



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Embriaguez: uma análise dos artigos 26 e 28 Código Penal brasileiro

Nathalia Botelho Portugal

Rio de Janeiro
2013

NATHALIA BOTELHO PORTUGAL

Embriaguez: uma análise dos artigos 26 e 28 do Código Penal

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós- Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2013

EMBRIAGUEZ: UMA ANÁLISE DOS ARTIGOS 26 E 28 DO CÓDIGO PENAL

Nathalia Botelho Portugal

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Advogada.

Resumo: Este trabalho versa sobre a embriaguez no Código Penal brasileiro e tem como objetivo permitir uma melhor compreensão de seus tipos e suas conseqüências penais. Ressalta-se a adoção plena da teoria da *actio libera in causa* pelo Direito brasileiro, o que é muito criticado pela doutrina, principalmente nas hipóteses de imprevisibilidade do resultado, além da embriaguez patológica e a decorrente de caso fortuito ou força maior.

Palavras-chave: Embriaguez. Teoria da *actio libera in causa*. Acidental. Patológica.

Sumário: Introdução. 1. Embriaguez e teoria geral do delito. 2. Embriaguez voluntária, culposa e preordenada. 2.1. A embriaguez e suas causas. 2.2. Os tipos de embriaguez não acidental. 2.3. A teoria da *actio libera in causa* e sua adoção pelo Direito brasileiro. 2.4. Embriaguez preordenada como agravante. 3. A embriaguez decorrente de caso fortuito e força maior. 3.2. Embriaguez acidental como causa de semi-responsabilidade. 3.3. Embriaguez patológica. Conclusão. Referencias.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre o tratamento dispensado pelo Código Penal brasileiro à embriaguez, especialmente pelo art. 28, e tem como objetivo possibilitar uma melhor

compreensão do tema, seja por meio de uma interpretação minuciosa do texto normativo, seja em função do apontamento das principais críticas doutrinárias à matéria.

A embriaguez, não só como hipótese de culpabilidade, mas também como causa de semi-responsabilidade e de inimputabilidade, é tema de grande relevância no âmbito jurídico e social, haja vista a grande quantidade de “delitos” perpetrados por agentes sob o efeito de álcool ou de substâncias análogas.

Tendo em vista a necessidade de enquadramento da embriaguez na teoria geral do delito, constata-se que ela se encontra relacionada à culpabilidade e, em especial, a um de seus elementos, qual seja, a imputabilidade. Esta, por sua vez, consiste no conjunto de condições pessoais que confere ao agente capacidade para que lhe seja juridicamente atribuído fato típico e ilícito. Para tanto, é necessária a compreensão do injusto e determinação da vontade conforme o direito.

Diante disso, inicialmente, o trabalho versará sobre a embriaguez voluntária, culposa e preordenada, que, em virtude da adoção da teoria da *actio libera in causa ad libertatem relata* pelo Código Penal, não exclui a culpabilidade do agente, sendo sua conduta, portanto, delituosa. Todavia, conforme será demonstrado, não são poucas as críticas feitas pela doutrina à aderência à mencionada teoria, principalmente no que diz respeito a sua aplicação aos casos em que a prática do delito não era sequer previsível no momento em que foi ingerido álcool ou substância de efeitos semelhantes.

Por fim, será abordada a embriaguez como excludente de culpabilidade e como causa de redução de pena. Tais soluções penais são aplicadas às condutas típicas e antijurídicas praticadas por sujeito alcoólatra ou em estado de embriaguez completa accidental. Nessas circunstâncias, caso o agente seja, no momento da ação ou omissão, inteiramente incapaz de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento,

restará excluída a culpabilidade. Todavia, caso essa capacidade esteja apenas reduzida, a pena poderá ser reduzida.

1. EMBRIAGUEZ E TEORIA GERAL DO DELITO

De acordo com Rogério Greco ¹, crime, segundo o conceito formal, “seria toda conduta que atentasse, que colidisse frontalmente com a lei penal editada pelo Estado”. Sob o aspecto material, por sua vez, “seria conduta que viola os bens jurídicos mais importantes”. Este conceito deve ser utilizado pelo legislador ao elaborar os tipos penais incriminadores, uma vez que, somente às condutas que ameacem ou lesionem bens jurídicos de grande relevância é que deve ser aplicada sanção penal ².

