UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA – UFBA

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ERICK OLIVEIRA ROCHA GOMES

LIMITES À INGERÊNCIA DO DIREITO PENAL:

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E O SEU VIÉS MITIGATÓRIO À CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS E DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O CONSUMO COMPARTILHADO

Salvador
2016

ERICK OLIVEIRA ROCHA GOMES

LIMITES À INGERÊNCIA DO DIREITO PENAL:
A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E O SEU VIÉS MITIGATÓRIO À CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS E DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O CONSUMO COMPARTILHADO

Dissertação apresentada à Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito Público no Programa de Pós-Graduação em Direito.

Orientadora: Maria Auxiliadora Minahim.

Salvador
2016

CIP - Catalogação na Publicação

Gomes, Erick Oliveira Rocha
Limites à Ingerência do Direito Penal: A Aplicação da Teoria da Imputação Objetiva e o Seu Viés Mitigatório à Criminalização do Uso de Drogas e do Delito de Tráfico de Drogas Para Consumo Compartilhado / Erick Oliveira Rocha Gomes. -- Salvador, 2016.
108 f.

Orientadora: Maria Auxiliadora Minahim. -- Dissertação (mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.

1. Teoria da Imputação Objetiva. 2. Autocolocação em Perigo. 3. Heterocolocação em Perigo. I. MInahim, Maria Auxiliadora, orient. II. Título.

CDD - 342.085

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

TERMO DE APROVAÇÃO

ERICK OLIVEIRA ROCHA GOMES

LIMITES À INGERÊNCIA DO DIREITO PENAL:

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E O SEU VIÉS MITIGATÓRIO À CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS E DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O CONSUMO COMPARTILHADO

Dissertação aprovada como requisito para obtenção do título de mestre em Direito Público no Programa de Pós-Graduação, UFBA, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição:_____

Nome:_____

Titulação e instituição:_____

Nome:_____

Titulação e instituição:_____

Salvador, ____/_____/ 2016

A
toda minha família, especialmente aos meus pais, que tiveram suma importância na formação da minha personalidade e caráter.

AGRADECIMENTOS

Surge então o momento oportuno para agradecer às pessoas que me auxiliaram direta ou indiretamente na elaboração do presente trabalho, e na consequente conclusão desta árdua tarefa.

Como é sabido, a mente humana nos impõe o infeliz sacrilégio do esquecimento daqueles que estão mais próximos. Tentando conflitar com essa intrínseca característica natural, venho genericamente agradecer aos meus pais pela eterna compreensão, a minha namorada Lucilla Durães pelo exercício da paciência e exígua presteza em corrigir o presente trabalho, dedicando sua plena atenção em meu auxilio, bem como aqueles que sabem mais do eu a sua devida importância na minha caminhada.

Especialmente ao meu pai Geder Gomes, Procurador de Justiça do Estado da Bahia, mentor intelectual da família, que me motivou a enveredar pela área criminal do direito, e me auxiliou de forma substancial na elaboração e escolha do tema do presente trabalho.

A professora e orientadora Maria Auxiliadora Minahim, pelo brilhantismo intelectual que lhe é peculiar, associado à imensa atenção e compreensão despendidas a mim ao longo de toda a elaboração do referido trabalho, é uma honra imensurável.

Fica aqui meu apreço em receber a atenção incondicionada de toda a minha família pessoal e acadêmica.

“A ferrovia que leva ao sucesso é construída em
cima de um solo de humildade com pesados trilhos
chamados erros que somente são fixados numa
linha reta com maciços pregos de perseverança”

Eduardo Siqueira Filho

RESUMO

Este trabalho abordará especificamente a aplicação da Teoria da Imputação objetiva e suas vertentes axiológicas, com o fito de depreender sobre sua aptidão mitigatória aos delitos de porte de drogas para consumo pessoal e o delito de tráfico, na forma de cessão gratuita e eventual de drogas para consumo compartilhado, descritas nos artigos 28 e 33, §3º, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas). As divergências estão situadas na possibilidade de sua aplicação. Além de estar situada no âmbito teórico, ela permite digressões analíticas sobre juízo de tipicidade da conduta e propensa culminação filosófica da ausência de delito sem a necessidade de alteração legislativa. Trata-se da análise da possibilidade de aplicação de uma teoria em estágio avançado de maturação no direito Alemão e a sua pretensa inserção no Direito Brasileiro, com o fito de evidenciar a ausência de lesão aos bens jurídicos tutelados, sem olvidar a inexistência de tipicidade nos mencionados casos, face a constatação da autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida, respectivamente. Será necessário perpassar sobre as teorias que legitimam a intervenção do direito penal, seus descréditos históricos, as acepções que consubstancia o ideias funcionalistas, as características que norteiam os bens jurídicos, sob os preceitos da Teoria Constitucional dos Bens Jurídicos, a detida análise dos referidos bens protegidos nos crimes de porte de drogas para consumo pessoal e no crime de tráfico, na forma de cessão gratuita e eventual de drogas para consumo compartilhado, previstos na Lei de drogas, bem como as acepções dos doutrinadores sobre a Teoria da Imputação Objetiva, suas vertentes e modificações históricas, para em seguida adentrar na aferição da mitigação à tipicidade por intermédio da digressão concepcional Roxiniâna. Tais nuanças serão questionadas, sendo abordados os posicionamentos contrários e a favor da aplicação teórica da Imputação Objetiva, na tentativa de demonstrar a sua importância e vantagens. A evolução jurídica deve acompanhar as mutáveis necessidades humanas.

Palavras Chaves: Teoria Da Imputação Objetiva; Autocolocação Em Perigo; Heterocolocação Em Perigo; Funcionalismo; Bem Jurídico; Autonomia; Consentimento.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 12

2 O DESCRÉDITO INTERVENTIVO DO DIREITO PENAL. UMA VISÃO DA TUTELA JURÍDICO PENAL DO JUS PUNIENDI E SEUS DESDOBRAMENTOS FILOSÓFICOS 14

2.1 TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUCIONISTAS 17

2.2 TEORIAS PREVENCIONISTAS OU RELATIVAS 22

2.3 TEORIAS MISTAS OU ECLÉTICAS 27

3 O REFORÇO PRINCÍPIOLÓGICO DA MINIMIZAÇÃO INTERVENTIVA DO DIREITO PENAL PELA VIA DO FUNCIONALISMO 36

3.1 DIGRESSÃO SINTÉTICA SOBRE AS TEORIAS DO DELITO 36

3.2 CONCEPÇÕES ESTRUTURANTES DO FUNCIONALISMO 41

3.3 SELETIVIDADE DOS BENS JURÍDICOS PENALMENTE RELEVANTES E SUA LIMITAÇÃO À INTERVENÇÃO PENAL 48

4 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E O SEU VIÉS MITIGATÓRIO À CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL E O DELITO DE TRÁFICO, NA FORMA DE CESSÃO GRATUITA E EVENTUAL DE DROGAS PARA CONSUMO COMPARTILHADO 61

4.1 ACEPÇÕES DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA 61

4.2 A TUTELA PENAL DOS BENS JURÍDICOS PREVISTOS NO DELITO DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL E DO DELITO DE TRÁFICO, NA FORMA DE CESSÃO GRATUITA E EVENTUAL DE DROGAS PARA CONSUMO COMPARTILHADO 76

4.3 ANÁLISE DOS NÚCLEOS DO TIPO CONTIDOS NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006 E O BEM JURÍDICO TUTELADO. 83

4.4 ANÁLISE DOS NÚCLEOS DO TIPO CONTIDO NO CRIMES DE TRÁFICO PREVISTOS NO ARTIGO 33, § 3º DA LEI DE DROGAS E O BEM JURÍDICO TUTELADO 91

4.5 BREVE APRECIAÇÃO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS NO DIREITO COMPARADO 94

4.6 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA SEM ENSEJAR A USURPAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO DA FUNÇÃO DE TIPIFICAR CONDUTAS CRIMINOSAS 96
5 CONCLUSÃO 102
REFERÊNCIAS 106

LISTA DE ABREVIATURA

ART. – Artigo

CPB – Código Penal Brasileiro

CPP – Código de Processo Penal

CF/88 – Constituição Federal de 1988

IES – Instituição de Ensino Superior

HC – Habeas Corpus

LC – Lei Complementar

NPJ – Núcleo de Prática Jurídica

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

UCSAL – Universidade Católica do Salvador

UFBA - Universidade Federal da Bahia

UNIFACS – Universidade Salvador

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

TJ – Tribunal de Justiça

BGH – Tribunal de Justiça Federal da Alemanha

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versará sobre as nuanças que integram a aplicação da teoria da imputação objetiva, mais precisamente no que concerne a vertente da autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida e, o seu viés mitigatório às condutas típicas nos delitos de porte de drogas para consumo pessoal e tráfico de drogas na forma de cessão gratuita para o consumo compartilhado, respectivamente, descritas nos preceitos primários dos artigos 28 e 33 § 3º da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas).

Trata-se de um tema recente no direito brasileiro, apesar das acepções da doutrina Alemã revelarem registros desde a década de 1970, sendo um instituto que vem sofrendo mudanças significativas decorrentes dos entendimentos jurisprudenciais aplicados à realidade social do Direito Brasileiro.

As divergências estão situadas na constitucionalidade de sua aplicação. Além de ser uma teoria não positivada, ela permitiria que o Juiz de Direito antecipasse o reconhecimento da atipicidade das condutas de porte de drogas para consumo pessoal em face do reconhecimento da autocolocação em perigo, bem como a atipicidade da conduta de tráfico de drogas na forma de cessão gratuita para consumo compartilhado sob a égide da vertente da heterocolocação em perigo consentida.

A base fundamentadora deste estudo está esculpida nas acepções preconizadas pelo mentor da referida teoria, Claus Roxin, e nas ponderações abordadas por seus críticos, que ocasionaram a modulação das posteriores vertentes, como os doutrinadores e filósofos Gunter Jakobs e Manuel Cancio Meliá, sem olvidar a jurisprudência comparada do Tribunal Alemão (BGH), berço de vastas concepções teóricas adotadas pelo direito Brasileiro.

Sua aplicação, entretanto, depende da adoção teórica de um instituto com vasto teor fundamentador, que pauta suas concepções nos preceitos que fundam a estrutura basilar do direito penal, tal qual os princípios da ofensividade, proporcionalidade, razoabilidade, intervenção mínima, *última ratio* e transcendentalidade da ofensa, dentre outros.

Serão abordados os fundamentos da propensa aplicação da teoria da imputação objetiva, tecendo-se uma análise criteriosa de sua evolução e finalidades

pretendidas, como a busca da celeridade da atuação do direito penal, sob a égide basilar do princípio da ofensividade, além da tentativa de incorporação de acepções teóricas evolutivas capazes de assegurar a descriminalização de condutas que despontam a ingerência danosa do direito penal.

Sopesando que o reconhecimento da aplicação da teoria da imputação objetiva acarreta na perda do direito de punir outorgada ao Estado, o presente trabalho foi estruturado de forma a explicitar, inicialmente, em que consiste o direito de punir, com a observância das teorias da pena e seus respectivo descrédito interventivo.

Em seguida, partiremos para análise de aspectos pretéritos da teoria da imputação objetiva e suas subespécies teóricas, mais precisamente sobre a tutela dos bens jurídicos, bem como digressões sobre as teorias do delito que culminaram na modulação e origem do instituto, com especial atenção as acepções funcionalistas, a figura dos riscos proibidos e permitidos, bem como as vertentes da autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida e uma breve análise da descriminalização no direito comparado.

O último capítulo da obra foi direcionado ao tema específico, qual seja, a aplicação da teoria da imputação objetiva e o seu viés mitigatório à criminalização do porte de drogas para consumo pessoal e o delito de tráfico, na forma de cessão gratuita e eventual de drogas para consumo compartilhado, onde serão confrontadas as teorias que legitimam o instituto, tecendo-se uma análise criteriosa dos fundamentos princípiológicos divergentes, com a necessidade de sua aplicação cumulada com o propenso entendimento dos Tribunais Superiores.

2 O DESCRÉDITO INTERVENTIVO DO DIREITO PENAL. UMA VISÃO DA TUTELA JURÍDICO PENAL DO *JUS PUNIENDI* E SEUS DESDOBRAMENTOS FILOSÓFICOS.

O conteúdo intrínseco das terias do delito dependem necessariamente dos fins e funções nas quais o Direito se predispõe a tutelar, pautados na primazia das acepções sociais.

Tal elemento norteador rememora o significado de que os conceitos normativos não são edificados com total independência, despontam, ao revés, a nítida correlação sistêmica e sobretudo, o realce aos deônticos preceitos da fragmentariedade, subsidiariedade, intervenção mínima e transcendência lesiva.

Nesse espectro, para proporcionar uma detida análise das acepções da teoria da imputação objetiva como um viés mitigatório à criminalização do porte de drogas para consumo pessoal e o delito de tráfico de drogas na modalidade de cessão gratuita para consumo compartilhado, primordialmente faz se necessário depreender sobre as teorias da pena, seus fins e funções, em seguida a seara principiologia que legitima o direito penal, posteriormente as teorias do delito e, derradeiramente, as acepções do funcionalismo, a tutela dos bens jurídicos, para culminar na ingerência da adoção da teoria da imputação objetiva como um vertente clarificadora do fracasso extensivo da intervenção do direito penal em referência aos delitos acima listados.

O poder de punir do Estado decorre, em seu aspecto pretérito, da legitimidade outorgada pelo povo a um Estado Democrático de Direito para fazer prevalecer o direito da coletividade em detrimento do direito individual.

Sobre a concepção do conceito de Estado, é salutar o entendimento prelecionado pelo filósofo inglês John Locke citado por Ferrajoli:

> O Estado é, a meu ver, uma sociedade de homens constituída unicamente para o fim da preservação e da promoção dos interesses civis. Chamo de bens civis a vida, a liberdade, a integridade física e a ausência de dor, e a propriedade de coisas externas, tais como terras, dinheiro, móveis etc.” (FERRAJOLI, 2006, p.227).

Visa-se, portanto, a preservação dos interesses coletivos em sua acepção ampla, englobando todos os aspectos humanos de modo a proporcionar o

convívio harmonioso entre os indivíduos, valorando a sociedade em detrimento da vontade individual.

Como a Teoria da Imputação Objetiva visa mitigar a afetação da tipicidade delitiva e consequente poder de punir do estado, é imperioso tecer algumas breves considerações acerca da origem e da legitimação do aludido *jus puniendi*.

Ao longo dos anos, foram surgindo teorias que, sob os prismas ideológicos, acreditavam ser mais adequadas e legitima justificativa para a intervenção Estatal no exercício do poder de punir, cada uma com a sua vertente doutrinária embasada nos anseios sociais épicos.

Dessa forma, ao longo da história, surgiram doutrinas questionadoras do poder de punir do Estado, denominadas de legitimadoras ou justificadoras e, em sentido contrário, as abolicionistas ou minimalistas radicais, também denominadas de deslegitimadoras.

Destaca-se, contudo, que o objetivo do presente trabalho não é se filiar fielmente ao conteúdo exposto nas ideologias deslegitimadoras elencadas acima, mas sim, no teor axiológico preconizado por elas, sendo imperioso explanar suas linhas de raciocínio.

Segundo retrata o autor José Antônio Paganella Boschi (2006), as teses lideradas por Louk Hulsman, Nils Chistie, Sebastian Scheer e outros, apresentavam a crença na ineficiência e na incapacidade do direito penal como mecanismo de controle dos conflitos inerentes a qualquer sociedade, os quais deveriam ser solucionados por outras formas de controle menos gravosas e mais eficientes, com a lídima capacidade de ressocializar os infratores.

Sob a mesma linha de raciocínio, mas com características próprias, doutrinadores como Eugenio Raúl Zaffaroni e Alessandro Baratta prelecionavam a abolição gradativa do sistema penal que, ao longo de sua existência, se mostrou empiricamente ineficaz, destinado ao fracasso. Assim, difundiram a Teoria Abolicionista como mecanismo menos danoso para a sociedade no controle dos membros que violavam seus ditames comportamentais.

O sistema penal é um instituto jurídico de tutela comportamental que serve de baliza impositiva moduladora da atuação dos cidadãos que compõem o corpo social.

Suas bases teleológicas se materializam na paradigmática busca da harmonia coletiva e, como mecanismo de modulação, se vale de instrumentos danosos reconhecidamente legitimados pelo povo.

A abordagem da finalidade jurídico penal das penas, associadas aos bens jurídicos legislativamente protegidos, com as métricas de aferição da prática de condutas típicas, às mencionadas teorias do delito, estruturam o sistema jurídico penal de forma cartesiana e pragmática com o fito de efetivar o princípio da intervenção mínima.

Uma conduta passa a ser tutelada pelo direito penal após a detida aferição da afetação a uma norma que tipifica tal comportamento e, para prescrição de tal ação, é necessário um conglomerado de requisitos que uma vez preenchidos legitimam a ingerência de tal ramo jurídico.

O ponto de partida, portanto, emerge da visão global do Direito Penal, partindo da finalidade e legitimação das pena e seus fracassos empíricos.

Nesse espectro, cumpre trazer à baila às Teorias Justificacionistas ou Legitimadoras, prelecionados de forma clara pelos ensinamentos de Ferrajoli, nos seguintes lindes: “As respostas positivas são aquelas fornecidas pelas doutrinas que chamei de justificacionistas, eis que justificam os custos do direito penal com objetivos, razões, ou funções moralmente ou socialmente irrenunciáveis” (FERRAJOLI, 2006, p.230).

Ao passo que, para o autor, a teoria abolicionista é entendida como:

> As respostas negativas, ao invés, são aquelas fornecidas pelas doutrinas chamadas de abolicionistas que não reconhecem justificação alguma ao direito penal e almejam a sua eliminação, quer porque contestam seu fundamento ético-político na raiz, quer porque consideram suas vantagens inferiores aos custos da tríplice constricção que o mesmo produz, vale dizer, a limitação da liberdade de ação para os que observam, a sujeição a um processo por aqueles tidos como suspeitos de não observá-lo, e a punição daqueles julgados como tais (FERRAJOLI, 2006, P.231)

O *jus puniendi* - ou seja, o direito ou poder de punir do Estado - na concepção de Ferrajoli, é assimilado como “a pena enquanto fator de coesão do sistema político –social em razão da sua capacidade de restabelecer a confiança coletiva abalada pelas transgressões, a estabilidade do ordenamento e, portanto, de renovar a fidelidade dos cidadãos no que tange às instituições” (FERRAJOLI, 2006, p.256).

