

As "Actiones Liberae in Causa"

LOURIVAL VILELA VIANA

1. O direito penal clássico (ou neoclássico) funda a responsabilidade criminal na idéia de **culpa moral**. Donde, as duas formas de culpabilidade: dolo e culpa «*stricto sensu*», à falta dos quais o fato ilícito torna-se imune de sanção penal: ou por ser o agente um inimputável (doença mental, embriaguez acidental, imaturidade psíquica), ou por incidir o fato na órbita do **caso fortuito**. **Quia fortuitos casus nullum humanum praevidere potest (Ulpiano)**. O **casus** refoge do âmbito do direito penal (arts. 11, 15, § único, C.P.).

Em outros termos: ninguém pode ser punido se, ao tempo da ação ou omissão, não obrou com consciência e vontade; vale dizer: se o agente **não quiz o resultado** (dolo direto), nem **assumiu o risco de produzi-lo** (dolo eventual), nem deu causa ao resultado por **imprudência, negligência ou imperícia**, para usarmos aqui a linguagem de nosso legislador penal (art. 15, I e II, C.P.).

Diz o Ministro FRANCISCO CAMPOS, na sua «Exposição de Motivos», que «o projeto (hoje, Código vigente) não conhece outras formas de culpabilidade, além do dolo e da culpa **stricto sensu**. Sem o pressuposto do dolo e da culpa «*stricto sensu*» nenhuma pena será irrogada. **Nulla poena sine culpa**. Em nenhum caso haverá presunção de culpa».

2. Pode suceder, porém, que no ato de delinquir, o indivíduo seja portador de uma causa de exclusão da imputabilidade (doença mental, embriaguez, menoridade). Excluída a imputabilidade, ou seja, a capacidade de entender e querer, não

se poderá pensar em culpabilidade: a imputabilidade pressupõe a culpabilidade. A sua inexistência (temporária ou definitiva) traz inevitavelmente a exclusão da culpabilidade. E, por via de consequência, a isenção de pena. «Senza colpa, nessun reato», dizem os italianos. É que, para a existência da infração, não basta o resultado, «a mudança do mundo exterior», a que se refere VON LISZT: ¹ é preciso também o elemento subjetivo — a vontade.

Mas, a vontade só é penalmente relevante se o agente, ao praticar o fato típico, era imputável (ou responsável), que, ainda no dizer de LISZT, é «todo homem mentalmente desenvolvido e mentalmente são».

3. Saliente-se, todavia, que a imputabilidade nem sempre pode manifestar-se no ato de execução do crime. Muita vez, o agente padece, por sua própria culpa, de uma causa de inimputabilidade (ex: embriaguez, sono comum, estado hipnótico, etc.); e, ao praticar a infração penal, fá-lo sem a luz da razão. Não haverá, aí, a coexistência da plenitude psíquica com a ação ou omissão da qual resultou o evento lesivo.

É de se indagar: pode justificar-se a punição do indivíduo que, deixando-se arrastar voluntária ou culposamente, a um estado de inimputabilidade, e, nesse estado, venha a delinqüir? E mais: a sua punição não derogaria os princípios da responsabilidade moral?

4. A teoria das «actiones liberae in causa» resolve, à justa, a questão. Podem definir-se as «actiones» como sendo aquelas ações em que o agente, em estado de inimputabilidade, vem a delinqüir, mas êste seu estado prende-se a uma ação ou omissão dolosa ou culposa praticada quando era êle plenamente imputável. Quer dizer: são ações «livres» na causa, isto é, quando o indivíduo tinha íntegra a capacidade de inteligência e vontade; mas, por sua própria culpa, tornou-se inimputável, cometendo, dessa forma, um ilícito penal. O ilustre

1. Von Liszt, «Tratado de Direito Penal», vol. I, pág. 193, trad. port. de J. Higino.

e saudoso penalista NARCÉLIO DE QUEIROZ² assim acertadamente caracteriza as *actiones liberae in causa*: «São os casos em que alguém, no estado de não imputabilidade, é causador por ação ou omissão, de algum resultado punível, tendo-se colocado naquele estado, ou propositalmente, 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.»

5. Històricamente, as «*actiones liberae in causa*» remontam aos criminalistas práticos italianos dos séculos XIII e XIV (BARTOLO, ALBERTO DE GANDINO, FARINACIO, BONIFÁCIO DE VITALINIS, BALDO, CLARUS e outros).

Formularam êsses sábios autores os primeiros lineamentos da teoria, a saber: «*dormiens (delinquens) aequiparatur furioso*» (BARTOLO); «*ebriosus non putitur si delinquit, nisi, dolose inebriaverit*» (BONIFÁCIO DE VITALINIS); «*ebrius punitur non propter delictum sed propter ebrietatem*» (FARINACIO) ou, ainda, «*ebrius punitur non ob delictum commissum sed culpam quam commisit se inebriando.*»

Daí, o afirmar-se justamente que a «*actio*» é de origem italiana; mas, entenda-se: é ela italiana nos seus primitivos fundamentos, não na sua formulação atual. Outros países, sobretudo a Alemanha, podem citar-se como co-partícipes dos italianos, e até na vanguarda dêles, no extraordinário progresso que a teoria modernamente apresenta, na solução de numerosos casos.

Seja como fôr, os práticos italianos tiveram o grande mérito da construção dos primeiros contornos da teoria. Os crimes cometidos em estado de embriaguez — raciocinavam — devem ser objeto de punição: esta, porém, não se há-de ligar ao **fato principal**, e sim ao **ato antecedente**, que lhe deu **causa**. Essa, a essência da teoria.

Para JULIUS CLARUS, todavia, o agente não devia ser punido a título de dolo; mas, tão só de culpa. Nenhuma pena

2. Narcélio de Queiroz, «Teoria da «*actio libera in causa*», pág. 40.

seria imposta, se a embriaguez fôsse involuntária. A opinião de CLARUS despertou prosélitos. Basta citar, entre êles, o grande jurista alemão CARPSOW.

6. Outros autores, no entanto, inspirando-se em ARISTÓTELES, não transigiam de modo algum com a embriaguez: postulavam a rigorosa punição dos delitos praticados nesse estado, e com pena agravada.

