5.1, indicamos como uma das qualidades da teoria da tipicidade o fato de que ela se explica pelas normas gerais de imputação, sem necessidade de regras *ad hoc* ou fraturas. Estranhamente, essa qualidade foi invocada pelos críticos do modelo como um de seus defeitos. É o caso de Díaz Pita:²⁴³

[...] si pretendemos que el concepto de injusto típico abarca cualquier situación en la que el bien jurídico se ve amenazado, entonces ¿para qué una figura que, en principio, parece apuntar a una forma de “imputación extraordinaria”, que de alguna manera, desconoce la “imputación normal” regida por las reglas generales de la parte general?

A crítica tem dois aspectos. Por um lado, ela parece sugerir que um problema (no caso, a punibilidade de fatos ocorridos em um estado defeituoso provocado pelo agente, como a inimputabilidade), uma vez resolvido pela aplicação de critérios previamente existentes – isto é, sem a proposição de novas ferramentas ou métodos – era um falso problema, ou um problema inexistente.²⁴⁴ Esse uso estreitíssimo para a palavra *problema*, contudo, simplesmente não corresponde ao usual. O famoso problema de Apolônio²⁴⁵ pôde ser resolvido por vários geômetras sem a necessidade de conceitos novos, e nem por isso deixava de ser um *problema* – e formidável, diga-se de passagem. Transformar a ALIC em um grupo de casos explicável pelas regras gerais, caso seja possível, não retira a utilidade nem a relativa autonomia da figura.

Por outro, a crítica parece comprometida com alguns pontos de partida dos defensores do modelo da exceção, quais sejam, o apego ao significado literal da expressão *actio libera in causa*, à sua origem histórica e à valorização dos fatos ocorridos quando o agente já se encontra no estado defeituoso (ou seja, no instante t_2). Quando se considera a ALIC uma forma anômala de punição, que pune o fato ocorrido no estado defeituoso apesar daquele defeito, ou uma descrição desse mesmo fato, o modelo da tipicidade parece ser a negação da própria ALIC. No entanto, como já esclarecido no item 4, a expressão ALIC não

²⁴³ DÍAZ PITA, M. del M. *Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 26.

²⁴⁴ A julgar pelo resumo fornecido por Díaz Pita, esse é o caso de Hartung, que procura demonstrar a desnecessidade da ALIC valendo-se de uma construção em tudo análoga ao modelo da tipicidade (cf. DÍAZ PITA, M. del M. *Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 160).

²⁴⁵ Dadas três circunferências, construir uma quarta, tangente a cada uma das primeiras. O problema foi proposto e resolvido pelo grande geômetra Apolônio de Perga, mas sua solução perdeu-se, obrigando os matemáticos que o sucederam a tentar resolvê-lo novamente ou mesmo reconstituir a solução original. Em princípio, há oito soluções para cada caso, e o desafio pode ser estendido substituindo-se uma ou algumas das três circunferências iniciais por retas ou pontos. V., entre várias outras fontes, HEATH, Sir T. L. *A history of Greek mathematics*, v. II. New York: Dover, 1981, p. 181.

precisa ser reservada aos modelos que enfatizam os fatos ocorridos no instante t_2 , ou mesmo para descrever esses próprios fatos, podendo perfeitamente compreender-se como uma estrutura bipartida, ou como qualquer modelo que busque explicar os crimes com aquela estrutura em duas partes.

De uma forma ou de outra, o modelo da tipicidade conta com certa aceitação em determinados grupos de casos, como a ALIC culposa e a *omissio libera in causa*, mas ao preço de não ser identificado com a ALIC, por não se concentrar no acontecimento sucedido no estado defeituoso nem exigir a aplicação de regras *ad hoc*.

Em relação aos crimes culposos, uma vez que neles se adota majoritariamente um conceito extensivo-causal de autoria,²⁴⁶ e que a exigência de um resultado²⁴⁷ elide o perigo da antecipação da punibilidade denunciado no item 5.1.2, a afirmação de que a ação praticada no instante t_1 já é típica não parece criar maiores atritos:²⁴⁸ o sujeito que assumirá em poucas horas a função de operador de máquinas pesadas deve abster-se de ingerir bebida alcoólica, pois ela afetará sua perícia e favorecerá a ocorrência de acidentes, razão pela qual o consumo prévio do álcool constitui violação do dever de cuidado/criação de um risco não permitido e fundamenta a punibilidade do desastre que porventura ocorra.

Assim, nos crimes culposos, a controvérsia geralmente se resumiria a definir se tal solução é uma prova da superfluidade da ALIC quanto a eles²⁴⁹ ou uma aplicação do modelo da tipicidade.²⁵⁰

Quanto à *omissio libera in causa* (na qual o sujeito, no instante t_1 , subtrai de si mesmo a capacidade de praticar a ação salvadora que se tornaria necessária no instante t_2), alguns autores objetam que a ação de tornar-se incapaz de cumprir o dever de salvamento imposto pelos tipos omissivos (próprios ou impróprios) já é uma conduta adequada àqueles tipos. Zaffaroni postula que o sujeito onerado com um dever de garantidor que se priva, de forma evitável, da capacidade de cumprir aquele dever, comete uma tentativa de crime omissivo já ao praticar a ação voltada à perda da referida capacidade.²⁵¹ Assim, o guarda-

²⁴⁶ V., p. ex., JESCHECK, H.-H.; WEIGEND, T. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Granada: Comares, 2002, § 54 IV, p. 617; STRATENWERTH, G. **Derecho penal, Parte General I: el hecho punible**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, § 16/78, p. 528.

²⁴⁷ Nos crimes culposos que dependem de um resultado (v. nota 230).

²⁴⁸ V., todavia, a nota 231.

²⁴⁹ COUSIÑO MAC IVER, L. **Derecho Penal chileno**, t. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1975, p. 533, entre outros. Como observa Demetrio Crespo, essa proclamação parte tanto de defensores como de críticos da ALIC (DEMETRIO CRESPO, E. **La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa**. Granada: Comares, 2003, p. 134)

²⁵⁰ Contra a afirmação da desnecessidade da ALIC no crime culposo, FRISTER, H. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, cap. 18/24, p. 377, nota 43.

²⁵¹ ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**, t. III. Buenos Aires: Ediar, 1981, n.º. 378, p.

barreira que se embriaga com o propósito de se tornar incapaz de mover as alavancas que controlam os trilhos de uma ferrovia, pratica uma tentativa de desastre ferroviário já no instante em que se embriaga. Como já visto, Zaffaroni sustenta que essa solução decorre da dogmática dos crimes omissivos e não da ALIC.

5.1.6 O modelo da tipicidade e a desistência

Com o adiantamento da punibilidade geralmente promovido no modelo da tipicidade (item 5.1.2), surge o problema da desistência voluntária (em sentido amplo, compreensivo do arrependimento eficaz) nos crimes com estrutura de ALIC-imputabilidade por embriaguez.²⁵² Existem basicamente duas posturas possíveis: postular que não é possível a desistência após o ingresso do agente no estágio de embriaguez completa, pois sua imputabilidade o impediria de desistir de forma válida do crime – situação em que a desistência do agente bêbado seria considerada mera frustração da tentativa do agente sóbrio;²⁵³ ou afirmar que a imputabilidade não é requisito da validade da desistência, de modo que, se o agente, já embriagado, abraça seu adversário em lugar de matá-lo, ter-se-á a desistência.²⁵⁴

A primeira postura por vezes é utilizada como argumento contra o modelo da tipicidade. No entanto, falta provar não apenas que a imputabilidade é pressuposto da validade da desistência, mas também que a suposta impossibilidade de desistência em uma determinada estrutura delitiva demonstra alguma coisa. Nesse ponto, parece mais convincente a afirmação de que a imputabilidade é elemento ou pressuposto da culpabilidade, mas não da voluntariedade exigida pelo art. 15 do Código Penal.

5.1.7 O modelo da tipicidade e o duplo ou triplo dolo

Como já acentuado, a imputação a título de dolo, no modelo da tipicidade, exige que esse elemento subjetivo (seja direto ou eventual) esteja presente no instante t_1 , no qual o sujeito se põe no estado defeituoso. Essa exigência implica, por sua vez, que a embriaguez

442.

²⁵² DEMETRIO CRESPO, D. *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa*: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa. Granada: Comares, 2003, p. 141.

²⁵³ HRUSCHKA, J. «Actio libera in causa» y autoría mediata. In: _____. **Imputación y Derecho penal**: estudios sobre la teoría de la imputación. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 167.

²⁵⁴ ROXIN, C. Observaciones sobre la “actio libera in causa”. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, 1988, p. 33.

seja voluntária (e geralmente preordenada), pois uma imputação fundada no fato de que o sujeito embriagou-se querendo cometer o crime neste estado ou assumindo o risco de o fazer,²⁵⁵ só tem sentido se o sujeito incorporar ao seu plano a ação de embriagar-se deliberadamente ou assumindo o risco de que isso ocorra. Se a embriaguez for meramente culposa, ter-se-á um desvio essencial no curso causal anterior ao início da execução: o sujeito planejava embriagar-se para matar o desafeto, mas antes mesmo de pôr esse plano em prática, embriaga-se culposamente assistindo a uma partida de futebol no bar e termina por realizar o plano inicialmente concebido.

Essa exigência de que a embriaguez, na ALIC dolosa, seja ela mesma voluntária ou preordenada, leva a doutrina a falar em *duplo dolo*: dolo quanto ao fato definido como crime, e dolo também quanto à embriaguez.²⁵⁶ Em português, em que dolo é um termo estritamente jurídico e, no Direito Penal, se refere ao estado subjetivo relativo à realização do tipo objetivo do crime, sua utilização para descrever o elemento anímico exigido quanto à embriaguez não é muito exata; de toda forma, são esses os termos em que a questão usualmente é posta.

Além disso, há quem exija, para a imputação a título doloso segundo o modelo da tipicidade, que o agente seja animado por dolo também durante o estado defeituoso; fala-se então em triplo dolo. Contudo, essa exigência do triplo dolo não é inerente ao modelo da tipicidade, e talvez se possa mesmo dizer equivocada segundo as premissas dele.²⁵⁷ O que se deve exigir é apenas que o acontecimento no instante t_2 seja a realização do plano posto em prática no instante t_1 .²⁵⁸ Não é difícil conceber exemplos de ALIC-ausência de ação e *omissio libera in causa* dolosos, em que o sujeito não tinha e nem poderia ter dolo no instante t_2 : valha o exemplo tantas vezes repetido da mãe que dorme junto ao filho e o sufoca, ou do guarda-barreira que se embriaga até entrar em estado letárgico e por isso não opera os trilhos de forma adequada, causando um desastre ferroviário. Assim, caso o plano concebido no instante t_1 não exija o dolo no instante t_2 , não existe por que incluir esse requisito na aplicação da ALIC segundo o modelo da tipicidade.

²⁵⁵ A terminologia, naturalmente, é do art. 18, I, do CP. Veja-se, todavia, a nota 28.

²⁵⁶ JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal**: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992, p. 385.

²⁵⁷ Para um rol de defensores da exigência do “triplo dolo” e uma refutação convincente sob a ótica do modelo da tipicidade, FRISTER, H. **Derecho Penal**: Parte General. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, cap. 18/25, p. 378.

²⁵⁸ Para essa visão do dolo como a realização de um plano, v. ROXIN, C. **Desviación del curso causal y “dolus generalis”**. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 33.

5.2 O MODELO DA EXCEÇÃO

Se o modelo da tipicidade procura justificar a punição do fato praticado pelo ébrio (e também de outras situações de criação de um “estado defeituoso”) pelo manejo das regras usuais de imputação, o modelo da exceção postula abertamente a aplicação de regras especiais, *ad hoc*, para possibilitar aquela punição. Seu principal desenvolvedor é Hruschka.²⁵⁹

Esse autor tem um modelo bastante particular de teoria do crime, baseado na ideia de imputação, tal como proposta e desenvolvida por antigos autores como Pufendorf (1632-1694), Wolff (1679-1754), Daries (1714-1791) e Kant (1724-1804). Embora fosse possível extrair apenas as considerações de Hruschka sobre a ALIC e adaptá-las para a construção e terminologia usuais, o forte apego do autor à tradição e a compreensão de que a ALIC não passa de um aspecto de um fenômeno mais amplo – a imputação extraordinária – recomendam que se considere, tanto quanto possível, a formulação original de Hruschka.

A constatação de que um fato é criminoso e punível passa, em Hruschka, por dois juízos de imputação entremeados pela comparação do fato às regras de comportamento.²⁶⁰ No primeiro nível de imputação, verifica-se se o fato pode ser considerado uma expressão da vontade do sujeito; nele se apura, essencialmente, o que a doutrina costuma analisar sob as rubricas da ação e da tipicidade subjetiva. Assim, a coação física irresistível e o erro de tipo,²⁶¹ por exemplo, impedem ordinariamente a imputação nesse primeiro nível.

Verificada a imputação de primeiro nível, valora-se o fato de acordo com as regras de comportamento, isto é, avalia-se se o fato é conforme ou contrário às normas jurídicas. Trata-se do juízo de ilicitude do fato. Aqui entram em consideração as causas de justificação.

Por fim, caso o fato seja imputável em primeiro nível e contrário às regras de comportamento, é preciso avaliar se ele é imputável também em segundo nível, ou seja, se pode ser imputado à culpabilidade do agente. Avalia-se então a imputabilidade, a consciência da ilicitude, a inexistência de estado de necessidade exculpante.

À primeira vista, o sistema de Hruschka difere do modelo usual apenas na terminologia, pois a imputação de primeiro nível corresponde aproximadamente à exigência

²⁵⁹ Cf. ALCÁCER GUIRAO, R. *Actio libera in causa dolosa e imprudente*: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 42; DÍAZ PITA, M. del M. *Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 66.

²⁶⁰ HRUSCHKA, J. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. In: _____. *Imputación y Derecho penal*: estudios sobre la teoría de la imputación. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 27-39.

²⁶¹ E também, no sistema de Hruschka, o erro de tipo permissivo (HRUSCHKA, J. Imputation. In: ESER, A.; FLETCHER, G. P. (org.). *Rechtfertigung und Entschuldigung*: rechtsvergleichende Perspektiven. Freiburg im Breisgau, 1987, p. 161, nota 72).

de uma ação adequada ao tipo; a valoração do fato segundo as regras de comportamento, ao juízo de ilicitude; e a imputação de segundo nível, à culpabilidade. Tal como no sistema adotado pela maioria dos autores, cada etapa pressupõe e implica a anterior: a culpabilidade pressupõe ilicitude penalmente relevante, a qual por sua vez pressupõe a adequação típica; da mesma forma, dizer-se que o fato é contrário às regras de comportamento só é possível após o resultado positivo do primeiro juízo de imputação, e o segundo juízo de imputação, por sua vez, pressupõe e implica a contrariedade do fato às regras de comportamento. No entanto, essa terminologia pouco usual, baseada na ideia de imputação, abre caminho para o esquema de imputação extraordinária, que Hruschka afirma haver tomado de Pufendorf.²⁶² Segundo Hruschka, em ambos os níveis de imputação existem as modalidades ordinária e extraordinária. As causas impeditivas de imputação, como é o caso da coação física irresistível e do erro de tipo, para o primeiro nível, e da coação moral irresistível e do erro de proibição, para o segundo,²⁶³ impedem apenas a imputação ordinária do fato ao agente. No entanto, o fato pode ser imputado extraordinariamente caso se constate que aquela causa impeditiva foi provocada pelo próprio sujeito. Assim, a capacidade de agir é um requisito da omissão penalmente relevante, e a ausência daquela impede, ordinariamente, a imputação em primeiro nível; contudo, se o próprio sujeito é responsável pela falta de sua capacidade de agir, a omissão pode ser-lhe imputada extraordinariamente. O mesmo tanto sucede com a imputação em segundo nível: a capacidade de culpabilidade é requisito da imputação ordinária de segundo nível, mas se o próprio sujeito é responsável pela perda daquela capacidade, então o fato pode-lhe ser imputado extraordinariamente em segundo nível.

Segundo Hruschka, o esquema de imputação extraordinária aparece, por exemplo, na exigência legal de que o estado de necessidade, para eximir de pena, não tenha sido provocado pelo sujeito.²⁶⁴ Na ALIC, o estado defeituoso do instante t_2 impede a imputação

²⁶² A terminologia, contudo, é de Hruschka (HRUSCHKA, J. Imputation. In: ESER, A.; FLETCHER, G. P. (org.). **Rechtfertigung und Entschuldigung**: rechtsvergleichende Perspektiven. Freiburg im Breisgau, 1987, p. 149). Sobre ela, v. SÁNCHEZ-OSTIZ, P. **Imputación y teoría del delito**: la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo. Buenos Aires-Montevideo: B de F, 2008, p. 533, nota 86.

²⁶³ HRUSCHKA, J. «Actio libera in causa» y autoría mediata. In: _____. **Imputación y Derecho penal**: estudios sobre la teoría de la imputación. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 157. Observe-se a bela simetria existente entre os dois níveis de imputação, destacada por Hruschka (HRUSCHKA, J. Imputation. In: ESER, A.; FLETCHER, G. P. (org.). **Rechtfertigung und Entschuldigung**: rechtsvergleichende Perspektiven. Freiburg im Breisgau, 1987, p. 162; _____. La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf: sobre la historia y el significado de la diferencia entre *actio libera in se* y *actio libera in causa*. In: _____. **Imputación y Derecho penal**: estudios sobre la teoría de la imputación. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 77; _____. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. In: _____. **Imputación y Derecho penal**: estudios sobre la teoría de la imputación. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 34). Sobre ela se dirá mais adelante.

²⁶⁴ HRUSCHKA, J. La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf: sobre la historia y el significado de la diferencia entre *actio libera in se* y *actio libera in causa*. In: _____. **Imputación y Derecho penal**: estudios

ordinária, mas não a extraordinária, uma vez constatado que ele é produto de uma ação (ou omissão) ocorrida no momento t_1 . O próprio crime culposos, sob certas circunstâncias, e o erro de proibição inescusável²⁶⁵ também seriam casos de imputação extraordinária.

Três aspectos do modelo merecem atenção. Em primeiro lugar, a imputação extraordinária não é de qualidade inferior à ordinária, mas meramente subsidiária a ela: “só se pode considerar a imputação extraordinária após excluir-se possibilidade de imputação ordinária”.²⁶⁶ A relação entre as duas formas de imputação é lógica,²⁶⁷ não qualitativa.

Além disso, a imputação não deixa de ser extraordinária por contar com previsão legal,²⁶⁸ como demonstram os exemplos do próprio Hruschka.²⁶⁹

Por fim, a imputação extraordinária do fato ao agente (em qualquer dos dois níveis) é diferente de se imputar a circunstância impeditiva da imputação ordinária. Hruschka proporciona o seguinte exemplo: o salva-vidas consome álcool em demasia e se torna incapaz de salvar um banhista adulto. No entanto, no instante em que um adulto se afoga, há também uma criança em perigo de morte, a qual, pelo seu menor tamanho e peso, o salva-vidas ainda consegue carregar. Para Hruschka, não é possível considerar que o salva-vidas se omitiu ilegalmente de salvar o adulto, pois, no momento em que surge o dever de agir para salvar o adulto, existe o dever de salvar a criança cujo cumprimento justifica a omissão de salvamento do banhista adulto. Isso só é possível, segundo Hruschka, porque o fato que se imputa extraordinariamente é a omissão de socorro no instante t_2 , e não a ação de tornar impossível a imputação ordinária daquela omissão (isto é, a ação de embriagar-se), ação esta praticada num instante em que a causa de justificação em questão ainda não existia.²⁷⁰

A transposição dessas ideias para a ALIC, especialmente na forma “imputabilidade por embriaguez”, é imediata. Para que um injusto seja imputado ordinariamente (em segundo nível) ao agente, é preciso que este seja imputável. No entanto, se a inimputabilidade decorre

sobre la teoría de la imputación. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 76; _____. «Actio libera in causa» y autoría mediata. In: _____. **Imputación y Derecho penal**: estudios sobre la teoría de la imputación. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 161.

²⁶⁵ HRUSCHKA, J., Reglas de comportamiento y reglas de imputación. In: _____. **Imputación y Derecho penal**: estudios sobre la teoría de la imputación. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 36. V. tb. JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal**: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992, p. 144.

²⁶⁶ HRUSCHKA, J. Imputation. In: ESER, A.; FLETCHER, G. P. (org.). **Rechtfertigung und Entschuldigung**: rechtsvergleichende Perspektiven. Freiburg im Breisgau, 1987, p. 153, nota 60.

²⁶⁷ HRUSCHKA, J. Op. cit., p. 153, nota 60.

²⁶⁸ HRUSCHKA, J. «Actio libera in causa» y autoría mediata. In: _____. **Imputación y Derecho penal**: estudios sobre la teoría de la imputación. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 162.

²⁶⁹ Em determinada passagem, Díaz Pita parece confundir imputação extraordinária com imputação extra ou supralegal (DÍAZ PITA, M. del M. **Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 187).

²⁷⁰ HRUSCHKA, J. Imputation. In: ESER, A.; FLETCHER, G. P. (org.). **Rechtfertigung und Entschuldigung**: rechtsvergleichende Perspektiven. Freiburg im Breisgau, 1987, p. 154.

de um ato do próprio sujeito, como na embriaguez evitável, então o injusto porventura praticado durante a embriaguez é imputável extraordinariamente ao sujeito, a despeito da incapacidade de culpabilidade.

Esse o modelo de Hruschka.²⁷¹ Outros autores vêm defendendo o modelo da extensão sobre outras bases,²⁷² sem recurso à noção de imputação extraordinária, mas sempre compartilhando a ideia de dispensa de um requisito do crime, em particular da imputabilidade, quando a carência dele for de responsabilidade do próprio sujeito.

5.2.1 Início da tentativa no modelo da exceção

Na análise do modelo da tipicidade, constatou-se que ele sofre, ou parece sofrer, do problema do adiantamento da punibilidade, na medida em que, ao menos em tese, a ação de produzir o estado defeituoso (no caso da imputabilidade por embriaguez, a ação de embriagar-se) já poderia constituir uma tentativa punível. Isso não ocorre no modelo da exceção, no qual o fato criminoso é aquele fragmento ocorrido já no estado defeituoso. Assim, caso o sujeito se embriague, mas não prossiga no plano original de, uma vez neste estado, cometer um homicídio, tem-se um indiferente penal; o início da tentativa ocorrerá segundo as regras usuais, desconsiderando-se o fato da embriaguez, cuja relevância se limita a permitir a dispensa do requisito da imputabilidade.