Pode ser extraída dessa asseveração que a finalidade do poder ou direito de punir está intimamente interligada com a estabilidade da confiança coletiva dos cidadãos com as instituições do Estado detentoras do exercício do poder punitivo.

Como derivação das Teorias Legitimadoras ou Justificadoras da pena abordadas acima, doutrinadores renomados como Kant, Hegel, Feuerbach e Roder, cada um com seus posicionamentos, que serão abordados nos próximos itens, elaboraram três “sub-teorias da pena”: as *Teorias Absolutas ou Retribucionistas*, as *Teorias Relativas ou Prevencionistas* e, por fim, as *Teorias Mistas ou Ecléticas*.

A construção de tais acepções propiciará a detida análise da aplicação da teoria da imputação objetiva como uma vertente teórica que visa mitigar o dogma causal, elucidando o desvirtuamento da finalidade da pena para a tutela dos bens contidos no artigo 28 e 33, §3º da Lei de Drogas.

2.1 TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUCIONISTAS

Todos os comportamentos humanos estão intimamente relacionados com o seu meio. Nada melhor do que os relatos históricos para que possam ser aferidas em quais condições nossos ancestrais viveram. Foi no contexto do Estado Absolutista, em que a vontade de Deus era exercida pelo Soberano escolhido por ele, que a Teoria Retribucionista se originou.

Como fundador ou precursor das Teorias Absolutas ou Retribucionistas, encontra-se o filósofo alemão Kant. Estribado nos ideais éticos e morais, preconizava ser a pena um instrumento que se justificaria pela existência do delito, como pode ser observado no trecho a seguir:

> A pena não pode ser imoral, ou seja, não pode tomar o homem como um meio... a pena é um fim em si mesmo, derivando da simples violação do dever jurídico... a devolução da mesma quantidade de dor injustamente causada... Os direitos subjetivos eram averiguados através dos direitos morais. Se o imperativo categórico (dever moral) nos obriga a respeitar o outro como fim em si mesmo, a partir deste dever descobrimos o direito subjetivo a ser considerado, como fim em nós mesmos. Quando o dever moral do outro deixa de ser garantido pelo Estado, desaparecerá o direito subjetivo a exigir o respeito de fim em si mesmo que nos assiste” (ZAFFARONI, 2007, p.231).

Nesse diapasão, é notória a concepção do exercício do poder punitivo por intermédio da pena como instrumento capaz de retribuir o mal (pecado) cometido pelo infrator a uma vítima integrante do seio social. Ao cometer o delito, o infrator se desgarrava dos ideais sociais e, como forma de controle, essa sociedade, representada pelo Estado Soberano, deveria garantir que a pena fosse capaz de retribuir todo e qualquer mal gerado.

Como adepto da Teoria Retribucionistas, o também alemão e filósofo Hegel, acreditava que a razão deveria nortear tanto as ações como a vida humana, pois “o único que é infinito é a razão. A razão desenvolve-se na História, fazendo avançar o espírito da humanidade”, segundo relata o professor Eugenio Raúl Zaffaroni, (ZAFFARONI, 2007, p.247).

Apesar de legitimarem a mesma Teoria Retribucionista, Kant e Hegel apresentavam pontos de divergência. Para o primeiro, a razão era um instrumento de conhecimento, portanto algo passivo, enquanto Hegel julgava a razão como um princípio ativo, criador e único.

Embora houvesse pontos de divergência sobre a mesma teoria, é notório o caráter retributivo talional dos dois filósofos, ao passo que Hegel asseverava que “se o delito é a negação do direito, a pena é a negação do delito e conforme a regra de que a negação da negação é uma afirmação, a pena seria a afirmação do direito, que se imporia simplesmente pela necessária afirmação do mesmo” (ZAFFARONI, 2007, p.248)

O hegelianismo retribucionista estava pautado na organização dos homens pelos seus níveis de discernimento, sendo imputado aos que não compartilhavam o racionalismo medidas neutralizantes sem quaisquer ponderações de limites.

Essa ideologia permitia castigos ainda mais graves aos sujeitos que praticavam alguma infração que traía os ditames comportamentais pré-determinados pela própria sociedade. Em contrapartida, no caso da prática de delitos leves, a pena não seguia a mesma proporção, pois, além do caráter retributivo, ainda estava presente o interesse na reprovação do incentivo a pratica da infração. Dessa forma, a pena teria de ser dura para servir de exemplo aos demais cidadãos.

Percebe-se que a Teoria Retributiva firmava seus conceitos no âmbito metafísico pelo entendimento de que a sanção penal e sua capacidade de intimidar o infrator, somada às graves penas, bastavam para controlar o convívio interpessoal,

mantendo-o equilibrado. A precípua finalidade era a supremacia da Justiça controlada pelo poder do soberano concedido diretamente por Deus.

Os seus idealistas inadmitiam o cunho preventivo da pena, asseverando que, caso houvesse essa imposição, a dignidade do infrator seria molestada. O transgressor serviria como mecanismo para atingir os intentos sociais, porquanto o homem não poderia ser utilizado como um meio pelo risco de se tornar um objeto do próprio direito.

Como crítico ao posicionamento de Kant e Hegel, o filósofo alemão Claus Roxin assevera que o déficit ideológico da Teoria Retributiva estava explícito na pressuposição da necessidade da pena, devendo o Estado compensar a culpa do infrator imputando-lhe uma pena com capacidade de restituir todo o mal.

A pena seria o mal justo aplicado a qualquer tipo de infração, independente de sua natureza. O castigo era o mecanismo correto para se repudiar a culpa humana, sem a necessidade de pré–requisitos. “Era um cheque em branco ao legislador” (ROXIN, 2004, p.17).

Ao conceder um poder punitivo sem restrições ao Estado, por intermédio de uma pena, macula-se seu verdadeiro sentido e de forma irracional acredita-se que o mal poderá ser corrigido pelo próprio mal. Dessa forma, Claus Roxin entende que:

> Resumindo em uma só frase as três razões: a teoria da retribuição não nos serve, porque deixa na obscuridade os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e porque, como profissão de fé irracional e além do mais contestável, não é vinculante. recorda em demasia o arcaico princípio de talião. considerando-o racionalmente, não se compreende como se pode pagar um mal cometido, acrescentando-lhe um segundo mal, sofrer a pena” (ROXIN, 2004, p.19).

Na contemporaneidade, instrumentalistas do saber jurídico como Santiago Mir Puig, tecem críticas consistentes acerca dos fundamentos das teorias de Kant e Hegel. Para esse autor, a Teoria Retributiva preconizada por Kant estabelecia um rígido paralelismo entre os anseios religiosos de Justiça divina e a função da pena.

A lei penal era utilizada como um “imperativo categórico”, com a finalidade indiscriminada de se alcançar o conceito de Justiça existente na época, sem a afetação condicional da utilidade da pena para promoção da proteção da

sociedade. Não havia, portanto, a necessidade de um resultado útil para a sociedade. A Justiça estava acima disso.

Tal entendimento pode ser extraído do seguinte raciocínio traçado por Mir Puig, que afirma: “Vê-se aqui claramente uma consequência fundamental da concepção retributiva: segundo a mesma, a pena de ser imposta ao delito cometido, ainda que resulte desnecessária para o bem da sociedade” (PUIG, 2007, p.59).

Apesar de uma fundamentação mais jurídica, a teoria de Hegel, para Mir Puig, baseava-se somente na reação da pena a um delito praticado por determinado sujeito (vontade individual), contrário à vontade coletiva, operando seus efeitos no passado sem instrumentalizar nenhuma utilidade posterior.

A *contrario sensu*, apesar do extremismo de algumas características da teoria de Kant e Hegel, é possível extrair um significado que possibilite alguma função à pena, conforme discorre Mir Puig:

> Isso não significa que tais teorias não confirmam função alguma à pena: elas têm em comum, precisamente, outorgar à mesma, por uma ou outra via, a “função de realização da Justiça”. Esta função se funda em uma exigência incondicionada – seja religiosa, moral ou jurídica – de Justiça, posto que esta não pode depender de conveniências utilitárias relativas a cada momento, devendo se impor com caráter absoluto. Daí que as teorias retribucionistas puras recebem o nome de “teorias absolutas” - em contraposição às teorias relativas (PUIG, 2007, p.60).

Embora os criadores da teoria absoluta não quisessem atribuir nenhuma função a pena com efeitos posteriores, é inegável a função de “realização da Justiça”, tal qual assevera Mir Puig. Não havendo como afastar a exigência incondicionada de tal objetivo com o efeito alcançado com sua aplicação.

Associada à função garantidora ou valorativa da realização da Justiça, pensadores e seguidores da Teoria Retributiva no século XIX, mesmo que de forma implícita, preconizavam o emprego da proporcionalidade entre a pena e o delito como forma de garantir o limite da reprimenda sobre o cidadão, lastreado nos ideais da dignidade humana.

Nesse contexto, a proporcionalidade ganha conotação de instrumento capaz de nortear o exercício da função ou poder de punir outorgado ao Estado. Analiticamente, a sanção imposta passava a estar intimamente relacionada ao delito praticado, o que restringia o império uniforme das penas severas.

Por possuir em sua concepção ideológica o caráter retributivo do mal empregado pelo infrator à sociedade, há a figura inócua da manutenção por parte do Estado dos efeitos decorrentes da reação maléfica, o que desvirtua as finalidades primordiais necessárias a subsistência de uma sociedade harmoniosa.

É nesta linha racional que, segundo preleciona Mir Puig, a teoria absoluta não teve o acolhimento do Direito:

> O fato das teorias absolutas quase não terem sido acolhidas pelo Direito e pela doutrina penal deve-se a que, geralmente, não se vislumbra como função do Estado moderno a realização da Justiça absoluta sobre a Terra. Esta tarefa é considerada hoje objeto moral ou religioso, e não uma finalidade de um Estado como o atual, que quer manter desvinculados os campos da Moral e do Direito porque não admite que a Ética ou a Religião possam ser impostas por força da lei. Já não são admitidas – em nosso âmbito cultural – as premissas do Estado teocrático, no qual era coerente atribuir à pena o papel de instrumento de castigo contra o mal. Em um estado democrático as sentenças não se pronunciam em nome de Deus, mas em nome do povo, e o Direito só pode ser justificado como meio de assegurar a existência da sociedade e de seus interesses (PUIG, 2007, p.62).

Embora sua inaptidão na vinculação de adeptos possa parecer evidente, é notório que as Teorias Retributivas demonstraram faticamente a eclosão das vontades das sociedades e os seus respectivos sensos desvirtuados de Justiça - o que implica a não aplicação da pena pura e simplesmente com caráter retributivo.

É através das análises comportamentais e ideológicas que o homem consegue assimilar pragmaticamente os infortúnios da sua história, o que possibilita o não cometimento posterior dos mesmos desacertos.

Com advento do Iluminismo, no século XIX, a teoria Kantiana também se moldou a duas versões laicas: a primeira estabelecia que a pena seria uma retribuição ética justificada com base no valor moral da norma penal transgredia pelo delinquente e do castigo sem conotação religiosa, que lhe era imposto.

A segunda, com maiores traços da teoria hegeliana, voltada à retribuição jurídica com emprego da violência empregada pelo infrator, detém a finalidade de restabelecer o ditame legal violado.

Embora tal Teoria Retribucionista tenha se modificado, a sua essência ainda permanecia inalterada, o que acabará gerando a incompatibilidade pratica de sua aplicação em decorrência da evolução racional imposta pelo Iluminismo.

A consequência pratica da inadequação é a prevalência e supremacia das fragilidades constitutivas basilares da teoria, o que da margem a evolução das concepções humanas. As teorias Relativas ganham espaço na história.

2.2 TEORIAS PREVENCIONISTAS OU RELATIVAS

Em uma visão diametralmente oposta, as Teorias da Prevenção se fundavam na missão de prevenir delitos, ou seja, sua base axiológica estava moldada na proteção pretérita dos interesses (bens) sociais, demonstrando uma verdadeira finalidade utilitarista da reprimenda imposta pelo Estado.

Nessa conjectura, é salutar o que explana Mir Puig:

> A pena não se justificaria como mero castigo pelo mal, como pura resposta retributiva perante o delito (já) cometido, senão como instrumento dirigido à prevenção de futuros crimes. Enquanto a retribuição visa o passado, a prevenção visa o futuro. Ante as teorias absolutas, as teorias da prevenção recebem o nome de “teorias relativas”. Isso se deve ao fato de que, ao contrário da Justiça, que é absoluta, as necessidades de prevenção são relativas e circunstâncias (PUIG, 2007, p.63).

Afere-se, portanto, ao aplicar a Teoria Prevencionista, que as circunstâncias fáticas que configuraram a ação delituosa são salutares, o que gera a relativização da quantificação da reprimenda imposta.

Historicamente, a mais antiga formulação das teorias relativas é atribuída a Sêneca, consubstanciado em Protágoras de Platão, ao asseverar que “nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mais sim para que não volte a pecar” (BITENCOURT, 2007, p.89)

Sob a mesma análise histórica, a função preventiva da pena se divide, segundo a construção doutrinaria do mentor Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach (1775-1883), em prevenção geral e prevenção especial, ao passo que ambas se subdividem em positiva e negativa.

Feuerbach, em sua obra “Revisão dos princípios e conceitos fundamentais do direito penal vigente” (1799 e 1801), prelecionava que a pena deveria ser aplicada em razão de um fato consumado, pretérito, que tem como precípua finalidade conter os cidadãos mediante uma coação psicológica para que não cometam delitos. (ZAFFARONI, 2007, p.234).

Essa coação psicológica fundamentada por Feuerbach dá origem à primeira divisão da Teoria Prevencionista, denominada de Prevenção Geral Negativa.

A Prevenção Geral Negativa conceituava-se pela sustentação de que cabia ao Direito Penal o poder de solucionar os problemas da criminalidade.

Tal poder seria exercido primeiramente pela ameaça decorrente da pena, que teria o condão de informar, em caráter preventivo, quais as condutas volitivas tipificadas como injustas, que ensejariam a reprimenda Estatal e a sua aptidão para ser aplicada (executada).

Dessa forma, a pena por intermédio da lei detinha o poder do exercício coativo no âmbito psicológico dos cidadãos, para que estes se abstivessem do cometimento de delitos.

Havia a presunção de que o homem, por possuir racionalidade, ponderaria, através da afetação em seu âmbito psicológico, se valeria “à pena” cometer aquele ilícito, para sofrer por consequência os danos decorrentes da sanção penal determinada pelo Estado.

Imperioso mencionar, como já elencado anteriormente, que as condutas humanas estão intimamente relacionadas com a sua conjectura e anseios épicos. Com isso, afere-se que as ideias que embasaram a Teoria Prevencionista se desenvolveram no período de transição entre o Estado Absolutista e o Estado Liberalista, denominado de Iluminismo.

No curso do Iluminismo, seus pensadores impuseram acertadamente os fundamentos do Estado Natural, desvinculado do laicismo, substituindo o poder sobre o corpo, que se dava através de castigos, pelo poder sobre a alma, que se perfazia sobre o psicológico do infrator.

A pena com o seu caráter prevencionista exercia sua função de, através da racionalidade, coibir psicologicamente os impulsos ou motivos ensejadores da conduta criminosa. Havia fundamentalmente a intimidação exercida através do medo da imposição da pena, associado à racionalidade humana, que ponderaria a afetação dos malefícios da reprimenda.

Por sua vez, a Prevenção Geral Positiva estava moldada na consciência da sociedade, que interiorizava a proteção pela lei dos bens socialmente relevantes e, através dessa valoração, acatava respeitosamente os ditames legais.

Axiologicamente, a sociedade assimilaria a norma, um respeito ao Direito Penal e sua finalidade, acreditando na necessidade de aplicação de suas prescrições como forma de garantir a manutenção da própria sociedade (seus bens).

Ao tecer considerações a tal teoria, Mir Puig preleciona as características elucidadas por Armin Kaufmann:

> Armin Kaufmann atribui as três seguintes funções à prevenção geral positiva, como via que contribui para moldar a vida em sociedade: em primeiro lugar, uma função informativa do que está proibido e do que se deve fazer, em segundo lugar, a missão de reforçar e manter a confiança na capacidade da ordem jurídica de se manter e de se impor; por fim a tarefa de criar e fortalecer, na maioria dos cidadãos, uma atitude de respeito pelo Direito – não uma atitude moral (PUIG, 2007, p.64).

Contudo, a despeito do seu cunho vantajoso em comparação à Teoria Retribucionista, é inegável a existência de pontos falhos na aplicação da teoria Relativa. A prima face, percebe-se que esta se funda no emprego do terror como forma de coação à prática delitiva.

O emprego indiscriminado do terror, que gera o temor da pena, afeta cabalmente os princípios constitucionais de um estado democrático de direito e possibilita a aplicação de castigos severos para respaldar efetivamente o suposto temor, sendo tendenciosa a sua efetivação para evitar que a pena recaísse no descrédito social.

Associado a esse déficit, é notório empiricamente (no curso da história da pena) que os delinquentes que cometem crimes cuja reprimenda imposta é quantitativamente elevada não os deixam de fazer pelo conhecimento desta, ao revés, servem de exemplo para desconstituir a tese da eficácia do terror, posto que cometem os delitos por motivos socioeconômicos.

Acerca de tais críticas, são válidas as considerações formuladas por Claus Roxin, ao explanar que:

> A teoria da prevenção geral encontra-se, assim, exposta a objeções de princípios semelhantes às outras duas (teoria da retribuição, e a teoria da prevenção especial): não podem fundamentar o poder punitivo do Estado nos seus pressupostos, nem limitá-lo nas suas consequências; é político – criminalmente discutível e carece de legitimação que esteja em consonância com os fundamentos do ordenamento jurídico (ROXIN, 2004, p.25).

Já a Prevenção Especial, por sua vez, destina-se a coibir novas práticas delitivas dos delinquentes que já cometeram um ilícito penal, operando seus efeitos na imposição e execução da pena.