Concebiam com ARISTÓTELES («Ética», NICOM., L.I. c 50) o delito cometido em estado de embriaguez como sucetível de dupla punição: uma, pelo crime praticado; outra, pela imprudência revelada no embriagar-se. Falsa, a tese. SANTO THOMAZ demonstrou-o.³ Dois pecados não constituem sempre uma entidade maior que a formada por um só pecado. O pecado de embriagar-se, aduz SANTO THOMAZ, e o de, nesse estado, delinqüir, somados ambos são menores que o pecado de quem vier a praticar o mesmo fato criminoso sem se achar alterado pelo vinho.

7. Os escritores franceses, a partir do último século, opuseram-se vivamente à teoria das *actiones liberae in causa* (BERTAUD, CHAVEAU et HÉLIE, TISSOT, ORTOLAN, GARRAUD e outros).

Assinalava BERTAULD⁴ não ser suficiente que a vontade criminosa preexistia ao crime; é de mister que ela lhe seja **contemporânea**, e que presida à sua execução. Ao que acrescentavam CHAVEAU et HÉLIE⁵ que o ser moral não pode ser responsável pelos atos de um automato. Do mesmo modo, GARRAUD⁶ TISSOT⁷ e outros mais.

A raiz do pensamento dêsses autores reside precisamente na exigência da **simultaneidade** entre o dolo e a execução do crime, para caracterisar-se a responsabilidade penal. Em caso

3. Santo Thomaz, «Summa Theologica», 1894, p. sec., pág. 973.

4. Bertauld, «Cours de Code Penal», pág. 354.

5. Chaveau et Hélie, «Theorie du Code Penal, vol. I, pág. 546.

6. Garraud, «Précis de Droit Criminel», pág. 262.

7. Tissot, «El Derecho Penal», trad. esp., vol. I, pág. 69.

de embriaguez completa — argumentavam — fragmenta-se a entidade jurídica do crime: o agente, como diz ROSSI, procede sem consciência do bem e do mal; não faz uso da razão. Falta, pois, aí, o elemento subjetivo da infração: a culpabilidade. O autor é um inimputável.

8. Mostram-se os antigos penalistas franceses, como BERTAULD, HÉLIE, GARRAUD e outros, inexplicavelmente, cegos à formulação da teoria da *actio libera in causa*. Daí o seu profundo equívoco, em sustentarem a necessidade da *concomitância* do dolo com a consumação do crime.

Não é necessária, ao contrário do que êles afirmam, a presença da vontade em *tôdas* as fases do *iter criminis*. Consoante a doutrina da «*actio*», basta apenas que a imputabilidade exista no *ato inicial*, para que se justifique a punição do crime. É irrelevante que, no *ato final*, a dizer, no momento consumativo da infração, já não mais subsista a capacidade de entender e querer! Na «*actio*», a atividade *delitosa* compreende duas fases distintas: uma, *anterior*; outra, *posterior*: esta, ligada àquela como o efeito à causa. Ou como dizia M. E. MAYER, «é uma ação de dois graus». No primeiro grau, isto é, no ato de embriagar-se *culpavelmente*, ou de pôr-se em um outro estado qualquer de inconsciência ou coação (sono, estado hipnótico, etc.) o agente «era livre»; enquanto que, no *segundo grau*, ou seja, no momento de delinqüir, a sua vontade era totalmente ausente ou coacta. O que decide juridicamente é o *primeiro grau* da ação. O dolo (ou a culpa) que o ilumina expande-se, alcançando todo o processo sucessivo do *iter criminis*, até o seu instante final: a consumação do delito.

Se não houver, pois, nenhuma *correspondência*, o agente apenas responderá a título de culpa. (Se houver previsão a êsse título).

Afirma MASSARI⁸ com rigorosa precisão: ...«debba ritenersi bastevole un solo elemento: ossia un atto volontario,

8. Eduardo Massari, «II Momento Esecutivo del Reato», Napoli, 1934, pág. 205.

cui possa ricondorsi l'evento, comunque questo, in via diretta e immediata, derivi da un processo causale, non piu dominato dala volontà consapevole e libera dell'agente». No mesmo sentido, VON LISZT:⁹ «o que regula é o momento em que o movimento corpóreo voluntário foi empreendido (ou se se trata de uma omissão ilegal, devia ser empreendido): é indifferente o estado mental do agente no momento em que o resultado se produz».

Irrelevante, pois a concomitância da culpabilidade no momento em que o resultado se produz, posto que êste possa, por via direta ou imediata, ser **referido** à vontade livre do agente.

9. Há, porém, além dos autores franceses (BERTAULD, GARRAUD, etc.), aqui mencionados, inúmeros outros negadores das «*actiones liberae in causa*». Destacam-se, entre êles, PIROMALO, ANTOLISEI, PAOLI, STOPPATO, FERRI; e, no Brasil, ROBERTO LYRA e outros. Não admitem êsses autores se possa, para punir os atos de um inconsciente, invocar um **momento** de consciência anterior, ao qual, mediante nexo causal fisiopsíquico, se ligue o evento. A construção dogmática dos «*actiones liberae in causa*» afigura-se-lhes puramente **artificial**. Destinam-se as «*actiones*» — prosseguem — a coonestar a punição de delinqüentes irresponsáveis, sem ferir (diga-se: **aparentemente**) os princípios da **responsabilidade moral**.

Trata-se, pois, conforme sustenta PIROMALO,¹⁰ de «responsabilidade anômala», ou, como quer ONDEI,¹¹ «ficta», ou, ainda, «objetiva», ou «legal» (a «*Erfolgschaftung*», dos alemães).

Em nosso país, o mais típico representante dessa corrente é ROBERTO LYRA.¹² Assim se exprime o ilustre mestre de Direito Penal: «Tôdas as dificuldades e dúvidas relativas às

9. Von Liszt, Ob. cit., pág. 69.

10. Ianniti Piromalo, «Una Formula Anomala de Responsabilità», in «Studio», etc., pág. 260.

11. Emilio Ondei, «II Soggetto Attivo del Reato», págs. 80 e segts.

12. Roberto Lyra, «Comentários ao Código Penal», vol. I, pág. 250.

«actiones liberae in causa» proveem da necessidade de conciliar as exigências da responsabilidade moral com os imperativos da defesa social no setor jurídico, ainda infestado pelo classicismo. Mais vale, portanto, situar o problema no campo da **responsabilidade legal**, cuja ascendência caminha para o primado».