5.2.2 Legitimação legal e material do modelo da exceção

Na Alemanha, os críticos do modelo da exceção dizem-no ilegal, na medida que o §

²⁷¹ O resumo oferecido no texto se baseia nas obras do autor disponíveis na coletânea **Imputación y Derecho penal**: estudios sobre la teoría de la imputación. Navarra: Aranzadi, 2005 e no trabalho *Imputation*. In: ESER, A.; FLETCHER, G. P. (org.). **Rechtfertigung und Entschuldigung**: rechtsvergleichende Perspektiven. Freiburg im Breisgau, 1987. Outras sínteses podem ser consultadas em JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal**: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992, p. 138; DÍAZ PITA, M. del M. **Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 66; ALCÁCER GUIRAO, R. **Actio libera in causa dolosa e imprudente**: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 42; SÁNCHEZ-OSTIZ, P. **Imputación y teoría del delito**: la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo. Buenos Aires-Montevideo: B de F, 2008, p. 532. Este último autor, após indicar diversos trabalhos em que Hruschka expôs, desenvolveu ou mesmo pressupôs a noção de imputação extraordinária, adverte: “según alcanzo, las estructuras de imputación extraordinaria no han recibido todavía un tratamiento acabado por parte de Hruschka que las haga aceptables” (op. cit., p. 534, nota 87). O esquema “imputação de primeiro nível – valoração legal – imputação de segundo nível” é seguido por DONNA, E. A. **Teoría del delito y de la pena**, t. 2: imputación delictiva. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. VIII.

²⁷² Veja-se a síntese oferecida por JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal**: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992, p. 149.

20 do StGB exige incondicionalmente a imputabilidade no momento do fato:²⁷³

§ 20. Incapacidad de culpabilidad por perturbaciones psíquicas
Actúa sin culpabilidad quien *en la comisión de un hecho* es incapaz por una perturbación síquica patológica, por perturbación profunda de la conciencia o por debilidad mental o por otra alteración síquica grave de comprender lo injusto del hecho o actuar de acuerdo con esa comprensión. [sem grifos no original]

Dispensar essa exigência nos casos de inimputabilidade provocada constituiria uma ilegalidade prejudicial ao réu.²⁷⁴ É expressivo, a propósito, o fato de que o próprio Hruschka, mais notável defensor do modelo da exceção, passou a reconhecer a necessidade de intervenção legislativa na matéria.²⁷⁵ Jescheck e Weigend, por sua vez, mantêm o argumento primitivo de Hruschka de que se trata de uma exceção baseada no Direito costumeiro.²⁷⁶

Contudo, e tal como observado tanto por seus críticos como por seus defensores,²⁷⁷ o desafio do modelo da extensão não está apenas em contornar os termos das legislações que não lhe parecem reservar lugar, mas também – e sobretudo – em obter um fundamento material de legitimidade. Por si só, a intervenção do legislador em favor do modelo da exceção não o tornaria aceitável.

Hruschka procura justificar materialmente seu modelo com o conceito de obrigação.²⁷⁸ As normas de comportamento – proibições e mandados – subjacentes aos tipos

²⁷³ Em razão da pouca confiabilidade das versões em português (cf. nota 237), optamos pela tradução castelhana de LÓPEZ DÍAZ, C. **Código Penal Alemán**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 9.

²⁷⁴ Referências para essa crítica no Direito alemão em ALCÁCER GUIRAO, R. **Actio libera in causa dolosa e imprudente**: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 47.

²⁷⁵ Cf. FRISTER, H. **Derecho Penal**: Parte General. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, cap. 18/18, p. 373; ALCÁCER GUIRAO, R. **Actio libera in causa dolosa e imprudente**: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 48 e 91; SCHÜNEMANN, B. La significación del principio penal de culpabilidad en la época de la globalización. In: _____. **Obras**, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 487; _____. Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad. In: _____. **Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002, p. 125; _____. Sobre el estado actual de la teoría de la culpabilidad penal. In: _____. **Obras**, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 460.

²⁷⁶ JESCHECK, H.-H.; WEIGEND, T. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General. Granada: Comares, 2002, § 40 VI, p. 478.

²⁷⁷ HIRSCH, H. J. Acerca de la *actio libera in causa*. In: _____. **Derecho penal**: obras completas, t. I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 177; DÍAZ PITA, M. del M. **Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 155. ALCÁCER GUIRAO, R. **Actio libera in causa dolosa e imprudente**: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 98.

²⁷⁸ Em alemão, *Obliegenheit*. Joshi Jubert e Alcácer Guirao falam em *obrigação*, ao passo que Sánchez-Ostiz e Pastor Muñoz (tradutora do texto: HRUSCHKA, J. La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf: sobre la historia y el significado de la diferencia entre *actio libera in se* y *actio libera in causa*. In: _____. **Imputación y Derecho penal**: estudios sobre la teoría de la imputación. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 55-88) utilizam *incumbência*. JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal**: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992, p. 138; ALCÁCER GUIRAO, R. **Actio libera in causa dolosa e imprudente**: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 43; SÁNCHEZ-OSTIZ, P. **Imputación y teoría del delito**: la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo. Buenos Aires-Montevideo: B de F, 2008, p. 536. Sobre a terminologia em alemão e em castelhano, em detalhes, v. SÁNCHEZ-OSTIZ, P. Op. e loc. cit.

incriminadores instituiriam deveres²⁷⁹, imperativos categóricos, cujo descumprimento daria lugar à valoração negativa da ilicitude. Mas o sistema não se limitaria a tais deveres, pois conteria também obrigações, cujo conteúdo corresponderia à ordem de manter-se o agente capaz de observar os deveres. O descumprimento das obrigações não ensejaria diretamente a valoração negativa do comportamento, mas apenas autorizaria a imputação (extraordinária) no caso de surgir um fato punível em razão daquele descumprimento. Tratar-se-ia, portanto, de um imperativo hipotético.²⁸⁰ Ao descumprir a obrigação de manter-se capaz de cumprir seus deveres, o sujeito dá origem a um *sucedâneo* que fará as vezes do elemento por ele eliminado: a falta de capacidade de ação, de culpabilidade etc. é suprida pelo fato de que ela foi provocada responsabilmente pelo próprio sujeito.

A ideia de obrigação proposta por Hruschka expressa com muita clareza os motivos pelos quais a ALIC tem um apelo intuitivo tão forte: se a lei faz depender a punição de um fato de determinada capacidade do agente, não parece muito razoável que o sujeito possa garantir a própria impunidade simplesmente despindo-se dessa capacidade.

Como já visto na exposição do modelo da tipicidade (item 5.1.5), esse apelo intuitivo da ALIC triunfou quanto ao problema da capacidade de ação: mesmo autores que criticam a punibilidade dos fatos com estrutura ALIC-inimputabilidade (geralmente associada à embriaguez), postulam que a supressão da própria capacidade de ação, embora impeça que se fale propriamente em uma subsequente omissão (que pressupõe conceitualmente essa capacidade de ação), é criminosa. No entanto, a postulação de uma obrigação de manter a própria capacidade, quando a lei faz depender dela a punição do fato, esbarra em alguns problemas. Na verdade, são os mesmos problemas em que uma das hipóteses de imputação extraordinária tratada por Hruschka já enfrentava havia várias décadas. Quando se discutia a relevância da consciência da ilicitude, os defensores do brocardo *error juris nocet* – o erro de direito prejudica – invocavam um dever (ou obrigação, na terminologia de Hruschka) de conhecer a lei. Os críticos, porém, objetavam que esse dever não estava expresso em lugar algum, e que do seu descumprimento não decorria a conclusão de que o fato cometido na ignorância de sua ilicitude devesse ser punido como se aquele conhecimento estivesse presente: ao se punir o sujeito que desconhecia a lei com a pena integral do fato ilícito por ele praticado, o erro de direito, num certo sentido, recebe a mesma pena do fato ilícito em

²⁷⁹ Para o que segue, v. o resumo em JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal**: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992, p. 138.

²⁸⁰ Sobre a dicotomia “imperativo categórico” e “imperativo hipotético” nesse contexto, v. SÁNCHEZ-OSTIZ, P. **Imputación y teoría del delito**: la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo. Buenos Aires-Montevideo: B de F, 2008, p. 550, nota 138.

questão.²⁸¹

Em relação à inimputabilidade por embriaguez, a falta de previsão legal da obrigação de manter a própria capacidade corresponde à crítica de que o § 20 do StGB não abre exceções à exigência de imputabilidade no momento do fato. Já a falta de clareza da razão pela qual o descumprimento da obrigação de conservar as capacidades de que a lei faz depender a punibilidade deveria importar na dispensa daquelas capacidades, cria insegurança quanto aos pressupostos e do modelo da exceção.

5.2.3 Pressupostos e limites da punibilidade do modelo da exceção

O modelo da tipicidade, como visto (item 5.1), tem a grande qualidade de proporcionar clareza em relação ao título (dolo ou culpa) pelo qual o sujeito será punido, o qual é identificado no instante t_1 e relacionado ao fato definido como crime a se realizar no momento t_2 . Assim, a punição por dolo exige que, no momento de produzir o estado defeituoso, o sujeito aja com dolo em relação ao fato definido como crime que vier a se realizar naquele estado.

Já o modelo da exceção, ao se caracterizar pela dispensa da imputabilidade no momento do fato, pode assumir mais de uma formulação, cada qual baseada em concepções e métodos bastante diversos.²⁸² Hruschka, por exemplo, fixa-se no dolo ou culpa manifestados no instante t_2 , ainda que a embriaguez (por exemplo) tenha sido meramente culposa,²⁸³ exigindo apenas – tanto para a ALIC dolosa como para a culposa – que haja previsibilidade, no instante t_1 , do fato criminoso a ser praticado no instante t_2 .²⁸⁴ No entanto, não parece satisfatório castigar por dolo um sujeito que tem condições de prever que, ao embriagar-se, irá agredir a esposa, mas que só se anima pelo dolo de ferir após a embriaguez.²⁸⁵

²⁸¹ MUNHOZ NETTO, A. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 64.

²⁸² Dizemo-lo para enfatizar a grande diferença de perspectiva de autores como Hruschka e González Rivero. É certo que o próprio modelo da tipicidade pôde ser defendido por autores tão díspares quanto Roxin, Hirsch e Jakobs, mas no essencial – especialmente no que se refere ao apelo à autoria mediata – existe certa similitude no seu pensamento, o que não ocorre no modelo da exceção.

²⁸³ Cf. ALCÁCER GUIRAO, R. **Actio libera in causa dolosa e imprudente**: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 51, nota 154.

²⁸⁴ Cf. ALCÁCER GUIRAO, R. Op. cit., p. 91.

²⁸⁵ Crítico de tal consequência, SCHÜNEMANN, B. La significación del principio penal de culpabilidad en la época de la globalización. In: _____. **Obras**, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 486 e 488; _____. Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad. In: _____. **Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002, p. 124 e 126; _____. Sobre el estado actual de la teoría de la culpabilidad penal. In: _____. **Obras**, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 460. A opinião de Schünemann é lembrada por ALCÁCER GUIRAO, R. **Actio libera in causa dolosa e imprudente**: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 51, nota 155.

Por fim, Pilar González Rivero, partindo de um normativismo extremo, tributário de Jakobs e Lesch,²⁸⁶ defende que, para conservar seu direito de ser considerado pessoa, o sujeito deve cumprir o dever de manter-se responsável pela transgressão da norma e responder pelo exercício de sua autonomia.²⁸⁷ Transgredindo esse dever (ainda que apenas culposamente), o sujeito não vulnera diretamente uma norma jurídico-penal, mas se revela como alguém competente e que, portanto, deve ser tratado como tal.²⁸⁸ Assim, para autora, toda embriaguez evitável conduz à irrelevância da inimizabilidade, punindo-se o agente conforme o dolo ou culpa manifestados nesse estado em relação ao fato nele praticado, ainda que o cometimento do crime no instante t_2 fosse imprevisível.²⁸⁹ Em suas consequências, a solução corresponde exatamente ao regime legal vigente no Brasil, que tantas críticas tem recebido. Caso se reconheça, com González Rivero, uma obrigação jurídica de evitar a perda da imputabilidade (obrigação cujo descumprimento enseja a desconsideração daquela perda), tem-se uma forma bastante acabada de *versari in re illicita*, cuja superação constituía o propósito que motivou a formulação da ALIC pelos práticos italianos da Idade Média.²⁹⁰

Como se vê, tanto na fórmula de Hruschka como na de González Rivero, desaparece aquela exigência de dolo em relação ao fato criminoso já no instante em que o agente embriaga como condição para a punição por crime doloso, exigência que era indicada pela maioria dos principais comentadores da Parte Geral original do Código Penal como requisito essencial da ALIC (item 2.1). Com isso, as sofisticadas propostas desses autores obscurecem aquilo que justamente parecia explicar como um fato praticado por um inimputável pode ser punido a título de dolo.²⁹¹

²⁸⁶ Cf. ALCÁCER GUIRAO, R. *Actio libera in causa dolosa e imprudente*: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 77. Seguindo o critério da própria, o autor não insere a proposta de González Rivero no modelo da exceção, dando-lhe autonomia; contudo, tal se deve, em nosso sentir, a uma excessiva identificação do modelo da exceção com a específica proposta de Hruschka. O próprio Alcácer Guirao, contudo, concede que “se hubiera que ubicar la concepción de González Rivero bajo uno de los modelos estudiados hasta ahora, el candidato más cercano sería el modelo de la excepción” (op. cit., p. 80). Sobre a proposta de González Rivero, v. tb. BARJA DE QUIROGA, J. L. **Derecho Penal: Parte General II**: introducción a la teoría jurídica del delito. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2002, p. 265.

²⁸⁷ Cf. ALCÁCER GUIRAO, R. *Actio libera in causa dolosa e imprudente*: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 79.

²⁸⁸ Cf. ALCÁCER GUIRAO, R. Op. cit., p. 79.

²⁸⁹ Cf. ALCÁCER GUIRAO, R. Op. cit., p. 83.

²⁹⁰ Cf. item 2.3 supra. V. tb. ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General, t. III. Buenos Aires: Ediar, 1981, n.º. 377, p. 436. Sobre a relação de um conceito excessivamente amplo de ALIC e o *versari in re illicita*, v. tb. BUSATO, P. C. Valoração crítica da *actio libera in causa* a partir de um conceito significativo de ação. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 1, n. 2, jul.-dez. 2009, p. 157.

²⁹¹ Alcácer Guirao, cuja caracterização dos modelos é um pouco mais restrita que a proposta neste trabalho, considera que, dentro do modelo da exceção, a exigência de dolo no instante t_1 para a imputação dolosa do fato praticado no estado defeituoso é incabível, e o converteria no modelo da tipicidade (ALCÁCER GUIRAO, R. *Actio libera in causa dolosa e imprudente*: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 101, com referências adicionais).

Além disso, a busca pelo elemento subjetivo no instante t_2 cria sérios impasses nos casos de ALIC-ausência de ação, aos quais o modelo da exceção não se adapta bem. A mãe, ao rolar sobre o filho com quem divide a cama e asfixiá-lo, está em sono profundo e não tem dolo algum. Desconsiderar, pela imputação extraordinária, a falta de capacidade de ação, não resolve o problema de decidir se ela “agiu” com dolo ou com culpa ao esmagar o filho. E, caso se recorra ao dolo existente no instante de adormecer (isto é, no instante t_1), o modelo da exceção trai seus pressupostos e perde sua pureza. Da mesma forma, as hipóteses de *omissio libera in causa* não são bem explicadas pelo modelo da exceção, pois a omissão pressupõe a capacidade de agir, de modo que o sujeito que no instante t_1 subtrai de si mesmo essa capacidade não se omite, rigorosamente falando, no instante t_2 , e menos ainda se omite dolosamente.²⁹²

Por fim, a ideia de que a violação da obrigação de se manter imputável autoriza a punição do sujeito (caso venha a praticar um crime) tal como se imputável fosse, contrasta com o fato de que, nas hipóteses reguladas legalmente de imputação extraordinária, nem sempre esta conduz à mesma pena induzida pela ordinária; na realidade, sequer existe uniformidade de tratamento desses casos de imputação extraordinária disciplinados pela lei.²⁹³ Embora se possa notar alguma simetria entre os dois níveis de imputação,²⁹⁴ existente, por exemplo, entre o erro de tipo (impediente da imputação ordinária em primeiro nível) e o erro de proibição (impediente da imputação ordinária em segundo nível), o fato é que, com o abandono das teorias do dolo,²⁹⁵ essas formas de erro recebem tratamentos marcadamente distintos no que tange à imputação extraordinária: a responsabilidade do sujeito pela sua ignorância dos elementos constitutivos do tipo legal de crime dá origem à punição por crime culposos²⁹⁶ (excepcional – art. 18, parágrafo único – e geralmente muito inferior à do crime doloso); já a responsabilidade do sujeito pela ignorância da ilicitude do fato implica apenas

²⁹² Enfatizando a incompatibilidade do modelo da exceção com as hipóteses de *omissio libera in causa*, DEMETRIO CRESPO, E. **La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa**: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa. Granada: Comares, 2003, p. 130. A insuficiência do modelo da exceção para as hipóteses de ALIC-ausência de ação é destacada por ALCÁCER GUIRAO, R. **Actio libera in causa dolosa e imprudente**: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 51 e 93, e JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal**: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992, p. 316.

²⁹³ A diversidade de soluções para as hipóteses de imputação extraordinária é referida por SÁNCHEZ-OSTIZ, P. **Imputación y teoría del delito**: la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo. Buenos Aires-Montevideo: B de F, 2008, p. 542 e 553.

²⁹⁴ Cf. nota 263.

²⁹⁵ Que incluíam a consciência da ilicitude no dolo. V., por todos, TOLEDO, F. de A. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, n.º. 255, p. 282; BUSATO, P. C. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 624.

²⁹⁶ HRUSCHKA, J. Imputation. In: ESER, A.; FLETCHER, G. P. (org.). **Rechtfertigung und Entschuldigung**: rechtsvergleichende Perspektiven. Freiburg im Breisgau, 1987, p. 164.

uma redução da pena (art. 21, parágrafo único).²⁹⁷ Além de que não há uniformidade nas próprias soluções legais para a imputação extraordinária, em ambos os exemplos a punição ensejada por ela é mitigada em relação àquela resultante da imputação ordinária,²⁹⁸ o que enfraquece as ideias de que o descumprimento da obrigação do sujeito de manter-se apto a observar seus deveres representa um autêntico sucedâneo daquela aptidão e de que a imputação extraordinária não é qualitativamente inferior à ordinária. Essa falta de coincidência conduz à mesma conclusão que Alcácer Guirao proclamou quanto ao recurso ao abuso de direito como fundamento do modelo da exceção: da premissa plausível de que a criação maliciosa de um estado defeituoso constitui abuso de direito e merece sancionamento, não se deduziria que a solução correta é simplesmente desconsiderar o dito estado defeituoso.²⁹⁹ Transportada essa crítica para a ALIC-inimputabilidade por embriaguez, verifica-se que não há indicativo suficiente de que a violação da suposta obrigação de se manter imputável permite simplesmente desconsiderar a inimputabilidade provocada, ou seja, de que a imputação extraordinária proposta por Hruschka com fundamento na ALIC devesse implicar a mesma pena a que conduz a imputação ordinária.

5.2.4 Possível abrangência do modelo da exceção

Como já adiantado (item 5.2.3), o modelo da exceção é dificilmente compatível com as hipóteses de ALIC-ausência de ação, praticamente se limitando à ALIC-inimputabilidade. Isso ocorre porque a imputabilidade, como elemento ou pressuposto da culpabilidade, integra último aspecto do fato punível, do qual nenhum outro depende. Já a ação é, inversamente, o primeiro, e sua ausência praticamente impossibilita a análise dos demais aspectos, tais como a adequação típica ou a ilicitude. Esse desfalque não é suprido pela imputação extraordinária de Hruschka nem por qualquer outra forma de tratar quem não atuou, ou era mesmo incapaz de atuar, como se atuado houvesse.

Tal limitação aparece com clareza no trato do dolo e da culpa. Na formulação proposta por Hruschka, é no instante t_2 que se verifica se o sujeito age dolosa, culposa ou atipicamente. Se ele estiver desacordado, essa análise é simplesmente impossível.

²⁹⁷ Não é caso de discutir se essa redução é facultativa ou obrigatória. Para uma breve notícia da divergência doutrinária, FRANCO, A. S. Comentários ao art. 21. In: FRANCO, A. S.; STOCO, R. (org.). **Código Penal e sua interpretação**. 8. ed. São Paulo: RT, 2007, n.º. 2.00, p. 183.

²⁹⁸ Salvo, no caso do erro de proibição inescusável, se a redução da pena for julgada facultativa (cf. nota 297 supra).

²⁹⁹ ALCÁCER GUIRAO, R. *Actio libera in causa dolosa e imprudente*: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 52. Sobre essa crítica, v. item 6.3.1 infra.

5.3 O MODELO DA EXTENSÃO

A par dos modelos da tipicidade e da exceção, que são os mais mencionados, defende-se também um modelo denominado da extensão.³⁰⁰ Baseia-se ele essencialmente na já mencionada ideia de que os elementos do crime não necessitam perdurar durante todo seu desenvolvimento, bem como numa interpretação extensiva da palavra “fato” contida na premissa de que o agente deve ser imputável ao tempo do fato. Mais precisamente, esse fato compreenderia não apenas o instante em que se inicia a execução (e, conseqüentemente, surge a adequação típica), mas também aqueles instantes precedentes, nos quais o sujeito se dirige à realização do tipo. Assim, embora o ato de embriagar-se não seja ainda o início da execução – ao contrário do que propõe o modelo da tipicidade – ele já adentraria o conceito de fato no qual se devem reunir os elementos conceituais do delito, razão pela qual o fato (nesse sentido amplo) seria iniciado ainda durante a imputabilidade do sujeito, inexistindo qualquer exceção à exigência da imputabilidade no momento do fato – diversamente do que sugere o modelo da exceção.

O modelo da extensão proporciona uma interpretação restritiva do § 20 do StGB, já transcrito no item 5.2.2, que exige a imputabilidade no momento do cometimento do fato. Evitar-se-ia, assim, a crítica usual ao modelo da exceção, que é a de vulnerar o princípio da legalidade.

