



**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO**

SUELI ALVES DE ARAÚJO

EMBRIAGUEZ NO TRÂNSITO E A IMPUTAÇÃO SUBJETIVA:
um exame a partir da distinção entre dolo eventual e a culpa consciente

Recife
2013

SUELI ALVES DE ARAÚJO

EMBRIAGUEZ NO TRÂNSITO E A IMPUTAÇÃO SUBJETIVA:
um exame a partir da distinção entre dolo eventual e a culpa consciente

Monografia apresentada à Faculdade Damas
da Instrução Cristã como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas
Orientador: Prof. Dr. Leonardo Siqueira

Recife
2013

Araújo, S. A.

Embriaguez no trânsito e a imputação subjetiva: um exame a partir da distinção entre dolo eventual e a culpa consciente. / Sueli Alves de Araújo. O Autor, 2013.

63 folhas.

Orientadora: Profª Drª Leonardo Siqueira

Monografia (graduação) – Direito - Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2013.

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Culpabilidade 3. Embriaguez no Trânsito 4. Dolo Eventual 5. Culpa Consciente.

340 CDU (2ªed.)

340 CDD (22ª ed.)

Faculdade Damas

TCC 2013-169

Sueli Alves de Araújo

EMBRIAGUEZ NO TRÂNSITO E A IMPUTAÇÃO SUBJETIVA:
um exame a partir da distinção entre dolo eventual e a culpa consciente

DEFESA PÚBLICA, em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

PRESIDENTE: Orientador Prof. Dr. Leonardo Siqueira

1º Examinador: Prof. Dr.

2º Examinador: Prof. Dr.

RESUMO

Este trabalho aborda a problemática jurídico-penal da imputação subjetiva nos crimes de trânsito por embriaguez face à culpabilidade em suas dimensões principiológicas, limitativa da pena e constitutiva do crime. Faz uma breve explanação sobre a embriaguez como importante fator criminógeno, suas fases e espécies sob os aspectos médico-legais e jurídico-penais, bem como analisa a problemática da embriaguez em relação a imputabilidade penal da forma como é tratada no Código Penal. Para tanto, a embriaguez é investigada frente aos institutos da culpabilidade, da *actio libera in causa*, a partir do art. 28, bem como à luz dos conceitos de dolo eventual e da culpa consciente elencados no art. 18 do Código Penal Brasileiro. Por fim, discorre sobre o posicionando dos tribunais acerca da imputação subjetiva nos crimes de trânsito por embriaguez, notadamente a partir da análise das decisões jurisprudenciais dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, de Minas Gerais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. O método adotado foi o dedutivo a partir de pesquisas eminentemente bibliográficas.

Palavras-chave: culpabilidade; embriaguez no trânsito; dolo eventual; culpa consciente.

ABSTRACT

This paper addresses the criminal legal issues on subjective accusation related to drunk driving offenses in the face of the underlying principles of restrictive intermediate punishment, constitutive criminology and culpability. It presents a brief explanation on inebriety as an important criminogenic factor, its phases and types under the medical and legal aspects of the law, as well as analyzes the problem of alcohol abuse regarding imputability as it is addressed in the Criminal Code. Hence, inebriety is investigated against the canon of culpability, the *actio libera in causa*, as from the article 28, and the concepts of willful misconduct and consciousness of guilt as indexed in the article 18 of the Brazilian Penal Code. Finally, it discusses the courts position on subjective accusation related to drunk driving offenses, distinctly through analyzing the jurisprudence verdicts of Rio Grande do Sul and Minas Gerais Courts of Justice, the Superior Court and the Supreme Federal Court. The method adopted was deductive based on a research eminently bibliographical.

Keywords: culpability; drunk driving; willful misconduct; consciousness of guilt

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
CAPÍTULO 1 CULPABILIDADE E EMBRIAGUEZ	09
1.1 Culpabilidade: conceito e desdobramentos.....	09
1.1.1 Teorias da Culpabilidade: teoria psicológica, teoria psicológico-normativa e teoria normativa ou normativa pura	12
1.1.2 Culpabilidade e a teoria da <i>actio libera in causa</i>	16
1.2 Embriaguez: precedentes históricos.....	18
1.2.1 Conceito de embriaguez e distinção do alcoolismo.....	19
1.2.2 Tipos de Embriaguez.....	21
1.2.3 Fases ou graus da embriaguez: aspectos médico-legais e jurídico-penais.....	25
CAPÍTULO 2 ELEMENTOS SUBJETIVOS DO TIPO	28
2.1 O tipo comissivo doloso: conceito.....	28
2.2 Teorias do dolo.....	30
2.3 Elementos do dolo.....	32
2.4 Modalidades de dolo.....	34
2.4.1 Dolo direto de primeiro e de segundo grau.....	35
2.4.2 Dolo indireto ou eventual.....	36
2.5 O Tipo comissivo culposo: conceito e formas de cometimento da ação culposa	40
2.5.1 Espécies de Culpa: culpa consciente e culpa inconsciente.....	42
2.5.2 Elementos da culpa.....	44
CAPÍTULO 3 PROBLEMÁTICA DA IMPUTAÇÃO SUBJETIVA NOS CRIMES COMETIDOS NO TRÂNSITO EM DECORRÊNCIA DA EMBRIAGUEZ	47
3.1 Nos casos de homicídios no trânsito, por embriaguez, temos um crime doloso ou culposo?.....	47
3.2 Dolo eventual e culpa consciente a partir das decisões dos tribunais	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

A ingestão do álcool incorporou-se a rotina da sociedade moderna, estando presente em quase todos os eventos sociais, dada a sua aceitação social e cultural. A embriaguez alcoólica por apresentar inerente complexidade e importância exige uma abordagem multidisciplinar no tocante ao tratamento penal a ela concernente.

Nesse diapasão, o assunto demanda especial atenção, por ser o álcool uma droga lícita e tão usual quanto ao seu consumo são as suas consequências, sobretudo quando associados à direção de veículo automotor. O Código Penal Brasileiro em relação à embriaguez, adotou expressamente no artigo 28, inciso II, a Teoria do *actio libera in causa* (vontade livre na causa), doutrinariamente consagrada no sentido de que o agente que se coloca em estado de inimputabilidade, deve ser responsabilizado, seja porque quis o resultado, seja porque sendo previsível, confiou na sua não ocorrência.

O primeiro capítulo, aborda o princípio da culpabilidade em suas diversas acepções, a saber: como princípio de ordem constitucional que rege todo o Direito Penal, como limite para imposição da pena e como terceiro elemento integrante da estrutura do delito.

A culpabilidade deve ser entendida como juízo de reprovação pessoal, sobre o autor de um fato típico e antijurídico. Para entender a culpabilidade, foi necessário estudar as suas teorias explicativas, isto é, as teorias psicológica, psicológico-normativa e a teoria normativa pura da culpabilidade.

O princípio da culpabilidade, ao lado do princípio da legalidade, constituem a base do Direito Penal Contemporâneo, sendo a culpabilidade, o fundamento e o limite da pena, ou seja, a aplicação da sanção penal, pressupõe a culpabilidade. Assim, o *ius puniendi* do Estado está limitado por dois princípios básicos, que são legalidade e culpabilidade, dos quais não pode se afastar.

Este primeiro capítulo, trás ainda uma breve explanação da culpabilidade a partir da análise do sentido e alcance da teoria da *actio libera in causa*, desenvolvida pelos práticos italianos, segundo a qual ocorrido um evento lesivo por um ato de vontade do gente, a sua reponsabilidade será determinada não pela ação principal (o crime), mas pela ação anterior, isto é, a causa mediata do crime. Em outras palavras, pressupõe que a imputabilidade do agente seja verificada no momento anterior ao estado de embriaguez. Logo, se o sujeito imputável decide se embriagar ou culposamente se embriaga, deverá responder pelos atos praticados em estado de ebriedade.

Faz uma análise das fases e das espécies de embriaguez, sob os aspectos médico-legais e jurídico-penais. A embriaguez é um processo e como tal como ser dividida em três fases, quais sejam: excitação, depressão e comatosa. Quanto às suas modalidades, no Código Penal, o legislador dispensou sua atenção para duas modalidades: a embriaguez voluntária/culposa, previstas no art. 28, inciso II que não isenta de pena e a embriaguez involuntária ou acidental, provenientes de caso fortuito e força maior, prevista no § 1^a do dispositivo supracitado, isenta de pena, pois neste caso o agente não teria condição de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O segundo capítulo, busca explicar os elementos subjetivos do tipo, ou seja, o dolo e culpa, expondo os conceitos, as modalidades e os elementos de cada um deles, bem como as diversas teorias explicativas. Em relação ao dolo, há três teorias explicativas a saber: a teoria da vontade, para a qual a essência do dolo está na vontade de realizar o ato; a teoria da representação criada por Liszt que reduz o dolo à simples previsão do resultado; e a teoria do consentimento que exige além da representação intelectual, o consentimento do agente para a realização do resultado.

Em relação a crime culposos, a sua análise parte do pressuposto de que a conduta culposa, é aquela onde há uma violação a um dever objetivo de cuidado, que culmina na produção de um resultado previsto pelo agente, cujas formas de cometimento são: a imprudência, a negligência e a imperícia, nos termos do art. 18, inciso II do Código Penal.

Quanto as suas modalidades, a culpa pode ser dividida em: consciente também chamada de culpa com representação em que o agente prevê o resultado típico e jurídico, embora acredite na sua não ocorrência e a culpa inconsciente em que não há a previsibilidade do resultado típico e antijurídico.

Neste primeiro capítulo, a ênfase é a distinção entre dolo eventual e culpa consciente, cuja delimitação é imprescindível para se chegar a uma resposta acerca da imputação subjetiva nos crimes de trânsito, em decorrência da embriaguez alcoólica. Parte do pressuposto que a diferença entre os dois institutos está no plano da afetividade, ou seja, enquanto na culpa consciente, o agente confia que o resultado previsível não ocorrerá, no dolo eventual, o agente tem uma posição de indiferença quanto a possível lesão ao bem jurídico tutelado, daí porque demanda uma punição mais severa.

Por fim, o terceiro capítulo trata da problemática da imputação subjetiva nos crimes de trânsito, à título de dolo eventual e de culpa consciente a partir da análise das decisões dos tribunais, notadamente, as jurisprudências dos Tribunais de justiça do Estado de Rio Grande do Sul, de Minas Gerais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

O Código Penal Brasileiro, limitou-se a dispor em seu art. 28, que a embriaguez completa, proveniente de caso fortuito e força maior, torna o autor isento de pena e isso é inconteste, se em tais situações, o agente não tinha condições de entender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Dispõe ainda que a embriaguez voluntária e culposa não isenta o agente de pena, não excluindo a imputabilidade penal. Contudo, a lei Penal não diz, como se deve apenar, se à título de dolo ou de culpa, o que permite alguns questionamentos, cuja resposta vem a ser ofertada pela doutrina e pela jurisprudência.

Em relação aos crimes culposos, o inciso II do art. 18 expõe na verdade os tipos de comportamentos culposos, não expressando a essência da culpa, ou seja, não diz o que é o crime culposo. Em relação ao crime doloso, a lei penal utiliza a expressão “assumir o risco” de produzir o resultado, no sentido de conformação com o resultado típico representado como possível, para conceituar o dolo eventual.

Contudo, a culpa é uma forma excepcional de punição, no sentido de que somente se pune a título de culpa, quando houver expressa previsão legal, nos termos do art. 18 do Código Penal. Em relação aos crimes de trânsito por embriaguez, a regra, é a punição à título de culpa consciente, por inobservância a um dever objetivo de cuidado.

O fato é que a embriaguez é um importante fator criminógeno, em razão do seu efeito redutor dos freis inibitórios, interferindo de forma decisiva na capacidade cognitiva e volitiva do agente, de modo que é um fator importante na criminalidade, sobretudo nos crimes contra a vida, a integridade corporal e nos crimes sexuais. Daí a necessidade de se considerar este importante fator criminógeno, dada a sua interface com a realidade criminal, em razão da exigência de harmonização entre a responsabilidade penal pelo fato e as necessidades político-criminais na punição de determinadas condutas.

A metodologia de pesquisa foi o método dedutivo partindo de uma investigação eminentemente bibliográfica. Assim, a partir do método dedutivo, procura explicar a problemática jurídico-penal da embriaguez, como um importante fator criminógeno, partindo do estudo princípio da culpabilidade e dos institutos do dolo e da culpa, até chegar à imputação subjetiva nos crimes de trânsito, por embriaguez alcoólica.

Para tanto, parte de uma exposição genérica da embriaguez, ressaltando o tratamento dado pelo Direito Penal Brasileiro, terminando com uma abordagem pormenorizada, salientando o seu particular tratamento penal frente aos crimes de trânsito, pelo ordenamento jurídico pátrio e notadamente, pela jurisprudência pátria, a fim de demonstrar a sua inegável vinculação à realidade criminosa.

CAPÍTULO 1 CULPABILIDADE E EMBRIAGUEZ

1.1 Culpabilidade: conceito e desdobramentos

Sabe-se que, o crime é um fato típico antijurídico e culpável. Por essa razão, a existência do crime pressupõe a presença dos seguintes elementos: a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. Sobre tais elementos, o professor Claudio Brandão leciona que “pela tipicidade e antijuridicidade, pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o fato, pela culpabilidade pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o autor do fato¹”. Trata-se portanto, de um juízo de reprovação pessoal, isto é, um juízo que recai sobre a pessoa autora de um fato típico e antijurídico.

Ao tratar da culpabilidade, Mir Puig, assinala que partindo das ideias de Von Liszt, a doutrina escolheu o termo “culpabilidade” no sentido da possibilidade de imputar o injusto ao seu autor. Porém, acredita Puig que a expressão mais adequada seria a “imputação pessoal”, pois trata-se tão somente de imputar o desvalor da ação antijurídica ao seu autor². Em outras palavras, a culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal dirigido ao autor do fato que podendo agir conforme o direito, optou por agir de forma contrária. Na culpabilidade, está intrínseca a ideia de reprovação que legitima a imposição de uma sanção criminal.

Destarte, no âmbito do Direito Penal, a culpabilidade destaca-se em três acepções distintas. Primeiramente, na ceara da política criminal, a culpabilidade reflete um princípio de ordem constitucional, que rege todo o sistema penal, que é o princípio da culpabilidade. A aplicação do direito penal como instrumento de controle social, deve obedecer obrigatoriamente à alguns princípios que limitam o *ius puniendi* do Estado, dentre os quais encontram-se: legalidade, culpabilidade, dignidade humana, intervenção mínima, irretroatividade da lei penal e subsidiariedade.

O princípio da culpabilidade ao lado princípio da legalidade representa a base do Direito Penal Contemporâneo. O princípio da culpabilidade, representado pelo axioma *nullum crimen sine culpa*, exclui pois a chamada responsabilidade penal objetiva, ou como assinala Bitencourt, tal princípio afasta a imposição de pena pela mera produção de um resultado³. No Estado democrático de Direito, a culpabilidade é o fundamento e o limite da aplicação da pena, sendo esta a consequência jurídica do crime. A necessidade de um direito penal mínimo

¹ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 200.

² MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal. Parte General**. Barcelona: Reppertor: 2002, p. 516.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 13.

se dá em razão do fato de que na aplicação da lei penal, a aplicação de sanções penais, resulta na restrição de bens jurídicos mais relevantes para o indivíduo, como é o caso da liberdade individual.

Nesse sentido, diante da gravidade que a aplicação da norma penal ocasiona para o indivíduo e da forma como interfere na vida social, traz à tona a indispensável fundamentação constitucional na sua aplicação, fundamento este que se encontra no princípio do Estado de Direito, no qual são indispensáveis dois elementos, quais sejam: a segurança jurídica e justiça material. A justiça material, neste caso, exige uma adequada relação entre o delito e a pena, pois a reprovação ao autor pela conduta contrária ao direito através da imposição de uma pena, pressupõe a sua culpabilidade.

Para Mir Puig, a expressão “culpabilidade” em sua acepção mais ampla, se contrapõe a inocência. Assim, do princípio da culpabilidade decorrem inúmeras limitações ao poder de punir, traduzidas nos princípios da personalidade da pena, da responsabilidade pelo fato e da imputação pessoal, todos resultantes de um princípio superior, que é a dignidade humana⁴. Como princípio constitucional, a culpabilidade impõe diferentes limites ao exercício do *jus puniendi* e tais limites se traduzem em três subprincípios, quais sejam: pessoalidade das penas ou imputação pessoal, responsabilidade pelo fato, dolo ou culpa.

O princípio da pessoalidade das penas, também conhecido como princípio da intranscendência das penas, a pena não deverá passar da pessoa do acusado, sendo a sanção penal estritamente pessoal. Nesse sentido, assim dispõe a Carta Magna de 1988 em seu art. 5º, XLV: “nenhuma pena passara da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas até o limite do patrimônio transferido”. Isso significa que, em suma, a pena é pessoal, devendo ser individualizada na pessoa do condenado, não se admitindo a imputação da conduta a terceiros.

Já o princípio da responsabilidade pelo fato significa que na aferição da responsabilidade penal pelo ato, não se leva em consideração as características pessoais do acusado e sim o fato de o indivíduo ser dotado de uma autonomia ética que lhe permite optar por agir de forma contrária ao Direito, quando podia se comportar conforme a norma jurídica. Destarte, tal concepção, supera o positivismo criminológico de Ferri, Lombroso e Garofalo,

⁴ MIR PUIG, op. cit., p. 128/129.

para os quais, o homem é considerado um ser pré-determinado à prática de crimes, seja em razão de condições bioantropológicas, seja por razões sociais⁵.