Dessa forma, se distingue da prevenção geral na medida em que não é direcionada à coletividade, mas, sim, a determinados indivíduos (delinquentes). Por tal motivo, também é denominada de prevenção individual.

Conceitualmente, existe uma subdivisão da prevenção especial em positiva e negativa, na qual a primeira se refere à reinserção do delinquente na sociedade, e a segunda à neutralização do mesmo pela imposição de uma pena, tendo em vista a sua inaptidão para pertencer à sociedade.

É na axiologia preconizada por Von Liszt que a teoria da prevenção especial ganhou propagação, haja vista que o autor sustentava que “o delito era um produto social e a antijuridicidade um dano social” (PUIG, 2007, p.68). Dessa forma, o delinquente deveria internalizar os valores normativos que ensejavam a proteção dos bens jurídicos tutelados.

Mir Puig, ao referendar o autor, menciona em sua obra as características ímpares fundamentadoras da teoria da prevenção especial ao expender:

> A pena correta, é dizer, a pena justa, é a pena necessária, determinada de acordo com a prevenção especial.
> A finalidade da prevenção especial é cumprida de diferentes formas, segundo as três categorias de delinquentes apontadas pela Criminologia: (a) frente ao “delinquente ocasional” que necessita de correção, a pena constitui uma “lembrança” que o inibe de cometer ulteriores delitos; (b) frente ao “delinquente não ocasional, mas corrigível – também chamado “de estado”, porque nele a disposição ao crime já constitui um estado de certa permanência – deve-se perseguir a correção e ressocialização por meio de uma adequada execução da pena; (c) frente ao “delinquente habitual incorrigível”, a pena visa obter sua inocuização por meio de um isolamento que pode chegar a ser perpétuo (PUIG, 2007.p.67).

Portanto, a finalidade a ser alcançada é a da proteção aos bens jurídicos, através da aferição circunstancial do caso concreto, associado aos elementos que compõem a personalidade e a vida pregressa do agente.

Críticas inerentes a todas as teorias são apropriadamente fundamentadas nos argumentos explanados por Mir Puig, ao elucidar situações de cidadãos que cometem infrações, como as de trânsito, por exemplo, e não necessitam sequer do caráter intimidador da pena, nem do ressocializador, tampouco do inocuizador.

Contudo, muito embora existam situações que não gerem a aplicação da Teoria da Prevenção Especial, não há de se afirmar que o delinquente deva ficar impune, pois não se pode referendar a não incidência do Direito Penal para coibir as infrações. Deve ser observada a proporcionalidade da pena imposta ou outros mecanismos de controle.

Inobstante a existência de pontos falhos em todas as teorias da pena, por não existir no âmago teleológico uma verdade universal, a Teoria da Prevenção Especial merece ser destacada em virtude de preconizar o combate à reincidência no âmbito da política criminal, associada à ressocialização do delinquente no âmbito da execução penal.

Zaffaroni entendia que “se não se descobrem os problemas e sua importância, se não se formulam adequadamente as indagações, não poderão ser encontradas as respostas. Muito frequentemente carecemos de respostas em virtude da má formulação de perguntas” (ZAFARRONI, 2007, p.233).

É salutar que, no curso do desenvolvimento humano, o corpo social empiricamente analise as vantagens da aplicação de uma ou outra teoria da pena. Essas indagações permitem apreender os pontos positivos e negativos inerentes a qualquer fundamentação teórica.

Em suas considerações, Ferrajoli tece escolasticamente as distinções entre as teorias Retributivas ou Absolutas e as teorias Relativas ou Prevencionistas:

> São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como “castigo”, “reação”, “reparação” ou ainda, “retribuição” do crime, justificada por seu, intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, “relativas” todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos. Cada uma dessas duas grandes classes de doutrinas viu-se, por sua vez, dividida em subgrupos. As doutrinas absolutas ou retributivistas foram divididas tendo como parâmetro o valor moral ou jurídico conferido à retribuição penal. As doutrinas relativas ou utilitaristas, por seu turno, são divididas entre teorias da prevenção especial, que atribuem o fim preventivo à pessoa do delinquente, e doutrinas da prevenção geral, que, ao invés, atribuem-no aos cidadãos em geral. Por derradeiro, a tipologia das doutrinas utilitaristas foi recentemente enriquecida com uma nova distinção, qual seja aquela entre doutrina de prevenção positiva e doutrinas de prevenção negativa, dependendo da fato da prevenção – especial ou geral – realizar-se positivamente, por meio da correção do delinquente ou da integração disciplinar de todos os cidadãos, ou negativamente, por meio da neutralização daquele ou da intimidação destes. (FERRAJOLI, 2006, p.236).

Nessa conjectura, a límpida distinção entre a Teoria Retributiva e a Teoria Preventiva está situada em seus efeitos e destinações, ao passo que a primeira está focada ou predisposta a referendar-se ao passado, enquanto a segunda destina-se à produção prospectiva de resultados futuros.

Retribui-se o mal sem finalidades extrapunitivas, apenas com caráter sancionador, como uma verdadeira retribuição da ação volitiva do infrator. Por sua vez, a Teoria Preventiva caracteriza-se por suas finalidades extrapunitivas, que exige um balanceamento concreto da finalidade temporal da intervenção punitiva, para a produção eficaz do resultado jurídico penal da sanção imposta.

Nesse contexto, o curso da história nos impõe a análise sociológica dos efeitos decorrentes da pena, nos remetendo a constantes indagações acerca da sua eficácia. Percebe-se, que não deve prosperar uma visão holística no que tange às teorias da pena, sendo razoável a fundição de suas bases axiológicas, visando a projeção de resultados mais satisfatórios para a sociedade. Surge então a Teoria Mista ou Eclética.

2.3 TEORIA MISTA OU ECLÉTICA

Em virtude da complexidade dos fenômenos sociais que compõem a atuação necessária do Direito Penal, torna-se impraticável a utilização, em termos fáticos, de apenas uma base fundamentadora das teorias da pena.

Surge então a necessidade da junção das finalidades pretendidas pelas Teorias Retribucionistas e Prevencionistas (geral e especial) para que se possa abranger de forma satisfatória os resultados mais vantajosos para a sociedade.

É nessa linha de raciocínio que a Teoria Eclética pretende tutelar a pena e os seus efeitos. Seu pretérito objetivo esta moldado na preservação dos interesses sociais, bem como em sua sadia progressividade sustentável.

No âmbito teórico, a despeito dos conflitos que circundam as bases fundamentadoras das teorias anteriormente elucidadas, não se pode permitir os descréditos funcionais do Direito Penal, vez que trata-se de instrumento de manutenção racional do equilíbrio comportamental humano.

As relações humanas são repletas de conflitos. Tal característica é intrínseca à antropologia que nos materializa. Por possuir como instrumento de

sobrevivência o dom da racionalidade, os seres humanos necessitam construir mecanismos harmoniosos de convívio, que estão pragmaticamente escalonados no respeito aos direitos alheios.

Nessa linha racional, positivamente se imputou ao Direito Penal, em *última ratio (*natureza subsidiária*),* o poder/dever de tutelar os conflitos inerentes ao convívio humano. É sobre essa conjectura que filósofos do saber procuram fundamentar a junção axiológica ou fundamentadora das teorias da pena.

O ordenamento brasileiro, de acordo com a extração valorativa da norma, mais precisamente no teor do artigo 59 do Código Penal, elegeu como instrumento sancionador os fundamentos da Teoria Eclética da Pena.

Tal escolha se perfez sob a égide da preservação ampliativa dos direitos fundamentais, com a salutar observância do melhor resultado prático para a sociedade.

É sabido que historicamente a pena possui um caráter talional satisfativo (Teoria Retribucionista), no que concerne aos valores comportamentais de uma determinada coletividade. Ou seja, reprime-se toda a prática de ilícitos, pelo fato destes afrontarem os ditames que estruturam determinada sociedade e corriqueiramente estarem atrelados aos imagináveis atalhos que possibilitariam a afetação de alguma vantagem.

No escopo teórico da prevenção geral se extrai, com cautelaridade, as consequências de sua base axiológica, reprovando a sua total aplicação, com a finalidade de evitar a majoração das penas nos crimes considerados graves ou nos crimes praticados com habitualidade, a exemplo dos crimes contra o patrimônio.

Leva-se em conta apenas o reconhecimento da racionalidade humana em ponderar as consequências dos seus atos, reprimindo-se com maior gravidade os que afetam mais danosamente os bem jurídicos essenciais (a exemplo da vida).

Ponderando os divergentes fundamentos das teorias da pena, os Ecléticos buscam equilibrar as essências teóricas que ensejam, no âmbito fático, um resultado positivo para a sociedade.

É nessa ótica que se extrai da referida Teoria Retribucionista sua inaptidão impeditiva da aplicação exacerbada da pena para além da culpabilidade do infrator. Busca-se, ao contrário do determinado pelos retribucionistas, a estipulação de um limite quantitativo da pena, tido como justo e adequado para cada delito praticado que será analisado circunstancialmente.

Na visão Eclética, doutrinadores como Mir Puig asseveram a existência de uma divisão conceptiva, primeiramente sob a posição conservadora, que se caracterizaria pela imposição de uma retribuição justa do mal causado pelo delinquente ao praticar um delito, possuindo os fins da Teoria Prevencionista um mero papel de complementação, bem como, de forma ambivalente, estaria a corrente progressista, que fundamenta a defesa da sociedade na proteção dos seus bens jurídicos, impondo o caráter retributivo apenas para estabelecer os limites máximos de exigências da prevenção, com a finalidade de coibir que a pena ultrapasse o merecido.

Como mecanismo modulador de tal limite estaria a culpabilidade do agente, que se perfaz sob a análise circunstancial de sua vida pregressa, agregado aos fatores que ensejaram a prática do delito.

Os referidos aspectos estão estruturados nas explanações de Mir Puig agora transcritas:

> Deixando de lado os inumeráveis matizes, pode-se distinguir “duas grandes correntes”. Por um lado, aquelas que acreditam que a proteção da sociedade deve basear-se “na retribuição justa” e na determinação da pena, concedem aos fins de prevenção um mero papel complementar dentro do marco da retribuição. Esta constitui uma posição “conservadora” representada pelo Projeto Ministerial alemão de 1962. Por outro lado, um setor “progressista” da ciência alemã inverte os termos da relação: fundamento da pena é a defesa da sociedade (proteção de bens jurídicos), e à retribuição (com este ou outro nome) corresponde unicamente a função de limite máximo das exigências de prevenção, impedindo que as mesmas conduzam a uma pena superior à merecida pelo fato cometido (MIR PUIG, 2007, p.71).

Em suas considerações, o mencionado autor salienta de forma sintética que para a primeira concepção (conservadora) o Direito Penal cumpriria uma função dúplice: a de proteção da sociedade, associada à realização da Justiça.

Na concepção progressista, por sua vez, o Direito Penal estaria adstrito apenas a função de proteção social.

Em que pese a existência da referida distinção conceptiva, se faz imperiosa a ponderação das críticas do referido autor a todas as teorias da pena concebidas. Como pensador teórico e crítico, Mir Puig explana de forma menos agoniante a peculiar corrente doutrinária preconizada por Vom Sinn Schmidhäuser, denominada de “teoria da diferenciação” (SCHMIDHÄUSER, 1975, p.52).

Essa teoria parte da premissa da existência distintiva entre a pena em geral e o sentido da pena para os distintos sujeitos que intervêm na existência da mesma. De um modo geral, a pena possui dois aspectos primordiais, a finalidade ou função e o seu sentido.

No que concerne à finalidade punitiva, enquadrada como um "fenômeno global", que encontra sustentáculo nos fundamentos da teoria da prevenção geral, impende mencionar uma salutar observância, a inexistência despretensiosa da coação psicológica como vetor capaz de coibir a prática de todos os delitos, e sim com aptidão de reduzir a prática delitiva ao limite tolerável que possibilite o convívio social.

Nesse contexto, a punição tornar-se-á lícita pela intrínseca necessidade humana da pena (função). Essa se configura como o instrumento necessário para o convívio harmonioso dos indivíduos que compõem as sociedades.

Salienta-se que ao tecer tais considerações torna-se notória a instrumentalização da pena em beneficio da sociedade e não do infrator. Rompe-se um dos ditames Kantianos de que "o delinquente não pode ser utilizado como meio em beneficio da sociedade" (ZAFFARONI, 2007, p.231).

O que se percebe pelas concepções de Schmidhäuser transcritas por Mir Puig é que, empiricamente, não existe outra possibilidade fundamentadora da pena senão a de promoção da vida em comunidade.

A parte mais brilhante da observação do autor está situada na intervenção única de cada sujeito na existência da pena:

> Para o legislador', a pena serve, sobretudo, à defesa da coletividade, ainda que ele deva levar em consideração a Justiça no momento de sua fixação; os 'órgão encarregados da persecução' (Polícia e Ministério Público) devem cumprir a função de esclarecimento do delito e colocação do criminoso à disposição dos Tribunais, guiados pelo princípios da igualdade (Justiça); 'o Juiz' deve perseguir, em primeiro lugar, a pena justa, levando em consideração o fato cometido e a comparação com as outras penas, mas dentro do marco da pena justa deve considerar também a prevenção especial; os 'agentes penitenciários' deverão outorgar à execução a finalidade de ajudar o condenado a aproveitar o tempo de cumprimento da pena ou, ao menos, se isso não for possível, a finalidade de prevenção especial por meio da ressocialização; por fim, a pena já cumprida pode significar para 'a sociedade' a reconciliação, permitindo a aceitação do apenado em seu seio (MIR PUIG, 2007, p.74).

Os respectivos sujeitos possuem papéis distintos e as suas intervenções se dão também em momentos distintos, o que não implica a

inobservância de preceitos como Justiça, ressocialização e reconciliação em defesa da sociedade que, embora estejam pragmaticamente estruturados, na teoria se associam em diversos momentos.

Não podemos falar em Justiça sem a possibilidade de ressocialização, tampouco dissociar a aceitação do apenado, reconciliando-o com a sociedade, se este não estiver apto a se ressocializar. São fases que se homogeneízam.

Por fim, doutrinariamente se evidencia por sua fundamentação a teoria concebida por Roxin, denominada de “Teoria Dialética Unificadora”, que se sustenta na acentuação problemática das “três fases” de existência da pena, denominadas de cominação legal, aplicação judicial e execução da condenação (ROXIN, 2004, p.44).

Para Roxin, em cada uma dessas fases haverá a correspondência de uma resposta distinta da função da pena, ao passo que, embora sejam distintas, estarão estreitamente relacionadas (ROXIN, 2004, p.44).

Epistemologicamente expendendo, a dita teoria fundamenta-se na unificação sintética dos diversos fundamentos outorgados à pena.

Em um primeiro momento, dito como o “da cominação legal”, nenhuma previsão tradicional se adequa com maestria - nem a fundamentação retributiva, nem a preventiva (geral e especial) - pois demonstram a impossibilidade de esclarecimento da indagação do que deve ser considerado delito, para que consequentemente saibamos o que é retribuir ou o que é prevenir.

Roxin perquire a fundamentação de tais respostas, esclarecendo-as da seguinte maneira: no momento legislativo a função da pena seria direcionada para proteção de bens jurídicos e serviços públicos imprescindíveis - proteção essa exercida por intermédio da prevenção geral contra os fatos que atentem os referidos bens e serviços.

O autor afasta a aplicação nessa fase da prevenção especial e da retribuição, asseverando que a lei se dirige à sociedade como um todo. No segundo momento de aplicação judicial, a imposição da pena pelo Juiz confirma a seriedade da coação psicológica exercida no primeiro momento pela prevenção geral.

Contudo, salutar é a observância da culpabilidade do infrator como vetor limitador da dosimetria da pena, posto que esta não pode ser arbitrada acima daquela.

É nesta observância que se insere o discutível dogma Kantiano da utilização do homem como meio para os demais, esclarecendo Roxin que a

culpabilidade evita a inserção de tal dogma, uma vez que o delinquente responderia na exata medida de sua pessoa.

Na última fase de existência da pena, a dita execução, Roxin dispõe que se configurarão os fundamentos das fases anteriores e as suas finalidades, de modo que tenham na ressocialização do delinquente os ditames da prevenção especial.

Destaca-se, ainda, que poderão sobrevir condenados que não necessitem de tratamento terapêutico-social. Para estes deveria existir a possibilidade do uso de suas próprias aptidões com a finalidade de evitar a sua atrofia.

A teoria dialética unificadora, portanto, corresponde a evidente tentativa da promoção menos danosa de correção dos cidadãos que porventura venham a ferir os direitos dos seu iguais. Foca-se no resultado utilitarista em benefício do corpo social.

É sobre tais aspectos que Roxin explana:

> Uma teoria unificadora dialética, como aqui se defende, pretende evitar os exageros unilaterais e dirigir os diversos fins da pena para vias socialmente construtivas, conseguindo o equilíbrio de todos os princípios, mediante restrições recíprocas. Também nesse ponto podemos apontar como exemplo a ordem política do Estado: as melhores constituições são aquelas que, através da divisão de poderes e de um sistema ramificado de outros controles ao poder, integram no seu direito todos os pontos de vista e proporcionam ao particular o máximo de liberdade individual; a melhor constituição econômica é a reunião dos princípios do estado social e do liberal. E o mesmo vigora para o direito penal, que serve igualmente a ordem comunitária no seu respectivo âmbito: a idéia de prevenção geral vê-se reduzida a sua justa medida pelos princípios da subsidiariedade e da culpa, assim como a exigência da prevenção especial que atende e desenvolve a personalidade. A culpa não justifica a pena por si só, podendo unicamente permitir sanções no domínio do imprescindível por motivos de prevenção geral e enquanto não impeça que a execução da pena se conforme ao aspecto da prevenção especial. E, como vimos, de igual forma a totalidade dos restantes princípios preservam a idéia de correção dos perigos de uma adaptação forçada que violasse a personalidade do sujeito (ROXIN, 2004, p.44).

Inúmeros são os fundamentos que legitimam o *jus puniendi.* Como estruturadores de tal legitimação encontram-se os doutrinadores com a árdua obrigação de fundamentá-las.