O modelo da extensão foi defendido na Alemanha por Schmidhäuser e Streng,³⁰¹ e não conta muitos adeptos. Ao sugerir uma interpretação ampla para a palavra fato (ou para a expressão “cometimento do fato”), o modelo contorna o conflito da ALIC com o § 20 do StGB, mas não resolve o problema da vulneração do princípio da coincidência a ele subjacente. Com efeito, se é o início da execução que torna o fato adequado ao tipo e

³⁰⁰ Sobre ele, ALCÁCER GUIRAO, R. *Actio libera in causa dolosa e imprudente*: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 53; DÍAZ PITA, M. del M. *Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 37; DEMETRIO CRESPO, E. *A actio libera in causa: uma exceção às exigências da culpabilidade pelo fato?* *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 842, dez. 2005, p. 442; MACHADO, F. G. de P.; BERTI, N. *Actio libera in causa*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 900, out. 2010, p. 454 (“modelo da ampliação”).

³⁰¹ Cf. DÍAZ PITA, M. del M. *Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 37. Essa autora esclarece que, na verdade, há duas formas diversas de defender o modelo da extensão: ampliando-se a noção de injusto típico para abranger atos preparatórios (Schmidhäuser), ou ampliando-se o objeto do juízo de culpabilidade, para alcançar fatos estranhos ao próprio injusto típico (Streng). Sobre as opiniões desses autores, v. tb. ALCÁCER GUIRAO, R. *Actio libera in causa dolosa e imprudente*: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 53, que indica ainda Herzberg como adepto do modelo da extensão. Contudo, Alcácer reconhece que Hettinger classifica a proposta de Herzberg no modelo da tipicidade (ALCÁCER GUIRAO, R. Op. cit., p. 53, nota 161 – v. tb. nota 221 supra); além disso, Herzberg modificou parcialmente sua opinião em trabalho de 2001 não considerado por Alcácer (HERZBERG, R. D. A tentativa na autoria mediata. In GRECO, L.; LOBATO, D. (org.). *Temas de Direito Penal*: Parte Geral. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008, p. 374, nota 64).

atravessa a fronteira do punível, é nesse instante – e não antes – que esse fato deve ser culpável,³⁰² o que por sua vez pressupõe, em princípio, a imputabilidade do agente. Num certo sentido, é uma solução de compromisso, que toma do modelo da tipicidade a premissa de que o ato de embriagar-se já adentra o tipo penal, mas segue o modelo da exceção ao afirmar que não existe ali ainda um início de execução.³⁰³ Ao imitar de cada modelo o que ele tem de mais conveniente, perde a coerência interna das propostas rivais e, em vez de responder à pergunta “como se pode punir alguém sem que coincidam *no mesmo instante* tipicidade, ilicitude e culpabilidade?”, deturpa-a e a deixa sem resposta: a inserção dos momentos prévios à execução num conceito ampliado de tipo (que, como denunciado por Zaffaroni, não é conceito algum³⁰⁴), agrupa os elementos do crime num substrato com um único nome, mas não assegura sua efetiva concomitância. E é disso que o princípio da coincidência trata.

No fundo, o modelo da extensão talvez não passe de uma versão do modelo da exceção com pretensão de contemporizar-se com o § 20 do StGB.³⁰⁵ Independentemente do êxito que se reconheça a tal esforço, ele tem a vantagem de deixar mais claros o fundamento e os limites da imputação, pois visivelmente exige, para o reconhecimento de um crime doloso, que o agente atuasse com dolo em relação ao fato típico no momento de instante t_1 (no qual se funda o juízo de culpabilidade), e dolosamente no instante t_2 (no qual se fundam os juízos de tipicidade e ilicitude), desviando da crítica exposta no item 5.2.3 *supra*.

5.4 O FATO DO ÉBRIO E A TEORIA SIGNIFICATIVA DA AÇÃO

No Brasil, Busato propôs uma solução própria para o tratamento do fato do ébrio, já mencionada no item 2.3. Balbino a interpretou como espécime do modelo da extensão;³⁰⁶ no entanto, a própria aplicação da classificação proposta no início do item 5 – que é o que

³⁰² ALCÁCER GUIRAO, R. *Actio libera in causa dolosa e imprudente*: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 65.

³⁰³ Esse caráter conciliatório, destacado também por ALCÁCER GUIRAO, R. *Actio libera in causa dolosa e imprudente*: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 53, é indiciado pelo fato de que o modelo da extensão ora recebe tratamento autônomo (cf. nota 300 *supra*), ora aparece na exposição do modelo da exceção (DEMETRIO CRESPO, E., *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa*: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa. Granada: Comares, 2003, p. 129), ora surge como variante do modelo da tipicidade (TAVARES, J. *Teoria do crime culposos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 427). Balbino aborda o modelo da exceção muito brevemente no tópico dedicado ao modelo da tipicidade (BALBINO, E. D. V. *Culpabilidade e actio libera in causa no Estado democrático de direito*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014, p. 124).

³⁰⁴ Cf. p. 27 deste trabalho.

³⁰⁵ Em sentido semelhante, ALCÁCER GUIRAO, R. *Actio libera in causa dolosa e imprudente*: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 60, 63, 64.

³⁰⁶ BALBINO, E. D. V. *Culpabilidade e actio libera in causa no Estado democrático de direito*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014, p. 124 (v. todavia a nota 303 *supra*).

permite falar em modelos da tipicidade, da exceção e da extensão – decerto seria repelida por aquele autor, que impugna de saída a divisão do fato do ébrio em dois instantes, como procedido pela literatura majoritária. Mais precisamente, Busato rejeita a própria ALIC como um todo, apresentando sua proposta como alternativa a ela e não como uma espécie ou variante.³⁰⁷

De toda forma, tendo em vista a convenção terminológica adotada neste trabalho (item 4.5), que utilizada a expressão ALIC para designar uma estrutura (item 4.1) e também as soluções propostas para punir os fatos que as apresentem (item 4.2), optamos por analisar, ainda que sucintamente, a construção desse autor entre os modelos de ALIC, conquanto essa escolha não se ajuste exatamente à organização que o próprio deu à matéria.

Adotando o conceito significativo de ação desenvolvido por Fletcher e Vives Antón a partir da filosofia da linguagem,³⁰⁸ Busato postula que a ação não é uma realidade ontológica nem um conceito normativo, mas algo que possui um significado, a ser *compreendido* e não simplesmente *descrito*.³⁰⁹ Essa compreensão exige que se considerem em seu conjunto os atos que compõem a ação³¹⁰ e se aprecie o contexto do atuar do ser humano, contexto do qual esse atuar retirará seu significado:³¹¹

Em conclusão, a ação desde um conceito significativo é um conjunto de atos que demanda compreensão e não descrição, em que todos os aspectos e circunstâncias em que se desenvolve essa ação devem ser levados em conta.

A partir dessa concepção resta claramente identificado um desvalor de ação merecedor de reprovação penal compreendido já não em um único ato, mas no global da conduta delitiva.

³⁰⁷ “O conceito significativo de ação estabelece clara vantagem para a solução dos casos nos quais a doutrina tradicional costuma utilizar a teoria da *actio libera in causa*, fazendo prescindir de seu emprego. (...) Finalmente, importa sublinhar que as soluções proporcionadas por este conceito ademais de razoáveis, dispensam, de todo, a adoção da *actio libera in causa* como suporte teórico. (...) A consequência é que se pode dispensar a aplicação da *actio libera in causa*, pois os supostos aos quais seria aplicável se resolvem antes no campo da ação.” (BUSATO, P. C. Valoração crítica da *actio libera in causa* a partir de um conceito significativo de ação. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 1, n. 2, jul.-dez. 2009, p. 167, 168 e 170, respectivamente).

³⁰⁸ V., em especial, VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos del Sistema Penal: acción significativa y derechos constitucionales**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, *passim*; RAMOS VÁSQUEZ, J. A. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, *passim*; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. La ‘concepción significativa de la acción’ de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología** n. 1, 1999, *passim*; BUSATO, P. C. **Direito penal e ação significativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, *passim*; _____. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 268.

³⁰⁹ “A ação deixa de ser um objeto apto à descrição para ser algo apto à compreensão” (BUSATO, P. C. Valoração crítica da *actio libera in causa* a partir de um conceito significativo de ação. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 1, n. 2, jul.-dez. 2009, p.163).

³¹⁰ Certamente a doutrina tradicional não ignora a distinção entre ato e ação. V., p. ex., BRUNO, A. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. I, p. 300. No entanto, não extraía as consequências postuladas por Busato.

³¹¹ BUSATO, P. C. Valoração crítica da *actio libera in causa* a partir de um conceito significativo de ação. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 1, n. 2, jul.-dez. 2009, p.167.

Numa concepção assim, a própria subdivisão dos fatos tratados no item 4.1 como portadores da estrutura de ALIC em *actio libera in causa in agendo*, *actio libera in causa in omitendo*, *omissio libera in causa in agendo* etc., mais do que perder sua importância, deixa de ter lugar, pois o fato como um todo é que será considerado comissivo ou omissivo, conforme o caso.

Em relação aos fatos cometidos em estado de embriaguez, pondera o autor que³¹²

Quando se parte da adoção do conceito significativo de ação se torna mais amplo o espectro de atos que se deve ter em conta para a exata compreensão da ação. Assim, nos casos de delitos cometidos por pessoas que previamente se embriagam, há que se considerar o ato de ingestão de álcool – por exemplo – como um ato que faz parte da ação toda e que, portanto, influi na atribuição de responsabilidade.

Em síntese: em lugar de desdobrar a conduta do ébrio em duas etapas, o autor a analisa globalmente, desde o ato de embriagar-se até os atos mais diretamente executivos do fato descrito como crime, dizendo de sua tipicidade e culpabilidade conforme o sentido emprestado pelas circunstâncias.

Postas essas premissas, é preciso verificar quais dessas circunstâncias poderão funcionar como indicadores de que o sujeito age dolosa ou culposamente. Dizemos “dolosa ou culposamente” e não “com dolo ou culpa” para destacar que, na construção proposta, o dolo não é uma realidade psíquica que se possa apurar e comprovar e que integre a conduta à maneira de um elemento, mas sim a expressão de sentido atribuída à conduta do agente:³¹³ o sentido de compromisso para com a produção do resultado.³¹⁴ Nesses termos, os fatores objetivos tradicionalmente utilizados para a prova do dolo passam a fundamentar a interpretação da conduta do agente como dolosa, funcionando como indicadores³¹⁵ e não como puros indícios.

Neste ponto, parece-nos que, como é natural a uma teoria nova e em constante evolução,³¹⁶ foram dados apenas os primeiros passos para a justa apreciação do fato do ébrio. Em seu manual, Busato aborda as situações próximas da embriaguez preordenada, que

³¹² BUSATO, P. C. Op. cit., p.167.

³¹³ VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos del Sistema Penal: acción significativa y derechos constitucionales**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 621; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. conceito “significativo” de dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, P. C. (org.). **Dolo e Direito Penal: modernas tendencias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 23-58.

³¹⁴ BUSATO, P. C. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 411.

³¹⁵ Sobre esses indicadores, HASSEMER, W. Los elementos característicos del dolo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, 1990, p. 927.

³¹⁶ A título de comparação, pode-se ponderar que a teoria da ação finalista teve seus fundamentos lançados em 1931 (em Welzel, *Kausalität und Handlung*, ZStW 51) e apenas na década de 1960 conseguiu assimilar de forma minimamente satisfatória os crimes culposos. Sobre esse desenvolvimento, vejam-se as obras indicadas em QUANDT, G. de O. Lesões mortais, causalidade, previsibilidade e imputação objetiva: algumas considerações sobre o julgamento do agrg no REsp 1.094.758. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 106, jan. 2014, p. 301, notas 20 a 23.

constituem o ponto de partida do desenvolvimento histórico da ALIC e seu caso mais paradigmático.³¹⁷

Desse modo, o resultado será sempre restritivo [em relação à concepção mais ampla de ALIC correspondente ao regime do Código], pois a sanção somente poderá derivar dolosamente de dolo pré-constituído, ou seja, de compromisso para com a produção do resultado, cujos casos coincidirão, quase integralmente, com os de embriaguez preordenada.

Também em relação à culpa, as conclusões parecem semelhantes àquelas propostas pela concepção mais ortodoxa de ALIC, na medida em que algumas situações de embriaguez voluntária e culposa – mas decerto não todas – dão origem a um crime culposo, caso sobrevenha o resultado típico:³¹⁸

A responsabilidade imprudente será aplicada para as hipóteses em que do conjunto de atitudes do sujeito se possa revelar a ultrapassagem dos limites do risco permitido, que coincidirão, de regra, com alguns casos de embriaguez voluntária e culposa.

No entanto, no artigo dedicado especificamente à crítica da ALIC, o autor acena com uma possibilidade que destoa daquela linha tradicionalmente seguida pelos autores nacionais (itens 2.1 e 2.2) e pelo modelo da tipicidade (item 5.1), segundo a qual a punição por crime doloso depende de dolo em relação ao resultado criminoso já no momento de embriagar-se, o que por sua vez exige que a embriaguez seja voluntária.³¹⁹ De acordo com Busato,³²⁰

Temos assim que o ato de colocar-se deliberadamente em estado de embriaguez com a finalidade de lib[e]rar-se dos freios de consciência para matar alguém e depois o ato de matar, compõem um todo da ação punível, o que torna o sujeito responsável dolosamente pela conduta, bem assim, nos supostos em que o sujeito, culposa o dolosamente, se embriaga (um ato), mas não planeja, nem sequer pensa na possibilidade de realizar um delito em seguida, porém vem a cometê-lo (outro ato), serão analisados como uma só ação, caso a caso, no âmbito que começa na imprudência e termina no dolo eventual.

Essa última hipótese – punição por dolo eventual de alguém que, ao se embriagar, “sequer pensa na possibilidade de realizar um delito em seguida” – não seria aceita, como dito, pelos defensores da ALIC em sua linha mais estrita, nem pelos adeptos do modelo da tipicidade, pois o dolo (ainda que eventual) teria de se verificar já no momento em que o agente se embriaga, o que é não sucede no exemplo dado, em que não existe a representação prévia da possibilidade do cometimento do crime.

Não é possível, nesta sede, analisar o acerto da teoria da ação significativa – seja

³¹⁷ BUSATO, P. C. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 569.

³¹⁸ BUSATO, P. C. Op. cit., p. 569.

³¹⁹ Destacando a impossibilidade de ALIC dolosa com embriaguez culposa, ALCÁCER GUIRAO, R. *Actio libera in causa dolosa e imprudente*: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 102.

³²⁰ BUSATO, P. C. Valoração crítica da *actio libera in causa* a partir de um conceito significativo de ação. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 1, n. 2, jul.-dez. 2009, p.168.

quanto às suas premissas, seja quanto ao desenvolvimento delas e aplicação à teoria do crime. De toda forma, pode-se constatar que a proposta de apreciação global do fato parece inserir-se de forma mais convincente nela do que nas formulações do modelo da extensão expostas no item 5.3. Contudo, é preciso aguardar um maior desenvolvimento da teoria e uma maior explicitude na descrição dos possíveis indicadores do dolo e da culpa na conduta do ébrio para que se possa traçar um quadro mais completo das situações em que se justificaria, segundo ela, a punição a cada um desses títulos.

6 A *ACTIO LIBERA IN CAUSA* E O ART. 28 DO CÓDIGO PENAL

6.1 *ACTIO LIBERA IN CAUSA*, EMBRIAGUEZ E INIMPUTABILIDADE

Como já adiantado, as exposições sistemáticas do Direito Penal vigente geralmente apresentam o tema da ALIC no estudo do art. 28, II, do Código Penal, o qual contém uma parte fundamental da disciplina do crime do ébrio. Mesmo naqueles manuais que dedicam um trecho específico à ALIC, destacado da exposição do regime estabelecido no art. 28, II, do CP,³²¹ o trecho em questão integra o estudo da imputabilidade e sua exclusão, ainda que se adote um conceito mais amplo de ALIC que inclua a própria incapacidade de ação.³²²

Contudo, seria um erro confundir os problemas da ALIC, da embriaguez e da disciplina legal da imputabilidade. Trata-se de três questões inter-relacionadas, com um campo de incidência comum, mas perfeitamente distinguíveis. O conceito de ALIC (compreendido como estrutura) geralmente é estendido para abranger ao menos as hipóteses de ausência de ação, nas quais o sujeito deixa de praticar a ação devida, ou realiza um movimento corporal não qualificável como conduta ofensiva de um bem jurídico alheio, em estado de incapacidade de ação, devida a um comportamento anterior seu (cf. item 4.1). Essa incapacidade de ação não se confunde com a inimputabilidade, pois é prévia a ela,³²³ e nem sempre decorre do emprego do álcool ou substância de efeitos análogos. A embriaguez, por sua vez, além da imputabilidade, pode afetar também a própria capacidade de ação, a percepção da existência dos elementos constitutivos do tipo incriminador, a destreza necessária para a realização de determinadas atividades, ou a capacidade de reconhecer o perigo produzido pela própria conduta.

³²¹ Cf. as obras citadas nas notas 80 a 83 supra, às quais se pode acrescentar BRUNO, A. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. II, p. 50.

³²² O fato é observado por Cousiño Mac Iver a propósito da doutrina estrangeira: a definição de Maurach da ALIC, por exemplo, se restringe ao problema da imputabilidade, mas o autor alemão oferece exemplos de ausência provocada da capacidade de ação (COUSIÑO MAC IVER, L. **Derecho Penal chileno**, t. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1975, p. 528). O próprio Cousiño e Gómez Benítez estão entre os raríssimos autores que abordam a ALIC já no trato do problema da ausência de ação (COUSIÑO MAC IVER, L. Op. cit., p. 528; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. **Teoría jurídica del delito**: Derecho Penal – Parte General. Madrid: Civitas, 1984, p. 113). No Brasil, Mayrink da Costa menciona muito brevemente a ALIC no capítulo da ausência de ação, mas a analisa de fato apenas no estudo da imputabilidade (MAYRINK DA COSTA, A. **Direito Penal**, v. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 746, e v. 2, 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1247).

³²³ Díaz Pita destaca acertadamente que, mesmo quando a incapacidade de ação decorre de um fator apto, em outras circunstâncias, a produzir (apenas) a inimputabilidade – como sucede com o consumo do álcool – é incorreto dizer-se que a ausência de ação decorreu da inimputabilidade. Se o sujeito não é capaz de ação, a questão sobre sua imputabilidade sequer tem lugar (DÍAZ PITA, M. del M. **Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 118). Mesmo a afirmação de que a “imputabilidade evoluiu para a ausência de ação” não passa de uma forma sintética de dizer que a *embriaguez*, que retirava do sujeito a imputabilidade, avançou até atingir a própria capacidade de ação.

Já o art. 28, II, do CP, cuida especificamente da relação entre *imputabilidade* e *embriaguez*. De fato, o referido dispositivo, inserido no título denominado “Da imputabilidade penal”, estabelece apenas que a *embriaguez evitável* não interfere na *imputabilidade*. E, em princípio, como já adiantado no item 2.2, este termo recebe no Código o mesmo significado que lhe atribui a doutrina: capacidade de entender caráter ilícito do fato e de se determinar de acordo com esse entendimento. É o que se infere claramente dos arts. 26, *caput* e parágrafo único, e 28, §§ 1º e 2º:

Inimputáveis

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

Redução de pena

Parágrafo único – A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente *capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento*.

Menores de dezoito anos

Art. 27 – Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Emoção e paixão

Art. 28 – Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão;

Embriaguez

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

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

§ 2º – A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena *capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento*. [sem grifos no original]

A relativa independência entre os três temas destacados pode ser ilustrada com alguns exemplos. O velho caso da mãe de sono agitado que adormece junto ao filho, vindo a sufocá-lo enquanto dorme, pode integrar o campo de aplicação da ALIC (conforme a amplitude que se dê a ela), mas não tem relação com a embriaguez nem com a imputabilidade no sentido moderno e legal do termo. O médico que consome bebida alcóolica e, em razão disso, reduz temporariamente sua destreza (embora não chegue a embriagar-se sequer parcialmente) e comete grave erro durante uma cirurgia, talvez possa ter sua punibilidade explicada pela ALIC, mas igualmente foge do âmbito de aplicação do art. 28 do CP.³²⁴ Já o

³²⁴ Um exemplo mais complexo, que não é possível enfrentar em detalhes na presente sede, é a condução de veículo automotor sob os efeitos do álcool, em que a multiplicidade de possíveis “frentes de atuação” dessa substância na teoria do delito talvez atinja seu ápice. Quando o sujeito, já embriagado, põe-se a dirigir, tem-se geralmente (1) uma redução da coordenação motora, reflexos e atenção (o bêbado é lento, descoordenado,

episódio do sujeito que se embriaga no aconchego do lar, planejando permanecer em casa até estar recuperado, mas muda de ideia apenas depois de completamente embriagado, indo à rua e ali se envolvendo em uma contenda física e ferindo o oponente, não tem relação com a ALIC em suas formulações mais restritas, mas entra no campo de incidência do art. 28 do CP.

Logo, no que se refere à ALIC, o art. 28 do CP dispõe exclusivamente sobre a embriaguez, e apenas no que diz respeito à imputabilidade. Isso tem duas consequências imediatas: dificulta a aceitação de propostas que retirem inteiramente o problema do crime do ébrio do campo da imputabilidade e deixa sem solução expressa as demais questões afetadas pela embriaguez, tais como a capacidade de agir e o dolo.

6.2 O MODELO DA TIPICIDADE, A EMBRIAGUEZ, A IMPUTABILIDADE E O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Essas breves considerações permitem antever as dificuldades da adoção, no Brasil, do modelo da tipicidade para os casos de ALIC-inimputabilidade por embriaguez. O principal problema desse modelo é que ele acentua o fato ocorrido no instante t_1 , consistente em pôr-se no estado defeituoso, ao passo que a lei brasileira claramente enfatiza, em matéria de inimputabilidade por embriaguez, o fato praticado no instante t_2 , na medida em que simplesmente manda desconsiderar aquela inimputabilidade. É mesmo possível postular que, ao disciplinar a embriaguez (como regra geral – v. item 6.2.3 abaixo) como um problema de imputabilidade, o Código Penal brasileiro informa que a ação de embriagar-se não é ainda uma ação típica em relação ao fato que o ébrio vier a praticar. Essa circunstância reduz ou mesmo elimina a compatibilidade do modelo da tipicidade com o art. 28, II, do CP, pondo-se antes como uma alternativa a ele.