No entanto, o renomado autor salienta que tais conceitos não trazem uma definição precisa sobre o que seria delito, motivo pelo qual a doutrina formulou o conceito analítico, que examina os elementos que compõem a infração penal ³. Em que pesem as divergências, no presente trabalho, consideraremos que são eles: fato, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Nesse ponto, cumpre lembrar que, para Teoria Finalista, majoritária no Brasil, ação é um “comportamento humano voluntário, dirigido a uma finalidade qualquer” ⁴. A tipicidade, por sua vez, é a adequação perfeita entre o fato concreto e a descrição contida no tipo penal ⁵. Finalmente, a ilicitude é, em suma, a constatação de que o fato típico é contrário ao ordenamento jurídico ⁶.

¹GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 136.

²NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 6. ed. São Paulo:RT, 2006, p. 151.

³GRECO, Rogério, op.cit., p. 135/137.

⁴Ibid., p. 145.

⁵MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 115.

⁶DELMANTO, Celso. dos et al. *Código Penal Comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 42.

Por fim, uma conduta típica e antijurídica somente se converte em crime quando possível a reprovação de seu autor, sendo este juízo de valor negativo denominado culpabilidade, a qual, de acordo com a concepção finalista, pressupõe a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato e a exigibilidade de obediência ao Direito⁷. É justamente na imputabilidade que a embriaguez se enquadra.

2. A EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA, CULPOSA E PREORDENADA

Tendo em vista a adoção da teoria da *actio libera in causa ad libertatem relata* pelo Código Penal, não exclui a culpabilidade a embriaguez culposa, voluntária e preordenada.

Nesses casos, o Código Penal, em seu art. 28, II, considera o sujeito imputável, equiparando a sua capacidade de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento à de um sujeito que não se encontra sob o efeito do álcool ou de substância análoga no momento da ação ou omissão.

Portanto, a conduta perpetrada por agente em estado de embriaguez culposa, voluntária ou preordenada configura delito, em consonância com o conceito analítico de crime adotado neste trabalho, qual seja, fato típico, antijurídico e culpável.

Sendo preordenada a embriaguez, cumpre salientar, configurada estará uma circunstância agravante, provocando, assim, o aumento da pena aplicável ao agente.

Todavia, conforme será demonstrado, muitas são as críticas doutrinárias à solução estabelecida pelo Código Penal, especialmente no que tange à orientação prevista na sua Exposição de Motivos, que determina a aplicação da teoria da *actio libera in causa* a todos os casos de inconsciência decorrentes do consumo de álcool ou de substância de efeitos semelhantes.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 432-436.

No entanto, para melhor compreensão do tema, primeiramente, é fundamental compreendermos em que consiste o estado de embriaguez e quais são as suas causas.

2.1. A EMBRIAGUEZ E SUAS CAUSAS

Nas lições de Julio Fabbrini Mirabete ⁸, “a embriaguez pode ser conceituada como a intoxicação aguda e transitória causada pelo álcool ou substância de efeitos análogos que privam o sujeito da capacidade normal de entendimento”.

O Código Penal brasileiro, em consonância com o conceito acima, ao disciplinar a embriaguez voluntária ou culposa, em seu art. 28, II, dispõe que esta pode decorrer não só da ingestão de álcool, como também do consumo de substâncias de efeitos semelhantes.

Percebe-se, assim, que o referido diploma legal “prevê um caso de interpretação analógica, uma vez que a norma contém uma fórmula casuística (álcool) seguida de uma genérica (ou substância de efeitos análogos)” ⁹.

Segundo Fernando Capez ¹⁰, tais substâncias seriam drogas psicotrópicas, haja vista provocarem alterações psíquicas, e poderiam ser separadas em: a) *psicolépticos*, que são os tranqüilizantes, os narcóticos, os entorpecentes, como, por exemplo, a morfina, o ópio, os barbitúricos e os calmantes; b) *psicoanalépticos*, que são os estimulantes, como as anfetaminas (as chamadas “bolinhas”) e a cocaína; c) *psicodislépticos*, ou seja, os alucinógenos, que consistem em substâncias que causam alucinação, como o ácido lisérgico, a heroína e o álcool.

Desse modo, percebe-se que a embriaguez não decorre apenas da ingestão de álcool, mas também do consumo das demais substâncias psicotrópicas.

⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini, op.cit., p. 221.

⁹ JESUS, Damásio E. de Jesus. *Direito Penal*. v. 1. *Parte Geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 511.

¹⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 311.

2. 2. OS TIPOS DE EMBRIAGUEZ NÃO ACIDENTAL

Conforme disposto no art. 28, II do Código Penal, a embriaguez culposa ou voluntária não exclui a culpabilidade, sendo, portanto, reprovável a conduta típica e antijurídica perpetrada pelo agente embriagado, a qual configura, assim, crime.

Para compreendermos o referido artigo, faz-se mister entendermos em que consiste a embriaguez culposa ou voluntária, além da preordenada.

Na embriaguez voluntária, o sujeito ingere álcool ou qualquer outra substância psicotrópica com a intenção de embriagar-se, ao passo que na culposa, apesar de não haver essa finalidade, o agente se põe no estado de embriaguez em função da imprudência ao consumir tais substâncias ¹¹. Essas duas modalidades de embriaguez, de acordo com a doutrina, pertencem ao gênero da embriaguez não acidental ¹².

A solução legal tem como fundamento a adoção da teoria da *actio libera in causa ad libertatem relata* pelo Código Penal brasileiro, que será melhor abordada no próximo tópico.

Por fim, temos a chamada embriaguez preordenada, que ocorre quando o agente consome álcool ou substância de efeito análogo com vistas a tomar coragem para praticar um delito ¹³. É o caso de pessoas que ingerem álcool para liberar instintos baixos e cometer crimes de violência sexual ou de assaltantes que consomem substâncias estimulantes para operações ousadas ¹⁴.

A embriaguez preordenada, que será abordada adiante, consiste em agravante do crime perpetrado, como determina o art. 61, II, *l* do Código Penal ¹⁵.

¹¹ JESUS, Damásio E. de Jesus, op.cit., p. 509-510.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 454.

¹³ Ibid., p. 456-557

¹⁴ CAPEZ, op. cit., p. 315

¹⁵ GRECO, op. cit., p. 384/387

2.3. A TEORIA DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA* E SUA ADOÇÃO PELO DIREITO BRASILEIRO

Conforme anteriormente mencionado, o Código Penal brasileiro, em seu art. 28, II, aderiu à teoria da *actio libera in causa ad libertatem relata*. Desse modo, no que tange à embriaguez culposa ou voluntária, incluindo aqui também a preodernada, o referido diploma legal determinou que a culpabilidade será verificada não ao tempo da ação ou omissão delituosa, mas sim em momento anterior, qual seja, aquele em que ocorreu a ingestão de bebida alcoólica ou de substância de efeitos análogos¹⁶. Isso porque o agente, no momento em que ingeria a substância, era livre para decidir se devia ou não fazer. Assim, como a ação foi livre na sua causa, deve o agente ser responsabilizado¹⁷.

Sobre a matéria, ressalta-se a conclusão de Narcélio de Queiroz¹⁸, segundo o qual a teoria da *actio libera in causa ad libertatem relata* se aplica aos casos em que alguém, em estado de inimputabilidade, é causador de resultado punível, tendo se colocado nesse estado propositalmente, ou seja, com a intenção de produzir o evento lesivo, ou sem essa intenção, mas tendo previsto a possibilidade do resultado, ou ainda, quando a podia ou devia prever.

Todavia, no tocante à adoção da teoria da *actio libera in causa ad libertatem relata* pelo Direito brasileiro, é de suma importância observar que a Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 e, posteriormente, a Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, datada de julho de 1984, apresentam uma concepção mais ampla da citada teoria se comparada ao exposto por Narcélio de Queiroz.

Tais diplomas legais estabelecem a adoção plena da teoria da *actio libera in causa*, não apenas para os casos de embriaguez preodernada, como também para todos aqueles em que o

¹⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 250-252.

¹⁷ CAPEZ, op.cit., p. 312

¹⁸ QUEIROZ, Narcélio de. *Theoria da actio libera in causa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense.,1963, p. 40.

agente se colocou em estado de inconsciência ¹⁹, o que vem gerando grandes discussões doutrinárias.