As teorias da pena possuem em suas bases axiológicas pontos divergentes e pontos convergentes, facilmente aferíveis ao se tecer uma análise criteriosa dos motivos históricos e sociais que os legitimaram.

A essência unificadora de todos os fundamentos anteriormente elencados está situada na promoção do convívio social harmonioso. Todos os outros preceitos, como a Justiça e a ressocialização, estão intimamente relacionados com o referido convívio.

O ser humano, por possuir naturalmente a característica do convívio, se estrutura de forma a modular os mecanismos que possibilitem a afetação de sua finalidade pretendida.

É baseado nessa finalidade que o Direito Penal, em *ultima ratio*, busca garantir a progressiva harmonia social. É um mecanismo de controle que deve estar pautado primordialmente na garantia de todos os direitos fundamentais aos seus membros.

A Teoria Retribucionista nos serve para satisfação do natural desejo ou senso interno de Justiça. Sua ponderação, por sua vez, é a única forma de controle da sua exacerbada ânsia. No âmbito jurídico, sua utilização está fundada no necessário controle das acepções sociais do *sensu* de Justiça.

Tal controle deve ser exercido para que a sociedade credite no Direito Penal a incumbência (de maneira subsidiária) da resolução dos conflitos que não são resolvidos pelos outros ramos do direito.

Vale ressaltar que somente com embasamento nos princípios da dignidade da pessoa humana, da inocência, da proporcionalidade, da razoabilidade e de todos os outros que fundamentam a Constituição Federal Brasileira é que se torna possível aplicar com prudência os fundamentos da teoria da retribuição.

No que concerne à prevenção geral, a límpida fundamentação é extraída do intento de se impor coativamente no âmago racional o esclarecimento de que todos os atos danosos à sociedade possuem consequências legalmente previstas.

É nessa conjectura que o Direito Penal possui em seu arcabouço normativo as penas mais graves para os comportamentos que afrontam os bens jurídicos que merecem uma distinta tutela do Estado.

Impõe-se a toda sociedade o raciocínio lógico de que a violação aos direitos alheios pré-estabelecidos, e por consequência protegidos, darão ensejo a intervenção do Estado, único legitimado para tal atuação.

Coage-se psicologicamente, não para impor o terror à sociedade, mas, sim, para dar ciência aos seus membros da existência de um mecanismo necessário para sua subsistência.

A pena não é o melhor dos mecanismos para solução dos males, mas é a única capaz de dirimir alguns ilícitos. A ponderação de sua coação, pautada nos ditames constitucionais, legitima a sua aplicação.

No tocante à prevenção especial, voltada para os delinquentes, não há como dissociar os frutos podres dos déficits sociais, tais como educação, saúde, lazer, dentre outros.

O Direito Penal não pode servir de remédio para todos os males. Surge o questionamento vastamente elencado da impossibilidade de ressocializar um ser humano que sequer teve a oportunidade de ser socializado.

É nítida a ineficaz aptidão da pena de prisão como instrumento ressocializador. É nesse contexto que surge, como alternativa, a aplicação de todos os métodos que excepcionam a prisão.

A ressocialização (ou socialização de alguns) deve estar intimamente associada ao delito praticado pelo agente. A culpabilidade serve de vetor para concessão de penas menos danosas para determinados delinquentes, o que implica na aplicação de alternativas à prisão.

Fundindo todas as fundamentações das teorias da pena, pode-se enxergar nitidamente que a garantia do convívio harmonioso da sociedade perpassa pela tutela menos interventiva do direito penal.

Inobstante a existência de conflitos fundamentadores, o que deve prosperar é idéia da intervenção mínima do direito penal e que, quando se fizer necessário, este esteja pautado nos basilares princípios constitucionais.

A finalidade do ramo jurídico em análise, conforme reiteradamente elucidado, desponta não só a constatação empírica da ineficácia extensiva da sua ingerência, como a necessidade do destaque de concepções doutrinárias que visem minimizar desdobramentos causais que destoem do princípio da intervenção mínima.

Nesse espectro ideológico, cumpre depreender que quando um determinado membro do corpo social se comporta na contramão dos ditames pré-moldados, os demais membros da sociedade podem seguir confiantemente nos

mecanismos de controle, pois, a imposição da pena tem dentre as suas capacidades a de manter a vigência da norma como modelo do contrato social.

Apesar da lesividade da conduta protegida pelo direito Penal, a defraudação da expectativa não gera o descrédito de tal ramo, na medida em que a imposição de um pena reafirma a vigência protetiva. As sanções primordialmente servem como estabilizadoras das expectativas sociais.

Nitidamente, a pena materializa um mal necessário, haja vista que a multiplicidade de sujeitos enseja desdobramentos comportamentais que infringem as vontades coletivas, nada obstante, seu êxito impositivo se mostra discutível ao longo da apreciação da história.

O cárcere, ou o ato legítimo (do ponto de vista teórico) de enjaular os seres humanos, demonstra empiricamente sua ineficácia e inaptidão ressocializadora, está espécie de pena deveria ser exclusivamente cabível apenas aos delitos intitulados como hediondos, os mais rechaçados pela sociedade, observância salutar que não aplicamos nem nos casos de despretensiosas condutas como o consumo de entorpecentes e o tráfico na modalidade de cessão gratuito para consumo compartilhado de drogas.

A falência da pena aplicada em larga medida influi na adoção de vertentes teóricas que elucidem a necessária restrição das responsabilidades dos autores quando titulares de determinados bens e, volitivamente decidem criar ou aceitam que se crie situações de risco para os mesmos.

“A grande inovação dessas reflexões dogmáticas é, pois, destacar a responsabilidade da vítima na configuração do evento, dentro da estrutura do delito, com a consequente mitigação ou exclusão de censura do autor”. (MINAHIM, 2015, p.86).

Trata-se de um viés teórico que visa referendar o quanto preconizado nos princípios da intervenção mínima, fragmentariedade, transcendência lesiva, subsidiariedade, bem como nas acepções do funcionalismo a serem elucidadas.

3 O REFORÇO PRINCÍPIOLÓGICO DA MINIMIZAÇÃO INTERVENTIVA DO DIREITO PENAL PELA VIA DO FUNCIONALISMO

3.1 DIGRESSÃO SINTÉTICA SOBRE AS TEORIAS DO DELITO.

Inicialmente, aflora a necessidade do embasamento teórico acerca das teorias do delito, com o afinco de substancialmente depreender em que momento a imputação objetiva terá aptidão de mitigar as condutas descritas no artigos 28 e 33, §3º, da Lei de Drogas (11.343/06).

Sobre a jaez jurídico filosófica das teorias do delito, podemos pragmaticamente tecer considerações na tentativa de clarificar a existência de acepções distintas, sendo reservado o aprofundamento e crítica no decorrer do presente trabalho.

Para uma ideal compreensão da teoria do delito que respaldara o presente trabalho, será necessário perpassar, de forma sublime e apenas a título elucidativo, sobre as bases conceituais compreendidas pela teoria naturalista, sua evolução para o neokantismo, em seguida a teoria finalista, e posteriormente as primeiras concepções acerca da imputação objetiva até culminar na moderna teoria da imputação objetiva de vertente roxiniana e os ideais preconizados pelo funcionalismo.

Dentre os aspectos históricos que serviram de base axiológica para concepção da moderna teoria da imputação objetiva, podemos elucidar a teoria naturalista, como a percursora concepcional das teorias do delito.

A teoria naturalista estava pautada na crença jurídica de que para a ocorrência do crime bastava a prática de uma conduta voluntária que modificasse o mundo exterior. Assim, a tipicidade era apenas a descrição de uma conduta que afetasse o mundo exterior, sendo valorativamente neutra.

Por sua vez, a culpabilidade consistia na “relação subjetiva entre o autor e o fato”, sendo que essa referida relação só poderia se operar no plano psicológico. A antijuridicidade, na teoria naturalista, perderia sua carga valorativa, reduzindo-se a uma dimensão puramente lógica, configurada na contrariedade do comportamento e das normas jurídicas (ROXIN, 2002, p.10).

Na aferição do delito sob a concepção naturalista, o juiz estava adstrito ao preenchimento dos elementos descritivos do tipo pela conduta, não sendo necessária a ocorrência da culpabilidade.

O ilícito estaria configurado após a afetação do mundo exterior por parte da conduta do agente que se enquadrava nos elementos descritivos do tipo, era uma forma simplista de constatação da ocorrência do delito.

Com o transcurso do tempo, as deficiências de determinada teoria afloram, tendo em vista a mudança paradigmática que mobiliza a evolução do ser humano. É nesse contexto que começa a surgir a perspectiva neokantiana.

Sob a ótica conceitual neokantiana começasse o rompimento ideológico da concepção naturalística de ciência. Kant, preconizador da aludida vertente doutrinária, passa a contestar a simplista concepção de ciência pautada exclusivamente nos elementos físicos, biológicos e psicológicos.

Na esteira neokantiana, se idealizava a inserção do método referido a valores como uma ramo científico, uma vez que seria demasiadamente errôneo pensar que as ciências estavam adstritas apenas a métrica empírica e avalorada.

Nessa perspectiva, Kant estabelece um novo paradigma ideológico capaz de modificar a linha racional anteriormente posta, eis que surgem afloradas críticas a teoria causal da ação, pautada exclusivamente na afetação tipificada do mundo exterior.

O dogma causal se estabelece. Kant então propõe para a aferição típica não só a afetação do mundo exterior, agregando como requisito a necessária observância da “lesividade social” (ROXIN, 2002, p.14).

Em derradeiro, a culpabilidade transpõe a barreira restrita do âmbito psicológico e alcança a análise empírica da avaliação do fato valorado, tendo em vista a reprovabilidade do autor da conduta.

Foi através das ideologias evolutivas trazidas pela concepção neokantiana que surgiu a concepção inicial do que poderia ser denominado de imputação, na medida em que epistemologicamente, imputar significa atribuir algo a alguém, o que remete a análise indissociável dos elementos que firmam a relação entre os fatos e o agente.

Após o rompimento motivado pelos ideais neokantistas, começam a surgir no ciclo evolutivo teórico as acepções iniciais da compreensão da denominada primeira teoria da imputação objetiva.

Na seara habitacional do conhecimento, a evolução racional resulta do rompimento holístico de determinada concepção, permitindo o semear hermenêutico dos novos anseios ideológicos.

Aflora o cenário para o surgimento das concepções da Teoria Finalista. Sem mentor intelectual corresponde ao filosofo Hans Welzel que, em meados do século XX (1930-1960), intitulou a referida teoria como a conduta materializada com o comportamento humano voluntário psiquicamente dirigida a um fim.

O destaque concepcional passou a estar situado na finalidade, transmutando a ação para a concepção de um ato de vontade com conteúdo teleológico, pautada em um querer do sujeito ativo.

Rompe-se o ponto de crítica em relação as concepções do causalismo e sua baliza cega, sem destinação a um determinado fim, agregando o ideal de finalidade, ideologia que passou a possuir a conotação de “vidente”.

A essência da ação humana pode ser mais detidamente alcançada com as concepções de Welzel, cuja inserção do preceito modulador da finalidade agrega o rompimento dos acontecimentos estritamente naturais, rumo a confecção dos fins mentalmente antecipados.

Toda ação passa a ser uma supradeterminação final de um processo causal, acrescendo-se a natureza antológica da ação, premissa embrionária do sistema punível na visão finalista preconizada por Welzel.

O crime, para tanto, se configuraria com a ocorrência do fato típico, antijurídico e culpável. A modificação estrutural mais relevante se opera na culpabilidade, o dolo e culpa migram e passam a integrar o fato típico, sendo nesse ponto até objeto de críticas pelo suposto esvaziamento da culpabilidade.

Nas lições de Heleno Cláudio Fragoso, podemos observar que:

> A evolução se processa no sentido de excluir da ideia de culpa elementos psicológicos, reduzindo-a a conceito normativo. Isso se faz com a transferência para o tipo e a antijuridicidade de certos elementos subjetivos [...] e, sobretudo, com a observação de que na culpa cumpre distinguir a valoração do objeto e o objeto da valoração (Graf zu Dohna). O dolo (destacado da consciência da ilicitude, que é momento normativo) integra a conduta típica, ilícita, ou seja, integra o objeto valorado e não pertence à culpabilidade. (FRAGOSO, 2003, p.240)

Após a migração para o fato típico o idealizador do finalismo, Welzel, insere dois elementos, a consciência e vontade, além da aferição do tipo sob duas

dimensões óticas, a dimensão objetiva, materializada pela conduta, resultado, nexo de causalidade e adequação típica, bem como a dimensão subjetiva, representada pelo dolo e pela culpa.

É imperioso elucidar que ao se destacar da consciência da ilicitude, passando a figurar como um elemento próprio da culpabilidade, o dolo finalista perde seu elemento normativo, correspondendo ao dolo natural, nitidamente despido de valoração.

Nesse jaez, o dolo despido de conteúdo valorativo é intitulado de *dolus bonus,* em contraponto a vertente causalista do dolo normativo identificado de *dolus malus.*

O dolo natural do finalismo passou a possuir como elementos a consciência da conduta e a vontade de praticar determinada conduta dirigida a uma finalidade.

Dolo dispare àquele preceituado pelo causalismo, cuja normatividade possuía como elementos a consciência atual da ilicitude e a vontade, despida de finalidade, do anseio de praticar determinada conduta. A localização do conceito analítico do crime passou da culpabilidade para o fato típico.

Os finalistas passam a aderir a Teoria Normativa Pura da culpabilidade, passando esta a representar um mero juízo de reprovação, uma valoração da conduta típica e ilícita do agente, detendo como elementos a imputabilidade, a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Instrumentalistas do saber asseveram que a referida concepção finalista de paternidade do filósofo Welzel, corresponde a concepção adotada pelo Código Penal Brasileiro.

Embora denote uma evolução conceitual, a Teoria Finalista também fora objeto de críticas, dentre elas a elucidação de que o finalismo pecou ao concentrar sua teoria no desvalor da conduta, ignorando o desvalor do resultado.

Sem olvidar o fato da mencionada teoria, segundo os críticos, não explicar o conteúdo dos crimes culposos, pela ausência de concepção da ação dirigida a um fim quando o resultado naturalístico é involuntário.

Os finalistas rebatem tal arguição sob o espeque de que a conduta culposa é orientada por uma finalidade, esta por sua vez lícita, decorrendo o resultado ilícito culposo dos meios pelos quais o agente elegeu para alcançar aquela finalidade.

A reprovação não recairia sobre a finalidade da conduta do agente, mas sobre os meios mediante os quais o mesmo se valeu e que indiquem a imprudência, negligência ou imperícia.

Posteriormente ao implemento das concepções finalistas, Welzel ainda acresce suas ideologias por intermédio da teoria cibernética, para o qual o controle da vontade estaria presente nos crimes culposos e dolosos.

Por suas premissas, a referida concepção serviria como termo mais adequado para designar a ação como fato dirigido e orientado pela vontade, levando-se em conta que o termo tem uso específico nas ciências matemáticas, fator que determinou a consolidação do termo identificador como teoria finalista.

A evolução mais uma vez norteou o surgimento de novas acepções, e o contexto histórico fertilizou os ideais de Johannes Wessels e seu principal adepto Hans – Heinrich Jescheck, dando origem a Teoria Social da Ação.

Nesse vertente, não se buscou a substituição das já concebidas concepções das teorias clássicas e finalista, mas o acréscimo de uma nova dimensão axiológica, a relevância ou transcendência social.

O conceito da mencionada teoria corresponde a um comportamento humano voluntário, psiquicamente dirigido a um fim socialmente reprovável. Tal reprovabilidade social passa a compor o conceito de conduta, na condição de um elemento implícito do tipo penal incriminador, o que deslegitima a tipificação de comportamentos socialmente aceitos.

Merece adendo que o presente trabalho busca clarificar a tutela de situações por parte do direito penal, nas quais sua ingerência se materializa de forma descompassada, uma busca pela proteção de bens jurídicos desvirtuados, tipificação de condutas nas quais a própria vítima se insere de forma volitiva no introito fático, dentre outra desregradas intervenções que nitidamente maculam os preceitos fundantes do referido ramo jurídico.

O descrédito satisfativo da imposição das penas, a ausência de adstrição às concepções do funcionalismo que serão a seguir construídas, bem como a tutela desvirtuada de bens jurídicos (a exemplo do porte de drogas para consumo pessoal), suplicam a necessária adoção das concepções teóricas da imputação objetiva como mitigadoras dos efeitos colaterais legislativos.

Dando continuidade à concepção da teoria social da ação, inflige observar que o elemento motriz dessa ideológica teórica é a necessária valoração

da capacidade de adequação da realidade jurídica à realidade social, uma vez que determinada conduta não pode ser reprimida pelo legislador ordinário quando a própria sociedade a considera indiferente.

Seria um nítido desvirtuamento legitimador da validade do próprio ramo jurídico penal, sob o espeque de que este fora criado, modulado e estruturado por balizas princípiológicas que não permitem tangenciar vertentes sem contextualização sistêmica.

Eis o momento do surgimento dos ideais jurídicos filosóficos que embasaram o surgimento das concepções das Teorias Funcionalistas a serem detidamente abordadas em subitem próprio face a simbiose com o foco do presente trabalho, a aplicação da teoria da imputação objetiva e o seu viés mitigatório à criminalização do porte de drogas para consumo pessoal e o delito de tráfico, na forma de cessão gratuita e eventual de drogas para consumo compartilhado.

3.2 CONCEPÇÕES ESTRUTURANTES DO FUNCIONALISMO

Em meados da década de setenta, as concepções das teorias funcionalistas ganham conotação e relevância no cenário jurídico filosófico da Alemanha, seus precursores buscavam a conjugação da dogmática penal aos fins do Direito Penal.

As acepções da ciência do Direito Penal construídas no século XX, foram nitidamente concebidas tendo-se como base ideais extremamente formalistas, os sistemas eram nitidamente fechados, pautados no método dedutivo axiomático, com o vetor ideológico das premissas de lesão a um direito subjetivo, conceito naturalístico de ação, preleções Neokantianas de valores e conceito ontológico introduzido pelo finalismo.

São duas as correntes funcionalistas que despontaram a atenção dos filósofos do saber ao redor do mundo, o Funcionalismo Teleológico de autoria de Claus Roxin e o Funcionalismo Sistêmico de Günter Jakobs.