10. Observe-se, todavia, que êsses ilustres autores, ao negarem a «actio», o que pretendem é fazer triunfar a responsabilidade objetiva (que independe do elemento subjetivo).

Representam, pois, nas mais das vêzes, enderêços criminais que conflitam com a idéia de liberdade moral (positivistas, neopositivistas, etc.). Assim, para êles, o homem é responsável, não porque pensa e quer, mas, sim, porque vive em sociedade. A responsabilidade é, pois, **social**. Afirma FERRI: ¹³ «Eliminante toute idée de libre arbitre ou de liberté morale, nous repondons tout simplement»: l'homme est responsable parce qu'il vit en société».

A questão é, pois, de princípios.

As «actiones liberae in causa» pressupõem a participação da vontade do agente no **ato-base**. Já isto não sucede com a **responsabilidade objetiva**; quer dizer: neste tipo de responsabilidade a atividade **base** ou **inicial** é inocente, ou melhor, é completamente estranha a qualquer relação consciente com o delito. Por outras palavras: é a responsabilidade pelo puro nexos de causalidade material, ¹⁴ que o insigne NELSON HUNGRIA ¹⁵ chama justamente de «escalracho do Direito Penal.»

A responsabilidade objetiva faz **tabula raza** do livre arbítrio. Não admite a liberdade de entender e querer. Suprime, como diz MAGGIORE, «o mérito e o demérito das ações humanas». A sua base é materialista. Não deve, pois, prevalecer.

13. Ferri «La Sociologie Criminelle», trad. fr. do A., 1893, pág. 344.

14. Vincenzo Cavallo, «La Responsabilità Obbiettiva Nel Diritto Penale», 1937, págs. 11 e segts.; Battaglini, «La Questione Della Responsabilità Obbiettiva», in Riv. Penale», 1936, págs. 8 e segts.; Vannini, «Responsabilità Senza Colpa», in «Rivi Pen.», 1921, pág. 401.

15. Nelson Hungria, «Comentários ao Código Penal», vol. I, pág. 308.

Nivela o homem ao bruto; o espírito, à matéria. A luz do sol às trevas.

11. É de notar-se aqui que as «*actiones liberae in causa*», de início, applicavam-se sòmente aos casos de embriaguez. Mas, a teoria foi a pouco e pouco ampliando-se até alcançar a vasta extensão que lhe vêm dando, nestes últimos anos, os grandes autores alemães que trataram do assunto (MEZGER, BINDING, GERLAND, ZIMMERMANN, TIMM etc.) e, em menor escala, os italianos (MASSARI, VANNINI e outros mais).

Pode-se, pois, afirmar que, mercê da valiosa contribuição dos juristas sobretudo alemães e italianos, as «*actiones*» inclúem hoje, não apenas a punição da embriaguez, mas também todos os estados de inconsciência (ou de coação física ou psíquica), a que culposa ou voluntariamente se deixou empolgar o indivíduo (sono comum, estado hipnótico, automatismo sonambúlico, etc.).

O exemplo clássico da nova fórmula (sugerido pelos autores alemães) é o da mãe que sabe agitar-se na cama durante o sono; mas que, malgrado isto, deita-se com o seu filho com o propósito de asfixiá-lo, e assim o mata quando dormia. Variando o mesmo exemplo: a mãe, não obstante saber que tem sono agitado, deita-se com o filho no leito; entenda-se: sem a intenção aqui de matá-lo. A criança, porém, vem a morrer asfixiada.

Na primeira hipótese, a mãe será punida por homicídio doloso (perante o direito pátrio: homicídio qualificado: art. 121, § 2º, n. III, com a agravante do art. 44, letra f, do C.P.); ao que, na segunda hipótese, pode configurar-se: a) homicídio **culposo**; ou — b) **doloso**: ali, culpa consciente; aqui, dolo eventual. A opção é questão de fato. Depende dos elementos de convicção existentes. A roupagem das circunstâncias em que se verificou o evento é que irá dar o **tom** ao elemento subjetivo da infração. Assim, se a mãe agiu por **egoísmo** (excluída a premeditação), dormindo com o filho, **apesar** de saber que tinha sono agitado, o caso é de dolo eventual; enquanto que, se procedeu por **leviandade**, a hipótese é de culpa consciente.

O «complexo motivante», de M. E. **MAYER**, a que se refere **HUNGRIA**,¹⁶ é que irá decidir.

Em suma, quer quando a mãe deita-se com o filho, para sufocá-lo (homicídio qualificado), quer quando o faz sem essa intenção (culpa consciente ou dolo eventual), a incriminação da mãe se faz à luz da «actio liberae in causa». A mãe «era livre» ao premeditar o crime que cometeu durante o sono; como também livre ela era quando, por **egoísmo** ou **indiferença**, deita-se com o filho, podendo prever ou prevendo, embora sem o desejar, que o mataria. O mesmo pode suceder no estado hipnótico ou outra condição semelhante de inconsciência.

Se o indivíduo se deixou conduzir ao hipnotismo¹⁷ e se, nesse estado, vier a delinqüir, justifica-se, pelas «actiones», a sua inteira responsabilidade penal. O hipnotizador será também punido como co-partícipe do crime (art. 25 do C.P.).

12. Têm-se levado tão longe os limites de aplicação das «actiones» que diversos autores pretendem incluir na sua área de influência os crimes emocionais ou passionais (**NARCÉLIO DE QUEIROZ**, **NELSON HUNGRIA** e outros).

Argumentam êsses penalistas que o indivíduo deve disciplinar as suas emoções. Está em sua vontade neutralizar, pela educação, as suas tendências primitivas, desordenadas, os temperamentos rebeldes, os impulsos.