Por sua vez, em razão do Princípio do dolo e da culpa, no Direito Penal não se admite qualquer forma de responsabilidade penal objetiva, sendo imprescindível para fins de imposição de uma sanção penal, que o gente tenha praticado o delito com dolo ou culpa. Assim, como preceitua Franco⁶, há no princípio supracitado, a constitucionalização do *nullum crimen sine culpa*, no sentido de que o juízo de culpabilidade ou reprovabilidade exige que o gente tenha agido ao menos culposamente, não se admitindo a responsabilidade penal pelo simples nexos de causalidade material. Em suma, é necessária a relação subjetiva entre o autor e sua conduta.

Numa segunda acepção, significa o limite para a aplicação da pena, sendo portanto, a culpabilidade-limite para o exercício do *ius puniendi* do Estado. Como dito, o princípio da culpabilidade representa a imposição de limites ao exercício do poder punitivo do Estado. A pena é consequência jurídica do crime e é através da culpabilidade que se atribui a pena, por meio de um juízo de reprovação ao autor pela prática de fato determinado. Assim, a pena será proporcional à culpa, sendo o fundamento desta.

Ao discorrer sobre o princípio da culpabilidade, Ferrajoli leciona que o Sistema Penal Garantista ou de legalidade estrita é o modelo- limite, que se expressa numa axiomatização resultante da adição de dez princípios axiológicos fundamentais, quais sejam: princípio da retributividade, princípio da legalidade, princípio da necessidade, princípio da lesividade, princípio da materialidade, princípio da culpabilidade, princípio da responsabilidade pessoal, princípio da jurisdicionalidade, princípio acusatório, da princípio do ônus da prova e princípio do contraditório da ampla defesa⁷.

Nesse diapasão, a culpabilidade serve como um filtro através do qual a pena encontrará o seu limite, a fim de atingir a sua função preventiva. A culpabilidade é sem dúvida uma das garantias penais mais importantes. Não por acaso, o art. 59 do Código Penal Brasileiro, coloca o elemento culpabilidade como primeiro parâmetro da individualização da pena, sendo pois, o seu critério limitador.

Por fim, a culpabilidade como o terceiro elemento integrante da estrutura delitiva, no que se refere à atribuição do fato típico e antijurídico ao autor. Sobre a culpabilidade como

⁵ LINS FILHO, José Durval de Lemos. **Crime e Embriaguez: a teoria da “*actio libera in causa*” e sua interface com o princípio da culpabilidade**. Recife: Bagaço, 2007, p. 40/41.

⁶ FRANCO, Alberto da Silva. **Crimes Hediondos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 60.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.

elemento integrante da estrutura do crime, Welzel⁸ leciona que a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são os três elementos que convertem uma determinada ação em um crime. A culpabilidade como responsabilidade pessoal pelo ato antijurídico, pressupõe a antijuridicidade e esta deve estar presentes nos tipos legais, de maneira que os três elementos se relacionam de tal forma que cada um pressupõe o anterior e isso proporciona um alto grau de racionalidade, evitando contradições e arbitrariedades.

Assim, Welzel deu nova estrutura a teoria do crime, no sentido de que a culpabilidade como um juízo de reprovação pessoal ao agente que pratica o fato típico e antijurídico só pode ser realizado, se existirem também os elementos da tipicidade e da antijuridicidade, de forma o elemento posterior pressupõe o anterior. No mesmo sentido, Brandão lembra que o juízo de reprovabilidade que só poderá ser realizado se concretizados os juízo de tipicidade e antijuridicidade se baseiam na legalidade, e que a culpabilidade em consequência dos elementos anteriores, também encontra seu fundamento no princípio da legalidade, no sentido de que aquele que é declarado culpável só o é, porque fez algo que era contrário à norma penal.⁹

Nessa ceara, Mir Puig, leciona que a estrutura do crime se baseia em dois pilares básicos: 1) um fato típico e proibido(antijurídico); e 2) a atribuíbilidade ao seu autor, isto é, a culpabilidade.¹⁰ A antijuridicidade é a contrariedade entre norma e a conduta praticada; enquanto que a culpabilidade é a reprovabilidade com relação ao autor da conduta, que podendo agir conforme a norma penal, escolheu por agir de forma contrária.

1.1.1 Teorias da Culpabilidade: teoria psicológica, teoria psicológico-normativa e teoria normativa ou normativa pura da culpabilidade

A teoria psicológica da culpabilidade tinha como eixo principal a teoria a teoria causal-naturalista da ação, desenvolvida na segunda metade do século XIX. Os seguidores dessa teoria elegeram a culpabilidade como gênero e dolo e culpa como espécies. Assim, a estrutura do delito era bastante diferente, porquanto a culpabilidade restringia-se à verificação do liame psicológico entre o autor e o fato, conceito unitário de culpabilidade, que residia na

⁸ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Santiago: Editorial Juridica del Chile, 1997, p.98.

⁹ BRANDÃO. Claudio. **Introdução ao Direito Penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade, Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 135.

¹⁰ MIR PUIG, Santiago. **apud**. LINS FILHO, José Durval de Lemos. **Crime e Embriaguez: a teoria da “actio libera in causa” e sua interface com o princípio da culpabilidade**. Recife: Bagaço, 2007, p. 50.

cabeça do agente no momento psicológico pelo qual ele se faz realmente autor de um fato punível.¹¹ No sistema apresentado por Listz e Beling, a tipicidade e antijuridicidades eram consideradas como a parte externa do crime, enquanto a culpabilidade representava a parte interna ou subjetiva.

Von Liszt, preceitua ser “pelo aperfeiçoamento da doutrina da culpa que se mede o progresso do Direito Penal.¹²” segundo ele, para “que o resultado possa ser objetivamente referido ao ato de vontade do agente, é também necessário que se encontre na culpa ligação subjetiva.¹³ De acordo com esse pensamento, o dolo e a culpa *strito sensu* não fazem arte da culpabilidade, sendo duas espécies ou classes de culpabilidade possíveis, entendidas isoladamente.

Em suma, para a teoria sob exame, a culpabilidade é o elemento subjetivo do tipo penal. A crítica a esta teoria psicológica da culpabilidade deve-se ao fato de ela não explicar dentre outras coisas, a existência de uma relação psicológica entre o agente e uma conduta praticada com culpa inconsciente e a situações em que incidem as causas exclusão da culpabilidade ou como é o caso do estado de necessidade exculpante¹⁴.

Já na psicológico-normativa da culpabilidade cujo expoente foi Reinhardt Frank, e aperfeiçoada por Goldsmith Mezger, a culpabilidade seria o juízo de reprovação sobre o agente por não ter se comportado em conformidade com direito¹⁵, ou seja, a culpabilidade é algo que se encontra fora do agente, sendo um juízo e reprovação a seu respeito.

Destarte, a concepção psicológico-normativa da culpabilidade retoma o conceito de dolo dos romanos, isto é, o *dolus malus* e o coloca ao lado da culpa como elementos da culpabilidade, considerado como vontade e previsibilidade aliadas à consciência da antijuridicidade. Desta forma, enriquece o conceito de culpabilidade, embora tenha se equivocado ao manter a culpabilidade girando entorno do dolo e da culpa *strito senso*, razão pela qual, mais tarde perdeu o seu prestígio.

A terceira teoria é a teoria normativa pura da culpabilidade, está relacionada com a teoria finalista da ação representada por Welzel que superou o conceito causal-naturalista de conduta humana representado por Von Liszt. Para a teoria finalista da ação, a ação humana é exercício de uma atividade final, ou seja, o elemento finalidade está inserido em toda conduta

¹¹ BRUNO, Aníbal, *apud* CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Direito Internacional Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 49.

¹² VON LISZT, Fran. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Trad. José Hígino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003, p. 260.

¹³ *Ibidem.*, p. 259.

¹⁴ LINS FILHO, José Durval de Lemos. **Crime e Embriaguez: a teoria da “actio libera in causa” e sua interface com o princípio da culpabilidade**. Recife: Bagaço, 2007, p. 54.

¹⁵ BRANDÃO, Cláudio *apud* LINS FILHO, José Durval de Lemos. **Crime e Embriaguez: a teoria da “actio libera in causa” e sua interface com o princípio da culpabilidade**. Recife: Bagaço, 2007, p. 56.

humana. Em suma, a doutrina finalista, contempla os elementos subjetivos do tipo, quais sejam, o dolo e a culpa, razão pela qual se pode falar em delitos culposos e delitos dolosos.

Assim, a teoria finalista da ação conduziu a concepção normativa pura da culpabilidade, no sentido de que o dolo e a culpa *estricto senso*, antes considerados como elementos psicológicos, passam à elementos subjetivos do tipo. Logo, construiu-se um conceito normativo-puro da culpabilidade, despido de quaisquer elemento meramente psicológico, pois dolo estaria na ação e não na culpabilidade¹⁶. Contudo, Brandão esclarece o seguinte:

O juízo de reprovação da culpabilidade pressupõe, em primeiro lugar, a capacidade do agente, que é aferida pela sanidade mental e pela maturidade em função da idade no direito penal essa capacidade é chamada de imputabilidade. Em segundo lugar, esse juízo de reprovação pessoal pressupõe a liberdade, já que somente se pode realizar uma opção sem coação ou vício que permita a faculdade e escolhas entre possibilidades, no direito penal a liberdade de escolha entre esses comportamentos referidos é chamada de exigibilidade de conduta diversa. . Porém da definição de culpabilidade decorre ainda outro elemento, que é o mais importante de todos, constituindo a base da reprovação pessoal e informando todo o comportamento reprovável, esse elemento é chamado consciência de antijuridicidade¹⁷.

Portanto, para teoria finalista, os elementos da culpabilidade são: imputabilidade do autor, exigibilidade de conduta diversa e consciência da antijuridicidade, ou seja, a conhecimento do caráter ilícito da conduta praticada. Ou em outras palavras, a culpabilidade é entendida como um juízo de reprovação puramente normativo ao autor de uma ação típica e antijurídica, presentes simultaneamente todos os elementos constitutivos da culpabilidade.

Hans Welzel, representa a reestruturação dos elementos da teoria do delito. Como visto, toda ação é dirigida um fim e o dolo está na ação e não na culpabilidade. Assim, o dolo como elemento subjetivo do tipo é criação de Welzel segundo o qual:

[...] toda ação consciente é traduzida pela decisão da ação, quer dizer, pela consciência do que se quer – momento intelectual – e pela decisão a respeito de querer realizá-lo – o momento volitivo. Ambos os momentos, conjuntamente, como fatores configuradores de uma ação típica real, formam o dolo (...). O dolo, em sentido técnico penal, é somente a vontade de ação orientada à realização de um tipo de delito¹⁸.

¹⁶ BRANDÃO, Claudio, op. cit., p.209.

¹⁷ _____, **Tipicidade Penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 168-169.

¹⁸ WELZEL, Hans, *apud* BRANDÃO, Claudio. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 208.

Nesse sentido, como já afirmava, Frank, a essência da culpabilidade é a reprovabilidade. Welzel entende a culpabilidade como “reprovabilidade da resolução da vontade. O autor podia adotar no lugar da resolução da vontade antijurídica – tanto se esta se dirige à realização dolosa do tipo como se não se aplica a direção final mínima exigida – uma resolução conforme a vontade”¹⁹. Logo, a culpabilidade é o que reprova o agente que podendo agir de acordo com norma proibitiva, comporta-se de maneira contrária.

Observa-se que a teoria normativa pura da culpabilidade idealiza por Welzel, exige para reprovação pessoal do agente de uma ação típica e antijurídica, a presença concomitante dos elementos da culpabilidade que são: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e consciência da antijuridicidade. Quando o agente imputável tem consciência da antijuridicidade do seu ato, tem-se a culpabilidade na acepção material e é a partir daí que se pode analisar se a autor devia e podia se comportar conforme o direito.

É nesse sentido que para Welzel, a culpabilidade tem uma dupla relação: a ação do autor não é como exige o direito, apesar de o autor ter podido realiza-la conforme a norma. É nessa dupla relação do não dever ser antijurídico com o poder ser lícita que reside o caráter específico da culpabilidade, cuja essência está na reprovabilidade²⁰. Nesse diapasão, o juízo de censura característico da culpabilidade, se dá quando o autor imputável, é capaz de conhecer o caráter ilícito do ato praticado, sendo-lhe exigível de acordo com as circunstâncias agir de outro modo.

A culpabilidade em sentido amplo, na concepção de Welzel, como vontade da ação culpável, ou como ação culpável, pressupõe conceitualmente a capacidade com qualidade, isto é, a culpabilidade em sentido próprio. Por outro lado, culpabilidade em sentido estrito(reprovabilidade) pressupõe a vontade dirigida a uma determinada ação como seu suporte específico, pois só uma vontade antijurídica e uma ação típica e antijurídica, pode ser culpável, no sentido e ser relevante para o direito penal²¹.

Assim, se a antijuridicidade é um juízo desvalorativo de que a ação não é como devia ter sido, de acordo com a norma penal, a vontade de praticar a ação contrária ao direito é o objeto primeiro da reprovabilidade e por meio dela, a totalidade da ação. Em outras palavras, ressalta Welzel que a essência da culpabilidade é exatamente a reprovabilidade à resolução da vontade antijurídica. Nesse sentido, a culpabilidade se mostra como um conceito

¹⁹ WELZEL, Hans. **O novo Sistema Jurídico-Penal** – uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 88.

²⁰ WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema de Derecho Penal: una introducción a la doutrina de acción finalista. Edorial B e F, Buenos Aires, 2001, p.125.

²¹ Ibid., p. 128.

valorativo negativo, no sentido de se graduável, podendo ser maior ou menor de acordo com o que exige o direito e a força do autor de satisfazê-la²². Em conclusão, à culpabilidade em sentido penal, pertencem todos os elementos dos delitos e prévios a ela, quais sejam, a ação, a tipicidade e a antijuridicidade, pois só uma ação típica e antijurídica pode ser culpável e só assim pode ser objeto do direito penal.

1.1.2 Culpabilidade e a teoria da *actio libera in causa*

O direito penal tem como seus pilares fundamentais, dentre outros, os princípios da legalidade e da culpabilidade, dos quais não pode se afastar, cuja a grande questão é harmonizar as exigências dogmáticas do garantismo penal com as necessidades político-criminais de realizar punições, de modo a atingir as finalidades preventiva e repressiva.

Além disso, uma das exigências do Direito Penal do fato é exatamente a aferição da imputabilidade, no momento da prática do crime. Diante disso é evidente a problematização da teoria da *actio libera in causa*, no sentido de se buscar soluções de imputação para os fatos praticados sob influência do álcool ou substâncias de efeitos análogos. Em suma, da leitura do Código Penal Pátrio, importa saber se no momento da prática delituosa, o agente possuía ou não a capacidade de autodeterminação, de modo a aferir a sua (in) imputabilidade penal.

Assim, foi diante desse cenário que os italianos criaram as teorias da *actiones liberae in causa sive ad libertatem relatae*, isto é, ação livre em sua causa ou ligada à liberdade, cujo delineamento foi traçada a priori, por Aristóteles, para o qual as penas seriam dobradas no caso da embriaguez, pois entendia ele que a origem da conduta estaria no homem sendo pois, uma escolha sua ficar ou não embriagado.²³ No Direito Romano, a embriaguez não foi tratada de maneira expressa, sendo entendida pelos juristas da época como uma alteração transitória da consciência, sendo portanto irrelevante na aferição da imputabilidade.

Já no Direito Canônico, reprovava-se o ato de embriagar-se, sendo a embriaguez um delito em si mesmo. Não obstante, a imputabilidade não era admitida sem presença simultânea do discernimento e da vontade no momento da prática delituosa. Em outras palavras, de um lado o agente era considerado culpado pela embriaguez e do outro, era considerado inimputável pela prática criminosa.

²² WELZEL, Hans, Op. Cit., p. 126-127.

²³ LINS FILHO, José Durval de Lemos, op. Cit., p.140.

Entretanto, rompe-se esse paradigma através da concepção dos práticos italianos Bártolo(1313-1357) e Baldo (1327-1406),cujo entendimento era o de que uma vez ocorrido o evento de ato voluntário, a responsabilidade do agente não seria determinada pela ação principal(o crime),e sim pela ação anterior, isto é, a causa mediata do crime. Destarte, em relação à embriaguez preordenada e a voluntária se houvesse previsão do resultado, não caberia qualquer condescendência, sendo imperiosa a punição. Tal concepção, divergia da filosofia tomista, que pugnava por uma punição mais branda para os delitos praticados sob a influência do álcool.

Sobre a lição dos práticos italianos, Eduardo Silveira Melo Rodrigues leciona que em se tratando de embriaguez preordenada, também quando pudesse ter havido a previsão, devesse responder o agente pelo resultado da mesma forma que se o tivesse causado em pleno estado de imputabilidade. E, conclui que “desde então buscava-se abranger a embriaguez culposa na teoria da *actio libera in causa*.”²⁴

Destarte, Narcélio de Queirós, apresenta uma conceituação ampla da teoria supramencionada, no sentido de que para ele, a teoria da *actio libera in causa* abrange os casos em que alguém em estado de não-imputabilidade causa, por ação ou omissão, algum resultado punível, tendo se colocado em tal estado com propósito de praticar uma lesão ou sem tal intenção, tenha previsto a possibilidade do resultado, ou ainda, quando podia ou devia prever²⁵. Assim, a teoria da *actio libera in causa*, se biparte em dois momentos:1) o momento em que existe a vontade livre do agente dirigida a obtenção do resultado; e 2) a atividade não livre que culmina no resultado.