A abordagem proposta pode parecer excessivamente apegada ao teor literal do art. 28, II, e do título no qual ele se insere (“Da imputabilidade”), e alguns autores espanhóis entendem que as disposições do Código Penal daquele país sobre a embriaguez não dizem sobre a fundamentação adequada para explicar a eventual punibilidade estatuída em lei.³²⁵

descuidado e tem dificuldade para reconhecer o que está em seu campo de visão), acompanhada (2) da redução da capacidade de reconhecer essa perturbação psicomotora (o bêbado não percebe que sua coordenação e concentração o abandonaram e tem dificuldade de notar a natureza perigosa de sua forma de dirigir) e (3) da capacidade de reconhecer a ilicitude da conduta de conduzir veículo nesse estado (o bêbado, mesmo que se reconheça como tal, não se dá conta de que a ordem jurídica o proíbe de dirigir nesse estado). Como enfatizado no texto, apenas o terceiro aspecto é objeto do art. 28, II, do CP.

³²⁵ V., p. ex., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. *Actio libera in causa*. In: LUZÓN PEÑA, D.-M. (org.). **Enciclopedia penal básica**. Granada: Comares, 2002, p. 37; JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal**: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona:

Sucedee que, diferentemente do Código Penal brasileiro, o Código espanhol não classifica as causas de justificação ou exculpação, prevendo-as em conjunto como *causas de isenção de responsabilidade criminal*.³²⁶ Assim, o tratamento dispensado pela legislação penal espanhola à embriaguez, embora semelhante em certos aspectos à solução brasileira, nada diz sobre o setor da teoria do crime afetado pela embriaguez ou pela sua provocação por parte do agente:

Artículo 20

Están exentos de responsabilidad criminal:

1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

2.º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. (...)

Como se vê, na sistemática legal espanhola, a embriaguez, sob certas circunstâncias, isenta de responsabilidade criminal tanto quanto o exercício regular de direito (art. 20, 7º), a legítima defesa (art. 20, 4º) ou o medo insuperável (art. 20, 6º). Em razão da heterogeneidade dessas disposições, é compreensível que os autores daquele país se permitam discutir livremente qual a melhor explicação para a punibilidade dos fatos praticados sob inimputabilidade provocada.

Essa circunstância, como visto no item anterior, não se repete no Direito brasileiro: o art. 28, II, inserido no título “Da imputabilidade penal”, informa que a embriaguez evitável não a exclui, ao passo que o § 1º do mesmo artigo dispõe que a embriaguez inevitável isenta de pena quando retirar do agente sua capacidade de entender ou de querer – isto é, quando o tornar inimputável. Contraria o art. 28, II, interpretá-lo como se ele dissesse apenas que a embriaguez evitável, ainda que completa, nem sempre implica a impunidade do agente.

Uma questão mais ampla, que não pode ser integralmente respondida nesta sede, é

Bosch, 1992, p. 15; DEMETRIO CRESPO, E. **La tentativa en la autoría mediata y en la *actio libera in causa***: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa. Granada: Comares, 2003, p. 126; ALCÁCER GUIRAO, R. ***Actio libera in causa dolosa e imprudente***: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 100.

³²⁶ A heterogeneidade do rol do art. 20 do CP espanhol é destacada por LUZÓN PEÑA, D.-M. Eximentes y eximentes incompletas. In: _____. (org.). **Enciclopedia penal básica**. Granada: Comares, 2002, p. 696. Já tivemos oportunidade de manifestar nossa simpatia por esse critério, que relega à doutrina o problema da determinação da natureza jurídica e sistematização das causas de exclusão da punibilidade (QUANDT, G. de O. Uma breve comparação entre o PLS 236/2012 e o Projeto Substitutivo: aplicação da lei penal e teoria do delito. In: LEITE, A. (Org.). **Reforma Penal**: a crítica científica à Parte Geral do Projeto de Código Penal (PLS 236/2012). São Paulo: Atlas, 2015, p. 209, nota 646).

até que ponto os conceitos centrais da Parte Geral estão à disposição do legislador. A afirmação legal de que a omissão é *causal* (art. 13, *caput*); a sugestão de que todo codelinqüente é *autor* (arts. 25 a 27 da Parte Geral original, e especialmente a denominação o título IV que eles compunham – “Da coautoria”); a classificação uniforme e irrestrita do estado de necessidade como *causa de justificação*; essas opções são decisivas para a determinação da natureza jurídica desses institutos, ou devem ser interpretadas apenas nos seus efeitos práticos, reservando-se à doutrina o papel de sistematização?

Especificamente em relação ao art. 28, II, não nos parece problemático aceitar o critério legal de tratar a autocolocação no estado de inimputabilidade nessa exata sede – a da imputabilidade – e não na da tipicidade. A lei pode perfeitamente estatuir (de forma indireta) que a ação de beber não é ainda um início de execução, da mesma forma como o legislador alemão, para evitar o adiantamento da punibilidade que vinha sendo promovido pela jurisprudência daquele país, restringiu a tentativa aos atos *imediatamente* anteriores à realização do tipo.

De todo modo, ainda que se queira reinterpretar o art. 28, II, negando-lhe o efeito de informar a sede do problema, é preciso respeitar a clara opção legal de não enxergar uma tentativa punível no ato de embriagar-se para eliminar a imputabilidade. Assim, mesmo que se aceitasse a possibilidade de aplicação no Brasil da teoria da tipicidade à ALIC-inimputabilidade por embriaguez, seria necessário adotar alguma das formas de postergação da punibilidade expostas nos itens 5.1.3 e 5.1.4. Do contrário, o modelo da tipicidade gera o perigo de, em lugar de dar *fundamento* para a punibilidade de algumas das hipóteses abrangidas pela literalidade do art. 28, II, apenas fornecer ensejo para o *adiantamento* dessa punibilidade sob determinadas circunstâncias. Uma vez consolidado o modelo da tipicidade, não surpreenderia a disseminação da ideia de que ele se aplica à embriaguez *preordenada*, a qual seria então punível a título de tentativa já com a ação de embriagar-se, aplicando-se o art. 28, II (que identifica o início da punibilidade apenas no início da execução do fato ocorrido no instante t_2), aos demais casos. Com isso, não apenas não se resolveria o problema do dolo ou culpa supervenientes descrito no item 2.1, como a embriaguez preordenada sofreria tratamento ainda mais severo do que aquele expressamente dispensado pela lei:³²⁷ o sujeito que se embriagasse para desinibir-se e matar o desafeto poderia ser punido desde logo por tentativa de homicídio, ainda que fosse impedido por terceiros de praticar os atos mais diretamente homicidas, ou simplesmente caísse em sono profundo antes que pudesse levar a

³²⁷ A saber: desconsideração da interferência da embriaguez na imputabilidade (art. 28, II) e agravação da pena pela preordenação (art. 61, II, I).

termo seus planos. Uma adoção do modelo da tipicidade nesses termos tomaria de cada alternativa o que ela oferece de mais severo: para o dolo ou culpa supervenientes, o rigoroso regime legal; para a embriaguez preordenada, o adiantamento da punibilidade para o instante do ato de embriagar-se.

6.2.1 O modelo da tipicidade e a autoria mediata no Brasil

Outra dificuldade do modelo da tipicidade é o fato de que a autoria mediata – o instituto com o qual seus defensores geralmente comparam a ALIC – ainda não recebeu grande atenção no Brasil, especialmente no que concerne ao momento em que a ação do homem de trás passa de preparação impune para tentativa punível. De fato, a disciplina da lei brasileira para o concurso de agentes foi elaborada com vistas a tornar dispensável o recurso à autoria mediata, cuja expansão se deveu em parte à necessidade de preencher as lacunas de punibilidade surgidas na Alemanha em razão da adoção, naquele país, da teoria da acessoriedade extremada, segundo a qual a participação em sentido estrito (instigação e cumplicidade) seria punível unicamente se o executor material fosse culpável.³²⁸ De acordo com Hungria, com a adoção pela lei brasileira do conceito extensivo de autor – pelo qual todos os intervenientes são (co)autores, não havendo diferença entre autoria e participação – o problema da acessoriedade desapareceria, e poderia ser remetido com a autoria mediata ao “museu do direito penal”.³²⁹

É certo que a doutrina majoritária repudiou o juízo de Hungria,³³⁰ e as exposições sistemáticas do Direito vigente seguem tratando da autoria mediata,³³¹ à qual “nenhum argumento verdadeiramente válido tem sido oposto”.³³² No entanto, o destaque da autoria mediata do âmbito da participação em sentido estrito exerce pouca função nessas exposições, e o específico problema da identificação do momento do início da tentativa na autoria mediata em relação ao homem de trás permanece praticamente inexplorado.³³³ Nem mesmo nas

³²⁸ Cf. nota 211.

³²⁹ HUNGRIA, N; FRAGOSO, H. C. **Comentários ao Código Penal**, v. I, t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. I, t. II, n.º. 112, p. 405.

³³⁰ Destaca-se a crítica de Nilo Batista, que demonstrou irrefutavelmente que a repulsa intransigente à ideia da acessoriedade conduz antes a múltiplas autorias colaterais que à genuína coautoria (BATISTA, N. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 35).

³³¹ V., por todos, JESUS, D. E. de. **Direito Penal**, v. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 460; BUSATO, P. C. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2, p. 712; PRADO, L. R.; CARVALHO, E. M. de; CARVALHO, G. M. de. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 14 ed. São Paulo: RT, 2015, p. 404.

³³² BRUNO, A. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. II, p. 268.

³³³ V., todavia, as breves considerações de BATISTA, N. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os**

hipóteses do erro determinado por terceiro e da coação (arts. 20, § 2º, e 22), que constituiriam uma forma legislada de autoria mediata (ainda que sem essa denominação), a doutrina brasileira se empenhou em indicar quando inicia, em relação ao homem de trás, a tentativa do crime que o executor material é induzido fraudulentamente ou compelido a praticar.

Nesse contexto, o modelo da tipicidade perde um de seus principais pontos de apoio. A afirmação de que a ação de embriagar-se já preenche o tipo do crime que o ébrio virá a executar, é relativamente antiga,³³⁴ e antiga também é a réplica de que isso não pode seriamente sustentar-se.³³⁵ O paralelo com a autoria mediata serviria para demonstrar justamente que, sob determinadas circunstâncias, alguém pode ser *autor* – ou seja, realizar (ainda que com intermediação) o tipo³³⁶ – sem praticar diretamente os atos nele descritos, e possivelmente antes³³⁷ que o executor material ponha as mãos à obra. No Brasil, tal construção teria de prestar contas com o legislador histórico e, no que se refere ao início da tentativa para o autor mediato, com o art. 31. Com isso, a autoria mediata, em lugar de fornecer um suporte para o modelo da tipicidade, ou de iluminar o problema da identificação do instante em que inicia a execução dos crimes praticados por um instrumento humano, termina por constituir um problema adicional.³³⁸

6.2.2 Interpretações divergentes do art. 28, II

Como exposto no item 2.1, a doutrina amplamente dominante não vê maiores dificuldades na interpretação do art. 28, II, propondo a exegese literal adotada ao longo do texto, segundo a qual o dispositivo em questão manda ignorar, para efeitos de imputabilidade,

problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 150.

³³⁴ Referências em QUEIRÓS, N. de. **Teoria da “actio libera in causa” e outras teses**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 72; BRUNO, A. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. II, p. 53.

³³⁵ Cf. nota 188 supra.

³³⁶ Nesse silogismo “autoria mediata é autoria; ser autor é realizar o tipo; logo, o autor mediato pratica (com intermediação) o fato descrito no tipo”, não há como demonstrar nesta sede a segunda premissa. Para maiores detalhes, veja-se GRECO, L.; TEIXEIRA, A. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro**. In: GRECO, L. et al. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 47-80.

³³⁷ A menos que se aceite a solução global da tentativa (item 5.1.3 supra).

³³⁸ Como já indicado acima (nota 236), o problema da tentativa na ALIC e na autoria mediata podem ser considerados casos especiais do problema mais geral da punibilidade da tentativa acabada. Seguindo o trabalho de Roxin e Schmidhäuser, a doutrina estrangeira vem identificando situações nas quais o sujeito fez tudo o que lhe competia para realizar o tipo, mas o resultado deverá sobrevir, mesmo no plano do autor, apenas bem depois, o que, segundo a visão de um número crescente de autores, impediria que se fixasse o momento inicial da punibilidade já nesse instante em que a execução se encerra. Esse enquadramento da questão apenas alerta para o fato de que, salvo engano, tal problema – o da punibilidade da tentativa acabada – tampouco mereceu grande atenção no Brasil.

os efeitos da embriaguez evitável, tratando o ébrio – no plano da imputabilidade, repita-se – como se sóbrio estivesse.³³⁹ Embora uns poucos autores considerem o texto legal confuso,³⁴⁰ o fato é que as dificuldades estão em conciliá-lo com o princípio da culpabilidade,³⁴¹ e não na extração de seu conteúdo segundo uma interpretação literal.

Por outro lado, alguns autores afirmam que o ébrio não é capaz de dolo – nem mesmo daquele dolo “natural”, despido da consciência da ilicitude, que se firmou com a teoria da ação finalista – ou que não é possível distinguir dolo e culpa na conduta do ébrio. Se isso fosse correto, seria impossível a aplicação literal do art. 28, II, que determina a punição de quem incorre em embriaguez evitável segundo o dolo ou culpa manifestados já durante aquele estado. Rodrigues e Chamon Junior defenderam a primeira opção: para eles, a perturbação mental causada pela embriaguez, ao tirar o sujeito de si, afeta a própria capacidade de articulação de ideias e formação da vontade necessária para a existência do dolo.³⁴² Já a impossibilidade de distinção de dolo e culpa na conduta do ébrio foi postulada por Viana.³⁴³

É certo que, em casos extremos, a embriaguez pode afetar o dolo, ou mesmo a capacidade de ação (cf. item 6.1 supra). Esse fenômeno foi observado também em relação aos transtornos mentais a que se refere o art. 26 do CP, transtornos que podem atingir um grau tão elevado que afetam a própria compreensão da realidade circundante, e não apenas a capacidade de entender a proibição que recai sobre o comportamento e de se deixar motivar por ela.³⁴⁴ Mas essa não é a regra: o fato de que a embriaguez pode excluir o dolo ou a própria

³³⁹ Para algumas interpretações dissidentes, v. a nota 30 supra.

³⁴⁰ CHAMON JUNIOR, L. A. **Responsabilidade penal e embriaguez**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 235 (cf. nota 30 supra); TAVARES, J. **Teoria do crime culposo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2, p. 431.

³⁴¹ “É um esforço opara fazer incluir aquela solução [do art. 24, II, da antiga Parte Geral, atualmente adotada no art. 28, II] na estrutura sistemática do Código” (BRUNO, A. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. II, p. 152).

³⁴² RODRIGUES, E. S. M. **A embriaguez e o crime**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 46, 54, 58, 66, 77; CHAMON JUNIOR, L. A. **Responsabilidade penal e embriaguez**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 153.

³⁴³ VIANA, L. V. **Embriaguez no Direito Penal**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1949, p. 59. Próxima é a posição de Barros, para quem “no bêbado inconsciente não há dolo nem culpa” (BARROS, F. A. M. de. **Direito Penal, v. 1: Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 393). O termo “inconsciente” não aparece nessa passagem com o sentido usual de “desacordado”, significando antes “privado da base biopsicológica da imputabilidade” – uso que não é incomum na descrição da ação do ébrio (v., p. ex., ANDREUCCI, R. A. **Direito Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 134).

³⁴⁴ Silva Sánchez e Molina Fernández, entre outros, analisaram essas hipóteses em que o transtorno mental, mais do que afetar a imputabilidade, elimina a própria ação ou o dolo, o que aparentemente impediria a imposição de medida de segurança, a qual pressupõe um fato típico e ilícito. Como observam esses autores, isso cria um impasse, pois põe à margem das medidas de segurança justamente aqueles sujeitos cujos transtornos mentais são mais graves, e que decerto são mais perigosos do que os doentes mentais meramente inimputáveis. SILVA SÁNCHEZ, J.-M. ¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad. In: _____. **Normas y acciones em Derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 99-133; MOLINA FERNÁNDEZ, F. Error de

ação não elide aquele âmbito no qual, em razão da embriaguez completa, o sujeito já não é mais imputável, mas ainda pode agir com dolo.

Combatendo a opinião inversa, já analisada no capítulo 3, segundo a qual a embriaguez evitável jamais excluiria totalmente a imputabilidade, expôs Aníbal Bruno:³⁴⁵

Não se trata de saber se inteligência e vontade persistem no ébrio total, mas de que qualidade são a inteligência e a vontade que persistem, qual o processo em que se desenvolvem e os pressupostos em que assentam. Admite-se hoje que os inimputáveis podem ser capazes de dolo ou de culpa e neles só não se constitui a culpabilidade, fundamentando a sua punição, porque lhes falta a imputabilidade, pressuposto ou elemento do estado culpável. Há o elemento psicológico, mas falta o fundo de normalidade no entender e querer que o torne juridicamente relevante. Nem nos loucos, nem nos infantes, há privação total do entendimento e da vontade. Conhece-se a lógica segura com que o paranoico perseguido ruma os seus planos e os conduz, dentro de uma sequência sistemática, aos atos violentos que venha a praticar. O louco furioso que espera o enfermeiro para atacá-lo e estrangulá-lo atua com inteligência e vontade. Mas ninguém pensar em fazer valer essa inteligência e essa vontade no campo do Direito. Elas se anulam juridicamente por força do mecanismo delirante que lhes serve de base. Por isso o dolo do ébrio, como o do doente mental, fica normalmente sem relevância jurídica, por essa ausência das condições normais de entendimento e vontade, isto é, de imputabilidade, que deixa desintegrada a estrutura da culpabilidade. Isso mesmo reconhece o Código em relação à embriaguez accidental completa.

Ao afirmarem que o ébrio é incapaz de dolo, Rodrigues e Chamon Junior sobrecarregam este último conceito e praticamente põem a própria imputabilidade como pressuposto do tipo subjetivo, seguindo caminho diverso daquele trilhado pela doutrina amplamente dominante.^{346, 347}

tipo derivado de anomalias o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito. In: GARCÍA VALDÉS, C. et al. (org.). **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. Madrid: Edisofer, 2008, t. II, p. 1329-1364.

³⁴⁵ BRUNO, A. Embriaguez voluntária ou culposa e responsabilidade penal. In **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, v. 2, n.º. 7, out.-dez. 1964, p. 19.

³⁴⁶ Entre nós, quem põe a imputabilidade como pressuposto da ação típica, ou melhor, da própria ação sobre a qual recai o juízo da tipicidade, é Reale Júnior (REALE JÚNIOR, M. **Instituições de Direito Penal**, Parte Geral, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 131 e 207). Essa opção, se desenvolvida conseqüentemente, promoveria verdadeira duplicação da teoria do delito, que se desmembraria em relação aos inimputáveis não apenas no exame da culpabilidade, mas já no início, na apreciação da existência da ação humana, que existiria em sua forma plena apenas quanto aos imputáveis (REALE JÚNIOR, M. Op. cit., v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 172). De qualquer forma, nem mesmo esse autor extrai maiores conseqüências de sua proposta, mantendo inclusive a sequência usual da exposição dos temas e dissertando sobre a imputabilidade apenas após a ação, a tipicidade e a ilicitude.

³⁴⁷ Rodrigues baseia seu argumento na teoria finalista da ação. No entanto, essa teoria, ao pôr o dolo e a culpa no tipo e transferir para a tipicidade problemas que antes eram analisados apenas na culpabilidade, não afeta o conceito de imputabilidade. Não compõe em absoluto os postulados do finalismo a afirmação de que a embriaguez completa necessariamente afeta o dolo e não apenas a imputabilidade, e muito menos se deduz daquele sistema que a imputabilidade é pressuposto do dolo. De fato, a afirmação de que a embriaguez completa, ao afetar a imputabilidade, impede a própria existência do dolo ou da culpa, era compreensível em Noronha, para quem estes são formas da culpabilidade (NORONHA, E. M. **Direito Penal**, v. 1: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963, n.º. 114, p. 225), mas com a transposição do dolo e da culpa para o tipo, perde toda sustentação. Em outras palavras: o finalismo, ao mover para o tipo o dolo e a culpa, mais atrapalha do que ajuda a tese de que o ébrio não pode agir dolosamente. De acordo com Alonso Álamo, a pergunta sobre a possibilidade de atuação dolosa pelo inimputável “debe ser contestada afirmativamente desde los presupuestos de la teoría finalista del delito” (ALONSO ÁLAMO, M. La acción “libera in causa”. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**,

Da mesma forma, a afirmação de que não é possível distinguir dolo e culpa na conduta do ébrio não conta com maior apoio doutrinário. Certamente essa distinção pode ser difícil, como já o é no caso dos sujeitos sóbrios, e talvez sejam necessários critérios adicionais para resolvê-la em relação ao fato do ébrio, cuja compreensão da realidade é reduzida em relação à pessoa sóbria, mas a necessidade de separação dos conceitos permanece.

6.2.3 O modelo da tipicidade e outras situações de *actio libera in causa* por embriaguez

Como adiantado no item 6.1, uma vez constatada a não coincidência da ALIC, da embriaguez e da disciplina do art. 28, II, ficam sem tratamento legal expresso diversos outros problemas penais que o consumo de álcool pode ocasionar. Um deles é o exemplo já referido do guarda-barreira que, após embriagar-se, não realiza a operação nos trilhos necessária para evitar um desastre, porque adormeceu (ausência de ação por inconsciência), ou não dispunha de coordenação motora ou forças suficientes para operar as alavancas que controlam os trilhos (ausência de capacidade física de agir), ou simplesmente não soube distinguir de seus delírios o ruído do comboio que se aproximava (ausência de dolo).