Roxin desenvolveu a sua concepção enfatizando um sistema racional final do Direito Penal. A acepção do autor, desponta a ideia de crítica ao finalismo, sendo a utilização do termo “final”, apenas para elucidar o caráter teleológico que o ramo jurídico penal deveria estar adstrito.

Primordialmente, a título elucidativo cumpre minuciar a acepção do termo “sistema”, empregado pelo filosofo Roxin em suas vertentes doutrinárias. Uma detida interpretação do direito penal estaria pautada na ideia de sua finalidade conjugada com os princípios políticos criminais.

Quando utiliza o termo “sistema”, o autor não o emprega em similitude aos preceitos preconizados pelo filosofo Niklas Luhmann, eu sua mais conhecida Teoria dos Sistemas, ao revés, seu viés axiológico se aproxima com mais valia das acepções tecidas por Kant, na qual se pretende reunir sob o mesmo manto um determinada ideia associada a determinados princípios e aos dogmas penais.

Nesse momento o autor começa a inserir os ensinamentos sobre a sua concepção da teoria da imputação objetiva, materializada sob a ótica de que a função do direito penal estaria correlacionada ao fim de proteção da norma, que atuaria como um mecanismo de defesa da sociedade e também de riscos “sócio-politicamente intoleráveis” (Roxin, 2001, p.16).

O autor se refere as questões sócio políticas com o viés de elucidar o seu entendimento de que os riscos hodiernamente extrapolam as noções da Dogmática Penal, o que implica a detida analise dos aspectos empíricos.

Depreende o autor que quando o risco não estivesse fixado de forma determinada na lei, seria de incumbência do juiz decidir com base em uma estimativa exata do risco, pautado nos princípios da política criminal, que forneceria um critério socialmente tolerável. (ROXIN, 2001, p.16)

Roxin ainda implementa o alargamento da noção de culpabilidade adstrita à responsabilidade. Além dos elementos que compõem a culpabilidade, anteriormente delineados pelas acepções do neokantismo, o autor insere a aferição do juízo de “necessidade de uma pena para definitivamente atender certa conduta como delitiva, ou não” (ROXIN, 1997, p.204).

O referido filosofo exalta o correlato dogmático das teorias que legitimam as finalidades da pena, explanadas nos capítulos iniciais da presente obra, sendo tanto a culpabilidade quanto a necessidade preventiva duas condições determinantes e conjuntivas da pena.

Nesse espectro o autor insere a dicotomia do ilícito em relação a responsabilidade. O Direito Penal possui como função a defesa contra riscos intoleráveis socialmente e, a responsabilidade, ressaltaria as fundamentações dos fins das penas, dogmas fundantes da política criminal.

A análise tecida pelo autor desponta a preocupação do filosofo no estabelecimento do rompimento de uma visão holística, imergindo nas acepções do conceito de Sistema do Direito Penal, que explicitamente roga a edificação das finalidades valorativas, culminando na sistematização conjunta da matéria penal.

Acresce-se as bases conceituais um argumento moral, tecido pelo filosofo, uma vez que o direito está necessariamente vinculado a lei e a busca dos fins dessa mencionada lei, o que permite que seu legitimo aplicador realizasse a justiça do caso concreto, singularizando a norma pautado em tais finalidade reitoras, convergindo em elementos que configuram o sistema, sendo estanque aquilo que contrariasse os fins do sistema.

As finalidades reitoras concebidas pelo doutrinador corresponderiam as política criminais, uma vez que os pressupostos de punibilidade deveriam ter o norte orientativo em simbiose a finalidade do próprio direito.

Roxin estabelece a correlação da Dogmática jurídico penal e Política criminal através do que denominara de “tríplice oferta”. A primeira correspondente à permissibilidade de apreciação das normas jurídicas já positivadas pautadas em um viés político. A segunda correspondente à necessidade de futuras alterações normativas e a terceira na possibilidade de interpretação do Direito vigente. (ROXIN, 2001, p.16).

O autor trabalha com a ideia preceito do princípio da inexistência de crime sem previa tipificação legal, elevando tal acepção ao status de postulado princípiológico da política criminal vetora das finalidades do Direito.

Nesses moldes haveria diferença entre a Dogmática e à Política criminal, onde a primeira estaria atentada a constituição e configuração do Direito, já a Política Criminal por sua vez estaria preocupada em como o direito deveria ser, uma visão de cunho prospectivo, levando-se em conta seus fins e finalidades.

Contudo, o autor ainda demonstra sua inquietação com a propensa modulação exagerada dos nortes descritos no parágrafo anterior. Na elocução do autor a aplicação do direito não mais poderia ser compreendida como um critério de subsunção lógica, ao revés, deveria corresponder a uma concretização, uma atualização das finalidades legislativas.

O papel desenvolvido pelo dogmata consistiria em argumentar político criminalmente com o legislador, realizando o papel de desenvolver o direito. O

Direito Penal corresponde ao objeto da Dogmática, mas o aspecto prospectivo do direito, materializado em como este deveria ser, é um traço nítido da Política.

O autor salienta contudo que há um traço de complementaridade pois, aquele que interpreta o Direito, na figura do juiz ou cientista jurídico, teria que exercer uma prática político criminal nos marcos da lei.

Tal premissa interpretativa esboça a análise embrionária do ponto salutar da concepção do funcionalismo teleológico preconizado pelo autor, na medida em que elucida a ponderação acerca da utilidade e necessidade social de tipificação de uma conduta, haveria a interpretação que se valha dos argumentos legitimadores do preceitos políticos criminais.

Merece adendo que nesse momento torna-se nítido o ponto motriz de concepção do presente trabalho, com espeque nos ideias funcionalistas, mais precisamente no quanto depreendido pelo Funcionalismo Teleológico de Roxin, que se correlaciona o viés mitigatório da tipificação das condutas de porte de drogas para consumo pessoal e do crime de tráfico na modalidade de cessão gratuita para consumo compartilhado, injetando as premissas da teoria da imputação objetiva.

As mencionadas concepções teóricas moduladas pelos ideias jurídico filosóficos de seu mentor, Roxin, denotam a superação às teorias fundadas no viés ontológico, marco histórico equiparado a Revolução Copernicana.

Os escritos do mencionado filosofo inserem no contexto intelectual os elementos políticos da operacionalização do Direito, destacando e sobretudo questionado quais são os verdadeiros fins da norma, posteriormente quais os fins do tipo penal incriminador, sem olvidar a ponderação da utilidade e necessidade enquanto princípios políticos determinativos da norma a ser subsumida, pilares inseridos na concepção da teoria da imputação objetiva a ser dissecada no capítulos seguintes.

A articulação entre o uso dogmático dos princípios políticos desempenharia o papel de garantia da justiça singularizada no caso concreto, argumentação essa com aspectos morais segundo Habermas. (HABERMAS, 2000, p.18).

Haveria ainda uma correção axiológica, com um viés argumentativo ético que permitiria uma sistematicidade com nítida redução da complexidade para solução dos problemas postos e decréscimo da indeterminação do Direito no que

condiz aos seus aspectos axiológicos, instrumentalizando a justeza na solução dos suportes fáticos estampados nos casos concretos.

Tal evolução concepcional somente se torna crível quando se implementa uma mudança interpretativa do Direito. Não se pode compreender tal ramo pautado estreitamente em deduções conceituais, método adstrito aos sistemas rígidos, fechados.

A exclusiva dedução e subsunção normativa resvala colateralmente nos resultados políticos criminais frutíferos para o corpo social. Roxin se vale das consideráveis acepções da inserção da seara princípiológica como métrica, com o fito de operacionalizar o Direito, uma construção teleológica orientada axiologicamente.

O que se afere das digressões até aqui formuladas, de forma sucinta é que o funcionalismo teleológico concebido por Roxin propõe o entendimento de que a conduta corresponderia a um comportamento humano voluntário, causador de um relevante e intolerável lesão ou propenso perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pelo preceito primário da norma penal.

Estruturalmente o crime seria circunspeto por três substratos, o fato típico, a antijuridicidade e responsabilidade. A culpabilidade por sua vez deixaria de integrar diretamente o crime, figurando pela ótica roxiniana, como um limite funcional da pena, o preceito da culpabilidade funcional.

A dita responsabilidade possuiria como substrato os elementos da imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude, bem como a exigibilidade de conduta diversa e, por fim, a necessidade da pena. Sendo o dito agente responsável, incidiria a culpabilidade como limite da sanção penal.

Feitas tais límpidas digressões, cumpre salientar que o foco primordial da presente obra consiste na elucidação do descrédito interventivo do direito penal sobre algumas condutas e bens jurídicos, em especial ao crime de porte de drogas para consumo pessoal e o crime de tráfico na forma de cessão gratuita e eventual para consumo compartilhado, adotando-se para tal elucidação as concepções das finalidades da pena, associada ao funcionalismo concebido por Roxin e a teoria da imputação objetiva.

Nesse espectro merece ser suscitada as acepções concebidas por Günter Jakobs, aos prelecionar a criação da vertente intitulada de Funcionalismo Sistêmico.

A construção de tal entendimento esta pautada na noção de sistemas sociais fundada por Niklas Luhmann, mediante a qual o direito penal corresponderia a um sistema intitulado de “autopoiético”.

O Direito Penal estaria determinado pela função que cumpre dentro do sistema social, embora autorreferente com suas regras próprias estaria inserido dentro do amplo sistema social.

A preocupação das concepções de Jakobs se perfazia sobre a higidez das normas estabelecidas para o propósito de regulação das relações sociais e, em caso de frustração das normas por intermédio da conduta dos agentes a resposta seria a sanção penal, tendo em vista que a missão do direito é assegurar a vigência intangível do sistema.

A conduta ganha conotação de comportamento humano voluntário causador de um resultado passível de evitação, violador do sistema em consequente frustração das expectativas normativas.

Jakobs reloca a culpabilidade ao terceiro substrato do conceito analítico do delito, se materializando pelo fato típico, antijurídico e culpável. Por sua vez a culpabilidade teria como substrato a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

O dolo e a culpa permanecem inseridos na análise do fato típico, tal qual as concepções do finalismo. As vertentes concebidas por Jakobs deram ensejo a sua concepção intitulada de direito penal do inimigo cuja premissa estava básica se perfazia no tratamento singularizado do sujeito infiel ao sistema.

Embora drasticamente implementada os ideais do direito penal do inimigo aduzidos por Jakobs pautava-se na consideração de que o sujeito que volitivamente se dedicasse a prática de determinados crimes não poderia fazer jus ao status de cidadão, detendo ao revés o reflexo protetivo proveniente do sistema a ser exercido por uma punição serva no afinco da manutenção incólume do sistema.

Tal acepção também já fora externada por demais autores de renome intelectual a exemplo de S. Tomé de Aquino, Immanuel Kant, John Locke, Hobbes e outros.

Nas acepções de São Tomás de Aquino a infração era compreendida como um pecado e o seu mentor deveria ser morto pelo Estado, tratamento similar ao despendido aos animais *(vlut bestia).* O ideal estabelecido correspondia na

constatação de que a dignidade humana não era encontrada em todos os homens, somente naqueles virtuosos.

Hobbes, por sua vez, compreendia o direito penal do inimigo como o moderno dogma penal. Seriam inimigos aqueles indivíduos que não se desvincularam do estado de natureza, produtores constantes de perigos ou ameaças a existência dos demais seres humanos, afetando a segurança.

Na capitulação do direito penal do inimigo na concepção ideológica de Jakobs, é possível escalonar as características condizentes a necessidade de antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, o implemento da flexibilização do princípio da ofensividade com a tipificação de crimes de mera conduta e de perigo abstrato, descrição um tanto quanto vaga dos crimes e de suas reprimendas conditos no preceito secundário do tipo, sem olvidar a preponderância do direito penal do autor em contrapartida ao direito penal do fato em nítida flexibilização do princípio da exteriorização do fato.

Salientando ainda o surgimento das chamadas leis de luta e de combate, o endurecimento da execução penal e a restrição das garantias penais e processuais, características do Direito Penal de Terceira Velocidade.

Assim, Jakobs se filiava a ideia motriz de que no plano comunicativo a pena restabeleceria a vigência da norma abalada pela conduta danoso do infrator. Tal restabelecimento que cumpriria o papel da manutenção da identidade normativa e social.

Na vertente de Jakobs, a manutenção do corpo social somente poderia ser possível tecendo-se as garantias de determinadas expectativas. Como as aludidas expectativas se refeririam a pessoas, portadoras de um determinado papel, o requisito mínimo para se imputar seria a detida quebra dos preceitos e sentido do mundo objetivo.

A imputação objetiva sob o espeque do mencionado autor era compreendida como uma limitação da responsabilidade, em âmbito objetivo, decorrente de um mundo objetivo.

Tais digressões elucidam os preceitos que estruturam o ramo jurídico penal e, munidos de embasamento, servem de sustentáculo para elucidar a necessidade de uma contextualização dos múltiplos reflexos colaterais que a sua ingerência acarreta.

O descrédito de alguns institutos associados a límpida base teórica dos instrumentalistas do saber denotam a necessárias limitação interventiva do direito penal na tutela de condutas e bens que não despontam a ingerência de tal ramo.

Nesse espectro, com o fito de dar continuidade aos fundamentos que ao final culminaram na clarificação da possibilidade de aplicação da teoria da imputação objetiva nos delitos de porte de drogas para consumo pessoal e no crime de tráfico na modalidade de cessão gratuita e eventual para consumo compartilhado, imperiosa se perfaz a elucidação dos conceitos e acepções doutrinarias que circundam a tutela dos bens jurídico penais.

3.3 SELETIVIDADE DOS BENS JURÍDICOS PENALMENTE RELEVANTES E SUA LIMITAÇÃO À INTERVENÇÃO PENAL

Primordialmente, no que tange à Teoria da Imputação Objetiva, com a real intenção de aferir pragmaticamente quais são as características que circundam a criação concepcional e sua pretéritas modulações evolutivas, necessário se perfaz a análise conjunta da gravidade interventiva do direto penal, que nos remonta ao exame da formulação concepcional dos bens jurídicos capazes de respaldar tal atuação, na tentativa de tornar nítida qual a verdadeira função do referido ramo jurídico.

O conceito de bem jurídico sofre a ingerência axiológica de diversos autores, que fundamentalmente se debruçam sobre o etiquetamento deste elemento motivador da atuação legitima do ramo jurídico penal.

Dentre as acepções que incialmente merecem destaque, podemos aduzir a explanada por Gunther Jakobs ao asseverar que:

> O direito penal não serve para a proteção genérica de bens que são considerados como jurídicos, serve sim, para a proteção de bens contra certos ataques, e só no que se refere a essa proteção de bens, aparecerão na ótica do direito, e, portanto, serão considerados, bens jurídicos.
> O direito não é um muro construído para proteger os bens, é sim, a estrutura que garante a relação entre pessoas. Portanto, o direito penal como proteção dos bens jurídicos significa que uma pessoa, apegada a seus bens, é protegida das ameaças de outra pessoa. (JAKOBS, 2005, p.33)

A delimitação conceitual formulada por Jakobs nos remete a constatação de que ao direito penal não se atribui a árdua tarefe de classificar,

tampouco originar os bens jurídicos de determinada sociedade, competindo lhe a tarefa não menos valorada de proteção aos aduzidos bens.

O preceito formulado por Jakobs transmuta a atuação do direito penal a um momento posterior ao surgimento dos bens jurídicos, na realidade o direito penal não terá o condão de preservar todos os bens jurídicos, na medida em que ainda haverá um afunilamento dos bens que merecem a atenção do direito penal, sendo os demais protegidos por normas do direito civil ou administrativo.

Por sua vez, necessário se conceber a primazia conceitual estabelecida pela concepção de Claus Roxin, que expende:

> A função do direito penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.
> Bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. (ROXIN, 2006, p.18).

A ótica traçada pela concepção Roxiniana traduz a real função dos bens jurídicos catalogados pelo direito penal e sua ínsita tratativa protecional, cuja finalidade esta lastreada pela busca do equilíbrio das relações interpessoais vistas coletivamente.

A tentativa de construção de um conceito harmônico do que poderia corresponder, no âmbito teórico, aos bens jurídicos que o direito penal se predispõe a tutelar, merece a confrontação com as ideologias estabelecidas por filósofos como Rudolphi, Marx e Hassemer.

Os aludidos autores baseavam a concepção do bem jurídico sob o prisma ideológico de caráter pessoal, individualizando o que deveria integrar a proteção jurídico penal. Assim, segundo Roxin, correspondia a uma ideologia limitativa, inepta a abarcar os bens jurídicos da generalidade (ROXIN, 2006, p.19).

É imperiosa a aferição de que a tutela jurídico-penal dos bens postos em análise indistintamente perpassa pela necessária expropriação valorativa dos elementos que compõe a visão axiológica de determinada coletividade de sujeitos, que anseiam pelo natural convívio harmonioso.

Uma vez concebido os moldes de aferição pelos quais se permitem estimar os bens jurídicos que necessariamente merecem a intervenção danosa do direito penal, alcança-se o ponto motriz ensejador do surgimento dos tipos penais.

Os tipos penais consistem, de acordo com a necessária observância determinativa do princípio da legalidade, no resultado do processo legislativo que busca tutelar as acepções coletivas protecionais, com o fito de possibilitar que determinados cidadãos se relacionem harmonicamente.

Se protege penalmente os bens relevantes à manutenção da ordem, sob pena de latente afronta ao princípio da intervenção mínima da seara penal. A tutela incriminadora, em caso de afronta a tais bens, estaria substancialmente legitimada à proteção do essencial.

A essencialidade e subsidiariedade, intrínseca a natureza jurídica do direito penal, correspondem aos elementos pretéritos primordiais para concepção da função de tal ramo jurídico, o que delimita o próprio poder do legislador.

Inconcebível será a possibilidade do estabelecimento, por parte do legislador, da tipificação de condutas que afrontem os direitos fundamentais ou correspondam a ideologias classistas.

A evolução paradigmática dá ensejo a proibição do retrocesso, na medida em que transpõe o referencial ideológico para um plano substancialmente mais elevado.