No que concerne à fundamentação da *actio libera in causa*, a doutrina apresenta quatro modelos explicativos, quais sejam: a) o modelo de exceção, segundo o qual o juízo de reprovação retroage ao momento em que o sujeito se coloca em estado de imputabilidade, ou seja, na culpabilidade existente no momento anterior; b) modelo da tipicidade, pelo qual, a ação típica começa com a ação precedente, isto é, com a colocação do agente de em estado de inimputabilidade, ou seja, a imputação da pena é o da ação provocadora do resultado, de modo que os defensores desse modelo sustentam uma semelhança entre a *actio libera in causa* e a autoria mediata; c) modelo de extensão, segundo o qual, a culpabilidade não é uma característica do sujeito a ser encontrada em um momento determinado, e sim um juízo valorativo, não limitado ao momento da ação; e d) modelo do injusto material que parte de

²⁴ RODRIGUES, Eduardo Silveira Melo, **A embriaguez e o Crime**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 91.

²⁵ NARCÉLIO DE QUEIRÓS, *apud*. LINS FILHO, José Durval de Lemos. **Crime e Embriaguez: a teoria da “actio libera in causa” e sua interface com o princípio da culpabilidade**. Recife: Bagaço, 2007, p146.

uma concepção ampla da descrição típica, ou seja, o ataque ao bem jurídico começa com os atos preparatórios, ainda que não sejam objetos da ação²⁶.

Alguns dos modelos explicativos da teoria da *actio libera in causa*, violam princípios basilares do direito penal contemporâneo, notadamente, os modelos da exceção (culpabilidade na ação precedente) e da extensão que violam expressamente o princípio da legalidade, consubstanciado no princípio da coincidência, segundo o qual a imputabilidade deve ser verificada no momento da ação ou omissão, bem como o princípio da culpabilidade, pois permite a punição de quem não pode ser reprovado pela conduta que praticou em estado de inimputabilidade.

1.2 Embriaguez: Precedentes Históricos

A satisfação do homem com o consumo do álcool, se confunde com a trajetória histórica da humanidade. O consumo do álcool teve início na antiguidade, quando os egípcios preparavam bebidas alcólicas com água da chuva, segundo os ensinamentos de Osíris. No Código de Hamurabi, ao se referir ao regulamento das tabernas, trazia informações sobre os preços das bebidas. Em relação aos gregos, o uso do álcool, foi ensinado por Dionísio e em Roma, o uso de tal substância foi ensinado por Baco, o Deus do Vinho.²⁷

Nesse sentido, as bebidas alcólicas sempre tiveram preferência dentre as demais bebidas, sobretudo, em razão do efeito tônico e euforizante que delas advém. O álcool está presente nas maiorias das festas, inclusive religiosas, dada a sua grande aceitação social.

Destarte, o efeito do álcool é basicamente o de reduzir os freios inibitórios. Leciona Garrido, Stangerland & Redondo que três são os efeitos do álcool, a saber: 1) o álcool age como intensificador das emoções, liberando a alegria, bem como o ódio, a ira e o desejo de vingança; 2) potencializa a resposta emocional, produzindo a desinibição, o medo e a atuação desordenada dos impulsos; e 3) desorganiza as funções cognitivas, prejudicando a percepção do agente acerca de tudo que ocorre ao seu redor, especialmente nos detalhes, além de reduzir a capacidade de abstenção do agente.²⁸

Quanto ao tratamento penal da embriaguez no Brasil, o Código Filipino não tratava da embriaguez de forma específica. Já no Código Penal do Império de 1830, a embriaguez era

²⁶ LINS FILHO, José Durval de Lemos. Op, cit., p. 149-160.

²⁷ Ibidem., p. 120.

²⁸ GARRIDO, Vicente, STANGERLAND, Per & REDONDO, Santiago. Principios de Criminología. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 489.

considerada uma circunstância atenuante. Em sucedâneo ao código de 1830, tem-se o Código Penal Republicano de 1890, que tratava da de embriaguez incompleta como circunstância atenuante, sendo a embriaguez completa, causa de isenção de pena, não havendo lugar para a aplicação da teoria da *actio libera in causa*. No código supracitado, a embriaguez era tratada ainda como uma contravenção penal, no termos do art. 396, *in verbis*: “Embriagar-se por hábito, ou apresentar-se em público em estado de embriaguez manifesta. Pena. Prisão celular por quinze a trinta dias”.

Anos depois, com a edição do Código Penal Brasileiro de 1940, este determinou em seu art. 24, inciso II que a embriaguez voluntária ou culposa não excluiria a responsabilidade penal. Nesse sentido, o embriagado era imputável, ainda que a embriaguez fosse completa, devendo responder por dolo ou culpa. Tal rigor, não levava em conta a situação daquele que tinha perdido por completo a capacidade de autodeterminação, fixando uma punibilidade do agente por uma ficção jurídica, contrariando as exigências da Teoria da *actio libera in causa*.

Posteriormente, o projeto Nelson Hungria, transformado no natimorto Código Penal de 1969, em nada inovou quanto a embriaguez, vigorando a regulamentação anteriormente vigente. Em 1984, com a reforma da Parte Geral do Código Penal Brasileiro, (Lei 7.209/84), deu novo tratamento a embriaguez alcoólica ou provocada pelo consumo de outras substâncias entorpecentes, mitigando o rigor das legislações anteriores, mantendo entretanto, a punição por ficções jurídicas em nome da defesa social e da repressão a criminalidade.

Destarte, o sistema penal em vigor, atribui a imputabilidade e culpabilidade do ébrio por uma ficção jurídica, em razão da admissão da chamada Teoria da *actio libera in causa* (ação livre em sua causa) levando-se em conta o estado anterior ao cometimento do crime, ou seja, quando o agente estava livre e consciente em sua vontade, e, portanto, imputável e não o momento da execução do delito.

1.2.1 Embriaguez: conceito e distinção com o alcoolismo

A embriaguez segundo Claudio Brandão, “é a intoxicação aguda ou transitória provocada por álcool ou substância de efeitos análogos”.²⁹ Assim, a embriaguez retira no todo ou em parte, a consciência dos atos praticados pelo indivíduo, reduzindo-lhe a capacidade de entendimento do caráter ilícito de sua conduta e a capacidade de autodeterminação.

²⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro Editora Forense, 2008, p. 227.

Eduardo Rodrigues, define a embriaguez alcoólica como “a perturbação psicológica mais ou menos intensa, provocada pela ingestão de álcool, que leva a total ou parcial incapacidade de entendimento e volição”.³⁰

A embriaguez é uma intoxicação alcoólica por substância de efeitos análogos, aguda, imediata e passageira. Já o alcoolismo é uma condição permanente, catalogado (CID-10) pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como doença mental e pelo manual de diagnósticos e estatísticas de transtornos mentais(DSM-IV) como doença. Trata-se da perda da saúde do corpo e da mente. Logo, o alcoolista, isto é, o dependente químico do álcool é diferente daquele que ingere tal substância episodicamente e sem qualquer compromisso com a reiteração do ato de beber.

Nesse sentido, Ney Moura Teles, traz acertada conclusão, no sentido de que, se a embriaguez for patológica, a inimputabilidade será verificada em fase ao art. 26, do Código Penal, e não nos termos do art. 28, inciso II do mencionado Código.³¹ Assim, o alcoolista crônico, por equivalência com a doença mental, torna-se inimputável, sendo desclassificado do art. 28 para o art. 26, desde que em razão do alcoolismo, tenha sido privado da capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com sua compreensão.

Assim preconiza o artigo 26 do Código Penal Brasileiro:

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.

O professor Hélio Gomes lembra que “a embriaguez patológica tem grande importância médico-legal, porque os doentes são sujeitos a acessos de furor, impulsos violentos, altamente perigosos. Dessa forma, lembra Gomes, o autor de uma infração, que se suspeite alcoolizado ou alegue embriaguez, deve ser minuciosamente examinado, bem como o que tenha sido vítima, nesse estado, de atropelamento ou qualquer ação delituosa, por impossibilidade de defender-se ou proteger-se.”³²

No Direito Penal do fato, a aferição da imputabilidade, se dá no momento da prática do crime. Em síntese, da leitura do Código Penal Pátrio, importa saber se no momento da prática delituosa, o agente possuía ou não a capacidade de autodeterminação, de modo a aferir a sua (in) imputabilidade penal. Nesse sentido, é evidente a problematização da teoria da *actio*

³⁰ RODRIGUES, Eduardo, *apud* GRECO, Rogério. *et al. Medicina Legal à Luz do Direito Penal e do Direito Processual penal*. 10. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 136.

³¹ TELES, Ney Moura. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, v. I, p.289.

³² GOMES, Hélio. *Medicina Legal*. 28. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992, p. 130.

libera in causa, adotada expressamente no art. 28, inciso II da lei penal, no sentido de se buscar soluções de imputação para os fatos praticados sob influência do álcool ou substâncias de efeitos análogos, através de uma verdadeira ficção jurídica.

1.2.2 Tipos de embriaguez

Segundo o art. 28 Código Penal Brasileiro, duas formas de embriaguez merecem a atenção do legislador penal, a saber: a) embriaguez voluntária; e b) embriaguez involuntária. A embriaguez voluntária está prevista no inciso II do art. 28 do Código Penal, segundo o qual, não exclui a imputabilidade penal a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

A embriaguez voluntária é aquela prevista no inciso II do dispositivo supracitado e, mesmo sendo completa, permite a punição do agente, em face da adoção da teoria da *actio libera in causa*. Segundo Narcélio de Queiroz, citado por Rogério Greco, devemos entender por *actio libera in causa*:

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 propositadamente, intenção de produzir o dano lesivo, ou sem essa intenção, mas tendo previsto a possibilidade do resultado, ou, ainda, quando podia ou devia prever³³.

A embriaguez voluntária pode ser bipartida em voluntária em sentido estrito e culposa. Entende-se por voluntária em sentido estrito, a embriaguez quando o agente, volitivamente faz a ingestão de bebidas alcoólicas com a finalidade de embriagar-se. Tal espécie de embriaguez é muito comum, sobretudo entre os jovens quando da comemoração de alguma data considerada importante, o que os leva a beber até cair, querendo portanto, se colocarem em tal estado.

Culposa é a aquela espécie de embriaguez também dita voluntária, em que o agente não faz a ingestão de álcool querendo embriagar-se, mas, deixando de observar o seu dever de cuidado, ingere uma quantidade suficiente que o coloca em um estado de embriaguez. Neste caso, o agente por descuido, por falta de costume ou por sensibilidade do organismo, embriaga-se sem que fosse a sua intenção colocar-se nesse estado.

³³ GRECO, Rogério. op. cit., p. 138.

Em ambas as modalidades de embriaguez voluntária, o agente será responsabilizado pelos seus atos, ainda que, ao tempo da ação ou da omissão, seja inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinasse conforme esse entendimento. Assim, se ação como preceitua a teoria da *actio libera in causa*, foi livre na causa, ou seja, no ato de ingerir bebida alcoólica, poderá o agente ser responsabilizado criminalmente pelo resultado. Nesse sentido, assim tem se posicionado a jurisprudência:

LEI 9.503/97. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. CTB. ART. 306. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. [...] EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA OU CULPOSA. INIMPUTABILIDADE. A embriaguez voluntária ou culposa não isenta o réu de pena mesmo que possa retirar sua capacidade de autodeterminação, nos termos do artigo 28, inciso ii do cp. Tanto só ocorrendo quando a embriaguez for proveniente de caso fortuito ou força maior, o que não ocorreu no caso concreto. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO. POR MAIORIA.(TJRS-Apelação Crime: ACR 70043754027 RS /Rel. Relator(a) Ivan Leomar Bruxel . Terceira Câmara Criminal. Julgamento: 01/03/2012. Publicação:Diário da Justiça do dia 16/03/2012).³⁴

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - DEFESA DEFICIENTE - NULIDADE RELATIVA - AUSÊNCIA DE PROVA DE PREJUÍZO - PRELIMINAR REJEITADA - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - PROVA TESTEMUNHAL - ATIPICIDADE DA CONDUTA NÃO VERIFICADA - EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA OU CULPOSA - ACTIO LIBERA IN CAUSA - RECURSO NÃO PROVIDO. [...]. A legislação penal pátria adotou a teoria da ""actio libera in causa"" e por isso não admite a embriaguez voluntária ou culposa como causa de isenção da imputabilidade penal. (TJMG, Apelação Criminal 1.0295.09.022591-9/001. Rel. Des.(a) Delmival de Almeida Campos. 4ª CÂMARA CRIMINAL. Data de Julgamento: 29/08/2012. Data da publicação: 06/09/2012).³⁵

Por sua vez, a embriaguez involuntária também chamada de embriaguez acidental, poder ser proveniente de caso fortuito ou força maior. Costuma-se chamar de caso fortuito o evento atribuído à natureza e, de força maior, àquele produzido pelo homem. A embriaguez por força maior é aquela em que o sujeito é incapaz de resistir a uma força externa.

A embriaguez por caso fortuito, segundo Brandão, “é aquela onde o agente ignora a natureza toxica da substância que ingeriu, ou não tem condições de prever que dita substância, na quantidade ingerida, ou nas circunstâncias em que o fez, poderá provocar a embriaguez.”³⁶

³⁴Disponível em: <Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=EMBRIAGUEZ+VOLUNT%C1RIA+OU+CU LPOSA.+INIMPUTABILIDADE&tb=>. Acesso em 08/01/2013.

³⁵Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=ACTIO+LIBERA+IN+CAUSA&pesquisar=>>. Acesso em 08/01/2013 .

³⁶ BRANDÃO, Cláudio. op.cit., p. 229.

Ressalte-se que a embriaguez por caso fortuito e força maior, excluem a imputabilidade, desde que tenha como consequência a não compreensão do caráter ilícito do fato, impossibilite o agente de se comportar de acordo com esse entendimento.

Em outras palavras, para que possa ser afastada a culpabilidade do agente, isentando-o de pena, é preciso, conforme preceitua o § 1º do inciso II do art. 28 do Código Penal, que a involuntária e completa embriaguez do agente seja conjugada com a sua total incapacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinasse de acordo com esse entendimento. Nesse diapasão, assim preceitua o § 1º do inciso II do art. 28 do Código Penal:

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

[...]

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.

A embriaguez, involuntária incompleta, está prevista no § 2º do inciso II do Art. 28 do Código Penal, que preceitua que 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 ações, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Em tal situação, o fato cometido pelo agente é considerado típico, ilícito e culpável, mas dado o seu estado de embriaguez involuntário, o juízo de censura sobre sua conduta será menor, razão pela qual sua pena deverá ser reduzida.

Por fim, há ainda, a chamada embriaguez preordenada, que deve ser diferenciada da voluntária, pois nesta, o agente quer atingir o estado de ebriedade, sem objetivar a prática de qualquer crime, ao passo que a embriaguez preordenada é aquela em que o agente deseja colocar-se em estado de imputabilidade penal, para mediante a redução dos seus freios inibitórios, praticar a conduta criminosa.

Nesse sentido, caso o agente ao embriagar-se preordenadamente, com a finalidade de cometer uma infração penal, vier a cometê-la, o resultado lhe será imputado a título de dolo, sendo também agravada sua pena em razão da previsão do art. 61, II, alínea 1, do Código Penal. Por outro lado, querendo ou não se embriagar, mas sem a finalidade de praticar crime qualquer crime, vier a causar um resultado lesivo, este lhe poderá ser atribuído via de regra, a título de culpa. Assim preceitua o art. 61, II, alínea 1, do Código Penal Brasileiro: “São

circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: [...]. II - ter o agente cometido o crime: 1) em estado de embriaguez preordenada."

O professor Genival Veloso de França em seu livro "Medicina Legal" apresenta as seguintes formas de embriaguez:

EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA. Existe, nessa circunstância, uma ação deliberada de beber, isto é, embriagar-se para cometer o delito. O indivíduo conhece o efeito nocivo do álcool e quer ficar em condições que facilitem a prática do crime;

EMBRIAGUEZ CULPOSA. Decorre da imprudência de beber exageradamente e de não conhecer os efeitos reais do álcool;

EMBRIAGUEZ PRETERDOLOSA. O agente não quer o resultado, mas sabe que, em estado de embriaguez, poderá vir a cometê-lo, assumindo, mesmo assim, o risco de produzi-lo;

EMBRIAGUEZ FORTUITA. É a embriaguez ocasional, rara, em momentos especiais, tendo origem num erro compreensível e não em uma ação predeterminada ou imprudente;

EMBRIAGUEZ ACIDENTAL Seria o exemplo de um indivíduo que, por engano, tomasse uma bebida como inócua e se tratasse de uma de grande teor alcoólico;

EMBRIAGUEZ POR FORÇA MAIOR. É aquela em que a capacidade humana é incapaz de prever ou resistir. Por exemplo, no carnaval, em que todos bebem, alguém se entrega a tal procedimento a fim de não ficar em desacordo com o meio e não contrariar os circunstantes;

EMBRIAGUEZ HABITUAL. Há indivíduos que vivem sob a dependência do álcool. Assumem um estado de "normalidade" sob o efeito da bebida, equilibrando suas reações e escondendo suas inibições;

EMBRIAGUEZ PATOLÓGICA. Resulta da ingestão de pequenas doses, com manifestações intempestivas o Surpreendem pela desproporção entre a quantidade ingerida e a intensidade dos efeitos .³⁷

No tocante à embriaguez patológica, França lembra que Vibert dividia a embriaguez em quatro tipos, a saber: a) embriaguez agressiva e violenta - tendência ao crime e ao sangue; b) embriaguez excito-matara - acessos de raiva e de destruição; c) embriaguez convulsiva - impulsos destruidores e sanguinários; e d) embriaguez delirante - delírios com tendência a auto-acusação.³⁸

Portanto, de acordo com a sistemática da atual legislação penal, a embriaguez apresenta-se nas seguintes categorias: I) Embriaguez não acidental: a) voluntária completa e incompleta (art.28, inciso II, não isenta de pena); b) Culposa completa e incompleta mesmo dispositivo e solução anterior; II) embriaguez acidental proveniente de caso fortuito ou força maior: a) completa, aplica-se o art.28, § 1º, elimina a culpabilidade, isentando de pena; b) incompleta, aplicação do art. 28,§ 2º atenua a pena; II) embriaguez patológica incidência do art. 26, caput ou Parágrafo único, exclusão da imputabilidade ou atenuação da pena; IV) embriaguez habitual aplica-se o art. 62, parágrafo único da Lei e Contravenções Penais,

³⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1991. p. 233-134.