Funda-se **NARCÉLIO**¹⁸ na opinião de ilustres psicólogos (**GEORGES DEWELSHANVERS**, **CHARLES FÉRÉ**¹⁹ e, entre nós, **PORTO CARRETO**, **AFRÂNIO PEIXOTO**, etc.), no sentido de que o legislador não deve distinguir entre os que agem com ou sem emoção. Assevera **CHARLES FÉRÉ**, a respeito, que «L'habitude de se considerer, comme soumis à la loi com-

16. **Nelson Hungria**, ob. cit., pág. 290.

17. O hipnotismo ou sugestão hipnótica caracteriza-se por uma ausência total de consciência. A verdadeira sugestão hipnótica, porém, é rara. Cfr. sobre o assunto: **W. James**, «L'Authomatisme Psychologique», págs. 44 e segts.

18. **Narcélio de Queiroz**, ob. cit., pág. 77.

19. **Charles Féré**, «la pathologie des Émotions», pág. 557.

mune est la condition la plus propre du maintien de l'équilibre mental et du **self control**.»

Justificando a punição dos emocionais à luz da «actio», assim raciocina NARCÉLIO: «Se o delito resultou de um estado emocional que podia ter sido evitado e só foi possível pela falta de disciplina do agente, da ausência de **self-control** — não pode haver dúvida de que o ato por êle praticado possa ser, de certa maneira, considerado como voluntário na sua causa». Entende identicamente NELSON HUNGRIA,²⁰ frisando que «a emoção (ou a paixão explosiva) quando atinge o seu auge, reduz quase totalmente a **vis electiva** em face aos motivos e a possibilidade do auto-govêrno». E, mais adiante, afirma com ênfase: «É fora de dúvida, porém, que na sua fase incoativa o **processus** da emoção (ou da paixão violenta) pode ser interrompido. Nessa fase, ainda é possível a interferência da auto-crítica, e o indivíduo pode conservar-se «dentro de si» ou, como diz JAMES, deixar de exprimir a emoção, **contando até dez ou modulando um assobio**. Antes do momento agudo da descarga ou **raptus** emocional, há um decisivo instante em que ainda se pode obedecer ao impulso da atividade psíquica frenadora ou atender a exortação de HORACIO: «*animimum rege, nisi paret, Imperat*». Por fim, conclui o grande penalista: «No momento inicial da emoção, portanto, não se eclipsa o relativo poder de seleção entre os motivos que solicitam a vontade, isto é, não desaparece a condição de responsabilidade penal. Se o indivíduo se deixa empolgar pela emoção ou paixão violenta e vai até o crime, esta se apresenta como uma «*actio libera in causa*».

13. Sem dúvida, a tese de NARCÉLIO-HUNGRIA apresenta traços de viva originalidade; e, até certo ponto, é de molde a impressionar. Não lhe damos, porém, apoio.²¹

20. Nelson Hungria, ob. cit., pág. 525.

21. Cfr., a respeito, nossa tese de concurso — «Embriaguez no Direito Penal», na qual tivemos ocasião de censurar a demasia dessa extensiva formulação da «actio». «As emoções (o aparecimento delas), dissemos, fôgem, de ordinário, ao domínio da vontade e variam entre os indivíduos, segundo a ação de múltiplos fatores que independem da intervenção dos poderes inibidores do homem».

O aparecimento da emoção independe, quase sempre, da vontade do indivíduo. Ela surge, muitas vezes, **ex-improviso**, sem que o indivíduo sequer a possa pressentir. Fatos e coisas estranhas podem fazê-la surgir. Não raro, a interferência de terceiro. O próprio legislador penal o reconhece, ao regular o «homicidium privilegiatum» (art. 121, § 1º, do CP.) e a atenuante da «violenta emoção» (art. 48, c). Tanto na causa de **especial diminuição da pena** (art. 121, § 1º), quanto na **atenuante** (art. 48, c) se fala em «violenta emoção» ocasionada por «injusta provocação da vítima». A diferença é apenas de **grau** e de **tempo** de execução: no «homicidium privilegiatum», a emoção pressupõe maior violência; daí, o vocábulo «domínio» anteposto à expressão «violenta emoção» (emoção-choque). Exige-se, também, que a reação seja «logo em seguida»; ao passo em na atenuante do art. 48, c, a lei fala em «influência»; e, mais: não usa a locução «logo em seguida» (emoção-estado). A nota constante, porém, é a mesma: a «injusta provocação». Portanto, quem tornar-se emocionado **por obra de outrem** não tem nenhuma culpa (a provocação era «injusta»), pelo advento dêsse estado de transtôrno psíquico. A sua inocência é indiscutível. Não se pode, pois, fazer-lhe incriminação alguma pelo surtir da emoção (que foi **provocada** injustamente).

As «actiones» requerem um **momento inicial** de culpa (o ato de embriagar-se, ou de dormir, ou de deixar-se hipnotizar). Esse momento inicial culpável, que é o **ato-base** das «actiones», inexistente em regra nos crimes emocionais.

14. Argumenta-se, porém, como faz NELSON HUNGRIA, que a emoção, no seu início, é controlável. Não disciplinada nessa fase, vai ela num **crescendo** até atingir o paroxismo, ou o **raptus** emocional. Torna-se, então, aí, incontrolável. Todavia, é isto extremamente difícil, senão talvez impossível. O indivíduo não pode dispor a seu talante, nem regular a descarga muita vez intensíssima de adrenalina na torrente circulatória, desencadeada pelas cápsulas suprarenais. A maior ou menor mani-

festação emocional independe da vontade do homem; liga-se à natureza do **estímulo externo** e à resposta das suprarrenais.²²

Tudo isto pode dar-se num átimo de tempo, questão de segundos. Não se distinguem fases: uma, controlável; outra, não. É arbitrária essa distinção.

A emoção já surge, como na realidade o é: controlável ou incontrolável. Não existe **crescendo** algum, salvo se o **estímulo externo** persistir. A tendência é até inversa: a ação do tempo é benéfica no sentido de suavisar a tempestade fisiopsíquica da emoção. Daí ter nossa lei penal tratado com menor rigor a reação emocional **ex improviso** (emoção-choque), em relação ao contra-ataque tardio (emoção-estado).

Em suma, afigura-se-nos absolutamente impossível impedir o despertar da emoção (tirante, é evidente, a hipótese de emoção **preordenada**), e, ao mesmo passo, o seu intenso ou frágil vigor.