Inicialmente, cumpre salientar o posicionamento de Damásio de Jesus ²⁰, Heleno Cláudio Fragoso ²¹, Fernando Capez ²², Luiz Flávio Gomes ²³ e Valter Vieira do Nascimento ²⁴, segundo os quais a teoria da *actio libera in causa* não deve ser aplicada aos casos em que não era previsível ao agente a prática da conduta delituosa no momento em que consumiu álcool ou substância de efeitos análogos, sob pena de ser objetiva a responsabilidade do sujeito.

Valter Vieira do Nascimento ²⁵, ao abordar o tema, para melhor ilustrar sua crítica, apresenta duas situações. A primeira consiste no caso de um motorista que entra em um bar para tomar um refrigerante, mas aceita um convite para tomar bebida alcoólica, embriagando-se e ao voltar a dirigir, provoca um acidente. Nesse caso, há previsibilidade da prática de conduta delituosa, devendo o agente responder pelo delito com base na teoria da *actio libera in causa*.

No entanto, caso o mesmo motorista, após terminar de trabalhar, ingira bebida alcoólica, ficando em estado de embriaguez, venha a receber um chamado inédito da empresa em que trabalha para realizar uma tarefa extra e, voltando a dirigir, provoque um acidente, não haverá previsibilidade, não incidindo a citada teoria.

Tais autores, todavia, entendem ser possível a adoção da referida teoria nos demais casos.

¹⁹ BITENCOURT, op. cit., p. 452-457.

²⁰ JESUS, op. cit., p. 511-513.

²¹ FRAGOSO, op. cit., p. 250-252.

²² CAPEZ, op. cit., p. 312-314.

²³ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal. Parte Geral. Culpabilidade e Teoria da pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 31-32.

²⁴ NACISMENTO, Valter Vieira. *A Embriaguez e Outras Questões Penais: Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 15-28.

²⁵ *Ibid.*, p. 15-28.

Em sentido contrário, defendendo que o Código Penal brasileiro institui a responsabilidade penal objetiva para todos os delitos praticados em estado de embriaguez, salvo quando preordenada, encontramos Aníbal Bruno ²⁶, Guilherme de Souza Nucci ²⁷, Paulo José da Costa Júnior ²⁸ e Alberto Silva Franco ²⁹.

Segundo os renomados doutrinadores, o Código Penal, ao estabelecer a imputabilidade do agente que comete um delito em estado de embriaguez culposa ou voluntária, cria uma verdadeira ficção jurídica, visto que desloca o juízo da imputabilidade do tempo da conduta para um momento anterior, qual seja, o de consumo de bebida alcoólica ou de outra substância psicotrópica.

Desse modo, o referido diploma legal considera imputável quem na realidade não o é, haja vista não possuir capacidade de compreender o caráter ilícito do fato nem de determinar-se em consonância com esse entendimento.

Além disso, vale destacar a crítica feita por Aníbal Bruno ³⁰ àqueles que sustentam a punição do agente em função do dolo ou da culpa no momento de ingestão de bebida alcoólica ou substância análoga.

De acordo com o ilustre autor, essa solução adotada pelos doutrinadores que não restringem a aplicação da teoria da *actio libera in causa* apenas às hipóteses de embriaguez preordenada, acarreta a conclusão absurda de que o agente responderá por crime doloso ao embriagar-se dolosamente e por crime culposos ao fazer o mesmo de forma culposa, não sendo consideradas, portanto, suas condições no momento em que executa a ação.

Assim, para ele, não basta apenas querer embriagar-se. É essencial que o sujeito aja com dolo ou culpa em relação ao fato típico cometido em estado de embriaguez. Em outras

²⁶ BRUNO, Aníbal. *Embriaguez Voluntária ou Culposa e a Responsabilidade Penal*. Separata do v. II dos Estudos Jurídicos de Soriano Neto. Recife, 1962, p. 251-264.

²⁷ NUCCI, op. cit., p. 263-264.

²⁸ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 123-126.

²⁹ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial: Volume 1: Parte Geral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 467-471.

³⁰ BRUNO, op. cit., p. 251-264.

palavras, “não querer só a embriaguez, mas querer também o fato típico ou poder e dever prevê-lo como consequência do ato de embriagar-se”.

Aníbal Bruno observa ainda que é possível sustentar que o Código Penal brasileiro, na verdade, não adotou a teoria da *actio libera in causa*. De acordo com o autor, na embriaguez culposa ou voluntária, ou seja, não pré-ordenada, em função de imposição legal, o agente é imputável no momento em que pratica o fato. Dessa forma, o ato do ébrio é uma ação livre no próprio ato, não na sua causa remota ³¹.