³⁸ Idem.

aplicação de medida de segurança(internação em casa de custódia e tratamento);V) embriaguez preordenada, aplicação art. 61, II, alínea I, como circunstância agravante.

1.2.3 Fases ou graus da embriaguez: aspectos médico-legais e jurídico-penais

A embriaguez é um processo, e como tal, pode ser dividida em várias fases. Analisemos essas fases sob o prisma de vista médico-legal e segundo a doutrina jurídico-penal.

Sob a ótica da Medicina legal, a embriaguez consiste na intoxicação alcoólica por substância de efeitos análogos, aguda, imediata e passageira. A ação tóxica sobre o organismo revela-se por manifestações físicas neurológicas e psíquicas. Fisicamente, essas manifestações se apresentam em taquicardia, taquipnéia, congestão das conjuntivas, hálito alcoólico-acético.

Sob o aspecto neurológico, as alterações de equilíbrio e da coordenação motora, são sinais reveladores da intoxicação por álcool. No psiquismo, resulta em alterações de humor, do senso crítico, da atenção, do pensamento e da associação de ideias.

A embriaguez alcoólica, propicia analgesia, com rubor facial, ataxia, fala arrastada. Os efeitos comportamentais são: fraco julgamento, alteração do humor, agressividade, comprometimento da atenção e amnésia. Franco e Stoco conceituam a embriaguez como: “uma intoxicação aguda provocada por álcool ou por qualquer outra substância inebriante, sobre o sistema nervoso e que tem o caráter transitório, posto que cessa à medida que o álcool ou a substância sejam eliminadas do organismo.”³⁹

Sob o aspecto da medicina legal, há autores como Magnan, Bogen que dividem a embriaguez em cinco fases, outros à exemplo de Pessina, Nicollini em quatro, e a maioria em três, sendo esta última divisão a mais aceita, a saber: fase de excitação, de confusão e de sono. Na descrição de Genival Veloso de França: “na fase de excitação, o indivíduo se mostra loquaz, vivo, olhar animado, humorado e gracejador, dando às vezes uma falsa impressão de maior capacidade intelectual. Diz leviandades, revela segredos íntimos e é extremamente instável.”⁴⁰

³⁹ FRANCO, Alberto Silva & STOCO, Rui. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 467.

⁴⁰ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. op. cit., p. 232.

Ainda segundo França, “na fase de confusão surgem as perturbações nervosas e psíquicas, disartria, andar cambaleante e perturbações sensoriais, irritabilidade e tendências às agressões”.⁴¹

Na fase de sono, ou fase comatosa, segundo França, “o paciente não se mantém em pé. Caminha apoiado nos outros ou nas paredes e termina caindo sem poder erguer-se, mergulhando em sono profundo”.⁴² Trata-se da fase de inconsciência.

O professor Claudio Brandão lembra que a embriaguez enquanto processo pode ser dividida em várias fases, tendo em vista a intensidade dos efeitos do álcool substância de feitos análogos, quais sejam: “1º) fase de excitação, a partir de 0,8 g por ml de sangue; 2º) fase de depressão, cerca de 3,0 g por ml de sangue; e 3º) fase comatosa, cerca de 4 a 5 g por ml de sangue.”⁴³

Repita-se que o efeito provocado pelo álcool é basicamente a redução dos freios inibitórios. Na fase de excitação, o sujeito se revela, falante, vivo, animado, humorado, gracejador e eufórico. Já na segunda fase, a da agressividade (ou da confusão), o indivíduo torna-se insolente e agressivo, proferindo palavras de baixo calão.

A fase de prostração (do sono ou comatosa) caracteriza-se pela inconsciência, ou seja, o ébrio não se mantém em pé, necessitando de apoio de pessoas e coisas para andar e por fim por mergulhar no sono profundo. Logo, sua consciência não reage aos estímulos normais, as pupilas ficam dilatadas e sem reação à luz, além de sudorese profunda.

Júlio Fabbrini Mirabete, distingue três fases ou graus da embriaguez, a saber: a) incompleta, quando há afrouxamento dos freis normais e agente ainda tem consciência, mas se torna excitado e desinibido, características da fase de excitação; b) completa, na qual se desvanece qualquer censura ou freio moral, apresentando confusão mental e falta de coordenação motora, não tendo mais consciência e vontade livres, quadro típico da fase de depressão; e c) comatosa, quando o sujeito cai em sono profundo(fase letárgica).

Sobre a embriaguez completa, assim tem se posicionado a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBRIAGUEZ COMPLETA. INCIDÊNCIA DO ART.28, §§ 1º E 2º DO ART. 28 DO CÓDIGO PENAL. INVIABILIDADE. SITUAÇÃO FÁTICA NÃO ANALISADA NA ORIGEM. SÚMULA N. 211/STJ. INCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO DO AUMENTO DA PENA DECORRENTE DA OCUPAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. ENTENDIMENTO EM SENTIDO CONTRÁRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA N.º 7/STJ. 1. Dada à

⁴¹ FRANÇA, Genival Veloso de. op. cit., p. 232.

⁴² Idem.

⁴³ BRANDÃO, Cláudio. op. cit., p. 228.

adoção da teoria da *actio libera in causa* pelo Código Penal, somente a embriaguez completa decorrente de caso fortuito ou força maior que reduza ou anule a capacidade de discernimento do agente quanto ao caráter ilícito de sua conduta, é causa de redução ou exclusão da responsabilidade penal nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 28 do Diploma Repressor. [...]. (STJ, REsp 1165821 /Rel. Ministro JORGE MUSSI (1138). T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento 06/12/2005) .⁴⁴

A constatação da embriaguez ocorre mediante perícia médica, levando-se em consideração, aspectos pessoais, circunstâncias envolvidas e determinação de seu grau. A técnica mais indicada de alcoolimetria é a realizada no sangue pela oxidação do álcool pelo bicarbonato de potássio. Embora, outras técnicas como suor, saliva, urina e o ar expirado também mereçam igual credibilidades, o sangue é um importante parâmetro na aferição da fase da embriaguez, juntamente com os quesitos que o médico deverá responder no laudo.

Sobre o assunto, França, lembra que “qualquer valor numérico referente a uma taxa de concentração de álcool no organismo tem significado relativo, devendo-se se valorar as manifestações apresentadas na embriaguez, colhidas através de um exame clínico.”⁴⁵ Essa advertência merece atenção, em razão de que os organismos reagem de forma diferente a presença do álcool.

Não obstante, a taxa de dosagem de alcoólica se revela um importante parâmetro, embora controverso. Nesse sentido, França leciona que até 0,5 ml por litro de sangue nem se considera a ingestão de álcool, ao passo que de 0,5 a 2 ml por 1000, há a presença de distúrbios tóxicos e acima de 2 ml, o estado de embriaguez.⁴⁶

Destarte, na doutrina jurídico-penal, para a determinação de inimputabilidade do agente que está sob a influência do álcool, utiliza-se o critério da embriaguez completa ou incompleta. A primeira corresponde a fase de excitação e as duas fases seguintes, são entendidas pela doutrina e pela jurisprudência, como embriaguez completa.

Feitas as considerações acerca da embriaguez, sob o aspecto da imputabilidade enquanto elemento da culpabilidade, urge discorrer sobre as figuras do dolo eventual e da culpa consciente nos homicídios de trânsito, uma vez que em algumas situações apresentam-se muito próximos, o que será objeto do próximo capítulo deste trabalho.

⁴⁴Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200902216976&dt_publicacao=13/08/2012>. Acesso em 18/01/2013.

⁴⁵ FRANÇA, Genival Veloso de. op. cit., p. 233.

⁴⁶ LINS FILHO, op.cit, p. 129.

CAPÍTULO 2 ELEMENTOS SUBJETIVOS DO TIPO

2.1 O tipo comissivo doloso: conceitos

O dolo como elemento subjetivo do tipo, foi mérito da teoria finalista da ação desenvolvida por Welzel, deslocando o dolo e a culpa da culpabilidade para a ação e sendo o tipo penal a descrição da ação, o dolo e a culpa são elementos do tipo penal⁴⁷. De forma geral, dolo é a vontade livre e consciente de realizar os elementos objetivos do tipo. Assim, conforme o conceito generalizado, dolo é a vontade livre e consciente de realizar um crime, ou mais tecnicamente, o tipo objetivo de um crime, também definível como saber e querer em relação às circunstâncias de fato do tipo punível.

O professor Claudio Brandão leciona que “o dolo é definido como consciência e vontade da realização dos elementos objetivos do tipo. Existem portanto, dois elementos do tipo. O primeiro elemento é de origem intelectual: a consciência; o segundo elemento é de ordem volitiva : a vontade.”⁴⁸ O elemento intelectual seria a consciência no sentido de representação psíquica e o elemento volitivo, a vontade no sentido de decisão de agir.

Sobre o assunto, o professor Juarez Cirino dos Santos, leciona que o componente intelectual do dolo consiste no conhecimento atual das circunstâncias de fato do tipo objetivo, como representação ou percepção real da ação típica. Logo, não basta uma consciência potencial, capaz de atualização, mas também não se exige uma consciência refletida, expressa pela verbalização. Já o componente volitivo do dolo, como dito é a vontade está indicado na definição legal do crime doloso, no art. 18, I do Código Penal, *in verbis*: “Diz-se o crime: Crime doloso. I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

Observe-se que a estrutura dos tipos de injustos dolosos de ação envolve as categorias de tipo objetivo e tipo subjetivo. O elemento subjetivo geral dos tipos dolosos é o dolo, a energia psíquica fundamental dos crimes dolosos, que geralmente preenche todo o tipo subjetivo, além de eventualmente atuar em conjunto com elementos subjetivos gerais, sob a forma de intenções ou de tendências especiais, ou de atitudes pessoais necessárias para precisar a imagem do crime ou para qualificar ou privilegiar uma atitude criminosa.⁴⁹ Já o tipo

⁴⁷ BRANDÃO, Cláudio, op. cit., p. 113.

⁴⁸ Ibidem., p. 157.

⁴⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte Geral. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006, p. 131.

objetivo como lembra Cezar Roberto Bitencourt representa a exteriorização da vontade, como aspecto externo-objetivo que concretiza o tipo subjetivo.⁵⁰

Logo, o tipo objetivo é composto por um núcleo representado por um verbo(ação ou omissão) e por elementos secundários, quais sejam objeto da ação, resultado, nexos causal, autor dentre outros. Nesse sentido, lembra Bitencourt, que o núcleo objetivo de todo crime é a ação.⁵¹ Ainda segundo o autor, os tipos penais podem descrever apenas uma atividade finalista (crimes formais) ou uma atividade finalista que produz um resultado (crimes materiais ou de resultado). A ação tem em sua estrutura essencial a vontade dirigida a um fim, assim toda ação é finalista.

Ao se referir a estrutura do tipo doloso, Zaffaroni e Pierangeli, lecionam que o aspecto externo do tipo doloso, isto é, a manifestação da vontade no mundo físico exigida pelo tipo doloso, chamamos aspecto objetivo do tipo legal ou, de uma maneira mais simples, tipo objetivo. Ao aspecto interno, ou seja, a vontade em si, chamamos aspecto subjetivo do tipo legal, ou, de forma mais sucinta, tipo subjetivo⁵². Observe-se que a análise do tipo subjetivo dos crimes dolosos tem por objeto, o dolo como elemento subjetivo geral, descartadas as situações de erro de tipo e as intenções, tendências ou atitudes pessoais, como elementos subjetivos especiais existentes em conjunto com o dolo.

Por sua vez, a atribuição do tipo objetivo pressupõe dois momentos essenciais, constituídos pela causação do resultado, explicada pela lógica da determinação causal, e pela imputação do resultado, fundada no critério da realização do risco. Logo, deve-se analisar primeiro se há relação de causalidade entre ação e resultado; e em seguida decidir se o resultado é definível como realização do risco criado pelo autor e, portanto, imputável ao autor como obra dele.

No Direito Penal Brasileiro, no que concerne a relação de causalidade, o legislador adotou no art. 13, do Código Penal, a fórmula da exclusão hipotética da condição, cuja redação é a seguinte: “ 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”. Dessa forma, a causa é a condição que não pode ser excluída hipoteticamente sem que exclua o resultado. Assim, a causa seria uma *conditio sine qua non*

⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, volume 1: Parte Geral . 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 280.

⁵¹ Ibidem, op. cit., p. 281.

⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 5. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 461.

do resultado, ou seja, a condição sem a qual o resultado não pode existir, o que remonta a teoria da equivalência das condições.

A Teoria da equivalência das condições, dominante na doutrina e na jurisprudência pode ser traduzida em dois conceitos centrais, quais sejam, o de que todas as condições determinantes de um resultado são necessárias e, por isso, equivalentes; e que a causa é a condição sem a qual o resultado não pode existir.

2.2 Teorias do dolo

Três teorias procuram explicar o dolo, a saber: teorias da vontade, da representação e do consentimento. A teoria da vontade é a teoria clássica do dolo e segundo a qual a essência do dolo está na vontade de realizar o ato. Tal vontade se projeta para além do movimento corpóreo, porque a vontade de realizar o ato inclui a própria realização do resultado. Francisco Carrara é o grande defensor da teoria da vontade, que reconhece o dolo sempre que o agente tem a intenção de produzir o resultado. Nesse sentido, para Carrara, o dolo seria a intenção mais ou menos perfeita de praticar um ato contrário à lei⁵³.

Nesse sentido, a essência do dolo deve estar na vontade, não de violar a lei, mas de realizar a ação e obter o resultado. A teoria da vontade não exclui a representação, isto é, a consciência, pois esta é indispensável, mas destaca a importância da vontade de atingir o resultado. Assim, a vontade para essa teoria, enquanto critério aferidor do dolo eventual, é traduzida na posição do autor de assumir o risco de produzir o resultado representado como possível, na medida em que a expressão “assumir” é o mesmo que consentir, como uma forma de querer.

Para a segunda teoria, qual seja, a teoria da representação criada por Franz Von Listz, o dolo estaria configurado com a mera previsão do resultado, sendo suficiente para a sua configuração, o elemento intelectual, isto é, a consciência, pois é ela que possibilita a representação mental do resultado. Entre as teorias que trabalham com critérios fundados na teoria da representação, estão, a teoria da possibilidade e a teoria da probabilidade, a teoria do risco, e a teoria do perigo protegido.

⁵³ CARRARA, Francesco, **apud** BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, volume 1: Parte Geral . 14. ed .rev.,atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 284.

A teoria da possibilidade reduz a distinção entre dolo e imprudência ao conhecimento da possibilidade da ocorrência do resultado, eliminando assim, a imprudência consciente. Assim, a mera representação da possibilidade do resultado típico, já configuraria dolo, pois tal representação deveria inibir a realização da ação e a não representação dessa possibilidade, seria imprudência.

Já a teoria da probabilidade define dolo eventual de duas formas, ou pela representação de um perigo concreto para o bem jurídico ou pela consciência de um quantum de fatores causais produtor de um sério risco do resultado, ou como reconhecimento de um perigo qualificado para o bem jurídico. Por sua vez, a teoria do risco de Frisch, define o dolo pelo conhecimento da conduta típica, de forma a excluir do objeto do dolo o resultado típico, pois a ação de conhecer não poder ter por objeto realidades ainda inexistentes no momento da ação. A crítica a esta teoria se concentra na falta do elemento volitivo do dolo, pois assim como a teoria do perigo desprotegido também retira o elemento volitivo do conteúdo do dolo.

Por sua vez, a teoria do consentimento trabalha com critérios fundados na vontade. Como lembra Brandão, a teoria do consentimento surgiu a partir das críticas feitas à teoria da representação, feitas por Ernst Von Belling. Segundo a teoria do consentimento, não basta a representação intelectual para configurar o dolo, sendo necessário analisar o comportamento do agente diante dessa representação, ou seja, além de da representação, o agente deverá consentir na realização do resultado, mostrando-se indiferente em face a sua configuração.⁵⁴

Para a teoria do consentimento, como bem lembra Bitencourt, também é dolo a vontade que embora diretamente dirigida ao resultado previsto como provável ou possível, consente na sua ocorrência, ou seja, assume o risco de produzi-lo.⁵⁵ Logo, não basta a representação para que exista o dolo, pois é preciso consentir na ocorrência do resultado, isto é, querê-lo. Juarez Cirino dos Santos, lembra que a teoria da representação, elaborada por Strafrecht Mezger, define dolo eventual pela atitude e aprovação do resultado típico previsto como possível, que deve agradar ao autor.⁵⁶ A crítica à esta teoria, reside no fato de que a aprovação do resultado é própria do dolo direto e não do dolo eventual.

Além da teoria do consentimento, há duas outras que também trabalham com critérios fundados na vontade: a teoria da indiferença, que identifica o dolo eventual na atitude de indiferença do autor quanto a possíveis resultados colaterais típicos, excluídos os indesejados; e a teoria da vontade de evitação não comprovada que coloca o dolo eventual e a

⁵⁴ BRANDÃO, Cláudio, op. cit., p. 158.

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 285.