15. O que nos parece possível, isto sim, é dominar o **impulso** que acompanha o explodir da emoção. Tôda a emoção gera a tendência para um **impulso**, que varia com a natureza do estado emocional. Assim, p. ex., a emoção do **mêdo** costuma produzir o **impulso** da fuga; a emoção da **ira** acarreta o **impulso** da agressão; etc. Não se pode evitar o **mêdo** ou a **ira**, mas pode-se dominar o **impulso** da fuga ou da **agressão** que ditam essas emoções provocam. É justamente para impedir ou, pelo menos, para reduzir o **impulso da fuga** (ex: a deserção em presença do inimigo) que a lei penal militar pune a fuga até com a pena de morte (art. 229 do CPM); e, também, para proibir a facilidade com que os emocionais delinqüem e, pois, para fazê-los dominarem o **impulso** da agressão, é que o nosso Código tornou explícito, no seu art. 24, que «não exclui a responsabilidade penal a emoção ou a paixão». (Motivo de política criminal **algo excessivo** teria inspirado o art. 24).

22. Cf. sobre a emoção: Ribot, «La Psychologie des Sentiments», págs. 12 e segts.

16. A punição dos emocionais tem êste grande papel, que os psicólogos assinalam: a educação do **self-control**, o domínio dos **impulsos** (**Dwelshauvers, Féré**). Há casos, porém, que os podêres inibidores do homem podem falhar. Mencione-se aqui o exemplo de um pai que, regressando ao seu lar, depara o triste quadro de uma filha de poucos anos de idade estuprada e morta. O pai, com o espírito completamente conturbado, arma-se e, a pequena distância do ocorrido, mata o agressor. Pela nossa lei penal, o juiz terá que, inexoravelmente, condenar o pai infeliz. Malgrado o faça reduzindo-lhe grandemente a pena.

A lei penal devia ser mais indulgente. Seria de desejar que ao juiz se conferisse o poder de isentar de pena o agente em hipótese como essa. Nos demais casos, o legislador deveria punir os crimes emocionais (com os benefícios que já lhes dá a vigente lei penal), mas suprimindo-se a pena mínima. Assim, teria o juiz o arbítrio de: a) isentar o réu de pena; b) impor-lhe pena de ínfima importância (inexistiria o mínimo); ou, c) dar pouca ou nenhuma consideração ao fato da emoção (tudo dependendo do caso concreto).

17. Não aludimos aqui à hipótese de a emoção servir apenas para matisar uma «psicose latente» (**RUYS MAYA**), a saber, se se tratar de um anormal psíquico. É que, nesse caso, ter-se-á de concluir pela existência de verdadeira e própria **doença mental**, que torna o réu isento de pena (art. 22 do CP), passível tão somente de medida de segurança (art. 78, nº I).

Como quer que seja, porém, não é mister recorrer a «*actio libera in causa*» para justificar-se a punição dos emocionais; nem seria possível fazê-lo. A emoção foge aos limites de aplicação das «*actiones*».

18. Não é demais insistir-se neste ponto: tirante outras formas de inconsciência (ou de coação psíquica), no momento de delinqüir (sono comum, hipnotismo, etc.), e que, para efeito da incriminação, são **referidos** a um momento de consciência **anterior**, ao qual remonta o elemento subjetivo da infração, os

casos mais freqüentes e de maior aplicação das «actiones» dizem respeito à embriaguez.

19. Nem sempre, porém, os autores se mostram de acôrdo com relação ao **título da responsabilidade** do ébrio delinqüente. Alguns entendem que a punição deve ocorrer a título de dolo ou de culpa, em rigorosa função da **ação antecedente** (dolosa ou culposa). Ao passo que, para outros, só se deve punir o crime cometido em estado de embriaguez, a título de culpa; tão só.

A primeira corrente é a dominante na doutrina (FEURBACH, MERKEL, BINDING, OLSHAUSEN, VANNINI, LEONE e muitos mais).²³ A outra intuição conta com poucos defensores (MANZINI, PAOLI, ESCOBEDO, etc.).²⁴ A opinião mais acertada é indiscutivelmente a que desloca o título da punição para o **ato-base** do crime, vale dizer: o ato de embriagar-se. Se o indivíduo, ao delinqüir, fê-lo em estado de completa embriaguez (ou de outro estado qualquer de inconsciência), é de distinguir: se a origem psicológica da embriaguez foi dolosa, o delito será doloso; se por **imprudência** ou **negligência**, a punição será à base de culpa (mas, note-se: se houver a previsão culposa);²⁵ se **acidental**, o agente será irresponsável, posto que não sendo «livre» a causa, segue-se que «livre» não será o efeito.

Tudo se reduz, pois, ao **comportamento psíquico** do agente no ato de ingerir o tóxico (álcool, cocaína, ópio, morfina, etc). A atitude inicial do agente está incluída — assevera-o MASSARI²⁶ — na operação delituosa e é a sua base; é um «ante-

23. Sustentam essa opinião: **Vannini**; «Delitti Contro la vita», págs. 172/3; **Leone**, «II Titolo Della Responsabilità per reati commessi in Stato di Ubriachezza Volontaria o Colposa», in «Giust pen.», II, c. 1332; **Binding**, «Compendio», trad. it., págs. 183/4.

24. Cfr., por todos: **Manzini**, «Trattato de Diritto Penale», vol. I, pág. 492.

25. Assim, p. ex., se se tratar de furto, não haverá punição alguma, uma vez que êsse tipo delitivo não contém a previsão culposa (inexiste furto culposo).

26. **Massari**, «II Momento Esecutivo del Reato», pág. 207.

cedente efetivo do evento». Nesse **antecedens** é que repousa o título da punição (dolo ou culpa) ou a impunibilidade do agente (caso fortuíto ou fôrça maior).