Uma vez que os manuais geralmente apresentam a ALIC a propósito da embriaguez, forte é a tendência de os temas se misturarem: Mezger, por exemplo, menciona o caso do motorista que adormece ao volante e mata uma criança ao tratar da exigência da imputabilidade no momento do fato.³⁴⁸ No caso brasileiro, a confusão entre os temas é agravada pela frequente introdução da ALIC no estudo do art. 28, II. No entanto, como já advertido no item 4.1, o fato de a imputabilidade por embriaguez e a ausência de ação poderem constituir casos de ALIC (como estrutura), não necessariamente eles receberão o mesmo tratamento, até mesmo porque, como também já advertido, o regime legal de cada hipótese pode variar. Em particular, pretender resolver o problema do motorista *sóbrio* que dorme ao volante com recurso ao art. 28, II, é evidentemente fora de propósito, pois não existe aí um problema de imputabilidade, e muito menos de embriaguez. Mesmo em relação a esta, quando o estado defeituoso por ela causado não for a imputabilidade, mas algum outro (incapacidade de ação, ausência de dolo etc.), a situação exigirá uma solução própria, a qual

Madrid, 1989, p. 94). No mesmo sentido, Frago: “se se adota o enquadramento básico da teoria finalista da ação, não pode haver dúvida de que o inimputável também pode agir dolosamente” (HUNGRIA, N; FRAGOSO, H. C. **Comentários ao Código Penal**, v. I, t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, n.º. 69, p. 604). Rodrigues aceita essa afirmação para o doente mental, mas a rejeita para o ébrio (RODRIGUES, E. S. M. **A embriaguez e o crime**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 58). Sobre a capacidade de dolo do inimputável, v. tb. STRATENWERTH, G. **Derecho penal, Parte General I: el hecho punible**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, § 10/34, p. 287.

³⁴⁸ MEZGER, E. **Tratado de Derecho Penal**, t. II. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949, § 37 III, p. 61.

poderá eventualmente ser dada pelo modelo da tipicidade.

Assim, é equivocada a afirmação de Tavares³⁴⁹ de que o art. 28 do CP,³⁵⁰ “à primeira vista”, pretende disciplinar tanto a ALIC como a *omissio libera in causa* (em que o estado defeituoso do momento t_2 é a incapacidade de ação): os casos de ausência de ação, geralmente incluídos no âmbito da ALIC, não se acomodam bem ao modelo da exceção e não são regulados pelo art. 28, II, pois a problemática da ação e sua ausência se insere no âmbito do título II da PG do CP, “Do crime” – em especial do art. 13 – e não do título III, “Da imputabilidade penal” e seu art. 28, II. Com a proposta desse autor de procurar (ainda que “à primeira vista”) a solução da *omissio libera in causa* no art. 28, II, o círculo de confusões se completa: a Exposição de Motivos a identificar incorretamente a ALIC com o regime legal da imputabilidade na embriaguez; a doutrina dominante a expor a ALIC apenas no estudo da influência da embriaguez sobre a imputabilidade, embora o conceito geralmente adotado de ALIC alcance também as situações de ausência de ação; o art. 28 do CP sendo invocado para solucionar problemas inteiramente estranhos à questão da imputabilidade.

A impossibilidade de aplicação do art. 28, II, à generalidade dos casos em que a embriaguez interfere decisivamente na prática do fato, foi identificada por Aníbal Bruno ao tratar do erro de fato do ébrio:³⁵¹

Desde que, segundo a ficção admitida pelo Código, a embriaguez não fortuita não exclui a imputabilidade, o ato praticado pelo ébrio será tido por doloso ou culposo, não segundo o dolo ou a culpa inicial, da fase de imputabilidade real, como o seria em caso de *actio libera in causa*, mas conforme o elemento subjetivo que informa a ação ou omissão criminosa no momento em que é praticada. Note-se, porém, que, admitindo-se o dolo ou a culpa, tem de admitir-se também o erro, o erro do ébrio, que subtrai a coisa alheia, julgando, na embriaguez, que ela lhe seja própria, ou o daquele que agride por considerar-se, na confusão da crise alcoólica, em situação de legítima defesa ou estado de necessidade.

Recentemente, Nucci retomou o tema e concluiu que não aproveita ao ébrio a suposição errônea dos pressupostos reais de uma causa de justificação. Após transcrever um trecho particularmente obscuro da monografia de Queirós,³⁵² o qual fundamenta a punibilidade do agente justamente naquela concepção amplíssima de ALIC por si adotada,

³⁴⁹ TAVARES, J. **Teoria dos crimes omissivos**. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 301.

³⁵⁰ O autor menciona o art. 26, mas cremos que houve erro material na indicação do dispositivo.

³⁵¹ BRUNO, A. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. II, p. 156. O exemplo do furto não é particularmente feliz, pois o erro termina por determinar a ausência do elemento subjetivo especial do tipo de furto conhecido como ânimo de assenhoreamento, de modo que não se trata de um caso puro de erro. A passagem de Bruno é parcialmente citada por Fragoso (HUNGRIA, N; FRAGOSO, H. C. **Comentários ao Código Penal**, v. I, t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, n.º. 77, p. 612). Também conferindo relevância ao erro do ébrio, NORONHA, E. M. **Direito Penal**, v. 1: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963, n.º. 114, p. 225; MARQUES, J. F. **Tratado de Direito Penal**, v. II. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, § 77/3, p. 186.

³⁵² Nucci indica a p. 72 da *Teoria da “actio libera in causa” e outras teses*. Na 2ª edição da obra de Queirós, consultada para a elaboração do presente trabalho, a passagem está na p. 58.

Nucci afirma:³⁵³

A conclusão está de acordo com o princípio segundo o qual a embriaguez voluntária ou culposa, mas não preordenada, espelha uma responsabilidade penal objetiva e jamais a teoria da *actio libera in causa*. Portanto, se, embriagado voluntariamente, o agente, não conseguiu perceber a situação como, de fato, ocorria, agredindo um inocente, deve responder pelo delito, sem poder alegar legítima defesa putativa (ou qualquer outra excludente putativa).

A passagem é bastante discutível, pois não apenas se baseia num autor que adota ponto de partida diametralmente oposto,³⁵⁴ como propõe a extensão de um regime controvertido e claramente excepcional para além do que dispõe a lei, contrariando o texto exposto do art. 20, § 1º, segundo o qual a inescusabilidade do erro de tipo permissivo importa em punição apenas por crime culposo:

§ 1º – É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

De toda forma, não importa tanto a solução que o autor dá à hipótese de erro de tipo permissivo do ébrio, mas sim o fato de que, ao postular (incorretamente) sua irrelevância, ele implicitamente reconheceu que a solução não pode ser buscada diretamente no texto do art. 28, II.³⁵⁵

Assim, naqueles casos em que o estado defeituoso, embora provocado pela embriaguez, não é exatamente a ausência de capacidade de culpabilidade, mas a própria ausência da capacidade de ação ou a capacidade de percepção necessária para o dolo, o art. 28, II, é inaplicável. O mesmo sucede quando o estado defeituoso não se deve à embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos. Nessas hipóteses, ao menos em princípio, o modelo da tipicidade pode recobrar validade. Como já salientado, pouco importa se a solução do modelo da tipicidade será adotada sob esse nome, ou mesmo sob o epíteto mais genérico de ALIC, ou se ela decorrerá diretamente da dogmática do comportamento típico.

Especificamente em relação ao Direito brasileiro, nos crimes culposos, o problema frequentemente não é de imputabilidade, de modo que a adoção do modelo da tipicidade não é

³⁵³ NUCCI, G. de S. **Código Penal comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, nota 17-A ao art. 28, p. 313.

³⁵⁴ Como já referido no primeiro capítulo, Queirós propunha uma solução próxima à do regime do Código vigente baseando-se na ALIC, ao passo que Nucci concede que essa teoria tem pressupostos mais restritos e justifica o regime da lei por questões práticas.

³⁵⁵ A ocorrência do estado defeituoso no instante t_2 é indiscutível. A questão seria determinar se o modelo da tipicidade permite fundamentar no ato de embriagar-se a punição por dolo. É a custo que se imagina um caso em alguém se embriaga conscientemente assumindo o risco de incorrer em erro de tipo permissivo. Em algumas situações, o modelo da tipicidade permitiria concluir que, ao embriagar-se, o sujeito tornou inescusável o erro, merecendo a pena da forma culposa do crime (art. 20, § 1º, *in fine*). Fora delas, e do próprio âmbito da ALIC, o problema consiste em determinar se a escusabilidade do erro é aferida com vistas a um sujeito sóbrio ou a um ébrio.

impedida pelo art. 28, II, que enfatiza os acontecimentos no instante t_2 . Com efeito, a afirmação de que a embriaguez evitável não exclui a imputabilidade nada diz sobre o problema da perda da coordenação motora, da capacidade de concentração e dos reflexos exigidos na condução de veículo automotor, por exemplo. Em outras palavras: a proclamação de que a embriaguez evitável não exclui a imputabilidade não explica por que o sujeito afetado pelo álcool não deve dirigir, operar máquinas pesadas ou realizar intervenções cirúrgicas. Assim, o modelo da tipicidade da ALIC, seja sob esse nome, seja apresentado meramente como “aplicação das regras gerais dos crimes culposos”, é aceito na doutrina para a explicação da ALIC culposa, e tal adoção não contrasta com o art. 28, II, do CP.

Quanto a esses casos de ALIC por embriaguez (e talvez também por outros motivos) em que o estado defeituoso não é de inimputabilidade, o modelo da tipicidade pode ser útil. Interpretando o Código Penal espanhol (cf. 6.2 supra), Alcácer Guirao se mostra contrário à aplicação de modelos de ALIC diversos para cada situação³⁵⁶. No entanto, não justifica suficientemente a exigência de uniformidade, a qual não se concilia com o reconhecimento, pelo próprio autor, de que a compreensão da ALIC como estrutura não implica a adoção de uma solução uniforme para todos os casos por ela abrangidos.³⁵⁷

Um caso especialmente difícil é o da *omissio libera in causa*, em que o estado defeituoso é caracterizado pela incapacidade de ação, da qual decorre a não realização da ação necessária para salvamento do bem jurídico. Conforme já destacado (item 5.2.4), nessas hipóteses de ALIC-ausência de conduta, o modelo da exceção é imprestável – não tanto pela inexistência de “actio” a ser reputada “libera in causa”, mas pela impossibilidade de encontrar, no instante t_2 , o elemento subjetivo a fundamentar a imputação.³⁵⁸

Alguns críticos da ALIC, como Zaffaroni, ou da inclusão na ALIC das situações de ausência de ação, como Díaz Pita, afirmam que existe aí um fato punível “segundo as regras gerais”, sem a necessidade de uma estrutura excepcional como seria a ALIC.³⁵⁹ Como já destacado, esse tipo de observação diz muito mais sobre o uso da expressão ALIC pelos

³⁵⁶ ALCÁCER GUIRAO, R. *Actio libera in causa dolosa e imprudente*: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 98.

³⁵⁷ Cf. nota 141 supra.

³⁵⁸ A bem da verdade, na *omissio libera in causa*, o sujeito pode se tornar incapaz de praticar a ação salvadora sem perder a consciência ou toda a capacidade de ação: pense-se no exemplo de Ulisses e as sereias, ou no salvavidas que consome um relaxante muscular que, embora não o impeça de realizar todo movimento corporal, não lhe deixa forças suficientes para salvar um banhista que esteja se afogando. Numa hipótese assim, é possível que o sujeito conserve o “dolo” no momento da inação, como também pode ocorrer de ele arrepender-se e ter de assistir impotente à tragédia. Ainda assim, sem a capacidade de ação, a opinião do sujeito sobre uma situação incontornável não chega a ser dolo. De toda forma, o caso paradigmático provavelmente é o de incapacidade de toda ação no instante t_2 , no qual a noção de dolo definitivamente não tem pode ter lugar.

³⁵⁹ Zaffaroni, cf. nota 251 supra; DÍAZ PITA, M. del M. *Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 119 (pouco clara).

autores do que sobre a consistência do modelo da tipicidade, pois este também pretende resolver os casos de ALIC (como estrutura) pela aplicação das “regras gerais”. Segundo a convenção terminológica deste trabalho, esses autores não fazem mais do que reconhecer o modelo da tipicidade para a *omissio libera in causa*. Neste tópico, interessa apenas destacar que essas “regras gerais” aptas a fazer ver, na ação de se tornar incapaz de praticar um salvamento que uma situação futura iria exigir, uma tentativa punível, são mais problemáticas do que parecem.

A lei brasileira exige, para conferir relevância penal à omissão, que o sujeito seja capaz de praticar a ação voltada a evitar o resultado lesivo:

Relação de causalidade

Art. 13 – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

(...)

Relevância da omissão

§ 2º – A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. (...)

Os termos utilizados pela lei certamente são discutíveis, pois a ausência da capacidade de agir não elimina a *relevância penal* da omissão, mas a própria *existência* de uma omissão, cujo conceito pressupõe a capacidade de agir: o pai que, por não saber nadar, observa horrorizado o afogamento do filho após este ser arrebatado por uma súbita onda, não realiza omissão alguma, pois o próprio dever de agir decai ante aquela impossibilidade. Apesar disso, a necessidade da capacidade de agir para a tipicidade da não realização da ação salvadora é reconhecida pela doutrina dominante.³⁶⁰ A questão, portanto, é fundamental, especialmente diante do disposto no art. 13, § 2º, a afirmação de que a eliminação da capacidade de agir pode constituir uma tentativa de crime omissivo.

Em termos puramente intuitivos, parece haver uma certa equivalência material entre a omissão e a *omissio libera in causa*, baseada na ideia de que o dever de impedir o resultado abrange o de manter-se apto a impedi-lo. Assim, a ação voltada a frustrar a possibilidade de cumprimento de um dever merece punição – quiçá a mesma punição do próprio descumprimento do dever. O problema é que a omissão já é equiparada à ação nos crimes omissivos impróprios, e equiparar algo à própria omissão vem a criar uma cadeia de assimilações que o princípio lógico da transitividade talvez não seja capaz de sustentar. Além disso, é discutível se essa construção é sustentável perante a lei em vigor, que exige, como visto, a capacidade de agir.

³⁶⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E. Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, 1987, p. 589, nota 23.

Silva Sánchez e Joshi Jubert sugerem que, ao tornar-se incapaz de agir, o sujeito pratica um crime omissivo, ainda que o faça por uma conduta ativa. Creem que o perigo, ainda que distante no tempo, já é imediato, pois ao se colocar na situação de incapacidade de agir, o sujeito atua no último instante em que poderia fazer algo para evitar o resultado. Assim, mesmo que o trem só deva passar no local em algumas horas, o guarda-barreira que consome um sedativo já comete uma tentativa de crime omissivo impróprio.³⁶¹ Já Gimbernat Ordeig, após examinar as várias soluções propostas para fundamentar a punibilidade da *omissio libera in causa*, conclui que a interrupção de um curso causal salvador exigiria previsão expressa na lei como um *tertium genus* de forma de realização do crime, ao lado da ação e da omissão.³⁶²

Uma vez que o presente trabalho tem como objeto específico a relação da ALIC com o art. 28, II, do CP, o problema da *omissio libera in causa* é mencionado principalmente para ilustrar como, numa das hipóteses em que o modelo da tipicidade enfrenta maiores dificuldades – pois as “regras gerais de imputação” em que ele pretende basear-se não se mostram particularmente aptas – uma parte da doutrina rejeita a aplicação da ALIC (segundo o modelo da tipicidade) por julgar possível resolvê-la... pelas “regras gerais de imputação”!

6.3 O MODELO DA EXCEÇÃO, A EMBRIAGUEZ, A IMPUTABILIDADE E O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Como visto no item 5.2.2, as críticas dirigidas ao modelo da exceção concernem à possível violação do princípio da legalidade e à incorreção material do modelo. Em relação à primeira, não é difícil constatar que ela não tem validade no Direito brasileiro para as hipóteses de ALIC-inimputabilidade por embriaguez, pois o CP prevê expressamente a irrelevância da embriaguez evitável para a imputabilidade (art. 28, II). A afirmação de Machado/Berti de que “não se pode permitir, em um Estado de Direito, que se castiguem, em função de uma culpa antecedente, condutas que não são abarcadas pela culpabilidade deste sujeito, visto que vulneram, maleficamente, o teor literal da lei”,³⁶³ parece antes referir-se ao

³⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, J.-M. **El delito de omisión: concepto y sistema**. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2003, p. 334; JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto**. Barcelona: Bosch, 1992, p. 204.

³⁶² GIMBERNAT ORDEIG, E. La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, 2000, p. 114.

³⁶³ MACHADO, F. G. de P.; BERTI, N. *Actio libera in causa*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 900, out. 2010, p. 454.

Direito alemão, pois desconsidera o art. 28, II, e exigiria fundamentação adicional.^{364, 365} Como adiantado nos itens 2.1 e 2.2, a crítica mais difundida que a lei brasileira sofre é justamente no sentido oposto, isto é, de ter se excedido na dispensa da imputabilidade, punindo fatos que não se enquadram na concepção mais estrita de ALIC (que busca no dolo ou culpa verificados no momento de embriagar-se e relativos ao fato criminoso posteriormente praticado o fundamento da punição do agente), tais como aqueles em que o dolo ou culpa são supervenientes à embriaguez.³⁶⁶

Caso a segunda crítica – de incorreção do ponto de vista material – possa ser superada, o modelo da exceção parece abrir novas e fecundas possibilidades de interpretação do art. 28, II, do CP.

6.3.1 A imputabilidade *ex vi legis*, o abuso de direito e o princípio da igualdade

Na Espanha, Díaz Pita interpretou os dispositivos legais relativos à inimputabilidade provocada como a acolhida do modelo da exceção e pôs-se a buscar um fundamento material para ele. A proposta daquela autora, embora exija certas adaptações e constitua antes um ponto de partida do que uma solução acabada, pode ser proveitosamente aplicada ao caso brasileiro.

Baseando-se em Hormazábal Malarée e Bustos Ramírez, concluiu a autora espanhola que tratar o sujeito que se embriaga para, nesse estado, cometer um crime, da mesma forma como a lei trata a vítima de embriaguez inevitável, violaria o princípio da igualdade.³⁶⁷ De acordo com ela, esse princípio impede que se dispense ao sujeito acometido por embriaguez inevitável o mesmo tratamento reservado para os criminosos em geral, em razão das perturbações que o álcool provoca na consciência do sujeito. Contudo, seria da mesma forma

³⁶⁴ Que certamente não poderia limitar-se à afirmação algo exagerada e ribombante de que o princípio da coincidência é “um dos mais importantes princípios dos Estados Democráticos” (MACHADO, F. G. de P.; BERTI, N. *Actio libera in causa*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 900, out. 2010, p. 463).

³⁶⁵ Na Espanha, alguns autores têm enxergado na segunda parte do item 1º do art. 20 do Código daquele país a consagração expressa do modelo da exceção (cf. ALCÁCER GUIRAO, R. *Actio libera in causa dolosa e imprudente*: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005, p. 44, com referências; v., todavia, as ressalvas nas p. 49 e 94 da mesma obra).

³⁶⁶ O crítico da ALIC Zaffaroni elogia as objeções de Cousiño Mac Iver à teoria, que sem dúvida são muito interessantes. O que aquele não menciona é que este, a par de julgar a teoria inconsistente, reputava-a supérflua perante o Código Penal chileno, que, tal como o brasileiro, condiciona a eficácia escusante da embriaguez à inevitabilidade dela (art. 10, 1º). Como Cousiño Mac Iver não enfrenta as objeções sintetizadas no capítulo 3 supra nem apresenta construção análoga ao modelo da exceção, satisfazendo-se com a literalidade da lei de seu país, sua crítica é tão instigante quanto decepcionante. ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General, t. III. Buenos Aires: Ediar, 1981, n.º. 379, p. 443; COUSIÑO MAC IVER, L. **Derecho Penal chileno**, t. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1975, p. 526; t. III, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 134.

³⁶⁷ DÍAZ PITA, M. del M. *Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 184.

indevido tratar aquele que é atingido passivamente pela embriaguez e o sujeito que, conhecedor da eficácia escusante dos efeitos do álcool, a eles voluntariamente se submete.

Acrescenta a autora que a embriaguez, em si considerada, é idêntica,³⁶⁸ mas que a lei não confere eficácia escusante à embriaguez por si mesma, mas pela interferência na capacidade de compreender e de querer do sujeito. Na medida em que ele voluntariamente se embriaga, compreendendo e querendo o fato ilícito que irá cometer sucessivamente, a *ratio legis* da previsão da inimputabilidade por embriaguez desaparece.

Contudo, essa explicação ainda não fornece limites para o modelo da exceção. Como visto no item 5.2.3, existem variantes desse modelo que permitem a punição por dolo mesmo sendo culposa a embriaguez, desde que previsível o cometimento do crime (Hruschka), assim como há variantes que se identificam com o sistema legal brasileiro interpretado em sua literalidade: sendo evitável a embriaguez, o agente será punido pelo dolo ou pela culpa demonstrados no momento do fato (isto é, já no estado defeituoso), ainda que esse fato fosse absolutamente imprevisível no instante em que ele se embriagou (González Rivero). No item 2, indicou-se que a intuição largamente dominante na doutrina é a de que a punição por crime doloso deve ser condicionada à existência de dolo, já no instante t_1 , em relação ao crime a ser praticado (e não apenas o “dolo” em relação à embriaguez).

Essa intuição da doutrina dominante pode ser justificada com recurso às ideias de abuso de direito e fraude à lei, igualmente mencionadas por Díaz Pita e também por Balbino.³⁶⁹ Ao embriagar-se com dolo direto ou eventual do futuro cometimento de um crime, o sujeito busca indevidamente uma escusa concebida, em primeira linha, para as hipóteses de embriaguez inevitável, tirando proveito em prejuízo alheio de uma situação que ele poderia perfeitamente evitar. No dizer de Díaz Pita,³⁷⁰

La figura de la alic vendría, así, a representar un mecanismo de defensa del propio ordenamiento jurídico, dirigido a evitar la utilización torticera de los mecanismos en el mismo previstos, para eximir de sanción en determinados casos.

Com o recurso à fraude à lei e ao abuso de direito, excluem-se do âmbito de

³⁶⁸ DÍAZ PITA, M. del M. *Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 191. Este ponto foi destacado no item 3 supra e é o que separa, em maior medida, a proposta acolhida e desenvolvida no texto daquela apresentada por Balbino (cf. item 3 supra).

³⁶⁹ DÍAZ PITA, M. del M. *Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 185; BALBINO, E. D. V. *Culpabilidade e actio libera in causa no Estado democrático de direito*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014, p. 153. Alcácer Guirao indica outros autores espanhóis que se louvam na figura da fraude à lei (ALCÁCER GUIRAO, R. *Actio libera in causa dolosa e imprudente: la estructura temporal de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2005, p. 45). Breves considerações em JOSHI JUBERT, U. *La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 239.