Ao se aferir a teoria roxiniana sobre os aludidos bens jurídicos penalmente relevantes, o autor insere, como elemento delimitador da atuação do poder legislativo no exercício da sua função constitucional de tipificar condutas, o elemento do consentimento, ao aduzir:

> A consciente autolesão, como também sua possibilitação e fomento, não legitimam uma sanção punitiva, pois a proteção de bens jurídicos tem por objeto a proteção frente à outra pessoa, e não frente a si mesmo.
> Um paternalismo estatal, enquanto este deva ser praticado através do Direito Penal, é por isto justificável somente tratando-se de déficits de autonomia do afetado (menores de idade, perturbados mentais, que não compreendem corretamente o risco para si).
> A participação no suicídio não deve ser punível, como ocorre na Alemanha, ao contrário de muitos outros países, quando aquele que consentiu com a morte tomou sua decisão em um estado de total responsabilidade; isto é uma questão de grande importância na moderna discussão sobre eutanásia. (ROXIN, 2006, p.23)

Roxin acrescenta à memorável discussão do surgimento dos bens jurídicos penais a possibilidade de consentir com a sua infração, expurgando a atuação do estado, desalvorando a tipicidade em virtude da disponibilidade subjetiva do referido bem.

Depreender a institucionalização do consentimento, outorgando poderes salutares a afetação dos tipos penais, em virtude da mitigação, por tal elemento, da lesão aos bens jurídicos, é um dos pontos teleológicos do presente trabalho cientifico, no que condiz mais precisamente aos reflexos à aludida tipicidade.

Contudo, necessário se faz, a priori, o percalço sobre os demais elementos que mitigam a institucionalização exacerbada de numerosos tipos penais, tais como a inserção no direito comparado do princípio constitucional da proporcionalidade, antes de adentrar nos elementos integrantes da figura do consentimento, com especial atenção aos delitos de consumo pessoal e correlatos preconizados na Lei de drogas.

Transmutando a análise para o direito Alemão, Roxin nos ensina que o seu Tribunal Constitucional, em um juízo ponderado de cunho valorativo, legitimou como método de elegibilidade dos bens jurídicos penais, o princípio constitucional da proporcionalidade, ao descrever que:

> O Tribunal decide sobre a admissibilidade de uma intervenção jurídico-penal lançando mão do princípio da proporcionalidade ao qual pertence a chamada proibição de excessos como uma de suas manifestações.
> Poder-se-ia dizer que uma norma penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, pois é uma intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos. Desde de logo, haverá que deixar ao legislador uma margem de decisão no momento de responder se uma norma penal é um instrumento útil para a proteção de bens jurídicos.
> Mas quando para isso não se possa encontrar uma fundamentação séria justificável, a consequência deve ser a ineficácia de um norma penal desproporcional (ROXIN, 2006, p. 27).

O racionalismo sistêmico que deve pautar o arcabouço normativo de um estado democrático de direito legitima a simbiose analógica de institutos que permitam a expansão do direito como mecanismo efetivo da tutela jurídica.

Nessa linha, Roxin destaca a atuação do Tribunal Alemão na intrínseca inserção do princípio da proporcionalidade como balizador da institucionalização de bens jurídicos que dão ensejo as normas típicas.

O direito se legitima em si mesmo quando seus mecanismos racionais são proporcionais a teleologia pela qual seu embrionismo se funda. É a razão da existência sob a ótica da manutenção da sua necessária tutela que, em casos de desvios, se torna desproporcional.

Há ainda a existência de outras métricas capazes de indicar técnicas de aferição ponderada dos fins aos quais o direito penal estaria legitimado a agir, o que será objeto de estudo no curso da construção do presente trabalho científico.

No que tange aos bens jurídicos penalmente relevantes, ponto primordial para identificação da tutela penal, é salutar o adendo acerca das apreciações roxinianas às teses prelecionadas por Hirsch, Stratenwerth, Jakobs.

Segundo Roxin, Hirsch não tinha o intento negatório da concepção de bem jurídico pessoal derivado do contrato social, apenas compreendia a impossibilidade da proteção penal total a tais bens.

O mencionado autor acrescenta ainda a observância da tutela subsidiária do ramo penal apenas quando ineficientes os mecanismos de controle advindos das regulamentações civis ou jurídico-administrativas.

A primazia racional da concepção de Hirsch, na visão de Roxin, foi a correlação necessária do aludido princípio da subsidiariedade com o princípio da proporcionalidade, estruturantes imprescindíveis ao organograma intervencional do direito penal. (ROXIN, 2006, p.31).

Merece destaque intelectual a asseveração construída por Stratenwerth, ao incorporar como bens jurídicos penais a proteção de animais e das futuras gerações. Nesse epicentro ideológico, Roxin anui enfaticamente que a ampliação de tais bens com o fito de incorporação não só do círculo dos homens, mas também, das demais criaturas vivas e das futuras gerações, é salutar para o contrato social harmônico. (ROXIN, 2006, p.33).

Tais concepções sempre nos remonta a ideia primordial de que os bens jurídicos eleitos pela sociedade são o resultado de suas acepções ideológicas, consuetudinária, políticas e demais elementos antropológicos que os materializam.

Tecidas tais considerações lacônicas acerca dos bens jurídico-penais, culmina-se a necessidade de adentrar nas axiomáticas concepções sobre o consentimento e suas vertentes basilares.

Partindo do pressuposto antropológico do consentimento, me atenho, como objeto de estudo, à classificação do mesmo, como a livre e desimpedida

manifestação volitiva do sujeito com capacidade de compreender os fatos e sobre eles emitir sua vontade, após o devido juízo de valor.

O refinamento conceitual formulado no parágrafo anterior possui a finalidade de se ater estritamente a vertente jurídica de tal instituto, sem necessariamente, no presente momento, se imergir nas concepções psicológicas, tampouco as intrínsecas a natureza do homem como ser natural.

Formulado tal adendo, foca-se a atenção na concepção do consentimento prelecionada por Feuerbach, ao aduzir que:

> Enquanto uma pessoa pode renunciar de seus direitos através de um ato declaratório de sua vontade, o consentimento para o fato da parte do prejudicado elimina o conceito de delito.
> *Volenti non fit injuri.* Tão somente deve ser submetido às disposições prováveis (conforme o direito) do ofendido, o direito contra qual a ação, a que se refere o consentimento está dirigida. Se o direito está subtraído à livre manifestação da vontade do autorizado ou se este é incapaz da sua livre disposição, o consentimento não tem efeito jurídico algum. (PIERANGELI, 2001, p.73).

Na linha racional desenvolvida pelo autor referendado se extrai, como pressuposto do consentimento, a aferição da natureza do direito e da capacidade de disponibilidade do bem jurídico infringido.

A agregação pretérita de elementos, como requisito para a ocorrência do consentimento, possui o intuito de legitimar tal instituto, como uma ferramenta criteriosa com aptidão de mitigar a violação aos tipos penais, em que a imposição de requisitos para o seu preenchimento ampliem as consequências da sua ocorrência.

O consentimento do ofendido juntamente com a aferição dos bens jurídicos penalmente relevantes habitam o epicentro das atenções da legitimidade do direito penal ou da sua consequente mitigação, uma vez que, para toda atuação penal, se invoca imprescindivelmente os princípios da intervenção mínima, da lesividade, da subsidiariedade e suas derivadas acepções.

Com tal relevância, necessário se faz se debruçar de forma tênue sobre as demais teses do consentimento, como as concebidas por Zitelmann, Frank, Bierling, Mezger e Welzel, no intuito de ilustrar as suas fundamentações teóricas que embasarão de forma aprofundada o presente trabalho em momento posterior.

Segundo discorre Zitelmann, e posteriormente Frank, o consentimento pode ser visto como uma figura assemelhada ao negócio jurídico eminentemente

privado. Tal concepção se baseia na possibilidade do estabelecimento sinalagmático da vontade em detrimento de determinados bens.

Assim, “todas as ações consentidas que estivessem de conformidade com o direito privado, ainda que eivadas da antijuridicidade penal, esta restaria excluída em face das disposições da gestão de negócios” (PIERANGELI, 2001, p.75).

Contudo, muito embora se permitisse a formulação de um negócio jurídico mitigador da atuação do direito penal, isso só se faria possível quando o bem alvo de lesão não possuísse natureza pessoal, tais como a vida, integridade física dentre outros.

O referido afunilamento, que sobrestaria determinados bens, corresponde a possibilidade de disponibilidade volitiva do ofendido e a autorização social, uma vez que, mesmo presente os requisitos para formulação do “negócio jurídico”, tal bem pessoal seria insuscetível de afetação mitigadora da tutela penal.

A referida teoria procurava justificar a coexistência legitima de esportes que atentam contra os referidos bens pessoais, tais como boxe, “vale tudo” e demais atividades lesivas.

Nada obstante, apesar de ilustrar uma nova vertente ótica, a referida tese sofrera fortes críticas, a exemplo das tecidas por Mezger, que aduzia não serem todas as manifestações de vontade objetos de negócios jurídicos, além do ordenamento legitimar a formulação de negócios jurídicos sobre objetos lícitos e não sobre os bens considerados ilícitos por outro ramo jurídico como o penal.

Conclui as suas críticas salientando que tal concepção negocial do consentimento se tratava de um desacerto da compreensão de dois institutos diametralmente opostos, o consentimento como causa de justificação salutar para o direito penal e o consentimento como negócio jurídico desinteressante para o direito penal.

Na visão concebida por Bierling, os bens jurídicos possuíam a conotação de serem tutelados enquanto o seu titular os considerasse e os tratasse como bens de valor. Nesse sentido, o seu titular, na medida que consentisse com determinada conduta, afastava a lesividade e por consequência a ilicitude.

A referida teoria recebeu a nomenclatura de teoria da ação jurídica, tendo em vista a mutação causada pelo consentimento, que afastava a tutela jurídico-penal sobre o bem objeto da disponibilidade.

Assim, de acordo com o suporte fático ensejador da disponibilidade, não há renúncia à previsibilidade típica da conduta, mas renúncia à proteção jurídica do referido bem jurídico em face do sujeito exclusivo que exprimiu o consentimento.

Em derradeiro, merece atenção a concepção tecida por Mezger ao expender um aprimoramento a teoria de Bierling, asseverando que o consentimento pressupõe “o abandono consciente dos interesses por parte daquele que, legitimamente, tem a faculdade de disposição sobre o bem jurídico” (PIERANGELI, 2001, p.79).

O referido autor ainda enumera, em seu âmbito conceitual, que existem duas normas reguladoras das quais podem ser encontradas as causas que chamara de justificadoras, elencando como primeira a falta de interesse que resultaria na ausência do injusto ou ausência de proteção, e segunda, a determinação do interesse.

O aludido autor adota, ainda, como base ideológica, a necessária aferição da consciência jurídica de cada época, o que torna a aferição do consentimento intimamente atrelada aos elementos circunstancias que compõe determinada ocorrência empírica.

Por fim, ainda analisando o âmbito do consentimento, destaca-se a concepção de Welzel que se filia a teoria da ação jurídica, asseverando que o consentimento torna determinada conduta lícita. Contudo, o referido penalista atribui uma elevada carga valorativa ao direito consuetudinário como critério limitador do consentimento, não podendo este ser contrário aos bons costumes.

Por tal linha racional, é palpável o embasamento conceitual pautado na interrelação dos aspectos que compõem o surgimento dos bens jurídicos e a outorga, ao seu titular, de um elemento mitigador primado na valoração coletiva de tal bem.

A violação ao bem que embora só afete materialmente o ofendido não está sujeito ao consentimento, pelo fato de respaldar de forma colateral os anseios sociais da coletividade.

Ainda impende tecer algumas considerações sobre as concepções de filósofos que se ativeram, proativamente, a elucidar seus ideias sobre o elemento que compõe necessariamente o direito penal.

Feuerbach, buscou no início do século XIX, a construção de um conceito de delito que tivesse integração com elementos que iriam além dos

meramente formais, o crime ganharia conotação de violação a um direito subjetivo do cidadão ou do próprio Estado. (COELHO, 2003, p.35).

O direito subjetivo corresponderia a um instrumento eficaz para garantir a liberdade individual. A liberdade seria caracterizada pelas normas objetivas, rompendo-se com a concepção abstrata.

A contribuição do mencionado autor, pautada na teoria da lesão dos direitos subjetivos, desencadeou a busca pelo substrato material do conceito delitivo, um vez que o direito subjetivo não abarca a noção completa de bem jurídico.

Foi alvo de críticas a acepção de Feuerbach pela ausência de descrição da existência de bens jurídicos coletivos ou supraindividuais, face ao contexto histórico da época e, tal incompletude, deu origem ao surgimento dos ideais de Birnbaum.

A doutrina aponta o filosofo como detentor da paternidade do termo bem jurídico e crítico a concepção de Feuerbach face a simplória conceituação apenas do direito subjetivo.

Insere o autor, a visão de bem jurídico sem esta adstrito a intersubjetividade, sendo a lesão correspondente a afetação do mundo exterior. Seu conteúdo seria extraído da realidade factual e do contexto social.

Nesse espectro, merece ser elucidado as acepções tecidas por Yuri Carneiro Coelho ao aduzir:

> Pode se concluir, enfim, que Birnbaum introduziu um novo conceito de crime, compreendido como violação de um bem jurídico, que, no entanto, não logrou êxito, ao tentar promover uma ruptura completa com as ideias decorrentes do iluminismo, embora existisse um ponto de contato com as mesmas. (COELHO, 2003, p.42).

Embora inovadora a capitulação do conceito de bem jurídico translativo e, iniciado o norte referencial distanciado das concepções pré-positivistas, metafísicas e jusnaturalista, ainda era necessária a modulação e agregação de mais sustentáculos fundamentadores a tal concepção.

Eis que se inserem as preleções do filosofo Binding, compreendidas pela inclusão da fonte do direito pautada unicamente na norma, implementação da primeira vertente de caráter formal ao conceito de bem jurídico.

O mencionado doutrinador repudiava a propensa existência de direitos inatos a natureza meramente material dos sujeitos, estes na realidade somente poderiam existir desde que originados da Lei.

O autor se pauta nitidamente pelas acepções positivistas normativas, uma vez que a tutela dos bens seria desencadeada pela exclusiva vontade do legislador, a lesão afrontaria, nesses moldes, um direito subjetivo do Estado.

Havia a hipervalorizada conceituação intersistemática do bem jurídico, aflorada pelos escopos do legislador. Críticas como as de costume a todas as teorias, a acepção de Binding fora questionada pelo fato de esvaziar o conteúdo da função do bem jurídico, sendo enquadrado apenas como critério interpretativo dos tipos penais.

Nesse cenário, surgem as ideologias de Von Liszt, que apesar de se pautar nas compreensões de Binding concernentes aos dogmas de matriz intra-sistemática e do viés positivistas, acresceu o pressuposto de que os bens jurídicos são preexistentes à atividade do legislador.

“Assim, eles não se tornam juridicamente protegidos apenas pela vontade do legislador de reconhece-los, são eles os interesses vitais do indivíduo a que o Estado deve outorgar sua tutela através do direito penal” (COELHO, 2003, p.49).

O bem jurídico corresponderia ao interesse juridicamente protegido, sendo interesse do indivíduo ou da sociedade. Instaura-se uma vertente pautada no cunhado sociológico positivista, onde são analisados fatos sociais que despontam o interesse coletivo e consequente intitulação do bem a ser protegido.

Von Liszt, estabelece a primordial acepção cunhada no tratamento científico formal da norma, agora detentora de uma dimensão material do conceito de injusto penal.

Mais uma vez necessário se faz trazer à baila as digressões formuladas pelo professor Yuri Carneiro Coelho, que aduz:

> A necessidade de se encontrar um substrato para o bem jurídico, que possa dar suporte ao direito penal dentro do Estado democrático de direito, consentâneo com os princípios que o regem, leva-nos, forçosamente, a buscar não só seus fundamentos históricos, como a acompanhar as principais tendências contemporâneas sobre o bem jurídico penal.
> No contexto atual, coexistem três correntes de pensamento sobre o bem jurídico, quais sejam, as teorias sociológicas, as teorias constitucionalistas e a teoria ético-social, tendo esta alcançado menor repercussão. As duas

> primeiras procuram fornecer instrumentos para determinação do conteúdo material do bem jurídico penal, priorizando os aspectos de natureza sociológica ou traçando seus contornos a partir dos princípios e dos valores albergados na Constituição.
> Cumpre salientar que, dentro destas mesmas correntes, existem subdivisões quanto à formulação e abrangência de seus conceitos, constando-se, inclusive, correntes que sequer admitem que o bem jurídico seja tratado dogmaticamente de maneira autônoma, como o funcionalismo de Jakobs. (COELHO, 2003, p.63).

In loco, depreende-se que o instituto da capitulação dos bens jurídicos despontam a atenção de uma moderna sociedade, que pautam seus ideais na seara princípiológica com o fito de aproximar o sistema normativo das necessidades prospectivas do corpo social.

É nesse contexto que suplicamos a aferição teleológica das fundamentações que norteiam o princípio da intervenção mínima e demais corolários, elucidando pragmaticamente como as concepções foram moduladas e como ainda são.

O caminho intelectual e filosófico surge com o emprego de ideais paradigmáticos, com a propensa aptidão de concretude, haja vista que o paradigma de hoje pode ser a realidade de amanhã.

Culmina-se na necessidade de elucidação dos preceitos tecidos pelas acepções das Teorias Constitucionais do bem jurídico penal.

Na visão do doutrinador Luiz Regis Prado, “as teorias constitucionalistas procuram formular critérios capazes de se impor de modo necessário ao legislador ordinário, limitando-o no momento de criar o ilícito penal”. (PRADO, 2009, p.52).

O mencionado autor ainda elucida que o conceito de bem jurídico dever ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normativização de diretivas político criminais.

Nesse jaez, parafraseando os ensinamentos de Roxin, Luiz Regis Prados aduz que:

> Roxin parte da ideia de Constituição, mais especificamente da noção moderna de Estado Democrático e Social de Direito. No campo penal, significa que seu objetivo só pode ser o de garantir ao indivíduo uma vida de paz em sociedade. Em termos reais, isso quer dizer que em cada situação histórica e social de um grupo humano os pressupostos imprescindíveis para uma existência em comum se concretizam em uma série de condições valiosas como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de actuação ou a propriedade, as quais todo mundo conhece, numa palavra os

> chamados bens jurídicos; e o Direito Penal tem que assegurar esses bens, punindo sua violação em determinadas condições.
> No Estado moderno, junto a essa proteção de bens jurídicos previamente dados, surge a necessidade de assegurar, se necessário através de meios de Direito Penal, o cumprimento das prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado. Com essa dupla função, o Direito Penal realiza uma das mais importantes das numerosas tarefas do Estado, na medida em que apenas a proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e a garantia das prestações públicas necessárias para a existência possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade, que a nossa Constituição considera como pressuposto de uma condição digna. (PRADO, 2009, p.53).