20. Nosso Código Penal **perfilha**, no seu art. 24, n. II, a respeito da punição do ébrio delinqüente, a teoria da «*actio libera in causa*». Reza o art. 24, n. II, que **não exclui a responsabilidade penal a embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos**. Dissertando sôbre o assunto, diz o Ministro FRANCISCO CAMPOS, na «Exposição de Motivos» que acompanha o Código vigente: «Ao resolver o problema da embriaguez (pelo álcool ou substância de efeitos análogos), do ponto de vista da responsabilidade penal, o projeto aceitou em tôda a sua plenitude a teoria da «*actio libera in causa seu ad libertatem*» relata que, modernamente, não se limita ao estado de inconsciência preordenada, mas a todos os casos em que o agente se deixou arrastar ao estado de inconsciência». E, a seguir, conclui o Ministro: «Quando **voluntária** ou **culposa** a embriaguez, ainda que plena, não isenta de responsabilidade (art. 24, n. II): o agente responderá pelo crime. Se foi preordenada, responderá o agente, a título de dolo, com pena agravada (art. 24, n. II, c/c o art. 44, II, c). Sômente a embriaguez plena e acidental (devido a caso fortuíto ou fôrça maior) autorisa a isenção de pena, e, ainda assim, se o agente, no momento do crime, em razão d'ela, estava inteiramente privado da capacidade de entendimento ou de livre determinação».

Como se vê, o Código e, com êle, a «Exposição de Motivos», são expressos a propósito da responsabilidade penal de quem, em estado de embriaguez **não acidental**, venha a delinqüir. Mas, nem o Código, nem a «Exposição de motivos» dizem palavra acêrca do título de punição dos crimes cometidos em estado de embriaguez **voluntária** ou **culposa**. O que o Código apenas salienta é que êsse tipo de embriaguez «não exclui a responsabilidade». A «Exposição de Motivos», conseqüente com o silêncio do legislador, declara que «o agente responderá pelo crime»; nada mais. Pergunta-se: o agente responderá pelo crime, a que título: de dolo ou de culpa? A lei não o diz. Deixa, pois imprejugado o título da responsabilidade. A ques-

tão fica por resolver. Aplicando-se, porém, a teoria da «*actio libera in causa*», a que faz menção expressa a própria «Exposição de Motivos», ter-se-á de **remontar** à vontade do agente, no ato de embriagar-se: se fêz êle uso do álcool **voluntária** ou **culposamente**, e se fôr completa a sua embriaguez, o crime que porventura vier a cometer, será passível de punição a título de culpa (mas, veja-se bem: se o crime comportar a forma culposa); se a embriaguez fôr **preordenada**, nenhuma dúvida subsistirá e a «Exposição de Motivos» também aí é explícita: o agente responderá a título de dolo, com pena agravada; se **habitual** a embriaguez, depende: a) se culposa, crime culposos; b) se dolosa, crime doloso. Em qualquer caso, porém, estará o ébrio habitual sujeito a medida de segurança, por «presunção de periculosidade» (art. 78, III); se se tratar de **alcoolismo crônico**,²⁷ será o réu isento de pena (art. 22); se, finalmente, a embriaguez fôr **acidental**, a hipótese também será de isenção de pena ou de culpa **diminuída** (art. 24, n. II, §§ 1º e 2º).

21. A punição da embriaguez **completa, voluntária ou culposa**, a título simplesmente de **culpa**, traduz-se pelo fato segundo o qual o agente, querendo somente beber ou querendo embriagar-se, **não quiz** o resultado (a espécie criminosa ou contravencional), nem, a rigor, assumiu o risco do seu advento. O que houve, tanto num caso (**embriaguez culposa**), quanto no outro (**embriaguez voluntária**), foi um procedimento culposos do agente, em relação ao crime que, nesse estado, praticou. Vale dizer: bebendo por beber, ou bebendo para embriagar-se, o indivíduo **podia e devia prever** (o fato era previsível) que, em estado de embriaguez, seria levado à prática de atos ilícitos. Nada fêz, pois, para evitá-lo. Deu, assim, causa ao resultado por **culpa** (imprudência ou negligência). O problema

27. O alcoolismo crônico confunde-se com a doença mental.

No decorrer do alcoolismo crônico podem instalar-se episódios psicóticos típicos: **delirium tremens**, **psicose de Korsakoff**, **paranóia alccolica**, **delírio alucinatório agudo**, **dipsomania**. Cfr. **Ruys Maya**, «Psiquiatria Penal y Civil».

cifra-se apenas ao **grau de culpa**. Assim, menos intensa é a culpa de quem ingere álcool, sem a intenção de embriagar-se, que a do indivíduo que se alcoolisa voluntariamente: naquêlê tipo de embriaguez (a derivada de culpa), era **previsível** que, bebendo, **podia** embriagar-se, e, que, embriagado, podia delinqüir; enquanto que, nesta outra forma de embriaguez (assim dita voluntária), o agente de fato **quiz** embriagar-se. Era também previsível a prática de delito sob o domínio do álcool (ou de substância de efeitos análogos). A culpa, nesses dois casos, assim se distribuiria: culpa leve ou **grave** (conforme os elementos de prova existentes), na embriaguez **culposa**; culpa **gravíssima** (ou culpa consciente), na embriaguez **voluntária**.

22. Advirta-se, porém, que figuramos tão somente aqui a hipótese de **embriaguez completa**, aquela que por inteiro ofusca a luz da inteligência e da vontade. Se se tratar, todavia, de embriaguez incompleta, a questão muda-se: a responsabilidade não é de resolver pela «actio libera in causa». O indivíduo semi-embriagado é «livre» na causa mediata e imediata do evento, a dizer: no instante de beber e no de delinqüir.

É certo que alguns autores (MEZGER, BATTAGLINI, HUNGRIA e outros) não admitem que a embriaguez possa arrastar o indivíduo à inconsciência (nos crimes comissivos). O ébrio, nêsse estado, «é uma criação da fantasia: ninguém o viu jamais no banco dos réus» (BATTAGLINI).²⁸ Os distúrbios dos alcoolizados «são mais ou menos superficiais» (MEZGER).²⁹ A embriaguez «não extingue radicalmente as faculdades intelectivas e volitivas» (HUNGRIA).