⁵⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit., p. 143.

imprudência consciente na dependência da ativação de contra-fatores para evitar o resultado representado com possível.⁵⁷

Ressalte-se que o Código Penal Brasileiro, adotou duas teorias, quais sejam: a teoria da vontade, abrangendo a representação em relação ao dolo direto; e a teoria do consentimento em relação ao dolo eventual.

2.3 Os Elementos do dolo

O dolo é composto de dois elementos: o elemento cognitivo ou intelectual(consciência) e outro volitivo, isto é, a vontade. No que se refere ao elemento cognitivo ou intelectual, para a configuração do dolo, exige-se consciência, isto é, previsão ou representação da conduta a ser praticada.

No que refere a consciência, esta deve ser atual , isto, é, presente no momento da ação, no instante em que está sendo realizada. O que se quer com isso, é que não basta a potencial consciência das circunstâncias objetivas do tipo, uma vez que admitir a desnecessidade da atualidade da consciência é o mesmo que destruir o linha tênue que difere o dolo da culpa.⁵⁸

O Brandão, lembra que há um conceito psicológico e um conceito filosófico da consciência. Sob a ótica da filosofia, a consciência está direcionada para a integração. Trata-se de um atributo exclusivamente humano, que possibilita ao homem tomar uma distância em relação ao mundo para realizar os mais altos níveis de integração. Já para a psicologia, a consciência está no sistema fisiológico da percepção, sendo uma apreensão de sentido, por vezes ligada ao sistema pré-consciente, outras vezes ligada ao mundo exterior.⁵⁹

Nesse diapasão, sendo o dolo é um processo psíquico, na sua análise, a consciência deverá ser entendida como percepção do mundo exterior e como tal deve englobar o curso causal da conduta, que conduz até a percepção do resultado.

Assim, a consciência enquanto previsão ou representação, deve abranger de maneira correta e completa todos os elementos essenciais constitutivos do tipo tais como descritivos, normativos ou subjetivos.

⁵⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos, op. cit, pp. 143/144.

⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 286.

⁵⁹ BRANDÃO, Cláudio. op. cit., p. 160.

Portanto, como adverte Cezar Roberto Bitencourt, a consciência (previsão ou representação) abrange “a realização dos elementos descritivos e normativos, do nexo causal e do evento (delitos materiais), da lesão ao bem jurídico, dos elementos da autoria e da participação, dos elementos objetivos das circunstâncias agravantes e atenuantes que supõem uma maior gravidade do injusto(tipo qualificado ou privilegiado) e dos elementos acidentais do tipo objetivo”⁶⁰.

Nesse contexto, a previsão se refere somente a consciência dos elementos que integral o tipo penal, não abrangendo a consciência da ilicitude, que hodiernamente encontra-se deslocada para interior da culpabilidade, ou em outros termos, o dolo é o dolo natural, desprovido de quaisquer elemento normativo.

Sobre o tema, Zaffaroni e Pierangeli nos lembram que o conhecimento dos elementos descritivos do tipo objetivo, não há maiores debates, já o conhecimento dos elementos normativos do tipo(como por exemplo a conhecimento de que a coisa é alheia, ou a qualidade de funcionário público no crime de corrupção ativa prevista no art. 333 do CPB), exige o conhecimento de valoração jurídica ou ética a que respondem estes elementos. Contudo, não trata do conhecimento técnico da lei por parte do sujeito ativo, mas do que Zafaroni chama de “conhecimento paralelo na esfera do profano” ou a “valoração paralela na esfera do leigo”.⁶¹

O outro elemento do dolo, é a vontade. A configuração desse segundo elemento do dolo, se estiver presente o elemento intelectualivo, pois a consciência(previsão ou representação) é condição anterior necessária para que exista a vontade. Em outras palavras, a vontade pressupõe a previsão, pois só é possível querer conscientemente, aquilo que se previu ou representou na mente, ao menos parcialmente.

Sobre a questão, Bitencourt adverte que “ a previsão sem vontade é algo completamente inexpressivo, indiferente ao Direito Penal, a vontade sem representação, isto é, sem previsão, é absolutamente impossível”.⁶² Dessa forma, o dolo psicológico e completado com a vontade e a consciência da ação, do resultado tipificado como injusto e da relação de causalidade. , independente de quaisquer outro elemento constitutivo.

Portanto, a vontade definida formalmente como decisão incondicionada de realizar a ação típica representada pode ser concebida materialmente como projeção de energia psíquica

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 286.

⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. & PIERANGELI. op. cit., p. 461.

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p.287.

lesiva de objetos protegidos no tipo penal. Dessa forma, o dolo é formado pelo conhecimento e pela vontade do autor tem por objeto a realização do tipo objetivo de um crime, com lesão ao bem jurídico protegido.

2.4 Modalidades do dolo

A legislação penal brasileira define duas modalidades de dolo, delimitando as formas possíveis de realização dos crimes dolosos: dolo direto e dolo eventual, nos moldes do art. 18, I do Código Penal, *in verbis*: “Diz-se o crime: I- doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.” Nesse sentido, o professor Juarez Cirino dos Santos, adverte sobre seguinte:

A definição legal de categorias científicas é inconveniente, pelo fato de fixar conceitos em definições controvertidas ou defeituosas, como é o caso da lei penal brasileira: nem o dolo direto é definível pela expressão querer o resultado, porque existem resultados que o agente não quer, ou mesmo lamenta, atribuíveis como dolo direto; nem a fórmula de assumir o risco de produzir o resultado, que reduz o conceito de dolo ao elemento volitivo, parece suficiente para definir o dolo eventual.⁶³

Observe-se que o surgimento de diferentes tipos de dolo é consequência da necessidade do elemento volitivo(vontade) abranger o objetivo pretendido pelo agente, o meio utilizado, a relação de causalidade e o resultado. Assim, é a partir da relação entre vontade e os elementos constitutivos do tipo que surge a classificação do dolo em dolo direto e dolo eventual.

Destarte, a moderna teoria penal, distingue três espécies de dolo, quais sejam: 1) a intenção, também denominada *dolus directus* de 1º grau; 2) o propósito direto, também denominado *dolus directus* de 2º grau; e c) o propósito condicionado, ou *dolus eventuais*.⁶⁴

Assim, a primeira modalidade de dolo(querer o resultado) é o dolo direto. Aqui, adotou-se a teoria da vontade, pois se identifica o dolo como intenção. O dolo direto é classificado em dolo direto de primeiro grau ou dolo de segundo grau. A segunda modalidade de dolo(assumir o risco de produzir o resultado) é o dolo eventual, em relação ao qual, adotou-se a teoria do consentimento.

⁶³ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 135.

⁶⁴ Idem.

2.4.1 Dolo direto de primeiro grau e dolo de segundo grau

No dolo direto o agente quer o resultado, representado como o fim de sua ação, ou seja, a vontade do agente é voltada para a realização do fato típico. O dolo de 1º grau tem por conteúdo o fim proposto, isto é, a pretensão dirigida ao fim ou ao resultado típico, de modo que o fim constituído pela ação ou o resultado típico pode ser representado pelo autor como certo ou possível. Sobre o tema, o professor Cezar Roberto Bitencourt destaca o seguinte:

O dolo direto compõe-se de três aspectos, quais sejam, representação, querer e anuir nos seguintes termos: 1) a representação do resultado, dos meios necessários e das circunstâncias secundárias; 2) o querer a ação, o resultado, bem como os meios escolhidos para a sua consecução; e 3) o anuir na realização das consequências previstas como certas, necessárias ou possíveis, decorrentes do uso dos meios escolhidos para atingir o fim proposto ou da forma de utilização desses meios.⁶⁵

O dolo direto em relação ao fim proposto e aos meios escolhidos é classificado como de primeiro grau, já em relação aos efeitos colaterais, representados como necessários, é classificado como dolo de segundo grau.

Quando se trata do fim diretamente desejado pelo agente, fala-se em dolo direto de primeiro grau, e quando o resultado é desejado como consequência necessária do meio escolhido ou da natureza do fim proposto, trata-se de dolo direto de segundo grau ou de consequências necessárias.

O dolo direito de primeiro e de segundo graus estão compreendidos na definição do art. 18, I, 1ª parte do Código Penal. Há dolo direito de 1º grau na conduta do agente de atirar e matar um homem, e há dolo direto de 2º grau na ação de quem querendo matar seu inimigo que viaja em um cruzeiro, coloca no navio uma quantidade de explosivos suficientes para matar todos os tripulantes. No segundo caso, em relação a vítima visada, o dolo é de 1º grau, já em relação as demais vítimas, o dolo é 2º grau.

Dessa forma, o dolo direto de 1º grau tem por conteúdo o fim proposto pelo autor e o dolo de segundo grau compreende aos meios de ação escolhidas para realizar o fim, e de modo especial, os efeitos secundários representados como certos ou necessários.(consequências, circunstâncias certas ou necessárias ou resultados típicos). Tais

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p.288.

efeitos secundários são portanto, atribuíveis ao autor a título de dolo de 2º grau, ainda que lamentados ou indesejados por este.

2.4.2 Dolo indireto ou eventual

O dolo eventual é a modalidade de dolo em que o agente assume o risco de produzir o resultado. A doutrina pátria costuma expor três teorias em relação do dolo eventual a saber: a teoria da vontade segundo a qual haveria dolo somente quando o agente quiser o resultado; b) a teoria da representação para a qual qualquer consciência da possibilidade do resultado fundamenta o dolo, raciocínio da teoria da probabilidade; e c) a teoria do consentimento ou da anuência segundo a qual haverá dolo quando o agente anuir ou consentir na realização do resultado.

Em relação a esta modalidade de dolo, adotou-se a teoria do consentimento, segundo a qual, haverá o dolo sempre que o agente representar mentalmente o resultado e consentir com a sua ocorrência, assumindo o risco de produzi-lo. Ingeborg Puppe, quando se refere ao dolo eventual, leciona que o consentimento ou assunção do risco do resultado só podem significar que, para o autor, a ocorrência do resultado ou é desejada ou é indiferente⁶⁶. Puppe afirma então que a teoria da anuência nada mais é do que uma teoria da vontade, nem mais atual, nem mais importante, figurando humildemente ao lado de muitas outras⁶⁷.

No dolo eventual, o agente prevê o resultado como provável ou, ao menos como possível, mas apesar e prever o resultado, age aceitando o risco de produzi-lo. Sobre essa modalidade de dolo, é mister lembrar que a consciência e a vontade que estão presentes na essência do dolo direto como seus elementos constitutivos, também devem estar presentes no dolo eventual, pois é indispensável uma determinada relação de vontade entre o resultado e o agente, sendo exatamente esse elemento volitivo que distingue o dolo da culpa.

Em síntese, esclarece Bitencourt, procura-se distinguir o dolo direto do dolo eventual, afirmando-se que “o primeiro é a vontade por causa do resultado; e o segundo é a vontade apesar do resultado.”⁶⁸ Frank sintetizando a definição de dolo eventual, desenvolveu

⁶⁶ PUPPE, Ingeborg, A distinção entre dolo e culpa, Trad.ução, introdução e notas: Luís Greco. Barueri, São Paulo: 2004. p. 37.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 290.

a seguinte fórmula: “ se o agente diz a si próprio: seja como for, dê no que der , em qualquer caso, não deixo de agir, é responsável a título de dolo”.⁶⁹

Vale ressaltar como dito, que a consciência e a vontade como elementos constitutivos, também devem estar presentes no dolo eventual, sendo exatamente o elemento volitivo que distingue o dolo da culpa. Aliás, a definição de dolo eventual e sua distinção e culpa consciente é um terreno movediço e sobre a questão Juarez Cirino dos Santos adverte o seguinte:

de modo geral, o dolo eventual constitui decisão pela possível lesão ao bem jurídico protegido no tipo, e a imprudência consciente representa leviana confiança na exclusão do resultado de lesão, mas a determinação das identidades e das diferenças entre dolo eventual e imprudência consciente a utilização de critérios mais precisos.⁷⁰

O dolo eventual e a imprudência consciente são conceitos simultaneamente excludentes e complementares. A literatura contemporânea trabalha com os seguintes conceitos-pares para definir dolo eventual de imprudência consciente: a) o dolo eventual se caracteriza, no âmbito intelectual, por levar a sério a possível produção do resultado típico e no âmbito da atitude emocional, por conformar-se(aceita) com a eventual produção do resultado; e b) a imprudência consciente se caracteriza, no nível intelectual, pela representação da possível produção do resultado típico e no nível da atitude emocional, pela leviana confiança na ausência ou evitação desse resultado, em razão de habilidade, atenção, cuidado etc. na realização concreta da ação.⁷¹

Para a teoria clássica do delito, o dolo e a culpa tinham em comum unicamente a causação do resultado jurídico-penalmente relevante e a imputação desse resultado depende de razões diversas, ou seja, no dolo, depende da vontade dirigida ao resultado e na culpa, da violação do dever de cuidado, isto é, a criação do risco não permitido⁷².

Assim, a definição do elemento volitivo da vontade do dolo eventual como assunção aprovadora do risco em sentido jurídico, poderia ganhar algum sentido se o seu conceito complementar, o estado psíquico característico da culpa consciente, fosse definido com sentido. Contudo, “não se pode caracterizar a culpa consciente dizendo que, nela, o autor espera a não-ocorrência do resultado”⁷³.

⁶⁹ FRANK, Reinhard. *apud* Néelson Hungria. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense.1958, V.I.T.II, p. 118.

⁷⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *op. cit.*, p. 139.

⁷¹ *Ibidem.*, p. 140/141.

⁷² PUPPE, Ingeborg. *op. cit.* p. 8.

⁷³ *Ibidem.*, p. 40.

Segundo teoria do dolo indireto, todas as consequências do fato querido pelo autor que segundo um juízo objetivo, devem ser imputadas como dolosas. Para esta teoria, basta que o autor queira diretamente o resultado pretendido e que o resultado não querido, seja segundo um ponto de vista objetivo, uma consequência necessária e provável da ação, de acordo com o curso natural das coisas⁷⁴. Essa tese, contudo, é criticada por Pérez, no que se refere a questão da vontade, pois tal teria tenta ampliar o conceito de vontade de tal forma que se possa imputar ao autor como queridas certas circunstâncias, que em verdade não eram perseguida intencionalmente.

Nesse sentido, a dita teoria de dolo indireto se equipara a teoria tradicional da vontade elaborada em torno do dolo eventual, a qual pretende imputar ao autor, certas consequências, através da ampliação do termo vontade, sem nenhuma base normativa.

Para Liszt, existe dolo eventual quando o autor representar mentalmente o resultado como possível, mas com a condição de que sua representação não tenha inibido de atuar, isto é, apesar disso, o autor tenha aprovado o resultado⁷⁵.

Sobre o dolo eventual e a culpa consciente, o Superior Tribunal de Justiça firmou o seguinte entendimento:

PENAL. PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. FALTA DE COTEJO ANALÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. HOMICÍDIO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DOLO EVENTUAL. CULPA CONSCIENTE. REVALORAÇÃO DE PROVAS. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS DO DOLO EVENTUAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO QUE NÃO EVIDENCIAM A ANTEVISÃO E A ASSUNÇÃO DO RESULTADO PELO RÉU. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA QUE SE IMPÕE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.[...]
2. A doutrina penal brasileira instrui que o dolo, conquanto constitua elemento subjetivo do tipo, deve ser compreendido sob dois aspectos: o cognitivo, que traduz o conhecimento dos elementos objetivos do tipo, e o volitivo, configurado pela vontade de realizar a conduta típica. 3. O elemento cognitivo consiste no efetivo conhecimento de que o resultado poderá ocorrer, isto é, o efetivo conhecimento dos elementos integrantes do tipo penal objetivo. A mera possibilidade de conhecimento, o chamado “conhecimento potencial”, não basta para caracterizar o elemento cognitivo do dolo. No elemento volitivo, por seu turno, o agente quer a produção do resultado de forma direta – dolo direto – ou admite a possibilidade de que o resultado sobrevenha – dolo eventual. 4. Considerando que o dolo eventual não é extraído da mente do acusado, mas das circunstâncias do fato, na hipótese em que a denúncia limita-se a narrar o elemento cognitivo do dolo, o seu aspecto de conhecimento pressuposto ao querer (vontade), não há como concluir pela existência do dolo eventual. Para tanto, há que evidenciar como e em que momento o sujeito assumiu o risco de produzir o resultado, isto é, admitiu e aceitou o risco de produzi-lo. Deve-se demonstrar a antevisão do resultado, isto é, a percepção de que é possível causá-lo antes da realização do comportamento. 5. Agravo a que se nega

⁷⁴ BARBERÁ, Gabriel Pérez. **El dolo eventual**. Buenos Aires: 2001, p. 163.

⁷⁵ Ibidem, p.186.

provimento. (STJ, AgRg no REsp 1043279 / PR /Rel. Ministra JANE SILVA. T6 - SEXTA TURMA. Data do Julgamento: 14/10/2008. Data da Publicação/Fonte DJe 03/11/2008 RT vol. 880 p. 550).⁷⁶

Destarte, o caráter complementar-excludente dos conceitos de dolo eventual e culpa consciente é no sentido de que, quem aceita o resultado típico possível não pode simultaneamente, confiar em sua evitação (dolo eventual), e de modo inverso, quem confia na ausência do resultado típico possível não pode ao mesmo tempo, aceitar a sua produção (imprudência consciente). Portanto, quando o agente representa a possibilidade do resultado concomitante e a inclui como tal na vontade, fala-se em dolo eventual, cujo embasamento legal encontra-se na 2ª parte do art.18, I, do Código Penal.⁷⁷

No que concerne ao juízo de culpabilidade do crime doloso, Frank tentou fundamentá-lo na assertiva de que : “para o surgimento de sua vontade, era indiferente se ele previu a realização do tipo como algo seguro ou somente como possível. Em outras palavras, se autor disser para si mesmo: seja assim ou de outra maneira, ocorra isso ou aquilo, de qualquer modo eu agirei, então culpabilidade é dolosa”⁷⁸. A teoria dominante diferencia dolo de culpa consciente a depender do fato do autor levar a sério o perigo ou ignorá-lo.