O quanto aduzido pelo mencionado autor nos serve para corroborar com mais ênfase o corolário imposto ao direito penal, que deve selecionar criteriosamente quais bens merecem proteção da lei, sempre pautado nos princípios penais que correspondem as “vigas mestras – fundantes e regentes – de todo o ordenamento penal.

No âmbito princípiológico é imperiosa a deôntica necessidade da detida aplicação dos princípios da proporcionalidade, da intervenção mínima, da fragmentariedade, da insignificância, da lesividade e da subsidiariedade, como vetores axiológicos na avaliação dos bens jurídicos a serem tutelados.

Feitas tais abordagem, das linhas filosóficas transcritas, bem como do arcabouço princípiológico elucidado, fica demonstrada que o Direito Penal é um modulador do comportamento humano que exerce sua legitima função de acordo e atido aos preceitos que o fundamentam.

O caminho percorrido por tal ramo necessariamente deve ser balizado pelos preceitos que o materializam e, sempre que sua atuação se distância do seu norte referencial princípiológico, constatamos o seu desvirtuamento.

Tecidas tais elucidações, agrega-se na finalidade teleológica do presente trabalho, o descrédito à tipificação de condutas que visem proteger bens jurídicos que não são de atingidos diretamente pelo preenchimento dos núcleos do tipo, tal qual se afiguram os casos de porte de drogas para consumo pessoal e o crime de tráfico na forma de cessão gratuita e eventual para consumo compartilhado.

O bem, saúde pública, que tais condutas típica visam proteger, não são diretamente afetados quando os sujeitos ativos fazem uso das substâncias conceituadas como proibidas, uma vez que se equiparam a utilização de outras drogas legitimadas pelo Estado, a exemplo do álcool.

A mencionada tipificação desponta um descredito interventivo do direito penal como modulador da conduta sem a detida observância dos fundamentos, anteriormente esboçados, que deram origem ao refinamento da acepção constitucional da tutela dos bens jurídicos.

Nesse viés, o que se demonstra nesse capítulo e, o até aqui exposto, é a ineficaz imposição das penas, associada ao desvirtuamento da tutela do bem jurídico saúde pública, para em seguida ser acrescido as concepções da teoria da imputação objetiva como mais um vetor a corroborara a ausência de sustentáculo para a manutenção da criminalização dos delitos de porte de drogas para consumo pessoal e do crime de tráfico na modalidade de cessão gratuita e eventual para o consumo compartilhado.

4 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E O SEU VIÉS MITIGATÓRIO À CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL E O DELITO DE TRÁFICO, NA FORMA DE CESSÃO GRATUITA E EVENTUAL DE DROGAS PARA CONSUMO COMPARTILHADO

4.1 ACEPÇÕES DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A dogmática penal passou a direcionar suas atenções ao comportamento da vítima com o fito de possibilitar a detida avaliação sua contribuição com o resultado que venha ser inserido em uma propensa conduta típica.

A análise da compensação de culpas, da ótica da vitimodogmática, associada a auto e heterocolocação em perigo viés da teoria da imputação objetiva ganham destaque no contexto filosófico.

Para a professora Maria Auxiliadora Minaim, tal construção se pauta na análise do papel do ofendido, conforme expende:

> A introdução da figura do ofendido no sistema do fato punível, para ponderar sobre sua colaboração na afetação de seu próprio bem jurídico, ainda que, para tanto, se tenha associado um terceiro. Em alguns casos, é dada tal dimensão à atuação do titular dos bens, que, apreciada sua importância, seria possível concluir que nem sequer exista uma conduta típica e, consequentemente, responsabilidade do autor.
> Exemplo disso é a polêmica existente sobre a auto e heterocolocação em perigo. Como expressa Manoel da Costa Andrade, tais construções são manifestações da autonomia do portador do bem jurídico e da compreensão que esta desempenha para sua autorrealização, podendo-se distingui-las "quanto ao papel e ao relevo reservados à autonomia, quer no programa de tutela jurídico penal de bens jurídicos, como integridade física, quer no regime de consentimento". (MINAHIM, 2015, P.85).

Os preceitos tecidos pela análise acima destacada demonstram a correlação dos institutos até aqui expostos, com a detida simbiose da teoria da imputação objetiva e o seu desencadeamento da atipicidade das condutas descritas no artigo 28 e 33, §3º da Lei de Drogas, a ser pormenorizada.

O epicentro inovador da mencionada concepção dogmática circunda na reflexão da responsabilidade da vítima na configuração do evento inserida na estrutura do delito e seu propenso desencadeamento da atipicidade.

Embora com pontos similares, eis por bem diferenciar a ótica empregada nas concepções da Vitimologia, na medida em que seu axioma se perfaz no estudo da vítima e o seu papel no desdobramento do crime, sem a acepção de inserir seus fundamentos na concepção dos fatos puníveis.

As primeiras concepções da imputação objetiva se diferem da moderna concepção da imputação objetiva na medida em que, segundo retrata Roxin, “primeiramente, a formulação moderna trabalha com a ideia de risco, de perigo ainda não presente de forma explícita nas primeiras construções; em segundo lugar a formulação moderna desenvolve uma série de critérios de exclusão da imputação, enquanto as teorias primitivas esgotavam-se, fundamentalmente, em excluir os resultados previsíveis” (ROXIN, 2002, p.15).

Contudo, conforme elucidado no período anterior, o ciclo paradigmático ensejador da solidificação conceitual de determinada teoria denota sua aptidão em romper no curso do percalço as barreiras existentes no plano da crítica.

É assim que primeiramente aflora a concepção de autores de renome como Larenz, Hegel, Honig e Welzen, como contribuintes diretos ou colaterais para o aperfeiçoamento teórico da moderna imputação objetiva.

De forma escalonada e sublime, se direciona a aferição contributiva de tais autores com o fito de elucidar a necessidade de aprofundamento, a posteriori, das vastas características e críticas existentes sob o âmbito conceitual de cada filosofo do saber.

Primariamente, salutares foram as contribuições conceituais agregadas por Larenz, que embora tenha enveredado mais acintosamente para o ramo cível do direito, foi o responsável por estabelecer a conceituação mais nítida da imputação.

Baseado nas concepções de Hegel, Larenz asseverava que a liberdade é inerente ao homem enquanto sujeito racional, essa liberdade intrínseca se manifesta por intermédio da vontade livre, da vontade moral, e a vontade é exteriorizada através das ações (ROXIN, 2002, p.16).

A ação ganha o status de objetivação da vontade, que teria a aptidão de controlar os cursos causais em determinado sentido. Nessa medida, o que resultara de tal empreendimento receberia a concepção de obra do sujeito.

A vontade se torna o ponto motriz, percursora do ensejo das ações, sendo a ocorrência pretérita materializada por meio da ação humana. Tal ação passa a tangenciar o estabelecimento conceitual de uma nítida distinção do que

corresponderia a uma ação, conceito diametralmente oposto do que se configura acaso.

Esta distinção estabelece, no plano teórico, uma diferenciação não formulada à época, sendo de imenso relevo para a imputação objetiva, que trabalha com a ideia de risco proibido e risco permitido.

A concepção de Larenz ainda permite o enquadramento do conceito de finalidade, que destoa da percepção do que corresponderia ao casual, sendo imputado ao sujeito tudo aquilo que integra a sua finalidade, o que não estiver enquadrado em tal conceito corresponderia ao acaso.

Apesar da primazia teórico distintiva desenvolvida por Hegel, na qual Larenz se fideliza, criticas surgiram, tendo em vista tal conceito não permitir a inclusão em sua seara de imputação dos crimes culposos, só permitindo a afetação aos crimes dolosos.

Com o fito de suprir tal lacuna teórica, Larenz acrescenta como elemento o foco sobre a ideia de pessoa, rompendo, apenas nesse ponto, com a concepção hegeliana de imputação sobre o sujeito.

A pessoa passava a ser interpretada como ser racional (vertente teórica presente em outras concepções de Hegel, como as teorias das penas, mas não empregada nesse momento), o que denota o rompimento da concepção de sujeito natural.

Surge, portanto, a figura normativa de pessoa sob o prisma ótico da racionalidade inerente ao ser humano. Com o estabelecimento de tal modificação referencial, se transmuta a finalidade para abranger tudo aquilo em que objetivamente a ação tendia a atingir, sendo rompido a concepção hegeliana adstrita a finalidade correspondente ao que o indivíduo efetivamente previu e quis.

Ante a aludida modificação conceitual, passa-se a abranger os delitos de natureza culposa diferenciando o que pode ser englobado na finalidade com o que corresponderia efetivamente ao acaso. Esse, agora, opera em caráter residual, tendo em vista a aferição do dolo e da culpa.

Há de se notar que a finalidade não passa a ser aferida subjetivamente, mas sim objetivamente, não sendo imputado ao agente apenas aquilo que foi conhecido e almejado mas também aquilo que poderia ser conhecido e compreendido pela vontade, tudo que for objetivamente previsível.

Larenz, apesar de se basear nas concepções primadas por Hegel, introduz uma modificação salutar na aferição do indivíduo como pessoal racional munido de finalidade, passando a analisar tal finalidade de acordo com a métrica objetiva, visando a previsibilidade, elemento essencial para a moderna teoria da imputação objetiva.

A importância conceitual fornecida por Larenz corresponde ao ponto de partida para a concepção do finalismo e da imputação objetiva, tal qual assevera Roxin na seguinte transcrição:

> Welzel, o pai do finalismo, inclusive chega a apontar para a identidade de resultados entre sua teoria e a de Larenz. Por mais inacreditável que pareça, é bem possível afirmar que a teoria finalista da ação e a imputação objetiva tal como a conhecemos hoje são irmãs, ambas filhas da teoria da imputação de Larenz (ROXIN, 2002, p.20).

A inserção conceitual de um elemento consubstanciado no âmbito racional é capaz de multiplicar o alcance de determinada teoria, que pode passar a abranger outros suportes fáticos anteriormente incompatíveis, sendo considerada como uma evolução teórica.

No trajeto concepcional da moderna teoria da imputação objetiva, podemos elucidar a participação dos ensinamentos explanados por Honig, mentor da inserção da imputação no ramo jurídico penal.

Honig fora responsável pelo estabelecimento do que se denominara “nexo normativo”, rompendo com a antiga concepção de nexo causal imposta pela teoria da causalidade, que estava adstrita a ocorrência de um comportamento e um resultado naturalístico de afetação ao mundo exterior.

O nexo normativo passou a corresponder a um filtro concebido em resposta a necessidade da ordem jurídica. Honig começa a asseverar que a imputação objetiva é estritamente axiológica, contudo tal valoração se permeia de forma objetiva, como aquilo que poderia ser almejado pelo sujeito causador da conduta.

Assim, “será imputável aquele resultado que se possa considerar dirigido a um fim”, sob a vertente analítica objetiva. O aludido autor ainda salienta que a teoria da imputação corresponderia a uma teoria da ação em que seu objeto de afetação seria apenas as ações típicas, não englobando as demais (ROXIN, 2002, p.21).

Por conseguinte, é imperioso destacar a salutar influência das concepções da teoria da causalidade adequada, da teoria da relevância, da teoria da adequação social, da teoria social da ação, bem como da teoria finalista da ação e da teoria dos crimes culposos, o que demandaria um aprofundamento teórico extenso, não correspondente ao objeto de estudo do presente trabalho.

Desta forma, feitas tais sucintas considerações, é possível depreender que a imputação objetiva esta lastreada na concepção de criação de um risco proibido e a realização deste risco no resultado, sendo aferido objetivamente, desde que esteja contido na esfera de proteção da norma.

Na aludida concepção moderna de imputação objetiva, passamos a ter no tipo o resultado do somatório do tipo objetivo e do tipo subjetivo. O tipo objetivo, por sua vez, é composto de ação mais causalidade, acrescido do resultado, somando-se ainda com a criação de um risco juridicamente desaprovado e a sua ocorrência no resultado.

Já o tipo subjetivo será composto pelo dolo somado aos demais elementos subjetivos especiais.

A referida conotação concepcional da moderna teoria da imputação objetiva passa a impor a necessária observância do critério do risco, podendo este se manifestar de forma proibida ou permitida.

A simbiose entre a concepção de risco, atrelada ao estudo do consentimento, nos transporta para a aferição da teoria roxiniana da autocolocação em perigo e da heterocolocação em perigo, e esta última ainda sob a vertente da heterocolocação em perigo consentido.

É necessário salientar que nesse momento o consentimento passa a ter aptidão não em mitigar a tutela das condutas tipificadas pelo ordenamento sob a análise do bem jurídico, mas sim o condão de afastar, em um determinado suporte fático, a ocorrência de tal ilícito.

Os bens jurídicos penalmente relevantes possuem a característica embrionária de serem responsáveis por legitimar toda a atuação do direito penal, sendo indissociável a presença de tal requisito, tendo em vista a impossibilidade negatória de elementos pretéritos, sob pena de se imergir em uma concepção ilógica.

Contudo, o que se modifica é o referencial de afetação, tal qual nos ensina Roxin ao explanar:

> A teoria da imputação objetiva, em cuja renovação e desenvolvimento moderno tenho tido uma participação destacada, decorre inexcusavelmente do princípio da proteção de bens jurídicos e, nesta direção, tem chegado a alcançar uma ampla difusão internacional.
> Querendo o direito penal proteger bens jurídicos contra os ataques humanos, isto só será possível na medida em que o Direito penal proíba a criação de riscos não permitidos e, ademais, valore a infração na forma de uma lesão do bem jurídico, como injusto penal. Portanto, ações típicas são sempre lesões de bens jurídicos na forma de realização de riscos não permitidos criados pelos homens (ROXIN, 2006, p.40).

A concepção de permissibilidade de riscos possui a finalidade de possibilitar o desempenho de atividades necessárias à manutenção da vida do ser em sociedade, caso não houvesse a figura do risco permitido alcançaríamos o congelamento social.

O riso permitido consiste na permissibilidade de atividades que possam afetar determinados bens jurídicos penalmente relevantes sem que com isso se incorra na pratica de atividades típicas.

Roxin ainda nos ensina que “podemos mostrar que a teoria da imputação objetiva se encontra enlaçada diretamente com o princípio da proteção de bens jurídicos, e que dita teoria fixa a medida da proteção mediante um sutil conjunto de regras, racionalmente convincentes, circunscritas ao social e politicamente necessárias.

Portanto, a teoria da imputação objetiva resulta à constituição do injusto penal muito mais produtiva que as categorias ontológicas valorativamente cegas, como, efetivamente, são a causalidade e a finalidade. (ROXIN, 2006, p.43).

Formulando um peculiar esclarecimento sobre os principais conceitos e características norteadoras da teoria da imputação objetiva, Manuel Cancio Meliá assevera que:

> Por isso, um crescente setor doutrinal – em que se destacam as colocações de Frisch e Jakobs – propôs orientar a teoria da imputação objetiva para entende-la como revisão do tipo objetivo. Passa-se assim da imputação do resultado à imputação da conduta como típica.
> Desde o ponto de vista aqui adotado, está é a visão correta da teoria da imputação objetiva: trata-se de definir a conduta típica, mais além de elementos fáticos naturais e de acidentes particulares da infração, normativamente como conduta com significado (objetivo) típico. Desde esta perspectiva, o peso essencial da teoria – aplicável a qualquer infração – estaria nos mecanismos dogmáticos da imputação da conduta como típica, passando os problemas da imputação objetiva do resultado a converter-se numa especialidade dos delitos de resultado. Vista assim, a teoria da imputação objetiva é a tradução dogmática na teoria do tipo das correntes jurídico-dogmáticas funcionais das últimas décadas.

> Uma vez assentados os pressupostos que antecedem resulta possível chegar ao nível dogmático concreto, é dizer, oferecer uma ordenação do material destinado a ser aplicado na resolução de casos. Cabe afirmar, de acordo com o já exposto, que toda a teoria da imputação objetiva responde a duas raízes distintas: por um lado, trata-se de determinar se as características da conduta realizada pelo autor se correspondem com a previsão do delito. Por outro lado, nos delitos de resultado, trata-se de comprovar – uma vez verificado o caráter típico da conduta – se o resultado conectado causalmente a essa conduta pode conduzir-se normativamente a esta, é dizer, se também o resultado é típico (MELIÁ, 2005, p.61).

Extraindo dos ensinamentos acima explanados, podemos perceber que o autor identifica, sob o viés concepcional de Frisch e Jakobs, que a teoria da imputação objetiva fora criada no intuito de dimensionar a causalidade (evitação do regresso), nos delitos praticados, transpondo o aludido limite e consequentemente gerando a mitigação à tipicidade, tendo como norte a criação dos riscos permitidos e proibidos, bem como a propensa imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima.

A aferição da aplicabilidade da teoria da imputação objetiva perpassa pela emprego de uma técnica com escalas sucessivas, aplicando-se uma classificação progressiva do que consistiria o âmbito mais genérico ao mais específico.

Insere-se na análise técnica acima minuciada o conceito de risco permitido atrelado ao princípio da confiança, facilmente aferível nos casos de atividades inerentemente arriscadas, a exemplo do tráfego viário, o funcionamento industrial, dentre outras, com a escopo de proporcionar a rotação das engrenagem sociais.

A este contexto cabe ressaltar que doutrinadores ainda formulam a necessária distinção entre os riscos permitidos e os cursos causais irregulares, agregando aos primeiros o teor das atividades arriscadas em que seus descumprimento pode acarretar a infração a um tipo penal e contrapartida aos cursos causais irregulares em que as condutas que não observam o devido cuidado não acarretam em tipos penalmente relevantes.

Nesse espectro, o que se evidencia são as situações que, embora desencadeadoras de atividades que extrapolam a aceitação social, só geram a ingerência de outros ramos do direito ou, sequer estes.