³⁷⁰ DÍAZ PITA, M. del M. *Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 185.

aplicação do art. 28, II, aquelas situações em que o sujeito embriagou-se evitavelmente, mas sem dolo em relação ao fato que viria a praticar, pois fraude e abuso culposos são uma contradição em termos. Com isso, chega-se à solução proposta por Assis Toledo e outros, que é a de interpretar a legislação segundo os resultados da forma mais estrita da ALIC.³⁷¹

Por fim, como convincentemente demonstrou Díaz Pita, não seria o caso de punir o sujeito apenas por uma infração *sui generis* consistente em se pôr em condição de inimputabilidade, pois quando ele se põe nesse estado com dolo dirigido à futura prática de um crime, revela aquela compreensão necessária para o próprio juízo de imputabilidade. A solução mais direta é simplesmente compensar a fraude operada pelo sujeito com a desconsideração de sua embriaguez para efeitos de inimputabilidade.³⁷²

A solução aqui proposta coincide em certa medida com aquela sugerida por Balbino, a qual, embora não defendesse por completo o modelo da exceção, reconheceu-lhe certa capacidade explicativa para o Direito vigente.³⁷³

Em síntese, a totalidade dos argumentos de ambos os modelos não solucionam a *Alic* no Direito Penal brasileiro, por este possuir regras próprias e necessita apenas justificar melhor a culpabilidade; porém alguns argumentos do modelo da exceção contribuem com essa incumbência.

No entanto, em Balbino o argumento da fraude à lei aparece combinado com a afirmação de que a embriaguez evitável não elimina a imputabilidade, pois não “destrói as conexões reais e objetivas de sentido da atuação do agente” e porque “a pessoa que abusa do álcool porta estruturas mentais intactas”³⁷⁴, o que foi criticado no item 3 supra. Consequentemente, enquanto no presente trabalho se sugere uma interpretação que permita adequar o art. 28, II, à concepção mais estrita de ALIC defendida pela doutrina majoritária (especialmente entre os comentadores da Parte Geral original do CP, cf. item 2.1 supra), a autora não logra definir exatamente o alcance prático de sua proposta, que tanto pode ser o da ALIC em sua formulação mais ortodoxa, como pode ser o da lei vigente interpretada em sua literalidade. Após repetir exaustivamente que a embriaguez evitável não “destrói as conexões reais e objetivas de sentido da atuação do agente”, Balbino postula uma solução para um exemplo prático que pode perfeitamente ser interpretado de acordo com a ALIC em sua forma mais ortodoxa exposta no capítulo 2.1, e não com o regime legal literalmente aplicado: o sujeito que se embriaga sabendo que pode vir a agredir seu desafeto e anuindo com essa

³⁷¹ Cf. nota 75 supra.

³⁷² DÍAZ PITA, M. del M. *Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 190.

³⁷³ BALBINO, E. D. V. *Culpabilidade e actio libera in causa no Estado democrático de direito*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014, p. 132.

³⁷⁴ Cf. notas 127 e 129 acima.

possibilidade comete homicídio doloso ao matá-lo. A se aceitar a premissa de que a embriaguez evitável é sempre irrelevante para a imputabilidade, a referência ao dolo de homicídio no momento de embriagar-se é inteiramente desnecessária.³⁷⁵ Esse *non sequitur*, além de legitimar a afirmação de que a autora não distingue entre ALIC e o regime legal,³⁷⁶ repete o defeito dos textos de Costa e Silva e Leiria de não deixar claros os limites da punibilidade do fato do ébrio, por completa ausência de indicação da solução a se dar aos casos de dolo superveniente à embriaguez.³⁷⁷ Em Balbino, não fica claro se é a simples evitabilidade da embriaguez que inibe sua eficácia elidente da imputabilidade, ou se é a predisposição ao cometimento de um crime que opera tal efeito.

6.3.2 *Actio libera in causa* e a “ficção de imputabilidade”. A diferença entre a imputabilidade e sua base biopsicológica.

Ao lamentar a solução legal para o fato do ébrio, a doutrina geralmente afirma que o Código estabelece uma ficção de imputabilidade e viola o princípio da culpabilidade, ao tratar o inimputável como se imputável fosse. Como referido, a doutrina usualmente define a imputabilidade como a capacidade de compreender o caráter ilícito do fato e de se determinar conforme esse entendimento (cf. item 2.2). Uma vez adotada essa definição, a solução do art. 28, II, do CP, é por vezes interpretada como uma ficção legal.³⁷⁸

O que se pretende demonstrar neste tópico é que não é necessário recorrer a essa “ficção legal” para explicar o modelo da exceção, nos termos propostos no item precedente. Mais especificamente, sugere-se que se diferencie a *imputabilidade*, como conceito jurídico, da sua *base biopsicológica ordinária*, que é a capacidade do agente de compreender o caráter ilícito do fato e de se determinar de acordo com esse entendimento. Na generalidade dos casos, a imputabilidade pressuporia a base biopsicológica com que a doutrina a identifica, mas

³⁷⁵ BALBINO, E. D. V. **Culpabilidade e actio libera in causa no Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014, p. 162. O exemplo principia com a afirmação de o agente “sabe ou podia saber que, quando ingere bebidas alcoólicas ou substâncias análogas, torna-se intolerável e inconsequente” (p. 162). A insuficiência do “podia saber” para a caracterização do dolo eventual é manifesta; de toda forma, as passagens subsequentes indicam que houve anuência com a possibilidade da prática de violência na fase t_2 (p. ex, na p. 163: “‘A’ ingere bebidas alcólicas de modo intencional e aceita o resultado, a saber, a prática do homicídio”).

³⁷⁶ Cf. nota 164 supra.

³⁷⁷ Cf. notas 30 e 164 supra.

³⁷⁸ BRUNO, A. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. II, p. 154; MARQUES, J. F. **Tratado de Direito Penal**, v. II. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, § 77/2, p. 184; NORONHA, E. M. **Direito Penal**, v. 1: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963, n.º. 114, p. 225; LYRA FILHO, R.; CERNICCHIARO, L. V. **Compêndio de Direito Penal**. São Paulo: Bushatsky, 1973, p. 193; COSTA JÚNIOR, P. J. da. **Direito Penal objetivo**: comentários atualizados. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2006, p. 74; FRANCO, A. S. Comentários ao art. 28. In: FRANCO, A. S.; STOCO, R. (org.). **Código Penal e sua interpretação**. 8. ed. São Paulo: RT, 2007, n.º. 2.00, p. 219.

em determinadas situações – aquelas contempladas na ALIC –, a imputabilidade poderia ser afirmada extraordinariamente sem aquela base biopsicológica, em razão da existência de um sucedâneo apto que lhe supra a falta. Ter-se-ia, sem dúvida, uma imputabilidade *ex vi legis*, como às vezes diz a doutrina,³⁷⁹ mas não por uma ficção, e sim pelo reconhecimento de que, em casos excepcionais, a base biopsicológica usual da imputabilidade pode ser substituída por outras circunstâncias. Refutando expressamente a objeção de que se trata de uma ficção de imputabilidade, expõe Dias:³⁸⁰

É este afinal um caso (só um caso a mais, entre outros) em que no momento do facto se verifica a existência de uma anomalia psíquica no agente – o substrato biopsicológico da inimputabilidade –, mas àquela não pode ser atribuído o efeito normativo-compreensivo indispensável para que o facto deva ser jurídico-penalmente tratado como facto de um inimputável (supra, § 25 e s.).

Como já mencionado anteriormente (item 3), a imputabilidade é, antes de tudo, um conceito jurídico, e significa a possibilidade de o sujeito sofrer a imputação de um fato punível. Ainda que se postule, com base na própria lei, que ordinariamente a imputabilidade pressupõe a normalidade das faculdades mentais, não existe razão para se afastar *a priori* a ideia de que, extraordinariamente, essa possibilidade de sofrer a imputação de um fato punível possa prescindir daquelas faculdades.

Essa distinção da imputabilidade, como conceito jurídico, e da sua base biopsicológica usual, permite melhor compreender a inimputabilidade dos menores de 18 anos, que é afirmada independentemente da real capacidade do adolescente de entender e de querer: em lugar de uma presunção absoluta de incapacidade, a proclamação da inimputabilidade independentemente da capacidade ou incapacidade do adolescente.

Não é demais insistir na diferença entre enxergar no regime legal uma ficção, como vem fazendo a doutrina, e propor a clara distinção entre a imputabilidade, como conceito jurídico, e a capacidade de entender e de querer, como seu substrato biopsicológico ordinário. Segundo a doutrina majoritária, a lei vigente, animada por critérios puramente pragmáticos, simplesmente desconsidera a embriaguez completa evitável, fingindo enxergar no ébrio uma capacidade pessoal que ele não possui. O que se sugere como hipótese de trabalho é reconhecer que aquela capacidade pessoal é o ponto de partida ou substrato usual do conceito (jurídico) de imputabilidade, substrato que, em circunstâncias excepcionais, poderia ser substituído por outros requisitos. A lei não diria “finjo que o agente é imputável”, mas “o

³⁷⁹ NORONHA, E. M. **Direito Penal**, v. 1: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963, nº. 114, p. 225; MARQUES, J. F. **Tratado de Direito Penal**, v. II. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, § 77/2, p. 183.

³⁸⁰ DIAS, J. de F. **Direito Penal**: Parte Geral, t. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Coimbra: Coimbra Editora, 2007, cap. 21, § 58, p. 593.

agente é imputável, pois quem define o conceito jurídico de imputabilidade sou eu”; tampouco diria “finjo que a embriaguez evitável não afeta a capacidade de entender e de querer”, e sim “prescindo da capacidade de entender e de querer quando evitável a embriaguez” (ao menos em alguns casos). A única parte exata da crítica tradicional seria a de que, ao menos no resultado, o CP trataria o sóbrio e o ébrio da mesma forma.³⁸¹

A consideração de que talvez a lei pudesse afirmar a imputabilidade sem recorrer a ficções remete à passagem de Chamon Junior, que – sem discriminar os modelos da ALIC ou defender algo sequer próximo do modelo da exceção – ponderou que, na redação original do CP de 1940, o tratamento dispensado ao ébrio era mais honesto que na Parte Geral reformada, pois antes se dizia que a embriaguez não excluía a *responsabilidade*.³⁸² Sucede que a Parte Geral revogada não empregava esse termo para evitar uma “ficção de imputabilidade”, mas sim como *sinônimo perfeito de imputabilidade*. Como já visto, o termo responsabilidade era usado na Parte Geral revogada para designar exatamente o mesmo que a doutrina denominava (e ainda denomina) imputabilidade.³⁸³ É bem possível que isso se devesse ao claro problema linguístico que há em se dizer, do agente, que ele é imputável, porquanto o que se imputa é o fato, e não o sujeito: dizer que o sujeito é imputável porque o fato lhe pode ser imputado é um pouco como dizer que alguém é agradável porque algo lhe agrada. A doutrina dominante certamente criticou o Código por utilizar o termo responsabilidade, que tinha um sentido próprio e distinto, como sinônimo de imputabilidade,³⁸⁴ e este último termo acabou sendo adotado tanto no Código Penal de 1969 como na Parte Geral de 1984; de toda forma, o fato é que a afirmação no Código de 1940 de que a embriaguez evitável não exclui a *responsabilidade*, e a afirmação na Parte Geral vigente de que aquela não exclui a *imputabilidade*, são rigorosamente equivalentes.

Dessa forma, Chamon Junior apenas supôs que a lei pudesse afirmar

³⁸¹ Apesar disso, esse questionamento da afirmação de que o art. 28, II, do Código estabelece uma *ficção de imputabilidade* não vai ao ponto de amparar a proclamação de Balbino, segundo a qual os críticos do regime legal é que sustentariam uma *ficção de inimputabilidade* na embriaguez evitável (BALBINO, E. D. V. **Culpabilidade e actio libera in causa no Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014, p. 33, 160, 163, 174). Em sentido próximo, Díaz Pita, defensora do modelo da exceção e inspiradora da hipótese de trabalho proposta no texto, igualmente trata a incapacidade provocada como uma “ficção de inimputabilidade” (DÍAZ PITA, M. del M. **Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 190). Preferimos evitar a terminologia adotada pelas autoras: ainda que se sustente que é legítima a punição de alguns, ou mesmo de *todos* os fatos praticados durante a embriaguez evitável, isso não transforma a crítica do regime legal, ou da ALIC, em ficção alguma, e o emprego do exato termo – ficção – com que os críticos censuram aquele ou esta certamente não ajuda a organizar um debate já suficientemente perturbado por divergências terminológicas (cf. capítulo 4 *supra*).

³⁸² CHAMON JUNIOR, L. A. **Responsabilidade penal e embriaguez**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 116 e 195.

³⁸³ Cf. item 2.2 *supra*.

³⁸⁴ Cf. item 2.2 *supra*.

peremptoriamente a responsabilidade, mas não a imputabilidade, sem perceber que, na terminologia original do CP, a primeira tinha o significado da segunda. O que se propõe aqui como hipótese de trabalho é justamente que se reconheça, em tese, a possibilidade de a lei afirmar em casos excepcionais a imputabilidade penal do sujeito que teve suspensas aquelas faculdades mentais que a doutrina frequentemente identifica com a imputabilidade mesma.

Assim, uma vez distinguida a imputabilidade como conceito jurídico e a capacidade de entender e de querer como base biopsicológica daquele conceito, abrem-se as portas para admitir-se, excepcionalmente, que a falta daquela base seja suprida por outras circunstâncias. A ideia de um sucedâneo excepcional para determinado elemento de um conceito não é nova nem tão rara: aparece em exemplos malvistas, como na teoria limitada do dolo, na qual a consciência da ilicitude era suprida, em hipóteses excepcionais, pela hostilidade ao direito,³⁸⁵ mas também em exemplos bem mais aceitáveis, como os crimes omissivos impróprios. De fato, ao tempo em que os Códigos não previam expressamente a “comissão por omissão”, a combinação “dever jurídico de impedir o resultado” e “aptidão *in concreto* da ação salvadora sonogada para evitar o resultado” (quase-causalidade) era utilizada para suprir a exigência do nexos causal dos crimes comissivos e permitir dizer que a mãe, ao deixar de alimentar o filho, praticou uma ação de matar.³⁸⁶

Aceita a proposta, resta o desafio de elaborar uma definição de imputabilidade que contemple simultaneamente a hipótese usual de capacidade fundada biopsicologicamente de compreensão e autodeterminação e a situação excepcional de imputabilidade *ex vi legis* em que aquela capacidade é eliminada pelo próprio agente, com vistas ao cometimento de um crime.³⁸⁷ No entanto, a busca por esse supraconceito lembra um pouco a disputa por um conceito de conduta que compreenda tanto ações como omissões, e que geralmente se degenera em locuções vagas que conquistam a necessária abrangência ao custo da perda do conteúdo.³⁸⁸

³⁸⁵ Sobre o tema, TOLEDO, F. de A. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, n.º 257, p. 283; ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General, t. IV. Buenos Aires: Ediar, 1982, n.º 469, p. 84.

³⁸⁶ Em detalhes: GIMBERNAT ORDEIG, E. La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 44, jul.-set. 2003, p. 37.

³⁸⁷ Veja-se, p. ex., a tentativa de DIAS, J. de F. **Direito Penal**: Parte Geral, t. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Coimbra Editora, 2007, cap. 21, § 14, p. 566.

³⁸⁸ Sobre o tema, v., por todos, DIAS, J. de F. Op. cit., cap. 10, § 4 e ss, p. 237, esp. § 40, p. 259.

6.3.3 Imputabilidade *ex vi legis* e responsabilidade objetiva

Ao criticar a solução legal para a embriaguez, a doutrina frequentemente afirma que o CP instituiu uma hipótese de responsabilidade objetiva.³⁸⁹ Nos termos da proposta formulada neste trabalho, a questão que se põe é se a afirmação da culpabilidade sem que esteja presente aquela base biopsicológica da imputabilidade, que a doutrina usualmente identifica com a própria imputabilidade, não implicaria igualmente responsabilidade objetiva. Em outras palavras: o princípio da culpabilidade exige invariavelmente que, no momento do fato, o agente seja capaz de compreender o seu caráter ilícito e determinar-se de modo condizente com essa compreensão?

Para responder a tal indagação, deve-se primeiramente distinguir a culpabilidade como *conteúdo do princípio homônimo* e a culpabilidade como *elemento do conceito analítico de crime*. A necessidade de não se confundirem os conceitos é advertida por Teixeira em passagem que merece extensa transcrição:³⁹⁰

(...) a própria palavra culpabilidade abriga diversos significados no direito penal como um todo. (...) A *Achenbach* atribui-se o mérito de esclarecer os distintos usos que se faz desse conceito no direito penal material. O autor diagnostica o problemático fato de que o conceito de culpabilidade é utilizado de forma heterogênea e cumpre diferentes *funções*.

aa) a primeira função diz respeito ao princípio da culpabilidade, à locução *nulla poena sine culpa*. Trata-se, como visto, da culpabilidade como limite do exercício do poder estatal, como condição necessária para a legítima intervenção punitiva do Estado. Não se trata da culpabilidade como elemento dogmático do direito positivo, mas da ideia de culpabilidade, cuja fundamentação dá-se já em um plano meta-positivo (político-filosófico, sociológico etc.). Significa fundamentalmente exigir que alguém só pode ser punido caso aja com dolo ou ao menos com culpa. A renúncia à culpabilidade como princípio ou ideia significa a instituição de um sistema positivo baseado na responsabilidade objetiva, em que se pune o indivíduo sem qualquer indicação de sua responsabilidade pessoal para o resultado que a ordem jurídica pretendia evitar. Saliente-se que o princípio da culpabilidade não é capaz de indicar direta e positivamente os pressupostos da responsabilidade penal, ou seja, apenas referindo-se ao princípio da culpabilidade não se deduzem, por exemplos, o conceito material de culpabilidade ou os critérios de imputação objetiva.

Assim, não surpreende que mesmo os autores preocupados com o princípio da culpabilidade aceitassem a ALIC em sua formulação mais restrita (que condiciona a punição por dolo ou por culpa à existência destes no momento em que o agente se embriaga), ainda

³⁸⁹ FRANCO, A. S. Comentários ao art. 28. In: FRANCO, A. S.; STOCO, R. (org.). **Código Penal e sua interpretação**. 8. ed. São Paulo: RT, 2007, nº. 2.00, p. 219; JESUS, D. E. de. **Direito Penal**, v. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 557; NORONHA, E. M. **Direito Penal**, v. 1: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963, nº. 114, p. 225; Fragoso, em HUNGRIA, N; FRAGOSO, H. C. **Comentários ao Código Penal**, v. I, t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, nº. 74, p. 610.

³⁹⁰ TEIXEIRA, A. **Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato**. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 116.

que a exata inserção dela na teoria do crime fosse deficientemente explicada (cf. item 2.3 supra): do princípio da culpabilidade decorre apenas a exigência de uma relação subjetiva e pessoal do agente com o fato, mas não a necessidade do substrato biopsicológico da imputabilidade (que geralmente se denomina, ele mesmo, imputabilidade) no momento da execução direta desse mesmo fato. Essa relação subjetiva e pessoal é atendida pela exigência de que, para ser punido por crime doloso, o agente já se animasse pelo dolo no instante de se embriagar.

Tal como se ponderou no tópico anterior, deve-se reconhecer que a aceitação de uma culpabilidade desprovida do substrato biopsicológico da imputabilidade e fundada numa conduta prévia certamente dificulta a enunciação sucinta de um conceito abrangente – seja formal, seja material – de culpabilidade. No entanto, é duvidoso que exista, inversamente, um conceito material de culpabilidade que se imponha por si só e que impeça, de saída, a adoção da proposta aqui formulada.³⁹¹ Como dito, a exigência, para punição por dolo, de que o sujeito, ao embriagar-se, tivesse dolo em relação ao fato que posteriormente viria a praticar, parece suficiente para atender àquela exigência de vinculação pessoal com o fato exigida pelo princípio da culpabilidade.³⁹²

6.3.4 O caso clássico de *actio libera in causa*: a embriaguez preordenada

Nos itens precedentes, ofereceu-se um fundamento para o modelo da exceção que o legitimaria perante a lei brasileira e conferiria um limite à aplicação desta. Outrossim, vale a pena analisar o caso paradigmático de ALIC, que é o da embriaguez preordenada. Como definiu Bruno,³⁹³

Diz-se pré-ordenada aquela [embriaguez] em que o indivíduo se embriaga deliberadamente para mais facilmente praticar o crime, animando-se de coragem ou

³⁹¹ Ilustra-o o fato de que Tangerino, ao investigar o conteúdo material do conceito da culpabilidade, conclua apenas que “se o fundamento da culpabilidade é uma reprovação, mister (...) haver um déficit entre o que se esperava do sujeito e o que ele realizou”. Esse déficit reside na “escolha de executar uma ação sabidamente antijurídica, embora todas as circunstâncias fossem favoráveis à escolha conforme o Direito”. Essa escolha, por sua vez, seria impedida pela “imputabilidade, menoridade ou embriaguez involuntária”, erro de proibição, coação e obediência hierárquica (TANGERINO, D. de P. C. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 186). Como se vê, o autor simplesmente postulou (*a contrario sensu*) que a embriaguez voluntária não exclui a culpabilidade, sem sequer exigir aquele vínculo subjetivo entre a ação de embriagar-se e o fato punível exigido na formulação mais estrita de ALIC defendida no texto.

³⁹² No que se refere ao conceito material de culpabilidade, é oportuno notar que Albuquerque Mello o apoia em larga medida no princípio da igualdade – o mesmo princípio utilizado no texto para demonstrar que o sujeito que se embriaga deliberadamente para então cometer um crime não pode receber o mesmo tratamento de quem se embriaga inevitavelmente, mas sem pretensão de cometer crime algum (ALBUQUERQUE MELLO, S. B. de. **O conceito material de culpabilidade**: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 380 e ss., esp. p. 395).

³⁹³ BRUNO, A. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. II, p. 150.

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.

Como já destacado,³⁹⁴ a embriaguez preordenada, além de não afetar a imputabilidade no sistema do Código, é considerada circunstância agravante (art. 61, II, I).

No item 3, mencionou-se que houve autores que puseram em dúvida a consistência desse caso. Valha a formulação moderna do argumento por Galvão/Greco:³⁹⁵

No entanto, a ideia de embriaguez completa, geralmente, é incompatível com a predeterminação da conduta delitiva, pois ou o agente não está completamente embriagado e se lembra do plano delitivo ou, estando completamente bêbado, dele não se lembra.