Contudo, para que o autor possa levar a sério o perigo exige-se que ele considere o risco algo relativamente elevado. Contudo, a teoria de levar a sério o perigo ou ignorá-lo, não consegue explicar a diferença entre dolo e culpa.

O dolo eventual segundo Puppe, é uma forma básica de dolo, que contém todos os elementos que fundamentam o crime dolo específico em relação à culpa. Ressalta ele, que propósito (vontade objetivada) e conhecimento seguro são casos específicos de dolo eventual e que têm de apresentar os elementos conceituais dele constitutivos. E conclui dizendo que nem o propósito de provocar o resultado nem o conhecimento seguro fundamentam o dolo, se o autor não tiver criado, segundo a sua representação, um perigo doloso⁷⁹.

Nesse sentido, sobre a diferença existente entre a culpa consciente e dolo eventual, Welzel ressalta a necessidade de analisar se o agente atuou com confiança de que produziria o resultado e se atuava contando com a possibilidade de sua produção⁸⁰. Assim, a diferença fundamental entre a realização dolosa e a não dolosa do tipo, está na tipicidade e no injusto, se

⁷⁶Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200800660444&dt_publicacao=03/11/2008> Acesso em 20/01/2013.

⁷⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit., pp. 189/190.

⁷⁸ FRANK, *apud* PUPPE, Ingeborg, **A distinção entre dolo e culpa**, Tradução, Introdução e notas: Luís Greco. Barueri, São Paulo: 2004. p. 43.

⁷⁹ PUPPE, Ingeborg. op. cit. p. 132.

⁸⁰ WELZEL, Hans. op. cit, p. 158.

mantêm em um plano superior do conceito de delito, isto é, na culpabilidade e o elementos da reprovabilidade são distintos, conforme se tratar de um tipo doloso ou culposo⁸¹.

Nos delitos dolosos, o dolo é um elemento do tipo subjetivo e a culpabilidade neste caso, se examina na medida da reprovabilidade pessoal do dolo de dos demais elementos subjetivos do tipo, como a intenção, por exemplo. Ademais, há que avaliar todas as demais circunstâncias externas e internas que tenham influenciado na decisão concreta, no momento da realização da ação típica e antijurídica.

A distinção entre dolo eventual e culpa consciente parece recair em suma, na aceitação ou na rejeição da possibilidade do resultado, sendo fundamental o elemento volitivo para a distinção entre uma e outra.

2.5 O Tipo comissivo culposo: conceito de culpa e formas de cometimento da ação culposa

Assim como o dolo, conforme a teoria finalista da ação, a culpa também constitui parte do tipo penal. O conceito estrito senso de culpa nasceu no Direito Romano, sendo aplicado no âmbito do Direito Civil, como fato de um resultado imprevisto, embora haja o dever de prevê-lo. Nesse sentido, Hans Welzel lembra que por muito tempo, o crime culposo ocupou um papel secundário na teoria do delito, no sentido que o direito natural somente considerava verdadeiramente crime o delito culposo; ou seja, o delito culposo estava reduzido a categoria de quase delito⁸².

A culpa é a inobservância de um dever objetivo de cuidado, manifestada numa conduta produtora de um resultado não querido, mas objetivamente previsível. Nesse sentido, Bitencourt adverte que “a estrutura do tipo de injusto culposo é diferente da do tipo de injusto doloso: neste, é unida a conduta dirigida a um fim ilícito, enquanto no injusto culposo pune-se a conduta mal dirigida, normalmente destinada a um fim penalmente irrelevante, quase sempre lícito⁸³.”

O Código Penal define o crime culposo como resultado causado por negligência, imprudência ou imperícia, no termos do art. 18, II, *in verbis* : “Diz-se o crime: [...] II culposo, quando a agente deu causa ao resultado por negligência, imprudência ou

⁸¹ Ibidem, p. 156-157.

⁸² WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Santiago: Editorial Jurídica del Chile. 1997, p. 153.

⁸³ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 297.

imperícia". A lei penal brasileira expõe na verdade os tipos de comportamento culposos, não expressando a essência da culpa, ou seja, não diz o que é o crime culposo.

Não obstante, segundo Brandão “o crime culposo é aquele onde há a falta de previsão do resultado, quando o Direito exigia do agente essa previsão ou é aquele onde , havendo a efetiva previsão do resultado, o agente confia que ele não se configurará.”⁸⁴ Diante disso, conclui-se que a culpa é uma forma excepcional de punição, ou seja, somente se pune a título de culpa, quando houver expressa previsão legal, nos moldes parágrafo único do art.18 do Código Penal.

Algumas teorias tentam explicar o crime culposo. Aquelas que mais se destacam são: a teoria do defeito intelectual, a teoria do vício da vontade e a teoria finalista da ação. Para a teoria do defeito intelectual, a culpa seria um defeito da inteligência, originada da falta da falta de reflexão do sujeito. Assim, para esta teoria, a conduta culposa não seria punível. Já para a teoria do vício da vontade defendida por Carrara, a culpa seria uma omissão voluntária de diligência em mensurar as consequência possíveis e previsíveis do próprio fato.

Por sua vez, para a teoria finalista, a culpa deve ser analisada sob o aspecto final da ação. Na ação culposa, existe a vontade dirigida a um fim, porém esse fim é juridicamente irrelevante. O que é juridicamente relevante no crime culposo é a forma de utilização dos meios para atingir o fim da ação, sendo esses meios impudentes, negligentes ou imperitos.

Sobre tais formas de cometimento do crime culposo, é mister trazer a lição de Cezar Bitencourt no que se refere aos conceitos de negligência imprudência ou imperícia:

Imprudência é a prática de uma atitude arriscada ou perigosa e tem caráter comissivo. [...] Caracteriza-se pela intempestividade, precipitação, insensatez ou imoderação. [...] Negligência é a displicência no agir, falta de precaução, a indiferença do agente, que, podendo adotar as cautelas necessárias não o faz. [...] Imperícia é falta de capacidade, despreparo ou insuficiência de conhecimentos técnicos para o exercício de arte, profissão ou ofício.”⁸⁵

Um exemplo de imprudência trazido por Bitencourt, é o caso do motorista que embriagado, dirige veículo automotor, com visíveis diminuição de seus reflexos e acentuada liberação dos freios inibitórios. Há neste caso, a característica marcante da imprudência, qual seja, a concomitância entre culpa e ação, pois ambas coexistem, são simultâneas. Assim, na imprudência, o agente sabe que está sendo imprudente, com consciência de estar agindo

⁸⁴ BRANDÃO, Cláudio, op. cit., p. 165.

⁸⁵ BITENCOURT. Cezar Roberto *apud*. BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 167.

arriscadamente, mas acredita piamente eu não produzirá o resultado, porém por avaliar mal, acaba produzindo o resultado não desejado⁸⁶.

Já negligência é um juízo de apreciação, a comprovação de que o agente tinha a possibilidade de prever as consequências de sua ação, isto, é previsibilidade objetiva. No crime cometido por negligência, o agente não pensa na possibilidade do resultado, ficando este fora do seu pensamento, daí porque a negligência adequa-se melhor à modalidade de culpa inconsciente. E, de modo contrário à a imprudência, a negligência é anterior a ação, significando um cautela a ser tomada antes da ação.

Por sua vez, imperícia, é a falta de capacidade técnica, no exercício na profissão, arte ou ofício. Faz-se mister lembrar que a imperícia não deve ser confundida com erro profissional, sendo este, em tese, um acidente escusável, justificável e via de regra, imprevisível, que independe do uso correto de conhecimentos e regras técnicas. O erro profissional, pode ocorrer como acidente de percurso, ainda que tomados todos os cautelas e diligências exigidas pelas circunstâncias, mostrando-se pois fora do âmbito da previsibilidade.

2.5.1 Espécies de Culpa: culpa consciente e culpa inconsciente

Há duas modalidades de culpa: a culpa consciente e a culpa inconsciente. A culpa consciente também chamada de culpa com representação ou previsão é aquela em que a agente prevê a possibilidade da realização um ato típico e antijurídico, mas de modo contrário ao dever de cuidado, confia que tal ato não se realizará. Em outras palavras há culpa consciente quando o agente deixa de observar a diligência a que estava obrigado, prevê o resultado, previsível, mas confia convictamente que ele não ocorra.

Destarte, é mister trazer a análise de Juarez Tavares sobre essa espécie de culpa, no sentido de advertir que é necessário certa cautela, posto que a simples previsão do resultado não significa, por si só que o agente age com culpa consciente, pois mais do que a previsão, o que a caracteriza é consciência acerca da lesão ao dever de cuidado.⁸⁷ Isso porque pode ocorrer um erro de proibição, como no caso do agente se equivocar a respeito da existência de limites ou do dever objetivo de cuidado.

Observe-se que tanto a culpa consciente quanto o dolo eventual têm presentes a previsão efetiva do resultado, porém a diferença entre eles está no plano subjetivo do agente.

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ TAVARES, Juarez, *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, volume 1: Parte Geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 307.

Ao tratar dessa modalidade de culpa e de sua distinção com dolo eventual, Zaffarini e Pierangeli advertem sobre o seguinte:

Chama-se culpa com representação, ou culpa consciente, aquela em que o sujeito ativo representou para si a possibilidade da produção do resultado, embora atenha rejeitado, na crença de que, chegado o momento, poderá evita-lo ou simplesmente ele não ocorrerá. Este é o limite entre a culpa consciente e o dolo. Aqui há um conhecimento efetivo do perigo que correm os bens jurídicos, que não se deve confundir com a aceitação da possibilidade da produção do resultado, que é uma questão relacionada ao aspecto volitivo e não ao cognoscitivo, e que caracteriza o dolo eventual.⁸⁸

Dessa forma, enquanto na culpa consciente o sujeito confia que o resultado não ocorrerá, no dolo eventual o agente tem uma posição de indiferença quanto a configuração do resultado, consentindo com a sua ocorrência. Assim, conforme a jurisprudência é doutrina dominantes, na culpa consciente a censura à conduta é maior do que na culpa inconsciente, pois esta é produto da mera desatenção.

Destarte, em síntese, a diferença entre dolo eventual e culpa consciente concentra-se na aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado, e, havendo dúvida entre uma e outra, deve-se optar pela solução menos grave, isto é, pela culpa consciente⁸⁹.

Por sua vez, culpa inconsciente é aquela em que não há a previsibilidade do resultado típico e antijurídico pelo agente, quando era capaz de prevê-lo e o Direito exigia dele tal previsão, por inobservância ao dever objetivo de cuidado. Na culpa inconsciente ou culpa sem representação, ao contrário da culpa consciente, não há o conhecimento do perigo que a conduta se acarreta ao bem jurídico. Nesta modalidade de culpa há apenas um conhecimento potencial do perigo para os bens jurídicos.

Sobre a culpa inconsciente afirma Hungria “previsível é o fato cuja possível superveniência não escapa à perspicácia comum.”⁹⁰ Dessa forma, a previsibilidade do resultado é um elemento comum à ambas as modalidades de culpa em comento. Ocorre que na culpa inconsciente, embora haja a previsibilidade, não há previsão por descuido, desatenção ou mero desinteresse. Aqui há ausência absoluta de nexo psicológico entre o autor e o resultado de sua ação.

Nesse sentido, Welzel, lembra que nos delitos culposos é preciso distinguir se agente havia previsto a possibilidade da lesão e o perigo ao bem jurídico(culpa consciente), ou havia

⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 492.

⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 310.

⁹⁰ HUNGRIA, Nelson, *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, v. 1: Parte Geral 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 307.

podido prevê-la(culpa inconsciente). Nesse sentido, na culpa consciente, a reprovação se baseia no fato de que o autor tenha confiado que o resultado não se produziria, considerado possível, não devendo ter confiado, dadas as circunstâncias do caso, por ele conhecidas. Já na culpa inconsciente, na culpa inconsciente a desaprovação se baseia no fato de que ao autor ao empreender sua ação, não havia previsto a possibilidade da produção do resultado típico, quando podia prevê-lo⁹¹.

Sobre o assunto, Carrara, leciona que a essência da reside na previsibilidade do efeito danoso, mas não querido nem previsto por ele, é no haver previsto a consequência ofensiva, que se distingue a culpa do dolo e é no haver podido prever que diferencia-se o caso fortuito da culpa⁹². Ocorre que conforme esse raciocínio, previsibilidade sem poder de prevenir, é o mesmo que imprevisibilidade, pois é com base na previsibilidade do efeito danoso que se calcula a culpa, isto é, a medida da imputação.

2.5.2 Elementos da culpa

Primeiramente, para configuração do tipo de injusto culposo, é imprescindível, o descumprimento de um dever objetivo de cuidado, bem como a ocorrência de um resultado previsível ao agente. Ressalte-se que o crime culposo tem a estrutura completamente diversa do crime doloso, não contendo tipo subjetivo no tipo de injusto culposo. Sobre o assunto, Juarez Tavares leciona que “o delito culposo contém, em lugar do tipo subjetivo, uma característica normativa aberta: o desatendimento ao cuidado objetivo exigível ao autor”⁹³.

Sobre o tipo de injusto de imprudência ou o tipo de injusto culposo, Juarez Cirino faz a seguinte colocação:

[...] o tipo de injusto de imprudência é formado por dois elementos correlacionados: em primeiro lugar, a lesão do dever de cuidado objetivo, como criação de risco não permitido, que define o desvalor da ação; em segundo lugar, o resultado de lesão do bem jurídico, como produto da violação do dever de cuidado objetivo ou realização de risco não permitido, que define o desvalor de resultado.⁹⁴

Destarte, os elementos constitutivos do crime culposo são: a) inobservância do dever de cuidado objetivo devido; b) produção de um resultado e nexos causal; c) previsibilidade

⁹¹ WELZEL, Hans. op.cit, p. 158.

⁹² CARRARA, Francesco. **Programa de derecho Criminal**: parte general, v.1, editoria Temis S.A, Colombia, 1996, p. 85.

⁹³ TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 134.

⁹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit., p. 171.

objetiva do resultado; e d) conexão interna entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado. A inobservância do dever objetivo de cuidado ou a violação ao dever de cuidado é um elemento normativo do tipo objetivo culposo entendido pela doutrina majoritária como prioritário e decisivo.

Já o resultado nos crimes culposos é segundo a posição majoritária, elemento desse tipo de injusto. O resultado integra o crime culposo e como afirma Bitencourt, “O crime culposo não tem existência real sem o resultado. Há crime culposo quando o agente não quer nem assume o risco da produção de um resultado, previsível, mas que mesmo assim ocorre. Se houver inobservância de um dever de cuidado, mas se o resultado não sobrevier, não haverá crime.”⁹⁵ Assim, é imprescindível que o resultado seja consequência da inobservância do dever objetivo de cuidado, ou seja, que tal inobservância seja a causa do resultado, havendo uma relação de determinação entre eles.

Destarte, no que concerne a relação de causalidade entre a ação e o resultado, de acordo com teoria da equivalência das condições, é preciso que o resultado seja o produto específico da lesão do cuidado objetivo exigido, ou seja, contrário ao dever de cuidado. Portanto, a imputação do resultado depende, em primeiro lugar, de lesão do cuidado objetivo ou de ruptura do risco permitido, que cria o perigo para o bem jurídico protegido, e em segundo lugar, da definição do resultado como realização da ação contrária ao dever de cuidado ou lesiva do risco permitido.

Sobre a imputação do resultado, Juarez Cirino faz a seguinte colocação:

A atribuição do resultado ao autor depende dos seguintes pressupostos: primeiro o resultado deve ser efeito causal da ação do autor; segundo, o resultado deve ser o produto específico da lesão do cuidado objetivo exigido ou – o que é a mesma coisa, de outro ângulo – a realização concreta de risco não permitido; terceiro(pelo menos para o setor dominante da teoria), o resultado deve ser previsível.⁹⁶

A previsibilidade do resultado é condição para a sua atribuição ao autor, pois a criação ou realização do perigo é atribuível porque o resultado é previsível e por isso, controlável pelo autor. A previsibilidade é um elemento objetivo, de forma que o fato de o agente não prever o dano ou perigo de sua ação (ausência de previsibilidade subjetiva, quando este é objetivamente previsível, não afasta a culpabilidade do agente.

A falta de previsibilidade objetiva, ou seja, sendo imprevisível, não há que se falar em culpa, e por tabela, na própria culpabilidade. Não obstante, a falta de previsão, revela a

⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 302.

⁹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit., p. 178/179.

ausência de culpa consciente, mas poderá caracterizar a modalidade de culpa inconsciente, cuja cujo núcleo é a imprevisibilidade.

Por último, quanto a conexão interna entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado, o primeira é definido pela a lesão do dever de cuidado objetivo; enquanto o segundo, é definido pelo resultado da lesão ao bem jurídico como consequência da violação do dever de cuidado objetivo. Em outras palavras, essa conexão interna entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado é imprescindível, no sentido de que o resultado decorra exatamente da violação do dever de cuidado objetivo.

Por todo o exposto, para efeitos de imputação do resultado ao agente como obra dele, conclui-se que: primeiro, a ocorrência do resultado previsível ao sujeito é requisito para a configuração do tipo de injusto culposos e segundo, que este resultado seja consequência da violação do dever de cuidado objetivo.