23. Sustentamos, todavia, ponto de vista contrário.

A embriaguez, quando completa, acarreta profunda alteração da consciência (OTTOLENGHI).³⁰ Engendra, por vêzes, «cólera e delírio furioso» (PECHUAD). É «verdadeiro estado de alienação mental» (CARRARA).³¹ Aliás, nosso Código, ao

28. Battaglini, «Diritto Penale», pág. 127.

29. Mezger, «Diritto Penale», trad. it., pág. 210.

30. Ottolenghi, «Trattato», pág. 861.

31. Carrara, «Programma», vol. I, pág. 297.

referir-se a embriaguez accidental completa (art. 24, n. II, § 1º) reconhece que ela pode tornar o indivíduo «inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acôrdo com êsse entendimento». Quer dizer: o legislador brasileiro admite virtualmente que a embriaguez completa leva à inconsciência.

24. No que se refere ainda ao título da responsabilidade, nas hipóteses de embriaguez completa, **voluntária ou culposa**, cumpre salientar que a questão não é pacífica no direito penal brasileiro. O eminente NELSON HUNGRIA,³² por ex., propugna tese diversa. Afirma êle que «mesmo quando não haja **preordenação**, não fica excluída, nos crimes comissivos, a responsabilidade a título de dolo, desde que, ao colocar-se voluntariamente em estado de conturbação psíquica, o indivíduo soube que estava criando o risco, que aceitou, de ocasionar resultados anti-jurídicos. Posto que haja relação causal entre o voluntário estado de inconsciência e a conduta produtiva do evento, não há por que desconhecer a culpabilidade: sob a forma de dolo, se o evento corresponde à vontade conturbada, que se alia à atitude psíquica inicial de **aceitação do risco**; sob a forma de culpa **stricto sensu**, se o evento da transitória perda do poder de atenção inerente ou conseqüente ao estado de perturbação mental voluntariamente provocado.»

Pode-se, pois, sintetisar o pensamento de HUNGRIA, afirmando que, para justificar a punição, a título de dolo, de quem, por vontade, se embriaga (mesmo quando não haja **preordenação**), sustenta êle: a) que o evento corresponde à vontade do ébrio, não obstante conturbada; b) que, embriagando-se, aceitou o agente o risco de ocasionar possíveis resultado anti-jurídicos.

A mesma opinião, e até com mais veemência, o ilustre penalista repetiu, posteriormente, em carta com que nos brindou a respeito do interessante tema (Rio 13-12-949): «Se é certo que a embriaguez plena elimina o entendimento ético-jurídico

32. Nelson Hungria, ob. cit., pág. 378.

e o auto-governo do homem normal (ponto de referência do Código Penal Brasileiro), não é exato que extinga radicalmente as faculdades intelectivas e volitivas. O íncubo da embriaguez não se identifica com o da doença mental **au grand complet**. No ébrio persiste uma ideiação e uma vontade ligadas ao seu profundo «eu» (daí, o **in vino veritas**), de modo que a sua ideiação não é, como diz MANZINI, um puro **fortuito** psicológico. Tal ação corresponde a uma ideiação ou vontade descontrolada, ou a uma desatenção anormal, mas não perde, de todo, aquêlê caráter **de suitá** (como dizem os italianos) que, aliado, à anterior aceitação do risco ou censurável imprudência, é bastante para autorizar, na embriaguez voluntária, a culpabilidade a título de dolo ou culpa, conforme o caso. O direito positivo tem de ser interpretado dentro do seu sistema, e não à luz de critérios científicos ou pseudo-científicos, que êle não endossou. »

Em conclusão: para NELSON HUNGRIA, a embriaguez plena não extingue a inteligência e a vontade. Não reconhece êle que a vontade do ébrio possa inexistir. Aceita, todavia, que a vontade do ébrio seja **descontrolada**.

25. Respondemos, porém, que a **vontade descontrolada** (à parte, a **preordenação**) não é juridicamente apreciável. Numa palavra: não é vontade. O indivíduo não pode mais dominá-la (é **descontrolada**). Ora, o dolo ou a culpa são modos de ser da vontade, mas note-se da **vontade normal**, e não de um processo volitivo abnorme. Mesmo porque se essa **vontade descontrolada**, a que se refere HUNGRIA, se revestisse algum valor sob o prisma jurídico, não haveria nenhuma necessidade de recorrer-se a «*actio libera in causa*» para justificar-se a punição do ébrio delinqüente. A «*actio*» não se aplica, segundo a justa opinião de numerosos autores (ERNST TIMM, etc.), aos casos da chamada **imputabilidade diminuída**. A imputabilidade não admite graus (BELING): existe ou não existe. Se existe, o indivíduo é capaz de direito penal; se não existe, é incapaz. Todavia, se ela falhar apenas no momento consumativo, não no anterior, é irrelevante de acôrdo com a «*actio*».

26. É verdade que NELSON HUNGRIA procura iluminar a vontade abnorme do ébrio com a teoria do **risco**. O indivíduo, ao embriagar-se «sabe que estava criando o risco, que aceitou, de ocasionar resultados anti-jurídicos». O caso, então, seria de **dolo eventual**. Objete-se, porém, que tanto no **dolo direto**, quanto no **eventual**, o agente tem que **prever** o resultado e **querê-lo** (dolo direto) ou **consentir** no seu advento (dolo eventual). Mas, não deve querer **qualquer resultado** (delinquir indiscriminadamente), e sim um **determinado resultado** (matar, ferir, incendiar, etc.). Ora, o indivíduo que se embriagou até à inconsciência (ou descontrolo da vontade), sem o intuito deliberado de delinquir ou sem prever o cometimento de determinado delito, **não quiz o resultado**, nem **consentiu** no seu advento: não o previu, nem, pois o ratificou *ex ante*.

Punir-se, a título de dolo eventual, quem em estado de embriaguez cometeu um delito qualquer, seria o mesmo que aplicar-se ao caso o **dolo indeterminado**, que NELSON HUNGRIA³³ justamente chama de «verdadeiro contra-senso, qual seja o de uma vontade de fazer mal *ingenere*», ou como o denominou OSENBRUGGER, por êle referido, «um absurdo «*logisches Unding*)».

27. Só admitimos, portanto, a punição da embriaguez completa, a título de dolo, nos restritos casos de ser ela **preordenada** ao delito. Nada mais.