Alberto Silva Franco, ao abordar o assunto, questiona se a embriaguez voluntária ou culposa, nos moldes do art. 28, II do Código Penal, violaria o art. 5º, XLV da Constituição da República, que determina que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

Para o autor, essa norma estabeleceria a necessidade de a pena aplicada ter correlação com o sujeito, ou seja, atingi-lo como pessoa capaz de agir e de decidir. Assim, o agente somente poderia ser punido por fato de sua responsabilidade pessoal, o que não aconteceria na embriaguez culposa ou voluntária, vista que esse estado não permite a prática de uma conduta própria do agente ³².

Já Cezar Roberto Bitencourt ³³ defende que, em casos de embriaguez voluntária ou culposa, deve-se analisar o caso concreto com vista a verificar se o sujeito é capaz de culpabilidade. Caso positivo, sua conduta será considerada crime e, conseqüentemente, será o agente responsabilizado penalmente.

Assim, percebe-se que não são poucas as críticas doutrinárias ao art. 28, II do Código Penal.

2.4. EMBRIAGUEZ PREORDENADA COMO AGRAVANTE

³¹Ibid., p. 261.

³²FRANCO, op. cit., p. 467-471.

³³BITENCOURT, op. cit., p. 452/554

Como já explicado, a embriaguez preodernada ocorre quando o agente consome álcool ou substância de efeito análogo com vistas a tomar coragem para praticar um delito. Nesses casos, em função da maior censurabilidade da conduta, a pena deverá ser agravada, conforme determina o art. 61, II, *l* do Código Penal ³⁴.

Portanto, a embriaguez preodernada consiste em circunstância agravante do delito, acarretando o aumento da pena a ser aplicada ao agente infrator.

3. A EMBRIAGUEZ COMO EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE E COMO CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA

Há duas situações em que a embriaguez tem como consequência a inimizabilidade do agente ou a possível redução da pena aplicada.

Primeiramente, quando, em razão de embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, o agente 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, nos termos do art. 28, § 1º do Código Penal. Sendo essa capacidade, porém, apenas reduzida, a pena será diminuída, em consonância com o disposto no art. 28, § 2º do referido diploma legal.

Ademais, também restará afastada a culpabilidade nos casos de delito cometido por sujeito embriagado em função do alcoolismo, desde que não pudesse, em virtude dessa patologia, entender a ilicitude de sua conduta ou determinar-se em conformidade com tal

³⁴ Ibid., p. 456-557.

compreensão. Por outro lado, poderá ser reduzida a pena cominada se esse mesmo agente estiver com tais capacidades diminuídas.

Essas hipóteses de embriaguez e suas conseqüências penais são os assuntos tratados neste tópico.

3.1. EMBRIAGUEZ DECORRENTE DE CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

O Código Penal brasileiro, ao tratar da embriaguez decorrente de caso fortuito ou força maior, também chamada pela doutrina de embriaguez acidental ³⁵, apresenta duas situações às quais são apresentadas respostas jurídicas diferentes.

Em seu art. 28, § 1º, determina que o agente será isento de pena quando, em virtude de embriaguez completa, 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.

Portanto, nessa hipótese, de acordo com o conceito analítico de crime adotado neste trabalho, qual seja, fato típico, antijurídico e culpável, estará excluída a culpabilidade, não restando configurada, assim, conduta delituosa.

Já o parágrafo 2º do mesmo dispositivo legal estabelece a redução da pena de um a dois terços se o sujeito, nas mesmas circunstâncias anteriormente mencionadas, não possuía plena capacidade de compreender a ilicitude da conduta e de agir em consonância com tal compreensão.

³⁵ Ibid., p. 455.

Nesse caso, como a embriaguez acarretou apenas a diminuição da referida capacidade, o agente será semi-imputável, o que significa que sua conduta será delituosa, haja vista não ser, como na hipótese anterior, excluída a culpabilidade, mas sua pena poderá ser diminuída.

A embriaguez “pode ser definida como a intoxicação aguda e transitória provocada pela ingestão do álcool ou de substância de efeitos análogos”³⁶. Todavia, cumpre salientar que a doutrina aponta três fases do referido estado.