CAPÍTULO 3 PROBLEMÁTICA DA IMPUTAÇÃO SUBJETIVA NOS CRIMES COMETIDOS NO TRÂNSITO EM DECORRÊNCIA DA EMBRIAGUEZ

3.1 Nos casos de homicídios no trânsito, por embriaguez, temos um crime doloso ou culposo?

O crime é composto de três elementos gerais, quais sejam: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Os primeiros, são juízos de valor que recai sobre a ação humana, ao passo que a culpabilidade é um juízo de valor sobre o autor da ação. Assim, o crime pode ser definido como a ação típica, antijurídica e culpável. Nesse sentido, Welzel, leciona que “a divisão do delito em três graus de juízos e valorações, sobre e em continuação do outro, proporciona um alto grau de racionalidade na aplicação do direito, a facilita e a assegura contra contradições e arbitrariedades.”⁹⁷

Para Jescheck, “no procedimento criminal, o valor do conceito tripartido do delito reside no fato de que os níveis de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade se sucedem uns aos outros no processo de obtenção da resolução, com o qual se possibilita, ao menos se facilita, uma jurisprudência ponderada e contestável, que garante, assim, a segurança jurídica.”⁹⁸

Contudo, para aplicação da norma penal enquanto instrumento de controle social, faz-se mister a observância de alguns princípios que legitimam o *jus puniendi* do Estado dentre os quais estão, a legalidade, a culpabilidade, humanidade, intervenção mínima e a subsidiariedade. Ressalte-se que o princípio da culpabilidade é, juntamente com o da legalidade a alicerce do Direito Penal moderno.

Faz-se necessário a distinção entre o princípio da culpabilidade e a culpabilidade. O princípio da culpabilidade enquanto princípio constitucional, limita o poder de punição do Estado, afastando a responsabilidade penal objetiva, no sentido de que a aplicação da pena deverá ser sempre precedida da aferição de dolo ou culpa *strictu sensu*. Já a culpabilidade é o que reprova o agente que podendo agir de acordo com norma proibitiva, comporta-se de maneira contrária.

O princípio da culpabilidade, traduzido no *nullum crimen sine culpa*, traduz a ideia de que dolo e a culpa não se presumem, o que afasta qualquer forma de imputação objetiva, ou seja, a responsabilidade penal objetiva. Assim, o princípio supracitado, exclui a

⁹⁷ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1997, p. 57 .

⁹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. *apud*. BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 117-118.

possibilidade de imposição de uma pena pela simples produção de um resultado.⁹⁹ Dessa forma, a responsabilidade por dolo ou culpa, fundam-se na ideia de dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito, bem como sua relação com a segurança jurídica.

Em suma, o princípio da culpabilidade tem por finalidade, afastar a responsabilidade penal objetiva. Ademais, o Direito penal do fato entende o homem como um ser dotado de autonomia ética, isto é, capaz de escolher entre o bem e o mal, daí porque se afirma que vige atualmente o direito penal da culpabilidade, no sentido de que só haverá punição àquele que dotado de capacidade de escolha, opta por se comportar de forma contrária a norma jurídico-penal.

Assim, a análise da responsabilidade pelo ato típico e antijurídico, depende necessariamente da culpabilidade do agente e da necessidade preventiva da sanção penal. Nesse contexto, Roxin assinala que nenhuma necessidade preventiva de penalização, por maior que seja, pode justificar uma sanção penal contrária ao princípio da culpabilidade.¹⁰⁰ Em outras palavras, a culpabilidade é o pressuposto subjetivo imprescindível para a responsabilidade penal, ou seja, a pena pressupõe sempre a culpabilidade.

No direito penal brasileiro, vige a teoria limitada da culpabilidade, de modo que exige-se como elementos da culpabilidade: a) imputabilidade (capacidade do agente de entender o caráter ilícito de sua conduta e de autodetermina-se de acordo com esse entendimento), b) potencial consciência da ilicitude; e c) exigibilidade de conduta diversa.

Nos crimes cometidos no trânsito em decorrência da embriaguez, a discussão proposta é o questionamento sobre o dolo eventual e a culpa consciente. Destarte, nessa problemática da imputação subjetiva, há que se levar em conta os tipos de embriaguez existentes e o tratamento dado a eles pelo Código Penal pátrio. Nesse sentido, para determinar a o imputabilidade ou inimputabilidade do agente embriagado, adota-se o critério da embriaguez completa ou incompleta.

No que se refere à embriaguez nas modalidades voluntária e culposa, existe uma lacuna entre a ingestão do álcool e a prática do crime que só pode ser preenchido pela previsibilidade do resultado lesivo¹⁰¹. Já a embriaguez acidental na modalidade completa,

⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 13.

¹⁰⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. de la 2.ed. por Diego-Manuel Luzón Penã. Madri: Civitas, 2006, p. 793.

¹⁰¹ Nesse sentido, a aplicação da teoria *actio libera in causa* (ação livre em sua causa) deve ser restrita, aplicando-se perfeitamente aos casos de embriaguez preordenada, sendo a embriaguez voluntária ou culposa punidas não em razão da dita teoria, mas em razão da responsabilidade penal fundada em necessidades político-criminais. E, nos casos de embriaguez acidental, não incide a teoria supracitada, uma vez que o agente não era capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

exclui-se a culpabilidade. Nesse sentido, a previsibilidade da lesão ao bem jurídico é uma condição necessária para configurar o dolo e a culpa *strictu sensu*. Destarte, a previsibilidade ou não do evento lesivo ao bem jurídico no estágio anterior à embriaguez deve ser analisado com bastante cautela, pois não basta argumentar que pela lei, a embriaguez voluntária ou culposa não isenta de pena e pronto. É preciso analisar outras circunstâncias concretas do caso, para que se possa atribuir ao agente um resultado doloso ou culposo.

Contudo, no que concerne ao dolo eventual, indicado pela expressão assumir o risco de produzir o resultado, deve ser entendido como conformação ou aceitação do resultado típico representado como possível, reduz o dolo ao elemento volitivo, é insuficiente para definir esta modalidade de dolo. Assim, nos casos de crimes cometidos no trânsito em decorrência da embriaguez, há que se analisar a presença de um liame causal subjetivo entre a ingestão do álcool e a prática do ato lesivo.

Já no tocante a culpa consciente, em que o agente não obstante tenha previsto o resultado, acredita seriamente que este não ocorrerá, tem-se a leviana confiança na não ocorrência do resultado, seja por habilidade atenção, cuidado na execução da ação. Daí por que se afirma que o dolo eventual e a culpa consciente possuem um caráter complementar-excludentes, na medida em que, quem se conforma ou aceita a produção do resultado típico possível não pode, ao mesmo tempo confiar em sua evitação; da mesma forma que quem que confia na ausência do resultado típico possível, não pode simultaneamente conformar-se com a sua produção¹⁰².

3.2 dolo eventual e culpa consciente a partir das decisões dos tribunais

Em relação a conduta de conduzir veículo automotor sob o efeito do álcool, os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais, assim, têm se posicionado:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ART. 121, § 2º, III, DO CP. HOMICÍDIO PRATICADO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DOLO EVENTUAL Em se tratando de delitos de trânsito, a regra, como é consabido, é a de que o acusado responda por culpa. Na hipótese dos autos, no entanto, o réu dirigia na contramão, em alta velocidade, com os faróis apagados e em estado de embriaguez alcoólica, tendo colhido a motocicleta da vítima. Esse acúmulo de circunstâncias excepcionais, no caso concreto, autoriza a pronúncia do acusado, a fim de que a causa seja submetida ao conhecimento dos jurados, juízes naturais dos crimes dolosos contra a vida. [...]. Apelo parcialmente provido. (TJRS, RESE Nº 70051711372, Primeira Câmara Criminal, TJRS. Relator: Manuel José Martinez

¹⁰² SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit., p. 140/141.

Lucas, Julgado em 20/03/2013) Data de Julgamento: 20/03/2013 Publicação: Diário da Justiça do dia 17/04/2013)¹⁰³.

PENAL - CRIME DE TRÂNSITO - HOMICÍDIO CULPOSO-DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CUIDADO - MATÉRIA FÁTICA - CULPA DEMONSTRADA - IMPRUDÊNCIA - REDUÇÃO DA PENA - POSSIBILIDADE - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS - CRIME DE LESÃO CORPORAL NO TRÂNSITO - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA - DECLARAÇÃO DE OFÍCIO - PENA DE SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO - QUANTUM - PROPORCIONAL COM A GRAVIDADE DO DELITO - CULPABILIDADE DO AGENTE - CONSEQUÊNCIAS DA INFRAÇÃO - SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS IMPOSTA - DESCABIMENTO - CORRELAÇÃO ENTRE O DELITO PRATICADO E A PREVENÇÃO DA PRÁTICA DE NOVOS DELITOS - RECURSOS PROVIDOS EM PARTE. Prática homicídio culposo na direção de veículo automotor aquele que falta com a obligatio ad diligentiam ao dirigir com excesso de velocidade, causando, por imprudência, a morte de uma vítima.[...]. (TJMG, Apelação Criminal 1.0223.07.237117-0/001. Relator(a): Des.(a) Júlio Cezar Gutierrez. Órgão Julgador/Câmaras Criminais Isoladas / 4ª Câmara Criminal. Data de Julgamento: 03/08/2011. Data da publicação:19/08/2011).¹⁰⁴

Em ambas as decisões elencadas, nota-se que nos crimes de trânsito cometidos sob a influência do álcool, em regra, pune-se o agente a título de culpa, por inobservância de um dever objetivo de cuidado. Logo, demonstrado que a agente agiu sem observância desse dever objetivo de cuidado, responderá por culpa consciente, entendida como àquela em que o agente prevê a possibilidade da realização de um ato típico e jurídico, mas de modo contrário ao seu dever de cuidado, confia sinceramente que este não ocorrerá.

Não obstante, pode também o agente ter agido com dolo eventual, o que demanda uma análise apurada das circunstâncias do fato, tais como o excesso de velocidade, a condução do veículo na contramão e não pela simples aferição de que dirigia embriagado, pois a embriaguez por si só, caracteriza tão somente um ilícito de trânsito previsto no Código de Trânsito Brasileiro.

Para que o agente tenha agido com dolo eventual, é necessário que no caso concreto, seja plenamente demonstrado que apesar de considerado possível a produção do resultado danos e apesar disso, tenha agido com total indiferença frente ao bem jurídico protegido. Dessa forma, a principal característica da culpabilidade do autor que atua com dolo eventual, é a sua indiferença ao bem jurídico tutelado.

Observe-se que um dos elementos da culpabilidade é a imputabilidade, entendido como a capacidade de culpabilidade, sendo o primeiro elemento sobre o qual recai o juízo de

¹⁰³ Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=CRIME+DE+TR%C3NSITO&tb>>. Acesso em 20/04/2013.

¹⁰⁴ Disponível em:<<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?palavras=crime+tr%C3NSITO.+E+homic%C3%ADIO+culposo&pesquisarPor>> Acesso em 20/03/2012.

culpabilidade¹⁰⁵. Ressalte-se que a capacidade de culpabilidade sob a ótica dogmática-penal requer a possibilidade de compreensão do ilícito e direcionamento da vontade, condicionando-se a capacidade de entendimento à maturidade e a saúde mental, sem as quais configura-se um estado de inculpabilidade, ou seja, a ausência de imputabilidade leva a inimputabilidade os moldes dos arts. 26, 27 e 28, § 1º todos do Código Penal Brasileiro.

Mir Puig, assinala que: “[...] na imputabilidade se pergunta se o sujeito podia agir de outro modo; neste ponto se comprova se podia conhecer a proibição do fato, enquanto condição de poder adequar a conduta à norma¹⁰⁶”

Em suma, o sujeito é considerado penalmente imputável quando for capaz da avaliação entre a representação de sua conduta e a plena capacidade de entendimento de acordo com a resolução de sua vontade. Outro elemento da culpabilidade e a consciência da antijuridicidade e o terceiro é a inexigibilidade de conduta diversa, devendo esta última ser analisada de forma subjetiva relativamente ao sujeito individualmente considerado.

Com relação aos crimes culposos e crimes dolosos, Juarez Tavares afirma que os fundamentos da diferença entre eles não está na teoria finalista. Para ele, Welzel, estabeleceu a diferença segundo um juízo de valor negativo, que recai na conduta típica, de modo que no crime doloso o juízo de valor recairia sobre o resultado danoso, consciente e voluntariamente produzido ao bem jurídico, isto é, o desvalor do resultado; já nos crimes culposos, o que se leva em consideração, é o desvalor da própria ação, fixando um paradigma com aquele homem consciencioso e prudente que no seu lugar agiria da mesma forma que o outro atuou.

107

Em relação à problemática da imputação subjetiva nos crimes cometidos no trânsito em decorrência da embriaguez, veja-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. 1. HOMICÍDIO. CRIME DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ. DOLO EVENTUAL. AFERIÇÃO AUTOMÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. 2. ORDEM CONCEDIDA. 1. Em delitos de trânsito, não é possível a conclusão automática de ocorrência de dolo eventual apenas com base em embriaguez do agente. Sendo os crimes de trânsito em regra culposos, impõe-se a indicação de elementos concretos dos autos que indiquem o oposto, demonstrando que o agente tenha assumido o risco do advento do dano, em flagrante indiferença ao bem jurídico tutelado. 2. Ordem concedida para, reformando o acórdão impugnado, manter a decisão do magistrado de origem, que desclassificou o delito para homicídio culposo e determinou a remessa dos autos para o juízo comum.(STJ- HC 58826 / RS. HABEAS CORPUS -2006/0099967-9. Ministra

¹⁰⁵JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**:Parte General. 5.ed.Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada:Editorial Comares, 2002. p 465.

¹⁰⁶ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 5.edición. Barcelona: Reppertor, SL., 1998, p. 544.

¹⁰⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 140.

Maria Thereza de Assis Moura. T6-SEXTATURMA. Datado Julgamento:29/06/2009).¹⁰⁸

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. HOMICÍDIO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DOLO EVENTUAL. CULPA CONSCIENTE. REVALORAÇÃO DE PROVAS. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Considerando que o dolo eventual não é extraído da mente do acusado, mas das circunstâncias do fato, na hipótese em que a denúncia limita-se a narrar o elemento cognitivo do dolo, o seu aspecto de conhecimento pressuposto ao querer (vontade), não há como concluir pela existência do dolo eventual. Para tanto, há que evidenciar como e em que momento o sujeito assumiu o risco de produzir o resultado, isto é, admitiu e aceitou o risco de produzi-lo. Deve-se demonstrar a antevisão do resultado, isto é, a percepção de que é possível causá-lo antes da realização do comportamento. 2. Agravo a que se nega provimento. (STJ - AgRg no Ag 1189970 / DF. Ministro Celso Limongi. Desembargador convocado do TJ/SP) (8175) T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento: 04/05/2010)¹⁰⁹

O Superior Tribunal de Justiça vem ressaltando em suas decisões a necessidade de atentar para o fato de que não basta argumentar que pela lei, a embriaguez voluntária ou culposa não isenta de pena e que a aferição do dolo eventual não pode ser automática, pelo simples fato do agente está embriagado, uma vez que os crimes de trânsito são, em regra, culposos. Nesse sentido, é necessário que de acordo com as circunstâncias do fato, possa se chegar a constatação de que o agente assumir o risco de produzir o resultado e que tenha agido com absoluta indiferença ao bem jurídico tutelado.

Além disso, a STJ menciona a aferição do momento em que o agente assumir o risco de produzir o resultado. Contudo, se alguém voluntária ou culposamente se embriaga, quando lhe era ao menos previsível a prática do delito, este deverá ser responsabilizado à título de dolo ou culpa. Noutro sentido, se no momento da ingestão do álcool, o evento lesivo era imprevisível ao agente, não poderia em tese, haver qualquer forma de imputação, caso contrário estaríamos diante da abominável responsabilidade penal objetiva, a qual é absolutamente contrária ao Direito Penal Contemporâneo pautado na preservação dos bens jurídicos e na garantia dos direitos fundamentais.

Contudo, deve-se observar que a ingestão do álcool de acordo da teoria da equivalência das condições é uma *conditio sine qua non*, do resultado lesivo ao bem jurídico, no sentido de que se um motorista sob a influência do álcool dirige na contramão e provoca uma colisão, a ingestão do álcool foi a causa do acidente, pois se o motorista não tivesse ingerido a substância, dirigiria na mão correta e o acidente não teria acontecido.

¹⁰⁸Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600999679&dt_publicacao=08/09/2009> Acesso em 20/04/2013.

¹⁰⁹Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200703028218&dt_publicacao=08/02/2010> Acesso em 20/04/2013.

Desse modo, a imputação subjetiva nestes casos, exige a presença de um liame psicológico plenamente demonstrado entre a ingestão do álcool e a prática da conduta delitiva, uma vez que a problemática aqui reside na zona fronteira entre dolo eventual e culpa consciente. O dolo é a consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo.

O dolo eventual significa que o autor considera seriamente a possibilidade do resultado e se conforma com ela. Ao dolo eventual, pertence de um lado, a existência de um perigo concreto que se realize a resultado e de outro que o autor considera sério este perigo¹¹⁰.

Nesta modalidade de dolo(eventual), o agente considera(representação) que o risco de produção do resultado típico é relativamente alto. Assim, quem diante do perigo de realização da ação punível, atua desse modo, demonstra um desprezo ao bem jurídico protegido. Em suma, o dolo eventual está integrado pela vontade de realização da ação típica e pela séria consideração do perigo de que o resultado aconteça.¹¹¹

O Código Penal ao disciplinar o dolo eventual, utiliza-se da expressão “assumir o risco” de produzir o resultado, entendido como conformação ou aceitação do resultado típico representado como possível (art, 18, inciso I do CP). Contudo, essa expressão não parece suficiente para explicar o dolo eventual., pois reduz o conceito de dolo ao elemento volitivo.