Entendem, porém, alguns autores que a embriaguez dolosa, a dizer, **preordenada**, é inconcebível (PESSINA, FERRI BRUSA, GARRAUD, DE MARSICO, DE BLASIO e outros). É impossível manter-se, nos indivíduos completamente embriagados, o **anterior** designio criminoso, sendo, por isso — afirmam — illusória a preordenação. Daí a alternativa: ou se nega que a embriaguez seja completa, ou se nega que o delito seja a execução de um designio criminoso preconcebido.

Frisa PESSINA³⁴ que, se o agente cometer o delito em mente sã, isto não legitima a suposição de que a embriaguez

33. Nelson Hungria, ob. cit., pág. 288.

34. Pessina, «Elementi», vol. I, pág. 227.

não era completa. A sua consciência e vontade seriam guiadas por um «fio de luz», sob a qual se radica a imputação ou a agravação da pena. Ao passo que FERRI,³⁵ nem tal admite. A embriaguez, ofuscando por completo a luz da inteligência e da vontade, torna a ação do ébrio «equivoca» e, por isso mesmo, não é verdadeira ação criminal (... «non è vera azione criminosa perchè equivoca»). DE MARSICO³⁶ sustenta, a seu turno, a tese da «impossibilidade jurídica» de se cometer, em estado de inconsciência, um delito anteriormente premeditado. «O ébrio não é capaz — diz êle — de fazer atuar aquilo que anteriormente havia determinado». Se o fizer, é prova de que não se achava em estado de completa embriaguez ou, então, como apregoava BRUSA:³⁷ «deve-se atribuir ao caso ou a uma pura combinação psicológica.

Idênticamente, entre os autores franceses, pensa GARRAUD:³⁸ «L'individu qui exécute, en état d'ivresse, le project en vie duquel il s'est enivré montre, para celá même qu'il lui reste une certain conscience de ses actes.»

28. Sem nenhuma razão tal entendimento.

Ê perfeitamente possível executar em estado de inconsciência um designio traçado quando o indivíduo ainda se encontrava em plena posse de sua capacidade de entender e querer. ALOISI³⁹ sustenta que a idéia preordenada permanece no cérebro do ébrio como uma espécie de «idéia fixa», que o indivíduo, apesar de inconsciente, executa.

Argumenta MANZINI⁴⁰ que, tanto no sono natural ou hipnótico, quanto na embriaguez, uma resolução, vivamente tomada em estado de vigília, sobrevive atuante, em relação a pequenos ou grandes fatos da vida individual. Exemplifica MANZINI que a mãe, querendo sufocar o filho recém-nascido,

35. Ferri, «La Teorica Dell'Imputabilità».

36. De Marsico, «Atti della Commissione».

37. Parlamentare», vol. VI, pág. 139.

38. Garraud, ob. cit., pág. 263.

39. Aloisi, «Atti», pág. 139.

40. Manzini, «Trattato», vol. I, pág. 495.

se se deitar com êle, fará durante o sono atuar o seu propósito, e o matará. De igual modo, sucede na embriaguez completa preordenada: o agente cometerá o crime que premeditou, se lhe restar a possibilidade física de executá-lo.

Mostra, ainda MANZINI, para justificar a sua observação, que ainda quando a atividade psíquica do indivíduo parece subvertida ou eliminada, permanece uma subconsciência limitada a determinadas idéias e soluções, um **monoideismo** ou um **oligoideismo** devido a sugestão de outrem ou a auto-sugestão, que alimenta uma pequena chama de luz na mais profunda obscuridade e que determina a ação, não já mercê de puro um **fortuito psicológico**, mas, sim, segundo a **vontade originária**. Assiste tôda razão a MANZINI. O agente serve-se de si mesmo como um **instrumento** para cometer o crime (teoria da **ação ampliada**, dos italianos). Utiliza-se de seu próprio corpo, para fins preconcebidos (VON LISZT).⁴¹

29. Se, porém, o indivíduo embriagar-se para cometer **determinado crime** e vier a praticar outro, bem diverso, que não chegou sequer a cogitar (**cogitationem poena nemo patitur**)? Não será êle punido a título de dolo, nem muito menos ocorrerá a agravante da preordenação. Para que esta se configure é mister que o fato praticado em estado de incapacidade **corresponda** àquêle querido anteriormente pelo sujeito (PAOLI).⁴² Não é preciso, porém, que a correspondência seja absoluta (BATTAGLINI).⁴³

30. Por fim, e conduzindo: a teoria da «*actio libera in causa*», justificando a punição a título de dolo ou de culpa os crimes praticados em estado de inconsciência voluntária ou culposamente provocados pelo agente constitui por sem dúvida uma das mais belas criações da ciência penal. Mormente com a amplitude que a doutrina lhe vem dando modernamente, como tivemos ocasião de demonstrar no decorrer dêste trabalho.

41. Von Liszt, ob. cit., pág. 261.

42. Paoli, «L'Elemento Soggettivo», etc., pág. 40.

43. Battaglini, «Diritto Penale», pág. 27.

Se não houver, pois, nenhuma **correspondência**, o agente apenas responderá a título de culpa. (Se houver previsão a êsse título).

33. **De lege ferenda**, todavia, a embriaguez **preordenada**, como agravante não tem razão de ser, e é mesmo inexplicável. Figure-se, para demonstrá-lo, a hipótese de dois indivíduos que concertam a prática de um crime (ex: homicídio): um dêles, pressionado por nobres impulsos, resiste à má idéia; o outro, não. Aquêle, embriaga-se para delinqüir; ao passo que êste viola **sic et simpliciter** a lei penal.

Se qualquer dêles tivesse que ser apenado mais benignamente, não seria justo que o fôsse aquêle que delinqüiu em estado de plena consciência; mas, sim, o que agiu embriagado: a sua embriaguez vem precisamente provar ser menor a sua periculosidade (menos intenso, também, é o seu dolo). Errôneo, pois, o critério adotado pelo nosso legislador, punindo com agravação quem agiu obinubilado pelos fumos do álcool, enquanto que o outro, que premeditou o mesmo crime, é tratado sem essa agravante obrigatória. Questão de política criminal, talvez. Mas, a lei deve ser justa.