Segundo os ensinamentos de Fernando Capez³⁷, seriam elas a excitação, a depressão e o sono. De acordo com o renomado autor, a excitação consiste no “estado inicial provocado pela inibição dos mecanismos de autocensura. O agente torna-se inconveniente, perde a acuidade visual e tem o equilíbrio afetado”. Já na depressão, “passada a excitação inicial, estabelece-se uma confusão mental e há irritabilidade, que deixam o sujeito mais agressivo”. Por fim, a fase do sono ocorreria apenas quando grandes quantidades de álcool ou substâncias com efeitos análogos são ingeridas, deixando a pessoa em estado de dormência profunda, acarretando a perda do controle de suas funções fisiológicas. Nesse estágio, portanto, o ébrio somente teria condições de cometer crimes omissivos.

Apesar de não haver consenso entre os autores acerca de quais são as fases, a maioria aponta que a embriaguez completa ocorre no segundo momento, qual seja, o de depressão.

Além da embriaguez completa, o art. 28, § 1º do Código Penal prevê como requisito para a isenção de pena que tal estado derive de caso fortuito ou força maior, motivo pelo que é de suma relevância compreendermos o que cada um deles significa. Tal tarefa, todavia, não é

³⁶ Ibid., p. 452.

³⁷ CAPEZ, op. cit., p.311.

fácil, haja vista as diversas posições doutrinárias sobre o assunto não só no Direito Penal, mas também no Direito Civil.

Para Rogério Greco ³⁸ e Caio Mário da Silva Pereira ³⁹, caso fortuito é um acontecimento natural, ao passo que a força maior decorre de um fato de outrem, sendo, dessa maneira, atribuído ao próprio ser humano

Diferente entendimento, todavia, é sustentado por Cezar Roberto Bitencourt ⁴⁰, segundo o qual caso fortuito ocorre quando o agente ignora a natureza tóxica do que está ingerindo, ou não tem condições de prever que determinada substância, na quantidade ingerida, ou nas circunstâncias em que o faz, poderá provocar a embriaguez. Força maior, por outro lado, é algo que independe do controle ou da vontade do agente, que está acontecendo, mas não consegue impedir. No mesmo sentido, encontramos Guilherme de Souza Nucci ⁴¹, Fernando Capez ⁴² e Robervani Dierin do Prado ⁴³.

Em que pesem as divergências doutrinárias a respeito dos conceitos de “caso fortuito” e “força maior”, é possível concluir que em ambos os casos a embriaguez deriva de fatores externos ao agente, sejam eles naturais ou humanos, imprevisíveis ou inevitáveis, motivo pelo qual eventual delito não lhe pode ser atribuído, haja vista serem hipóteses acidentais.

A embriaguez acidental é considerada pelo art. 28, § 1º do Código Penal como causa de exclusão de culpabilidade em função da inimputabilidade do agente.

³⁸ GRECO, op. cit., p. 384-388.

³⁹ SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações: v. II*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 383-388.

⁴⁰ BITENCOURT, op. cit., p. 455-456.

⁴¹ NUCCI, op. cit., p. 265.

⁴² CAPEZ, op. cit. p.314.

⁴³ PRADO, Robervani Dierin do. *Caso Fortuito: um estudo jurídico-penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p.106-113.

Tal tratamento, por sua vez, decorre do fato de ser o agente, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se segundo esse entendimento, tendo em vista encontrar-se embriagado.

Desse modo, a embriaguez acidental completa não acarreta nem a aplicação de pena, visto que afasta a culpabilidade, conforme demonstrado, nem a imposição de medida de segurança, uma vez que o art. 97 do Código Penal, ao discipliná-la, prevê sua aplicação apenas aos casos de inimputabilidade previstos no art. 26 do mesmo diploma legal.

Nesse ponto, foi correta a norma editada pelo legislador. A pessoa que, em estado de embriaguez completa em virtude de caso fortuito ou força maior pratica um crime, não necessita de tratamento ambulatorial ou internação hospitalar, afinal, não há nenhuma doença a ser tratada ⁴⁴.