Já culpa consciente, caracteriza-se pela representação da possível produção do resultado típico e pela leviana confiança na não ocorrência desse resultado, de modo que a distinção desta para o dolo eventual parece residir na aceitação(conformação) do resultado lesivo.

Contudo, um resultado pode ser considerado doloso quando e porque corresponde com o plano de indivíduo em sua valoração objetiva. Dessa forma, é a decisão pela possível lesão ao bem jurídico que distingue o dolo eventual em seu conteúdo de desvalor, da culpa consciente e o que justifica a sua mais severa punição¹¹². Em suma, a diferença está no campo da afetividade entendida como a indiferença ao bem jurídico tutelado.

Portanto, para determinar se um determinado caso trata-se de uma morte dolosa-eventual ou só culposa, o operador do direito deve averiguar outras circunstâncias do caso, além do fato da embriaguez em si, ou seja, deve-se constatar outras condutas por parte do agente que demonstre que efetivamente agiu com total indiferença ao bem jurídico, tais como dirigir na contramão em alta velocidade, em zig zag dentre outras circunstâncias. Assim,

¹¹⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. op. cit., p. 321.

¹¹¹ Idem.

¹¹² ROXIN, Claus. op. cit., p. 425.

restará demonstrado se o agente assumiu o risco e aceitou a produção de um resultado previsível, demonstrando indiferença em relação ao evento lesivo.

Nesse sentido, observe-se que o próprio art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com redação dada pela Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012 (nova Lei Seca) que prevê a embriaguez como uma infração de trânsito deve ser interpretado no sentido de que exigir também uma condução anormal do veículo, ou seja, exige-se o “estar sob a influência de álcool ou outra substância psicoativa” associado à direção a manobras perigosas, denotando portanto, o perigo potencial para a segurança viária.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 107801 / SP, tratou do assunto da seguinte forma:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA. ACTIO LIBERA IN CAUSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO. REVALORAÇÃO DOS FATOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A classificação do delito como doloso, implicando pena sobremodo onerosa e influyendo na liberdade de ir e vir, mercê de alterar o procedimento da persecução penal em lesão à cláusula do due process of law, é reformável pela via do habeas corpus. 2. O homicídio na forma culposa na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual. 3. 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. 4. In casu, do exame da descrição dos fatos empregada nas razões de decidir da sentença e do acórdão do TJ/SP, não restou demonstrado que o paciente tenha ingerido bebidas alcoólicas no afã de produzir o resultado morte. 5. A doutrina clássica revela a virtude da sua justeza ao asseverar que “O anteprojeto Hungria e os modelos em que se inspirava resolviam muito melhor o assunto. O art. 31 e §§ 1º e 2º estabeleciam: '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 e 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”. (Guilherme Souza Nucci, Código Penal Comentado, 5. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: RT, 2005, p. 243) 6. A reavaliação jurídica dos fatos postos nas instâncias inferiores não se confunde com o revolvimento do conjunto fático-probatório. Precedentes: HC 96.820/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 28/6/2011; RE 99.590, Rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ de 6/4/1984; RE 122.011, relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 17/8/1990. 7. A Lei nº 11.275/06 não se aplica ao caso em exame, porquanto não se revela lex mitior, mas, ao revés, previu causa de aumento de pena para o crime sub judice e em tese praticado, configurado como homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB). 8. Concessão da ordem para desclassificar a conduta imputada ao paciente para homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB), determinando a remessa dos autos à Vara Criminal da Comarca de Guariba/SP. (STF: HC 107801, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em

06/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-196 DIVULG 11-10-2011 PUBLIC 13-10-2011)¹¹³

Dessa forma, a suprema corte se manifestou que o agente teria incorrido em crime culposo, na modalidade culpa consciente que por dirigir alcoolizado e se envolver num acidente de trânsito, ceifou a morte de uma pessoa. Os ministros firmaram entendimento no sentido de que o fato do condutor está embriagado, por si só não configuraria o dolo eventual.

Portanto, das decisões aqui expostas, verifica-se que a jurisprudência pátria é contrária a conclusão automática de dolo eventual nos delitos de trânsito, pelo simples fato do agente dirigir alcoolizado. Ressaltam os tribunais, a necessidade de se averiguar outras circunstâncias fáticas que vão formar no julgador a convicção de que o agente agiu com dolo eventual e que no plano da afetividade agiu com nítida indiferença ao bem jurídico tutelado e que portanto merece uma punição mais severa.

Contudo, como assegurar que o agente que conduz seu veículo alcoolizado, em velocidade excessiva, não aceitou a possível morte de outrem? Nesta hipótese parecer claro que além de representar mentalmente o resultado, o agente aceitou a sua possível ocorrência, agindo assim, com dolo eventual. A realidade é que quando se trata de imputação subjetiva nos crimes de trânsito, jurisprudência ora decide por culpa consciente, ora por dolo eventual, de modo que não há um entendimento uniforme a cerca da matéria.

O fato é que a embriaguez é um importante fator criminógeno de inegável ligação com a realidade criminosa, que não pode ser desconsiderado, sobretudo nos crimes contra a vida, cometido na condução de veículo automotor.

Ressalte-se que a aplicação das normas penais deve obedecer o exato limite, qual seja, o da prevenção positiva geral, observados os pilares máximos do Direito Penal Contemporâneo, dentre eles, a legalidade e a culpabilidade, afim de conciliar estas garantias com as necessidades político-criminais. Assim, o crescente problema da direção associada a ingestão de álcool, cujo o resultado é a lesão ao bem jurídico, merece especial atenção do legislador e dos aplicadores do direito, afim de atender as necessidade político-criminais de realizar punições, de modo a atingir as finalidade preventiva e repressiva.

¹¹³Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HOMIC%20CDDIO+CULPOSO+NA+DIRE%C7%C3O+DE+VE%20CDCULO+AUTOMOTOR%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d2gb9wc>> Acesso em 20/04/2013.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A embriaguez é um caso particular de uma problemática jurídico-penal, em razão da sua inegável relação com a realidade criminosa, notadamente, nos crimes contra a vida, contra a integridade corporal e nos crimes sexuais. Em suma, o efeito do álcool é basicamente o de redução dos freios inibitórios, interferindo de forma decisiva na conduta do agente.

O Código Penal, em seu art. 28, inciso II, adotou expressamente a teoria a *actio libera in causa*, para punir aqueles que cometem delito em estado de embriaguez voluntária ou culposa, sob o efeito do álcool ou de substâncias análogas. Contudo, a teoria supracitada, não se aplica aos casos de embriaguez acidental completa ou incompleta, por razões já expostas.

Assim, o sistema penal em vigor, atribui a imputabilidade e culpabilidade do ébrio, por uma ficção jurídica, em razão da *actio libera in causa* (ação livre em sua causa) levando-se em conta o estado anterior ao cometimento do crime, ou seja, quando o agente estava com livre consciência e vontade, portanto, imputável e não o momento da execução do delito.

Para a compreensão da imputação subjetiva por embriaguez, foi necessário o estudo da culpabilidade como juízo de reprovação pessoal sobre o autor de um fato típico e antijurídico e como limite para aplicação da pena, sendo assim o terceiro elemento da estrutura delitiva. A capacidade de culpabilidade tem de um lado, o elemento cognoscitivo (intelectual) e de outro a vontade (elemento volitivo), de modo, que a capacidade de compreender o injusto e de determinação da vontade conjuntamente, constituem a capacidade de culpabilidade, chamada de imputabilidade.

O art. 28, do Código Penal, dispõe que a embriaguez voluntária e culposa, não exclui a imputabilidade penal e que a embriaguez acidental, isto é, proveniente de caso fortuito e força maior, torna o autor isento de pena, pois neste situação, o agente não possui condição de entender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, nos termos do § 1º do dispositivo supracitado.

A questão que se impõe é que, ao falar que embriaguez voluntária ou culposa não isenta de pena, o legislador não diz como deve-se punir, ou seja, se a punição daquele que provoca um evento lesivo em estado de ebriedade, será punido por dolo ou culpa.

Por esse motivo, o segundo capítulo deste trabalho foi dedicado ao estudo dos elementos subjetivos do tipo, isto é, do dolo e da culpa, especialmente a delimitação da linha tênue que distingue o dolo eventual da culpa consciente.

Os elementos do dolo são consciência e vontade. Por sua vez, o tipo culposo pressupõe a lesão ao um dever objetivo de cuidado e o resultado, isto é, a lesão ao bem jurídico como produto da inobservância desse dever objetivo de cuidado.

Demonstrou-se que o dolo em sentido amplo, é a vontade livre e consciente de realizar os elementos objetivos do tipo, ao passo que, a culpa é a inobservância de um dever de cuidado objetivo, que culmina na produção de um resultado não querido, mas objetivamente previsível.

A lei penal não diz o que é o crime culposo, ou seja, não expressa a essência da culpa, uma vez que elenca na verdade os tipos de comportamentos culposos. Ademais, a culpa é uma forma excepcional de punição, ou seja, somente se pune por culpa quando da expressa previsão legal.

Dentro do estudo dos elementos subjetivos do tipo, mereceu destaque, a distinção entre dolo eventual e culpa consciente, cuja discussão é uma das mais acaloradas do Direito Penal. A delimitação entre dolo eventual e culpa consciente, foi imprescindível para entender como ocorre a imputação subjetiva nos crimes de trânsito, por embriaguez.

Na culpa consciente (culpa com representação), há a previsibilidade do resultado típico e antijurídico, mas de maneira contrária ao dever objetivo de cuidado, o agente confia na sua não ocorrência. Já no dolo eventual, há um decisão pela possível lesão ao bem jurídico, em que o agente aceita (conformação) produção do resultado. Em relação ao dolo eventual, o Código Penal adotou a teoria do consentimento, que exige além da representação no plano intelectual, que o agente tenha consentido com a produção do resultado. É a ação além do resultado, pois em nenhuma circunstância, o agente deixa de agir.

Sobre o crime culposo, a lei penal elenca apenas os tipos de comportamentos culposos, a saber: negligência, imprudência e imperícia, nos termos do art. 18, inciso II. Já em relação ao crime doloso, utiliza a expressão “assumir o risco” de produzir o resultado para definir o dolo eventual. Tal expressão deve ser entendida como aceitação ou conformação com a produção do resultado.

Dessa forma, a problemática da imputação subjetiva por embriaguez nos crimes de trânsito, gira em torno da linha tênue que separa o dolo eventual da culpa consciente. A distinção entre os dois institutos, está no plano da afetividade, ou seja, na atuação do agente, apesar do resultado lesivo agindo com flagrante indiferença ao bem jurídico tutelado.

Para determinar se o agente agiu com dolo eventual, é necessário demonstrar que efetivamente ele assumiu o risco de produção do resultado, ou seja, é preciso que esteja presente a antevisão do resultado e que o agente consentiu na sua ocorrência.

Inferese portanto que, a punibilidade dos crimes de trânsito em decorrência da embriaguez, em regra, se dá a título de culpa consciente, por inobservância ao dever objetivo de cuidado. Já que, para a punição por dolo eventual, não basta o fato do agente ter ingerido álcool ou substância análogas e conduzir veículo, é necessária que ocorram certas circunstâncias como, o excesso de velocidade, dirigir na contramão, em zig zag etc, que demonstrem que o agente efetivamente aceitou a séria possibilidade de produzir uma lesão ao bem jurídico tutelado (a vida, a integridade física de outrem).

Em síntese, para punição por dolo eventual é necessário a demonstração plena de que houve a previsibilidade do resultado e que no plano da afetividade o agente consentiu com a possibilidade de sua ocorrência, optando pela lesão ao bem jurídico tutelado, por este motivo, merece uma punição mais severa, ao contrário da culpa consciente, na qual apesar da previsibilidade do resultado, o agente confiou na sua não ocorrência.

Logo, entre a embriaguez voluntaria ou culposa e a prática do delito, deve haver o elemento da previsibilidade do resultado, como condição necessária para configurar o dolo e a culpa, sob pena de se esbarrar na responsabilidade penal objetiva.

Portanto, a redação do art.28, inciso II da lei penal, deve ser interpretada no sentido de se exigir a previsibilidade do resultado lesivo como condição para o punibilidade da conduta. No caso do crime culposos, o evento previsível deve vir associado à violação de um dever objetivo de cuidado e na conduta dolosa com aceitação do resultado, exige-se a antevisão do resultado associada a conformação/aceitação da produção do resultado pelo agente.

Contudo, se de um lado, não se pode banalizar o dolo eventual, de outro, não se pode ignorar as irresponsabilidades daqueles que associam álcool e direção, aumentando a estatística de mortes no trânsito. Ademais, direito penal como última *ratio*, deve atender às suas funções preventiva e repressiva geral, na proteção dos bens jurídicos de maior importância para a sociedade, numa interpretação que atenda às necessidades político-criminais e a dogmática penal, e sobretudo, que preserve a dignidade de seus cidadãos.

Assim, pode-se inferir que, quando se trata de imputação subjetiva nos crimes de trânsito, a jurisprudência, ora decide por culpa consciente, ora por dolo eventual, de modo que não há um entendimento uniforme da matéria, o que é a decisão mais acertada, pois não se pode presumir qualquer uma das possibilidades em face do princípio da culpabilidade.

REFERÊNCIAS

BALESTRA, Carlos Fontan, **El elemento Subjetivo del delito**. Buenos Aires: Depalma, 1957.

BARBERÁ, Gabriel Pérez. **El dolo eventual**. 1.ed., Buenos Aires: 2001.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

_____. **Introdução ao Direito Penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Tipicidade Penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Coimbra: Almedina, 2012

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Tratado de Direito Penal**, volume 1: Parte Geral . 14. ed.rev.,atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, **Código Penal Brasileiro**. Vade Mecum Universitário. 13.ed. São Paulo: Rideel, 2013.

_____. **Código de Trânsito Brasileiro**- Lei 9503/97. Vade Mecum Universitário. 13.ed. São Paulo: Rideel, 2013.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Criminal 1.0295.09.022591-9/001. Rel. Des.(a) Delmival de Almeida Campos. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=ACTIO+LIBERA+IN+CAUSA&pesquisar>>. Acesso em: 08/01/2013.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Criminal 1.0223.07.237117-0/001.Relator(a):Des.(a)JúlioCezarGutierrez.Disponívelem:<[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?palavras=crime trânsito. E homicídio culposo&pesquisarPor](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?palavras=crime%20tr%C3%A2nsito.%20E%20homic%C3%ADdio%20culposo&pesquisarPor)> Acesso em: 20 mar. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Apelação Crime: ACR 70043754027RS/Rel. Relator(a) Ivan Leomar Bruxel. Disponível em:<Disponível em:

<<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=EMBRIAGUEZ+VOLUNT%C1RIA+OU+CULPOSA.+INIMPUTABILIDADE&tb>>. Acesso em 08/01/2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, RESE Nº 70051711372, Primeira Câmara Criminal, TJRS. Relator: Manuel José Martinez Lucas, Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=CRIME+DE+TR%C3NSITO&tb>>. Acesso: 20/04/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1165821 /Rel. Ministro JORGE MUSSI (1138).Disponívelem:<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200902216976&dt_publicacao=13/08/2012>. Acesso em 18/01/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1043279/PR /Rel. Ministra JANE SILVA.Disponívelem:<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800660444&dt_publicacao=03/11/2008> Acesso em 20/01/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça- HC 58826/RS. Habeas Corpus-2006/0099967-9. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600999679&dt_publicacao=08/09/2009> Acesso em 20/04/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1189970/DF. Ministro Celso Limongi. Desembargador convocado do TJ/SP. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200703028218&dt_publicacao=08/02/2010> Acesso em 20/04/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 107801, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Relator(a)p/Acórdão: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HOMIC%CDDIO+CULPOSO+NA+DIRE%C7%C3O+DE+VE%CDULO+AUTOMOTOR%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d2gb9wc>> Acesso em: 20/04/2013.

CARRARA, Francesco. **Programa de derecho Criminal**: parte general, vol. 1, editoria Temis S.A, Colombia, 1996.

FÁVERO, Flaminio. **Medicina Legal**. 4. ed. São Paulo: Livraria Martins, 1991.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6ª. ed. ampl., atual., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi . **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 1991.

FRANCO, Alberto da Silva. **Crimes Hediondos**. 4.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

FRANCO, Alberto Silva & STOCO, Rui. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FUKASSAWA, Fernando Y. **Crimes de Trânsito: de acordo com a Lei n. 9.503/1997-Código e Trânsito Brasileiro**. 2.ed.aum. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

GARRIDO, Vicente, STANGERLAND, Per & REDONDO, Santiago. **Princípios de Criminologia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 30. ed. atual., rev. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993
_____. **Medicina Legal**. 28. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992.

GRECO, Rogério. *et al.* **Medicina Legal à Luz do Direito Penal e do Direito Processual penal**. 10ª ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 5.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

LINS FILHO, José Durval de Lemos. **Crime e Embriaguez: a teoria da “*actio libera in causa*” e sua interface com o princípio da culpabilidade**. Recife: Bagaço, 2007.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**. Parte General. Barcelona: Reppertor, 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2012.

PUPPE, Ingeborg, A distinção entre dolo e culpa, Tradução, introdução e notas: Luís Greco. Barueri, São Paulo: 2004.

RODRIGUES, Eduardo Silveira Melo, **A embriaguez e o Crime**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte Geral. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006.

TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
TELES, Ney Moura. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2004.

VON LISZT, Fran. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Santiago: Editorial Juridica del Chile, 1997.

WELZEL, Hans. **O novo Sistema Jurídico-Penal** – uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 5. ed. ver. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.