As ideias de isonomia, fraude à lei e abuso de direito seriam suficientes para justificar a punição, nos termos do item 6.3.1 supra. Contudo, uma análise da noção de imputabilidade parece confirmar a intuição de Galvão/Greco e dos autores que os precederam na crítica.

No item 2, destacou-se que, segundo a percepção social dominante, a embriaguez pode chegar ao ponto de impedir a compreensão do caráter ilícito do fato e a capacidade de se portar segundo essa compreensão. No entanto, essa premissa nada diz sobre o nível de embriaguez necessário para que esse estado seja alcançado. O Código (art. 28, §1º) fala em *embriaguez completa*, e a doutrina esclarece que ela não precisa chegar ao ponto em que, de tão profunda, conduz à letargia.³⁹⁶

A Medicina Legal não parece suficiente para elucidar a questão. Algumas monografias sobre a embriaguez e o crime contêm tópicos especificamente dedicados aos aspectos clínicos do uso do álcool,³⁹⁷ e é notável como esses tópicos pouco ajudam a compreender os aspectos jurídicos da questão.³⁹⁸ De forma geral, informam como o álcool atua no organismo, quais as formas usuais de verificação da embriaguez – mas não indicam, com precisão, como se definem os graus de embriaguez, como esses graus seriam aferidos na prática, ou qual o grau suficiente para a exclusão da imputabilidade.

³⁹⁴ Cf. nota 327.

³⁹⁵ GALVÃO, F.; GRECO, R. **Estrutura jurídica do crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 447.

³⁹⁶ Hungria, em HUNGRIA, N; FRAGOSO, H. C. **Comentários ao Código Penal**, v. I, t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, n.º. 110, p. 389. Em outras palavras: o conceito de embriaguez completa do Direito Penal não coincide exatamente com o da Medicina Legal. Nesses exatos termos, RODRIGUES, E. S. M. **A embriaguez e o crime**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 12; SILVA, H. C. da. **Embriaguez e a teoria da actio libera in causa**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 59.

³⁹⁷ V., p. ex., RODRIGUES, E. S. M. **A embriaguez e o crime**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 7; SILVA, H. C. da. **Embriaguez e a teoria da actio libera in causa**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 39; LOUREIRO NETO, J. da S. **Embriaguez delituosa**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 6; SZNICK, V. **A responsabilidade penal na embriaguez**. São Paulo: LEUD, 1987, p. 71.

³⁹⁸ É ilustrativo o fato de que os textos estrangeiros sobre a ALIC consultados não contêm uma linha sobre esses aspectos clínicos.

Não o fazem e nem se prestariam a fazê-lo. A Medicina Legal, no particular, apenas fornece explicações e descrições um fato social e juridicamente reconhecido – a influência do álcool sobre a capacidade de entender e de querer. Não apenas não fornece um indicativo que delimite com clareza a embriaguez completa da incompleta, como ainda ressalva que os efeitos do álcool são individuais e que nem a quantidade consumida nem a concentração alcoólica no sangue fornecem um critério seguro.³⁹⁹

Nesse contexto, em que a Medicina Legal não fornece uma resposta conclusiva sobre o grau de embriaguez necessário para a eliminação da capacidade de entender e de querer em nível suficiente para a exclusão da culpabilidade, o critério jurídico e social pode perfeitamente estatuir que, se o sujeito ainda recorda o plano idealizado na sobriedade, e o consumo do álcool, em lugar de embaçar aquele planejamento, o reforça, então é porque a embriaguez não foi completa, segundo a escala do Direito Penal.⁴⁰⁰

Assim, a explicar-se pela ALIC restariam apenas as hipóteses de dolo eventual e aquelas outras em que o sujeito sabe que, ao embriagar-se, adota determinado comportamento, e ainda assim se deixa tomar pelo álcool, vindo a praticar o fato punível. Alguns casos de violência doméstica parecem encaixar-se bem nesse segundo esquema.

³⁹⁹ RODRIGUES, E. S. M. **A embriaguez e o crime**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 19.

⁴⁰⁰ Nota 396 supra.

7 PROBLEMAS POLÍTICO-CRIMINAIS DA ADOÇÃO DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*

No capítulo 1, destacou-se a diferença entre o regime do Código, que simplesmente desconsidera influência da embriaguez evitável sobre a capacidade de entender e de querer, e a concepção mais difundida de ALIC, que condiciona a punição do fato praticado no estado defeituoso à preexistência de dolo ou culpa, conforme o caso, já no instante em que o sujeito se põe naquele estado. No item 6.3, defendeu-se a interpretação do CP segundo essa concepção restrita de ALIC. Com essa proposta, ficariam sem punição todos aqueles fatos em que o dolo ou a culpa foram supervenientes ao estado defeituoso, tais como aqueles indicados nos exemplos de M. E. Mayer e Mezger transcritos no item 2.1.

Convém, por isso, analisar a possibilidade de instituição de um crime autônomo de embriaguez, tal como existente no Direito alemão e português, bem como os principais problemas práticos do abandono da interpretação literal do art. 28, II.

7.1 A EMBRIAGUEZ COMO CRIME AUTÔNOMO

Alguns autores⁴⁰¹ defendem a criação do crime de embriagar-se, à maneira daqueles existentes no Direito Penal alemão e português, respectivamente:

§ 323a. Embriaguez total

(1) Quien se embriague con dolosamente o culposamente por medio de bebidas alcohólicas u otros medios embriagantes será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa, si él en éste estado comete un hecho antijurídico y por causa de ello no puede ser castigado porque él como consecuencia de la embriaguez era incapaz de culpabilidad o porque esto no se excluya.

(2) El castigo no puede ser mayor que el que amenace para el hecho cometido en estado de embriaguez.

(3) El hecho sólo será perseguido con base en una solicitud, con autorización o por querrela, cuando el hecho de la embriaguez solo pueda ser perseguido por solicitud, con autorización o con querrela.

Artigo 295.º

⁴⁰¹ SILVA, H. C. da. **Embriaguez e a teoria da actio libera in causa**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 98 e 125; TELES, N. M. **Direito Penal, v. I: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 257; FRANCO, A. S. Comentários ao art. 28. In: FRANCO, A. S.; STOCO, R. (org.). **Código Penal e sua interpretação**. 8. ed. São Paulo: RT, 2007, n.º. 2.00, p. 220; BALESTRA, A. A. Da embriaguez como figura autônoma. **Ciência Penal**, São Paulo, n. 1, 1973, p. 120; COSTA JÚNIOR, P. J. da. **Direito Penal objetivo: comentários atualizados**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2006, p. 74; Munhoz Netto, *As causas de exclusão da culpabilidade no novo Código Penal*, p. 172; PIERANGELI, J. H. Reforma penal da embriaguez. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 685, nov. 1992, p. 302; JESUS, D. E. de. Culpabilidade normativa e embriaguez no Código Penal de 1969. **Justitia**, São Paulo, n. 83, out.-dez. 1973, p. 104, com outras referências. Sobre o crime autônomo de embriaguez, v. tb. FRAGOSO, H. C. Da responsabilidade penal no anteprojeto. In: **Ciclo de conferências sobre o anteprojeto do Código Penal brasileiro**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1965, p. 149. Crítico da fórmula alemã, RODRIGUES, E. S. M. **A embriaguez e o crime**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 73.

Embriaguez e intoxicação

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

2 - A pena não pode ser superior à prevista para o facto ilícito típico praticado.

3 - O procedimento criminal depende de queixa ou de acusação particular se o procedimento pelo facto ilícito típico praticado também dependesse de uma ou de outra.

Ambos os Códigos incriminam diretamente o fato doloso ou culposo de embriagar-se, com pena máxima de 5 anos. Nos dois países, a embriaguez só é punível se for sucedida pela prática de um injusto penal,⁴⁰² que determinará outro limite cumulativo da pena e a natureza da ação penal do crime de embriaguez.

Trata-se, naturalmente, de solução de *lege ferenda*, mas a relativa frequência com que aparece na literatura exige que dela se faça algum exame.

A proposta tem em comum com o modelo do tipo o fato de tomar por fundamento da punição o ato de embriagar-se, o qual é realizado (ou ao menos iniciado) enquanto o sujeito é imputável. Com isso, evita-se a crítica de vulneração do princípio da culpabilidade ou da instituição de uma ficção. Por outro lado, crime autônomo de embriaguez não tem os problemas estruturais do modelo da tipicidade.

Os autores que a recomendaram geralmente tinham a solução da incriminação autônoma como alternativa ao regime legal vigente. Seria ela, mais que isso, um substituto hábil para a ALIC?

7.1.1 A possível insuficiência da pena

Em primeiro lugar, observa-se que a pena *máxima* do crime, em sua versão alemã e portuguesa, é de 5 anos. É duvidoso que essa pena seja suficiente para satisfazer aquele sentimento que anima a conclusão de que os crimes do ébrio não podem permanecer impunes. Quando Nucci defende o regime atualmente vigente no Brasil, menciona crimes bastante

⁴⁰² A natureza desse injusto penal subsequente, segundo Bruno, era discutida na Alemanha (BRUNO, A. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. II, p. 155, nota 6). Uma vez que, no texto, o crime autônomo de embriaguez é analisado como alternativa à ALIC, partiremos da premissa que ação criminosa é a de embriagar-se, e a ulterior realização de um tipo de injusto é condição objetiva de punibilidade. A respeito dessa figura, v. ainda as considerações de Bruno, nota em QUEIRÓS, N. de. **Teoria da “actio libera in causa” e outras teses**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 25 e 89; JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal**: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992, p. 111; BALBINO, E. D. V. **Culpabilidade e actio libera in causa no Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014, p. 133.

graves, com penas *mínimas* próximas de cinco anos:⁴⁰³

De outra parte, se suprimirmos a responsabilidade penal dos agentes que, embriagados totalmente, matam, roubam ou estupram alguém, estaremos alargando, indevidamente, a impunidade, privilegiando o injusto diante do justo.

Isso poderia ser contornado ampliando-se o limite máximo abstrato do tipo, que poderia ser de 20 ou 30 anos, ou mesmo eliminando-se aquele limite, à maneira do que ocorre com o crime de uso de documento falso, que é punido com a mesma pena cominada à falsificação, seja ela qual for (art. 304 do CP). Essa solução, porém, dificilmente se ajusta ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI), pois importa em reconhecer que um mesmo crime – embriagar-se – pode sofrer uma pena que vai da simples multa até 30 anos de reclusão, a depender de fatores fora do controle do agente (ou pelo menos fora do controle que ele detinha enquanto imputável).

Além disso, caso se aceitasse punir a embriaguez com as penas do fato praticado naquele estado, sem qualquer limitação, ficaria bastante visível o caráter de simples *pretexto* da incriminação autônoma, forma transversa e pouco transparente de punir-se o fato do ébrio – disfarçado que é de simples condição de punibilidade –, sujeita às mesmas críticas relativas à legitimidade do modelo da tipicidade, e sem o mérito da honestidade deste: se o sujeito é punido por embriagar-se (e não pelo que fez depois de ébrio!), como explicar-se que a pena seja a do fato subsequentemente praticado?⁴⁰⁴

7.1.2 Inaplicabilidade aos casos de ausência de ação

Ao se compararem os modelos da tipicidade e da exceção, comentou-se que o primeiro é mais versátil, pois permite fundamentar também a punição dos casos de ALIC-ausência de ação (e talvez outros), ao passo que o modelo da exceção tem vocação para resolver apenas os casos de ALIC-inimputabilidade.⁴⁰⁵

Essa mesma falta de versatilidade do modelo da exceção aflige a figura autônoma da embriaguez, na medida em que ela exige, como condição de punibilidade, a prática de um injusto penal durante o estado defeituoso, injusto este que pressupõe antes de tudo uma *ação*. Assim, o sujeito que, de tanto beber, se tornar incapaz de resgatar o filho pequeno que cai na

⁴⁰³ NUCCI, G. de S. **Código Penal comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, nota 18 ao art. 28, p. 314; _____. **Manual de Direito Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 277.

⁴⁰⁴ Segundo Díaz Pita, no crime de Vollrausch “no se trata de incriminar el hecho de beber, sino de incriminar indirectamente un hecho antijurídico cometido en estado de embriaguez” (DÍAZ PITA, M. del M. *Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 24, nota 8).

⁴⁰⁵ Retomando-se os usos da expressão ALIC indicados no capítulo 4, o modelo da exceção tende a limitar a ALIC como estrutura (item 4.1) aos casos de inimputabilidade.

piscina, porque lhe faltam a força, o equilíbrio e a coordenação necessários, não pratica um injusto penal ao se limitar a vê-lo afundar; o famoso guarda-barreira que, adormecido pelo álcool, não opera os trilhos da linha férrea a tempo de evitar a colisão de dois comboios, tampouco pratica um *injusto penal*. Também naqueles casos em que a embriaguez, de tão profunda, induz o sujeito em erro de tipo, ficariam impunes se se considerar, como faz a doutrina amplamente dominante, o dolo como elemento do tipo de injusto: o pai, bêbado, que vê o filho afogar-se na piscina mas o toma pelo filho do vizinho, deixando de tomar as atitudes que mesmo em sua condição lhe seriam possíveis (tais como gritar por socorro), tem sua abstenção animada pelo dolo de simples omissão de socorro (art. 135), mas não pelo de homicídio.

Assim, aqueles fatos que não são hoje abrangidos pelo art. 28, II (cf. item 6.1), decerto tampouco o seriam pelo crime autônomo de embriaguez.

7.1.3 Necessidade de uma decisão prévia sobre a *actio libera in causa*

Os dois itens anteriores conduzem à inexorável conclusão de que o crime de embriaguez não resolve os problemas da ALIC, mas antes pressupõe uma tomada de decisão a respeito deles e da necessidade da teoria. Para a punição do ébrio que pratica fatos nocivos que, por ausência de ação ou de dolo, não constituem um injusto penal, é necessário recorrer a algum modelo de ALIC; já para permitir a punição mais severa de fatos graves praticados pelo ébrio, é igualmente necessário recorrer a algum modelo de ALIC, frente ao qual o crime de embriaguez é meramente subsidiário. Jesus, ao sugerir a adoção da solução alemã, expressamente reservou-a às hipóteses que não se inserissem no âmbito da ALIC.⁴⁰⁶

Nesse contexto, não surpreende que o § 323a do StGB não tenha posto cobro ao estudo da ALIC, pois ele não consegue substituir inteiramente essa construção. No caso brasileiro, uma incriminação análoga resolveria apenas alguns dos problemas do atual art. 28, II, mas deixaria intacto o impasse consistente em resolver, a cada caso, se o dolo foi superveniente à embriaguez.

⁴⁰⁶ JESUS, D. E. de. Culpabilidade normativa e embriaguez no Código Penal de 1969. *Justitia*, São Paulo, n. 83, p. 93-108, out.-dez. 1973, p. 104. Fragoso, que não chega a recomendar a incriminação autônoma da embriaguez, igualmente afirma que, no caso alemão, ela se aplica “fora dos casos de *actio libera in causa*” (HUNGRIA, N; FRAGOSO, H. C. *Comentários ao Código Penal*, v. I, t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, n.º. 74, p. 610, nota 15). A qualidade meramente subsidiária do crime autônomo de embriaguez é afirmada também por ALONSO ÁLAMO, M. La acción “libera in causa”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, p. 55-108, 1989, p. 63 e 99. V. ainda HIRSCH, H. J. Acerca de la *actio libera in causa*. In: _____. *Derecho penal*: obras completas, t. I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 174.

7.1.4 Consequência sistemática da incriminação da embriaguez

Por fim, o crime autônomo de embriaguez tem o grave significado de tornar ilícita a ação, dolosa ou culposa, de embriagar-se. Isso porque a subsequente prática de um injusto penal é mera condição de punibilidade, que não afeta o conteúdo da norma de conduta subjacente à incriminação; é condição da punição do fato criminoso de embriagar-se, e não elemento do crime em si considerado.

Ainda que, na prática, o sujeito que se embriagasse e não cometesse nenhum injusto penal ficasse isento de pena, o fato é que sua embriaguez constituiria uma transgressão. Em suma: a ordem jurídica, ao incorporar um crime de embriaguez, proíbe a simples ação de embriagar-se, ainda que nem sempre a sujeite a uma pena.⁴⁰⁷

A Lei das Contravenções Penais já prevê a contravenção penal da embriaguez em público, assim definida:

Art. 62. Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Parágrafo único. Se habitual a embriaguez, o contraventor é internado em casa de custódia e tratamento.

O dispositivo é de difícil sistematização, pois não é clara a posição na estrutura do crime do escândalo ou do perigo previstos na norma – especialmente frente ao art. 28, II, do CP, que dispõe que a embriaguez voluntária ou culposa (como há de ser a do art. 62 da LCP, em razão do art. 3º da mesma lei) não exclui a imputabilidade. De toda forma, a tendência da legislação penal do futuro é a supressão das contravenções penais.⁴⁰⁸

Assim, se o crime autônomo de embriaguez parece contornar alguns dos problemas da ALIC, ele tem um significado bastante expressivo em relação à autonomia do indivíduo, que seria proibido por uma norma do Código Penal de embriagar-se. O expediente de punir-se a própria embriaguez para punir-se veladamente o fato do ébrio tem um preço alto.

⁴⁰⁷ Alonso Álamo lembra a crítica de Hassemmer, que destaca que o consumo de álcool é uma conduta “socialmente tolerada e inclusive desejada” (HASSEMER, W. **Fundamentos del Derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984, p. 237; ALONSO ÁLAMO, M. La acción “libera in causa”. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, 1989, p. 100).

⁴⁰⁸ Veja-se, por exemplo, o projeto de Código Penal em tramitação no Senado Federal (PLS 236/2012).

7.2 PROBLEMAS PROBATÓRIOS DA ADOÇÃO DA VERSÃO MAIS ESTRITA DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*

Como se vê, a adoção do crime autônomo de embriaguez poderia minorar o problema político-criminal de simplesmente se absolver aquele que praticar um crime sob completa embriaguez fora dos pressupostos das formulações mais estritas da ALIC. Mais precisamente, permitiria a punição daqueles casos de dolo ou culpa supervenientes referidos no item 2.1, que a ALIC não abrange.

No entanto, o principal custo da diferenciação entre as hipóteses de ALIC e as situações de dolo ou culpa supervenientes é a necessidade de verificar, a cada caso, se, ao embriagar-se, o sujeito já tinha o dolo do crime que viria a praticar, ou se esse dolo surgiu apenas após o agente ser tomado pela embriaguez completa (cf. item 7.1.3). No sistema atual, a embriaguez só aparece como escusa se for inevitável, e trata-se de situação tão rara que, na prática, é como se a embriaguez – de difícil aferição pela perícia judicial – não tivesse efeito legal algum (salvo talvez o de agravar a pena em caso de preordenação – art. 61, II, *l*).

Essa dificuldade surge tanto nos sistemas que possuem o crime de embriaguez plena, como naqueles que não o preveem, desde que neles se reconheça a eficácia escusante da embriaguez evitável fora das situações mais típicas de ALIC. É o que ocorre em Portugal e na Alemanha: naquele país, “a imputabilidade não é excluída quando a anomalia psíquica tiver sido provocada pelo agente com intenção de praticar o facto” (Código Penal português, art. 20º, 4); neste, como já visto no texto, o § 20 exige a capacidade de entender e de querer ao tempo do fato, sem prever qualquer exceção. A diferença é que, sem o crime de embriaguez plena, as situações de dolo supervenientes são absolutamente impunes ou recebem (se for o caso, e se prevista essa modalidade) a pena do crime culposos; já com esse crime, o fato não permanece impune, mas sofre pena geralmente muito menor do que a do crime cometido durante a embriaguez.

Assim, se, atualmente, uma vez verificado que um sujeito desferiu tiros mortais em outro, a alegação de embriaguez só tem relevância se essa embriaguez for inevitável, num sistema em que se adote a ALIC naquela concepção mais restrita geralmente defendida, é preciso apurar não apenas se houve a embriaguez e seu grau, mas também se o dolo de matar era preexistente à embriaguez ou se surgiu apenas após ela.

Esse, provavelmente, é o maior obstáculo para a reinterpretção do art. 28, II, e não as possíveis deficiências da teoria da ALIC. Não as dificuldades internas do sistema de imputação extraordinária proposto no texto, mas a necessidade de se recorrer a esse sistema e

verificar, caso a caso, se os seus pressupostos foram atendidos.

8 CONCLUSÃO

Diante das considerações precedentes, é possível constatar o quão sábio era o título da monografia clássica de Nárceio de Queirós, no qual o substantivo *teorias* (da *actio libera in causa*) vinha grafado no plural. A *actio libera in causa* (como tentativa de explicação da punibilidade do fato do ébrio) conta com mais de uma formulação, cada qual com suas variantes. A validade e utilidade de cada uma delas, como era de esperar, é condicionada pelo Direito vigente.

No caso brasileiro, em que a irrelevância da embriaguez evitável para a imputabilidade é estatuída expressamente, o ponto de partida mais seguro para a solução desse grupo de casos parece ser o modelo da exceção, que se conforma à opção do legislador quanto ao setor no qual o tema será tratado. A afirmação de que o tema não pertence ao campo da imputabilidade, mas ao da causalidade mediata, feita por Queirós na vigência do Código Penal de 1890,⁴⁰⁹ é de difícil sustentação face à lei em vigor.

Contudo, a abrangência do modelo da exceção é mais limitada que a do modelo da tipicidade, de modo que, uma vez aceita a inserção no âmbito da ALIC de outras hipóteses de fatos temporalmente bipartidos, pode ser preciso recorrer a este. É o que vem sendo feito por autores que se dizem críticos da própria ALIC (entendida como proposta de solução).

Falta aprofundar o fundamento e limites do modelo da extensão. No texto, ensaiou-se um apelo ao princípio da fraude à lei e ao abuso de direito, mas não há dúvidas de que há um longo caminho a trilhar. Assim como a alusão ao momento inicial de embriagar-se não explica magicamente a punição do fato do ébrio, o recurso à fraude à lei e ao abuso de direito pode iludir pela vaguidão desses conceitos.

De outra parte, a exata aplicação do art. 28, II – seja em sua extensão literal, seja interpretado nos termos da ALIC em sua versão mais restrita – deve confinar-se àquilo que ele efetivamente disciplina, ou seja, à imputabilidade. A totalidade da problemática do fato do ébrio é muito mais ampla do que o art. 28, II, e a este já bastam os defeitos e limitações que efetivamente ostenta.