3.2. EMBRIAGUEZ ACIDENTAL COMO CAUSA DE SEMI-RESPONSABILIDADE

Se a embriaguez decorrente de caso fortuito ou força maior não for completa e apenas reduzir a capacidade de compreensão do agente, possuindo ele, no momento da ação ou da omissão, alguma condição de entender o caráter ilícito do fato ⁴⁵, estar-se-á diante de uma hipótese de semi-responsabilidade.

Nesse caso, a conduta perpetrada é criminosa, visto que é típica, ilícita e culpável, mas, por não ser grande a sua reprovação pela sociedade, já que a embriaguez decorreu de

⁴⁴ CAPEZ, op. cit. p. 315.

⁴⁵ GRECO, op. cit. p. 384-387.

caso fortuito ou força maior, a pena aplicada pode ser reduzida de um a dois terços, como dispõe o art. 28, § 2º do Código Penal ⁴⁶.

Desse modo, a possibilidade diminuição de pena, no caso do crime praticado em estado de embriaguez, tem como requisitos ser este proveniente de caso fortuito ou força maior e não possuir o agente plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se em consonância com tal compreensão.

Nesse ponto, cabe ressaltar que Luiz Flávio Gomes entende ser obrigatória a redução da pena prevista no art. 28, § 2º do Código Penal, tendo em vista ser menor o grau de reprovabilidade da conduta praticada em estado de embriaguez acidental ⁴⁷.

3.3. EMBRIAGUEZ PATOLÓGICA

A embriaguez completa decorrente de caso fortuito ou força maior, nos moldes do art. 28, § 1º do Código Penal, não é a única hipótese em que a ingestão de álcool acarreta o afastamento da culpabilidade por ser considerado o agente inimputável. A ela, soma-se a chamada embriaguez patológica ou crônica, comumente conhecida como alcoolismo, que isenta o agente de pena quando este era, ao tempo da ação ou da omissão, em virtude da doença mental provocada pelo álcool, totalmente incapaz de compreender a ilicitude do fato ou de determinar-se em consonância com esse entendimento ⁴⁸.

⁴⁶ Ibid., p. 384-387.

⁴⁷ GOMES, op. cit., p.30-31.

⁴⁸ CAPEZ, op. cit., p. 315.

Assim, nesse caso, a inimputabilidade não tem como fonte o art. 28, § 1º do Código Penal, mas sim o art. 26, *caput* do mesmo diploma legal ⁴⁹. Portanto, afastada a culpabilidade, elemento que integra o conceito analítico de crime, a conduta não será criminosa.

As conseqüências da embriaguez patológica, por sua vez, estão previstas no art. 97 do Código Penal, segundo o qual, ao agente inimputável nos moldes do art. 26 do mesmo diploma legal é aplicada medida de segurança. Essa é a “sanção penal imposta pelo Estado, na execução de uma sentença, cuja finalidade é exclusivamente preventiva, no sentido de evitar que o autor de uma infração penal que tenha demonstrado periculosidade volte a delinquir” ⁵⁰.

Julio Fabbrini Mirabete ⁵¹ esclarece que, no caso de inimputáveis, a periculosidade é presumida *ex vi legis*, motivo pelo qual não precisa o juiz fundamentar a aplicação da medida de segurança.

Ademais, cabe mencionar que o Código Penal brasileiro adotou o sistema vicariante, ou seja, ao sujeito será aplicada pena ou medida de segurança, não sendo possível a cumulação das mesmas, como previsto pelo sistema duplo binário ⁵².

Contudo, a embriaguez patológica, também chamada de alcoolismo, tanto pode excluir a culpabilidade, na forma do art. 26, *caput* do Código Penal, como acarretar a redução da pena. Esta hipótese, por sua vez, é regulada pelo art. 26, parágrafo único do mesmo diploma legal.

Assim, quando a ingestão de álcool causar a diminuição da capacidade intelectual ou volitiva, será o agente imputável, sendo sua conduta, portanto, qualificada como crime.

⁴⁹ GRECO, op. cit. p. 384-387.

⁵⁰ CAPEZ, op. cit., p. 424.

⁵¹ MIRABETE, op. cit., p. 365-367.

⁵² GOMES, op. cit., p. 151-156.

Todavia, por não ser grande a reprovação social de seu ato, já que é portador de doença mental, sua pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Desse modo, tem-se aqui, assim como na embriaguez acidental que somente reduz a capacidade intelectual ou volitiva do agente, um caso de semi-responsabilidade.

Nesse caso, o art. 98 do Código Penal determina a aplicação de pena ou, excepcionalmente, de medida de segurança, de modo que deve ser verificada a extrema periculosidade do agente, hipótese em que será aconselhável a substituição da pena por medida de segurança⁵³.

Por fim, cabe ressaltar que é essencial que o juiz, ao proferir a sentença, fixe a pena aplicável antes de decidir acerca da necessidade de submissão do agente à medida de segurança, uma vez que é a pena privativa de liberdade que poderá ser substituída, não a medida de segurança. Além disso, caso seja aplicada ao agente uma pena restritiva de direito, não caberá sua substituição por medida de segurança⁵⁴.

CONCLUSÃO

Ao final dessa exposição é possível constatar a existência de quatro tipos de embriaguez, havendo para cada uma delas uma solução penal específica.

Inicialmente, nos moldes do art. 28, II do Código Penal, tem-se a embriaguez voluntária ou culposa que, tendo em vista a adoção da teoria da *actio libera in causa ad libertatem relata*, não exclui a culpabilidade do agente, que continua imputável, mesmo que

⁵³ MIRABETE, op. cit., p. 369-370.

⁵⁴ BITENCOURT, op. cit., p. 845-846.

no momento da ação delituosa não possua capacidade de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Muitas são as críticas feitas pela doutrina ao citado dispositivo legal, principalmente quando conjugado com a Exposição de Motivos do Código Penal, que prevê a aderência plena do Direito brasileiro à teoria da *actio libera in causa*, mesmo quando a prática do delito sequer é prevista pelo sujeito no momento do consumo tais substâncias.

A embriaguez preordenada, por sua vez, é aquela em que o agente se embriaga com vistas a liberar seus freios inibitórios para perpetrar conduta delituosa. Quando isso acontece, incide a agravante prevista no art. 62, II, *e* do Código Penal.

Há ainda a embriaguez acidental, sendo esta a decorrente de caso fortuito ou força maior, que, quando completa, implica a inimizabilidade do agente, nos termos do art. 28, § 1º do Código Penal. Todavia, quando incompleta a embriaguez acidental, provocando apenas a redução da capacidade intelectual ou volitiva do sujeito, a conduta será criminosa. No entanto, em razão do menor grau de censura de sua conduta, a pena deverá ser reduzida.

Por fim, temos a embriaguez patológica que, por ser considerada uma doença mental, tem como consequência a inimizabilidade do agente quando provoca a perda total de sua capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se segundo esse entendimento, nos termos do art. 26, *caput* do Código Penal. Entretanto, estando essa capacidade apenas diminuída em função da dependência do álcool ou de substância de efeitos semelhantes, a pena deverá ser reduzida, em consonância com o disposto no parágrafo único do citado artigo.

Uma vez cometido o crime por um alcoólatra, deve ser a ele aplicada medida de segurança, caso seja configurada a hipótese do art. 26, *caput* do Código Penal, como prevê o art. 97, *caput* do referido diploma legal. Contudo, sendo o sujeito enquadrado no parágrafo único do art. 26, caberá ao juiz a escolha de aplicar pena ou medida de segurança, na forma do

art. 98, caput, também do Código Penal, mas nunca as duas, visto que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema vicariante.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral* 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DELMANTO, Celso. dos et al. *Código Penal Comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial: Volume 1: Parte Geral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal. Parte Geral. Culpabilidade e Teoria da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

JESUS, Damásio E. de Jesus. *Direito Penal. Volume 1. Parte Geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NAHUM, Marco Antonio R.. *Inexigibilidade de Conduta Diversa: Causa Supralegal Excludente de Culpabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.71-85.

NACISMENTO, Valter Vieira. *A Embriaguez e Outras Questões Penais: Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

QUEIROZ, Narcélio de. *Theoria da actio libera in causa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

NÓBREGA, Alpino da. *A Justiça na Repressão ao Alcoolismo*. Recife, 1956.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal: Doutrina: Jurisprudência Seleccionada: Conexões Lógicas com os Vários Ramos do Direito*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Volume 1. Parte Geral. Arts. 1º a 120*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Robervani Dierin do. *Caso Fortuito: um estudo jurídico-penal*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações: vol. II*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da Inexigibilidade de Conduta Diversa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIRANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro V. 1- Parte Geral*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 731-737.