Por fim, o crime autônomo de embriaguez, que poderia cobrir certas lacunas de punibilidade decorrentes da redução do art. 28, II, ao âmbito da ALIC, não é isento de problemas, e não é um substituto apto da própria ALIC.

No fundo, ao contrário do que as recentes críticas à ALIC no Brasil parecem sugerir

⁴⁰⁹ Cf. item 2.2, texto na altura da nota 87.

– sejam aquelas mais esclarecidas, como a de Zaffaroni/Pierangeli, sejam aquelas que confundem a ALIC e a lei – o verdadeiro problema da adoção da ALIC parece estar na necessidade que esta implica de verificar, a cada caso, se o dolo ou culpa foram supervenientes ou antecedentes à embriaguez. Não há dúvidas de que o regime legal, ao limitar a eficácia escusante da embriaguez aos raríssimos casos em que ela é inevitável, promove grande simplificação do julgamento dos casos nas quais ela de alguma forma se relaciona com o crime cometido. Aparentemente, na Alemanha e em Portugal, países em que o crime autônomo de embriaguez foi adotado, o legislador aceitou abrir mão dessa facilidade, mas o Brasil ainda não seguiu esse caminho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE MELLO, S. B. de. **O conceito material de culpabilidade**: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: JusPodivm, 2010.

ALCÁ CER GUIRAO, R. *Actio libera in causa dolosa e imprudente*: la estructura temporal de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2005.

_____. **Tentativa y formas de autoría**: sobre el comienzo de la realización típica. Madrid: Edisofer, 2001.

ALMEIDA, L. de. **Código Penal alemão**: direito comparado. São Paulo: Bushatsky/EDUSP, 1974.

ALONSO Á LAMO, M. La acción “libera in causa”. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, p. 55-108, 1989. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=P_1989_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES>. Acesso em: 13 julho 2016.

ANDREUCCI, R. A. **Direito Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

AZEVEDO, N. Da responsabilidade criminal – causas legais de isenção e de redução da pena (artigos 22 a 24 do Código Penal). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 748, p. 767-777, fev. 1998 (publicado originalmente na Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 138, p. 3-17, jul. 1942).

BALBINO, E. D. V. **Culpabilidade e actio libera in causa no Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.

BALESTRA, A. A. Da embriaguez como figura autônoma. **Ciência Penal**, São Paulo, n. 1, p. 111-120, 1973.

BARJA DE QUIROGA, J. L. **Derecho Penal: Parte General II**: introducción a la teoría jurídica del delito. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2002.

BARROS, F. A. M. de. **Direito Penal, v. 1**: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS, J. J. C. Crimes de trânsito: interpretação e crítica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 25, p. 174-188, jan.-mar. 1999.

BATISTA, N. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BATTAGLINI, G. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1964.

_____. **Direito Penal**: Parte Geral, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1973.

BENTO DE FARIA, A. **Código Penal brasileiro**, v. II, 1ª parte. Rio de Janeiro: Jacintho, 1942.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**, v. 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOCKELMANN, P. **Relaciones entre autoría y participación**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1960.

BRUNO, A. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

_____. Embriaguez voluntária ou culposa e responsabilidade penal. In **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, v. 2, n. 7, p. 17-27, out.-dez. 1964.

_____. Prefácio e notas em QUEIRÓS, N. de. **Teoria da “actio libera in causa” e outras teses**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

BUSATO, P. C. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direito penal e ação significativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Valoração crítica da *actio libera in causa* a partir de um conceito significativo de ação. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 3, n. 10, pp. 61-81, 2003. Consultado segundo a versão publicada na **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 149-172, jul.-dez. 2009. Disponível em: <http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n.4.pdf>. Acesso em: 13 julho 2016.

CALLEGARI, A. L. Dolo eventual, culpa consciente e acidentes de trânsito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 13, p. 191-202, jan.-mar. 1996.

CARRARA, F. **Programa de Derecho Criminal**, v. I. Reimp. Bogotá: Temis, 1996.

CASTELLÓ NICÁS, N. Comentários ao art. 20.1 do Código Penal espanhol [de 1995]. In COBO DEL ROSAL, Manuel (org.). **Comentarios al Código Penal**, t. II. S/l: Edersa, 1999, p. 99-158.

CASTELO BRANCO, V. P. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Sugestões literárias, 1970.

CHAMON JUNIOR, L. A. **Responsabilidade penal e embriaguez**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CONSTANTINO, C. E.; SAAD-DINIZ, E. Comentários ao acórdão do STF no HC 101.698/RJ - homicídio doloso em acidente de trânsito decorrente de “racha”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 920, p. 399-448, jun. 2012.

COSTA JÚNIOR, P. J. da. **Direito Penal objetivo**: comentários atualizados. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2006.

COSTA JUNIOR, H. **Teoria dos delitos culposos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

COSTA E SILVA, A. J. da. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**, v. I. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496204>>. Acesso em: 13 julho 2016.

_____. **Código Penal**, v. I. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1943.

COUSIÑO MAC IVER, L. **Derecho Penal chileno**, t. I e III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1975 (t. I) e 1992 (t. III).

CUNHA, R. S. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DECOMAIN, P. R. **Código Penal alemão**: tradução, comparação e notas. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.

DELMANTO, C. *et al.* **Código Penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DEMETRIO CRESPO, E. A *actio libera in causa*: uma exceção às exigências da culpabilidade pelo fato? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 842, p. 437-451, dez. 2005.

_____. **La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa**: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa. Granada: Comares, 2003.

DIAS, J. de F. **Direito Penal**: Parte Geral, t. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DÍAZ PITA, M. del M. **Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria. In: LUZÓN PEÑA, D.-M. (org.). **Enciclopedia penal básica**. Granada: Comares, 2002. p. 160-177.

DONNA, E. A. **Teoría del delito y de la pena**, t. 2: imputación delictiva. Buenos Aires: Astrea, 1995.

DOTTI, R. A. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. História da legislação penal brasileira (II). In: _____. **Casos criminais célebres**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 354-381.

FALCONI, R. **Lineamentos de Direito Penal**. São Paulo: Ícone, 1994.

FARIA COSTA, J. **Tentativa e dolo eventual**: ou da relevância da negação em Direito Penal. Reimp. Coimbra: Coimbra, 1996.

FARRÉ TREPAT, E. Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la *actio libera in causa*. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 13, p. 45-85, 1988-1989. Disponível em: <http://dspace.usc.es/bitstream/10347/4208/1/pg_044-087_penales13.pdf>. Acesso em: 13 julho 2016.

FRAGOSO, H. C. A reforma da legislação penal – I. **Revista brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 2, p. 55-81, jul.-set. 1963. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/ptbr/arq_pdf/helena_artigos/arquivo47.pdf>. Acesso em: 13 julho 2016.

_____. Da responsabilidade penal no anteprojeto. In: **Ciclo de conferências sobre o anteprojeto do Código Penal brasileiro**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1965. p. 142-151.

_____. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. Subsídios para a história do novo Código Penal. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 3, p. 7-12, jul.-set. 1971. Publicado também como apêndice das **Lições de Direito Penal: Parte Geral**, 2. ed., São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 303-311.

FRANCO, A. S. Comentários aos arts. 1º a 40 do Código Penal. In: FRANCO, A. S.; STOCO, R. (org.). **Código Penal e sua interpretação**. 8. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 31-276.

FRISTER, H. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

GALVÃO, F. **Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GALVÃO, F.; GRECO, R. **Estrutura jurídica do crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

GARCIA, B. As penas e sua aplicação no anteprojeto. In: **Ciclo de conferências sobre o anteprojeto do Código Penal brasileiro**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1965. p. 127-136.

_____. Causalidade material e psíquica. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 90, p. 593-607, abr.-jun. 1942.

_____. Das penas principais e sua aplicação. **Revista brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 4, p. 43-54, jan.-mar. 1964.

_____. Em torno do novo Código Penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 425, p. 255-268, mar. 1971. Publicado também como apêndice em _____. **Instituições de Direito Penal**, v. I, t. II. 4. ed. 34 tir. São Paulo: Max Limonad, 1972, p. 771-799.

_____. **Instituições de Direito Penal**, v. I, t. I. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1954.

GIMBERNAT ORDEIG, E. **Autor y cómplice en Derecho penal**. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2006.

_____. La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 44, p. 34-62, jul.-set. 2003.

_____. Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, p. 579-607, 1987. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=P_1987_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES&fasc=3>. Acesso em: 13 julho 2016.

_____. La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, p. 29-132, 2000. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=P_2000_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES>. Acesso em: 13 julho 2016.

GOMES, L. F.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. **Direito Penal**: Parte Geral, v. 2. 2. tir. São Paulo: RT, 2007.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. **Teoría jurídica del delito**: Derecho Penal – Parte General. Madrid: Civitas, 1984.

GRECO, L. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, A. et al. (coord.). **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 885-903.

GRECO, L.; TEIXEIRA, A. A autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, L. et al. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 47-80.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal**, v. 1: Parte Geral. 18. ed. Niterói: Impetus, 2016.

HASSEMER, W. **Fundamentos del Derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984.

_____. Los elementos característicos del dolo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, p. 909-931, 1990. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=P_1990_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES&fasc=3>. Acesso em: 13 julho 2016.

HEATH, Sir T. L. **A history of Greek mathematics**, v. II. New York: Dover, 1981.

HERZBERG, R. D. A tentativa na autoria mediata. In GRECO, L.; LOBATO, D. (org.). **Temas de Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008. pp. 345-376 (publicado originalmente na Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 66, pp. 157-191, mai.-jun. 2007).

HIRSCH, H. J. Acerca de la *actio libera in causa*. In: _____. **Derecho penal**: obras completas, t. I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. p. 173-191.

_____. Acerca de los límites de la autoría mediata. In: _____. **Derecho penal**: obras completas, t. I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. p. 193-211.

_____. **La posición de la justificación y de la exculpación em la teoria del delito desde la perspectiva alemana**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

HONORATO, C. M. **Crimes de trânsito**: análise crítica da doutrina e da jurisprudência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 859, p. 457-484, mai. 2007.

HRUSCHKA, J. «Actio libera in causa» y autoría mediata. In: _____. **Imputación y Derecho penal**: estudios sobre la teoría de la imputación. Navarra: Aranzadi, 2005. p. 157-168.

_____. Imputation. In: ESER, A.; FLETCHER, G. P. (org.). **Rechtfertigung und Entschuldigung**: rechtsvergleichende Perspektiven. Freiburg im Breisgau, 1987. p. 121-174. Disponível também em: <[https://www.law.upenn.edu/institutes/cerl/conferences/actiolibera/reading/Imputation%20\(Hruschka\).pdf](https://www.law.upenn.edu/institutes/cerl/conferences/actiolibera/reading/Imputation%20(Hruschka).pdf)>. Acesso em: 13 julho 2016.

_____. La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf: sobre la historia y el significado de la diferencia entre *actio libera in se* y *actio libera in causa*. In: _____. **Imputación y Derecho penal**: estudios sobre la teoría de la imputación. Navarra: Aranzadi, 2005. p. 55-88.

_____. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. In: _____. **Imputación y Derecho penal**: estudios sobre la teoría de la imputación. Navarra: Aranzadi, 2005. p. 27-39. Publicado también em **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, p. 343-356, 1994. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=P_1994_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES&fasc=3>. Acesso em: 13 julho 2016.

HUNGRIA, N. **Anteprojeto de Código Penal**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1963. Publicado também na **Revista brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 169-198, abr.-jun. 1963 (Parte Geral) e n. 2, p. 185-227, jul.-set. 1963 (Parte Especial).

_____. Em tórno ao anteprojeto do Código Penal. **Revista brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 3, p. 17-22, out.-dez. 1963. Publicado também como Sobre o anteprojeto de novo Código Penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 9, p. 57-62, 1961-1963. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/6693/4793>>. Acesso em: 13 julho 2016.

_____. Em tórno ao anteprojeto de Código Penal – II. **Revista brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 4, p. 37-41, jan.-mar. 1964.

_____. Em tórno ao anteprojeto de Código Penal [III]. **Revista brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 5, p. 7-15, abr.-jun. 1964.

_____. Respostas às objeções do anteprojeto: primeira conferência. In: **Ciclo de conferências sobre o anteprojeto do Código Penal brasileiro**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1965. p. 462-470.

_____. Respostas às objeções do anteprojeto: segunda conferência. In: **Ciclo de conferências sobre o anteprojeto do Código Penal brasileiro**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1965. p. 471-478.

HUNGRIA, N; FRAGOSO, H. C. **Comentários ao Código Penal**, v. I, t. I. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. **Comentários ao Código Penal**, v. I, t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JAKOBS, G. La denominada *actio libera in causa*. In: _____. **Moderna dogmática penal**: estudios compilados. 2. ed. México: Porrúa, 2006. p. 619-638.

JESCHECK, H.-H.; WEIGEND, T. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General. Granada: Comares, 2002.

JESUS, D. E. de. **Código Penal anotado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1989; 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Culpabilidade normativa e embriaguez no Código Penal de 1969. **Justitia**, São Paulo, n. 83, p. 93-108, out.-dez. 1973. Disponível em <<http://www.justitia.com.br/revistas/813ya3.pdf>>. Acesso em: 13 julho 2016. Publicado também na **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 17/18, p. 96-109, jan.-jun. 1975. Os itens 3 e 6 do artigo, com ligeiras modificações e abreviações, correspondem ao artigo Embriaguez: apreciação em face do Código Penal. In _____. **Questões criminais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 117-122.

_____. **Direito Penal**, v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva: 1983; 13. ed. São Paulo: Saraiva: 1988; 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993; 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JOSHI JUBERT, U. **La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal**: ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto. Barcelona: Bosch, 1992.

LEIRIA, A. J. F. **Fundamentos da responsabilidade penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

LÓPEZ DÍAZ, C. **Código Penal Alemán**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. Disponível em: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf>. Acesso em: 13 julho 2016.

LOUREIRO NETO, J. da S. **Embriaguez delituosa**. São Paulo: Saraiva, 1990.

LUZÓN PEÑA, D.-M. “Actio illicita in causa” y provocación en las causas de justificación. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, 1994, p. 61-86. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=P_1994_ANUARIO_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES&fasc=3>. Acesso em: 13 julho 2016.

_____. Eximientes y eximientes incompletas. In: _____. (org.). **Enciclopedia penal básica**. Granada: Comares, 2002. p. 696-699.

LYRA FILHO, R.; CERNICCHIARO, L. V. **Compêndio de Direito Penal**. São Paulo: Bushatsky, 1973.

MACHADO, F. G. de P. **Culpabilidade no Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MACHADO, F. G. de P.; BERTI, N. *Actio libera in causa*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 900, pp. 429-466, out. 2010.

MARINHO, A. A.; FREITAS, A. G. T. de. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARQUES, J. F. **Tratado de Direito Penal**, v. II. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. La ‘concepción significativa de la acción’ de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología** n. 1, 1999. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-13.html>. Acesso em: 13 julho 2016.

_____. O conceito “significativo” de dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, P. C. (org.). **Dolo e Direito Penal**: modernas tendencias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 23-58.

MARTÍN LORENZO, M. Caso del chapista. In: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (org.). **Casos que hicieron doctrina en Derecho penal**. 2. ed. Madrid: La Ley, 2011. p. 405-423.

MARTINS, J. S. **Direito Penal**: introdução e Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1974.

MASSON, C. **Direito Penal esquematizado**, v. 1: Parte Geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2016.

MAURACH, R. **Tratado de Derecho Penal**. Barcelona: Ariel, 1962.

MAURACH, R.; GÖSSEL, K. H.; ZIPF, H. **Derecho Penal**: Parte general, t. II. Buenos Aires: Astrea, 1995.

MAYER, M. E. **Derecho Penal**, Parte General. Buenos Aires-Montevideo: B de F, 2007.

MAYRINK DA COSTA, A. **Direito Penal**, v. 1 e 2. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MEZGER, E. **Tratado de Derecho Penal**, t. II. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949.

MIRABETE, J. F. **Código Penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Manual de Direito Penal**, v. 1. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOLINA FERNÁNDEZ, F. Error de tipo derivado de anomalias o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito. In: GARCÍA VALDÉS, C. et al. (org.). **Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat**. Madrid: Edisofer, 2008, t. II. p. 1329-1364.

MUNHOZ NETTO, A. A culpabilidade no novo Código. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 13, p. 139-143, 1970. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/7186/5136>>. Acesso em: 13 julho 2016.

_____. As causas de exclusão da culpabilidade no novo Código Penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 15, p. 166-184, 1972. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/7211/5162>>. Acesso em: 13 julho 2016.

_____. Aspectos da culpabilidade no Direito Penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 10, p. 89-105, 1964. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/6705/4803>>. Acesso em: 13 julho 2016.

_____. Aspectos do anteprojeto de Código Penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 9, p. 85-121, 1961. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/6689/4790>>. Acesso em: 13 julho 2016.

_____. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

NASCIMENTO, A. B. do. Delitos de trânsito: culpa consciente ou dolo eventual? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 715, p. 405-410, mai. 1995.

- NASCIMENTO, W. V. A embriaguez nos limites da culpa *strictu sensu*. In: _____. **A embriaguez e outras questões penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 13-30.
- NINNO, W. Racha. Dolo eventual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 19, p. 211-214, jul. 1997.
- NORONHA, E. M. **Direito Penal**, v. 1: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963.
- _____. Do crime culposos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.
- NUCCI, G. de S. **Código Penal comentado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- _____. **Manual de Direito Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PACELLI, E.; CALLEGARI, A. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2015.
- PEDROSO, F. de A. **Direito Penal (Parte Geral): estrutura do crime**. 2. ed. São Paulo: LEUD, 1997.
- PIERANGELI, J. H. Reforma penal da embriaguez. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 685, p. 300-302, nov. 1992.
- PRADO, L. R.; CARVALHO, E. M. de; CARVALHO, G. M. de. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 14 ed. São Paulo: RT, 2015.
- PUPPE, I. **A distinção entre dolo e culpa**. São Paulo: Manole, 2004.
- _____. Dolo eventual e culpa consciente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 58, p. 114-132, jul. 1997.
- QUANDT, G. de O. Lesões mortais, causalidade, previsibilidade e imputação objetiva: algumas considerações sobre o julgamento do agrg no REsp 1.094.758. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 106, p. 297-326, jan. 2014.
- _____. Uma breve comparação entre o PLS 236/2012 e o Projeto Substitutivo: aplicação da lei penal e teoria do delito. In: LEITE, A. (Org.). **Reforma Penal: a crítica científica à Parte Geral do Projeto de Código Penal (PLS 236/2012)**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 189-218.
- QUEIRÓS, N. de. **Teoria da “actio libera in causa” e outras teses**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- RAMOS VÁSQUEZ, J. A. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- REALE JÚNIOR, M. **Instituições de Direito Penal**, Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002 (v. I) e 2003 (v. II).
- RIBEIRO PONTES. **Código Penal brasileiro**, v. I. 2. ed. Curitiba-São Paulo-Rio de Janeiro: Guaíra, s/d.
- RODRIGUES, E. S. M. **A embriaguez e o crime**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. Actio libera in causa. In: LUZÓN PEÑA, D.-M. (org.). **Enciclopedia penal básica**. Granada: Comares, 2002. p. 33-37.

ROXIN, C. **Autoría y dominio del hecho en Derecho penal**. 7. ed. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000.

_____. Observaciones sobre la “actio libera in causa”. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, p. 21-38, 1988. Disponible em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=P_1988_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES>. Acesso em: 13 julho 2016.

_____. **Desviación del curso causal y “dolus generalis”**. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SÁNCHEZ-OSTIZ, P. **Imputación y teoría del delito**: la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo. Buenos Aires-Montevideo: B de F, 2008.

SANTOS, H. S. Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo. In: GRECO, L.; LOBATO, D. (org.). **Temas de Direito Penal**. Rio de Janeiro/S. Paulo/Recife: Renovar, 2008. p. 263-289.

SANTOS, J. C. dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

_____. **Direito Penal**, Parte Geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito, 2012.

SCHÜNEMANN, B. La significación del principio penal de culpabilidad en la época de la globalización. In: _____. **Obras**, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. p. 465-490.

_____. Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad. In: _____. **Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002. p. 112-128.

_____. Sobre el estado actual de la teoría de la culpabilidad penal. In: _____. **Obras**, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. p. 437-464.

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

SILVA SÁNCHEZ, J.-M. **El delito de omisión**: concepto y sistema. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2003.

_____. ¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad. In: _____. **Normas y acciones em Derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2003. p. 99-133.

SIQUEIRA, G. **Tratado de Direito Penal**, t. I. 2. ed. Rio de Janeiro: José Kofino, 1950.

SOLER, S. **Derecho Penal argentino**, t. II. 4. ed. Buenos Aires: TEA, 1970.

STRATENWERTH, G. **Derecho penal, Parte General I**: el hecho punible. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

SZNICK, V. **A responsabilidade penal na embriaguez**. São Paulo: LEUD, 1987.

TAMARIT SUMILLA, J. M. La tentativa con dolo eventual. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, 1992, p. 515-560. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=P_1992_ANUARIO_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES&fasc=2>. Acesso em: 13 julho 2016.

TANGERINO, D. de P. C. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, J. **Direito Penal da negligência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Teoria do crime culposo**. 3. ed. [intitulado Direito Penal da negligência nas duas primeiras edições]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Teoria dos crimes omissivos**. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TEIXEIRA, A. **Teoria da aplicação da pena**: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TELES, N. M. **Direito Penal, v. I: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TOLEDO, F. de A. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VIANA, L. V. **Embriaguez no Direito Penal**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1949. Os dois primeiros capítulos da obra, composta de um total de oito, apareceram em artigo com o mesmo nome na **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná**, Curitiba, n. 4, p. 257-284, dez. 1956. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/6576/4696>>. Acesso em: 13 julho 2016.

VIDAL, H. S. Dolo e culpa na embriaguez voluntária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 841, p. 407-424, nov. 2005.

VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos del Sistema Penal: acción significativa y derechos constitucionales**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

WUNDERLICH, A. O dolo eventual nos homicídios de trânsito: uma tentativa frustrada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 754, p. 461-479, ago. 1998.

ZAFFARONI, E. R. **Tratado de Derecho Penal**: Parte General. Buenos Aires: Ediar, 1981 (t. III) e 1982 (t. IV).

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal brasileiro**, Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. **Derecho Penal**: Parte General. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002.