Surge então questionamentos acerca da aplicação deste ponto teórico no direito Brasileiro, uma vez que segundo preleciona Meliá, “não lidamos no Brasil

com os conceitos supra, é dizer, não verificamos para imputar determinada conduta ao caso, se podia confiar de que os outros, dentro de uma interação social que se espera, ou ainda, numa organização de trabalho, comportar-se-iam de acordo com o esperado" (MELIÁ, 2005, 64).

Nessa conjectura, o autor ainda elucida os casos dos sujeitos que se envolvem em acidentes de trânsito e que, como reprimenda estatal, sofrem as sanções decorrentes do Código de Trânsito, de natureza administrativa, como multa ou, até mesmo, são obrigados a despender quantias a título de reparação de natureza cível.

Insere-se nessa intelecção o princípio da confiança, como métrica a dar especificidade a genérica aferição dos riscos permitidos. Nesses casos o que se buscar é a constatação da esfera de responsabilidade dos sujeitos ativos da conduta em análise e, ainda, afunilando os conceitos, se aplica a concepção da proibição de regresso prelecionada por Jakobs, sem olvidar a transposição da barreira dos ditos riscos permitidos aos proibidos, ensejadores da teoria da imputação objetiva.

Jakobs insere o conceito de proibição de regresso com a precípua finalidade de impor pragmaticamente o direcionamento especifico da responsabilidade dos sujeitos que atuam em determinado suporte fático passível de aplicação da imputação objetiva.

A proibição de regresso visa o estabelecimento de mais uma métrica com o viés de resvalar as imposições unilaterais e arbitrárias dos comportamentos. "Existe uma proibição de regresso cujo conteúdo é que um comportamento que de modo estereotipado é inócuo não constitui participação numa organização não permitida". Para Jakobs, no que se refere ao seu enquadramento sistemático – e este é, como se disse, o ponto de vista que aqui se defende – a proibição de regresso exclui a imputação objetiva do comportamento" (MELIÁ, 2005, p.66).

Derradeiramente surge o problema da delimitação para proibição de regresso, sendo salientado pelo autor que:

> Para marcar estes limites, Frisch propôs recorrer ao critério do "conteúdo de sentido" da conduta do autor. Desde esta perspectiva, só se a conduta do autor mostra o específico sentido de ser um favorecimento ou uma incitação a um comportamento delitivo ou a uma conduta arriscada de um sujeito que carece dos conhecimentos relativos aos riscos, poderá falar-se, em princípio, de uma conduta típica do primeiro.
> Desde a perspectiva aqui adotada, em conclusão, pode dizer-se que o âmbito da proibição de regresso fica diferenciado do correspondente ao

> risco permitido pelo fato de que uma vez determinado o âmbito em que existe um significado unívoco não delitivo da conduta do autor – a conduta do autor, como se viu, fica desvinculada do posterior desenvolvimento lesivo com independência da cognoscibilidade ou conhecimento por parte do autor do mesmo (MELIÁ, 2005, p.69).

Observa-se o emprego de um critério com o fito de evitar a vinculação desarrazoada dos antecedentes causais aqueles que de fato, não empregam comportamentos significativamente relevantes à afetação do fato típico.

Meliá ainda enumera o que intitulou de “imputação no âmbito de responsabilidade da vítima”, salientando que se trata da terceira instituição da teoria da imputação objetiva, nesse espectro expõe que:

> A instituição que traduz em termos dogmáticos esta necessidade de levar em conta o valor da auto responsabilidade no marco da teoria da imputação objetiva pode denominar-se imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima. Esta instituição opera nos casos em que o titular de um bem jurídico (“vítima”) empreende conjuntamente com outro (“autor”) uma atividade que pode produzir uma lesão desse bem jurídico. A atividade geradora do risco deve ser imputada ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima, na medida em que – em primeiro lugar – a atividade permaneça no âmbito do organizado conjuntamente pelo autor e vítima, - em segundo lugar – a conduta da vítima não tenha sido instrumentalizada pelo autor, por carecer esta da responsabilidade ou da base cognitiva necessárias para poder ser considerada auto – responsável, e – finalmente, em terceiro lugar – o autor não tenha um dever de proteção específico frente aos bens da vítima.
> A imputação da atividade ao âmbito de responsabilidade da vítima não depende da configuração fenomenológica das contribuições de execução material da vítima e autor por si (MELIÁ, 2005, p.72).

Desse recorte concepcional podemos extrair que a definição da atividade desenvolvida conjuntamente pelo autor e pela vítima em questão, tendo a esfera de responsabilidade passado a recair sobre a vítima.

A conclusão parcial da afirmação acima descrita, decorre da constatação de que a esfera de autonomia detida pela vítima, transporta uma atribuição preferente dos prováveis danos a sua próprio esfera de responsabilidade.

Essa concepção destoa da outrora apreciada ideologia teórica da autoria e participação, na medida em que as bases se pautam na aferição da contribuição do agente, tendo-se como métrica a maior ou menor classe em relação a sua relevância na execução, enquanto que para teoria da imputação a análise se perfaz sob a ótica da auto responsabilidade em se pôr na situação de risco desencadeadora do evento supostamente ilícito.

Assim, “se a interação é reconduzível ao atuar imputável à vítima, desde o ponto de vista normativo o fator dominante é sua conduta auto-responsável” (MELIÁ, 2005, p.72).

Meliá descreve tal acepção no intuito de demonstrar o papel empenhado pela vítima e sua determinação para propensa culminação dos eventos posteriores, situação que corresponde a autocolocação em perigo.

Feitas tais digressões conceituais, é imperioso perpassar sobre os debates que circundam a figura da heterocolocação em perigo consentida, precipuamente sobre a sua respectiva justificativa teórica existencial, para em seguida se ater a diferenciação dos casos de contribuição a uma autocolocação em perigo dolosa, tal qual já questionara Roxin. (ROXIN, 2014, p.130).

Roxin prelecionava que a figura da heterocolocação em perigo consentida se materializava nos suportes fáticos em que determinado sujeito se dispõe a colocar terceira pessoa em uma circunstância de risco juridicamente proibida, com total consentimento deste.

O embasamento teórico elucidado pelo mencionado autor nos remete a análise da existência real de constatação dos sujeitos envolvidos, das circunstancias de risco proibido e a assunção direta ou colateral da responsabilidade dos danos porventura desencadeados.

Em sede de jurisprudência comparada, o autor nos remonta aos casos apreciados pelo Tribunal Alemão:

> A jurisprudência nos fornece inúmeras outras constelações desse gênero, como o caso do Memel, decidido pelo então Tribunal do Império e ainda hoje famoso. Nesse caso, o comandante de um barco cedeu à pressão exercida por dois viajantes que, apesar de terem sido avisados por aquele dos riscos, queriam cruzar o rio em um dia de tempestade e me que o nível de água estava alto. O barco virou, os viajantes afogaram-se e o comandante foi salvo. O comandante pode ser punido nos termos do §222 do Código Penal alemão (homicídio culposo)?
> O caso da Aids, em que alguém mantem relação sexual desprotegida com um parceiro portador do vírus, conhecendo a infecção deste, é um clàssico da época do pós guerra. Uma heterocolocação em perigo consentida está da mesma forma presente no caso de pequeno veículo transportador: Um homem que trabalhava em uma construção sentou-se, a despeito de ter sido advertido em sentido contrário pelo motorista, em uma parte desprotegida do veículo; ele foi atirado à via em decorrência de um acidente em que o motorista não teve culpa e faleceu. Muito discutido é também o caso do surfista do carro, em que jovens tentavam manter-se no teto de um carro que se movia a 70, 80 km/h. um deles caiu do carro e sofreu lesões corporais graves, o motorista reponde pelas lesões? (ROXIN, 2014, p.130/131).

Roxin formula o recorte dos referidos casos para tentar elucidar de forma mais clarividente como deve ser modulado os elementos distintivos entre a autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida.

Infere o autor que nos delitos culposos o elemento distintivo das duas teóricas figuras jurídicas esta pautado pelo domínio do sujeito sobre o desencadeamento dos acontecimentos.

Embora descreva como tênue a prescrita distinção, há de se observar que estão presentes pontos axiomáticos, haja vista que o próprio Tribunal Alemão não reconhecia a sub vertente teórica da teoria da imputação objetiva em seus julgados registrados no ano de 2011. (ROXIN, 2014, p.132).

Roxin descreve ainda a existência da figura da autocolocação em perigo dolosa, em que o Tribunal Alemão (BGH) possui o entendimento da impunibilidade do agente.

O referido Tribunal clarifica seu entendimento através dos casos de participação no suicídio e autolesão dolosa, conforme esclarece:

> A fundamentação do BGH baseia-se na impunidade da participação em suicídio e autolesões dolosas: quem provoca, possibilita ou fomenta de forma culposa uma ação autoresponsável que conduzirá a autolesões ou ao suicídio não pode ser punível, se nem sequer no caso de provocação, possibilitação ou fomentação dolosa ele seria punível. No entendo, a opinião majoritária da doutrina fundamenta a impunidade do terceiro na autoresponsabilidade daquele que se autolesiona ou se autocoloca em perigo. Apesar da discussão existente, ambas as fundamentações não se excluem, pois a impunidade da contribuição a autolesão dolosa embasa-se justamente na autoresponsabilidade daquele que se autolesiona (ROXIN, 2014, p.133).

Necessário rememorar que o caso em análise, que serviu de embasamento para exemplificação de Roxin, não é passível de tipificação no direto Alemão, situação dispare na nossa legislação criminal, que descreve como conduta típica o auxílio, instigação ou induzimento ao suicídio, o que por si só não modifica a concepção teórica tampouco a possibilidade de enquadramento no nosso sistema jurídico.

O ponto axiomático situa-se na aplicável concepção da teoria da imputação objetiva, que possui como vertente as ditas autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida, que servirão como fundamentação teórica para legitimar a mitigação da tipificação do uso de drogas e do crime de tráfico na modalidade de cessão gratuita de drogar para consumo compartilhado.

Como expendido em momentos anteriores, o direito penal materializa sua atuação na pretensa proteção de bens jurídicos relevantes para o corpo social, como elucidado por Jakob, tratando-se na realidade de proibição de condutas que resvalem ou ponham em risco determinado bem jurídico, sempre sob a ótica da *ultima ratio*.

Nesse contexto, a autonomia em relação a alguns direitos, mesmos aqueles que possuam natura indisponível, deve ser referendada como viés ao estabelecimento de uma nova métrica que mitigue a intervenção danosa do direito penal.

Quem se expõe a uma heterocolocação em perigo normalmente não consegue avaliar detidamente a capacidade do terceiro exercer o domínio da situação de risco da mesma forma em que constata a sua própria capacidade.

Roxin parafraseia as exposições proclamadas por JR Dölling, que expõe que “deve se diferenciar a contribuição a autocolocação em perigo da heterocolocação em perigo consentida, pois nesta o risco para aquele que se expõe ao perigo não é na mesma medida dominável”, bem com as traçadas por Stratenwerth que “não consegue enxergar nisso nenhum motivo para um tratamento diferenciado”, e por fim as disposições de Otto que argumenta ao tratar da distinção entre o caso da corrida perigosa de motocicleta e o caso da carona “que o passageiro poderia a qualquer momento após o início da carona (...) encerrá-la por intermédio da manifestação correspondente” (ROXIN, 2014, p.133).

Roxin busca esclarecer a distinta concepção da autocolocação em perigo da figura da heterocolocação em perigo consentida, destacando que a segunda não é um simples caso da primeira na modalidade dolosa.

Neste ponto o autor acresce que a heterocolocação não pode ser tratada unicamente como um caso de consentimento outorgado ao agente causador da situação de perigo não permitido, uma vez que o consentimento esta dirigido ao resultado da conduta e a heterocolocação se perfaz sob a égide da premissa de que o deslinde será exitoso.

Mister se faz esclarecer os pontos distintivos das duas vertentes axiológicas da teoria da imputação objetiva, para ao final aplicá-la ao tema em apreço.

Roxin insere os questionamentos acerca dos elementos distintivos da heterocolocação em perigo consentida e a contribuição a autocolocação em perigo

dolosa. Nesse momento o BGH, ao apreciar os casos postos em análise, se valeu da ideia do domínio do fato, conforme julgado:

> A linha divisória entre autoria e participação é um critério profícuo para distinguir a impunível contribuição a autocolocação em perigo ou autolesão autoresponsável da, em essência típica, heterocolocação em perigo. Se não apenas aquele que se autocoloca em perigo ou se autolesiona detiver o domínio do fato sobre a ação perigosa ou ação lesionante, mas o colaborador ao menos também o detiver, cometeria este um fato próprio. Dessa forma, ele não poderia estar livre de pena por razões de acessoriedade, ou seja, em decorrência da ausência de um fato principal do autolesado (...) isso se aplica da mesma maneira aos casos culposos de auto ou heterocolocação em perigo. Portanto, também aqui a distinção entre auto e heterocolocação em perigo dá-se a partir do domínio sobre o desenrolar do acontecimento, que pode ser satisfatoriamente determinado com base no critérios objetivos desenvolvidos para averiguar o domínio do fato nos delitos dolosos (ROXIN, 2014, p.135).

O autor elucida que houve críticas ao julgado colacionado por ele, primeiramente pelo fato de que ordinariamente a doutrina e jurisprudência não distingue autoria e participação no delitos de natureza culposa, bem como o domínio do fato que em regra consiste no domínio da ação típica, que não estão presentes na auto ou heterocolocação em perigo culposa.

A referida menção à detida teoria do domínio do fato se mostrou contraditória e despida de sustentáculo, tendo em vista que o ponto de destaque não é aquele concernente ao sujeito que possui o domínio do fato na situação empírica, mas sim de qual sujeito parte a colocação em perigo que culmina no resultado.

A título de exemplo, merece adendo a situação em que o sujeito faz uso, para consumo pessoal, de uma doze elevada de substâncias entorpecentes de caráter proibido, se auto inserindo em uma situação de risco de morte, devendo sua conduta ser impunível sob a égide da autocolocação em perigo, base teórica que será mais detidamente apreciada, por se tratar do ponto motriz do presente trabalho.

O ponto distinto da autocolocação em perigo da heterocolocação em perigo consentida está situado na figura do agente que exerce a conduta de risco juridicamente proibida.

No caso de autocolocação em perigo, o agente se insere no contexto fático de risco, expondo direito ou bem próprio ao risco, e a conduta danosa resvala em sua esfera jurídica de proteção.

A heterocolocação em perigo, por sua vez, se materializa quando o sujeito consente com a inserção feita por um terceiro, também imerso na situação de

risco, em determinada situação de perigo, na qual não detém ingerência volitiva nos desdobramentos fáticos.

Contudo, a detida distinção não é silente na doutrina que deu origem a referida teoria, conforme clarifica Roxin:

> Apesar de reconhecer a heterocolocação em perigo consentida como figura jurídica autônoma, a jurisprudência trata –a segundo as regras do consentimento. Na prática ela acaba, portanto, incorrendo no mesmo erro dos autores que aplicam as regras do consentimento de forma direta, ou seja, sem fazer menção às considerações da heterocolocação em perigo. O BGH não parece, entretanto, estar plenamente seguro da sua posição, pois menciona duas vezes que poderíamos estar diante de uma heterocolocação em perigo excepcionalmente equiparável a uma autocolocação em perigo, o que teria como consequência a exclusão da imputação ao tipo.
> Também as três mais recentes manifestações sobre a nova decisão do BGH, as que Murmann e Stratenwerth publicaram no livro de estudos em homenagem a Puppe (2011) e a Dölling nos estudos em homenagem a Geppert (2011), aplicam regras de consentimento, ainda que o façam por motivos diversos, e cheguem frequentemente a conclusões distintas. Murmann considera haver uma heterocolocação em perigo consentida, mas nega a exclusão da imputação ao tipo com argumento de que isso significaria admitir a irrelevância normativa da distinção entre auto e heterocolocação em perigo, o que não é correto. Quanto à tese da irrelevância normativa, ainda será demonstrado que ela não está plenamente correta. Já Stratenwerth contenta-se com a indicação de que a opinião contrária foi superada: que o consentimento em um homicídio culposo (também) precisaria dirigir-se ao resultado morte, o que não se verifica em uma anuência em uma mera colocação em perigo, é um posicionamento que há muito já foi convicentemente refutado. Ele refere-se com isso a opinião de Lenckner no comentário Schönke/Schröder. Stratenwerth ignora, contudo, que Stenberg/Liben abandonou essa opinião na nova edição do comentário, tendo defendido de forma decidida que, caso um consentimento em ações perigosas devesse excluir o injusto, precisaria também dirigir-se ao resultado. Quando Stratenwerth diz a seguir que, caso se exija que o consentimento se dirija ao resultado, não existirá na prática nenhum conhecimento válido em uma conduta relacionada a um risco de vida, sua afirmação está efetivamente correta. No entanto ele não percebe que a solução do consentimento deve ser negada exatamente por isso, e que a exclusão da imputação oferece a, claramente necessária, possibilidade de absolvição (ROXIN, 2014, p.138).

A celeuma reside na capitulação da figura autônoma da heterocolocação em perigo em dissonância a uma simples vertente da autocolocação, uma vez que o consentimento, como anteriormente elucidado, não detém a aptidão de solucionar os referidos casos, haja vista sua necessidade de extensão ao resultado.

Ademais o autor ainda menciona a existência de três outras razões que tornam nítida a distinção entre a heterocolocação em perigo consentida e a autocolocação em perigo dolosa.

A primeira consiste na distinção do dolo, uma vez que não se perfaz lógico, do ponto de vista analítico, aferir a distinta finalidade do dolo de resultado, na medida em que o sujeito que consente com a heterocolocação o faz acreditando que o resultado não desencadeara em lesão ao bem posto em risco, sendo, por tal medida, inexistente o referido dolo.

O segundo ponto dispare diz respeito a errônea consideração de que o consentimento corresponderia a um caso de colocação em perigo, sendo ao revés, um caso de permissão de exposição de um bem jurídico disponível, sem que isso enseje a disposição propriamente dita, na medida em que o sujeito que consente ainda espera manter o bem exposto ileso.

Ao final, nos ensina que também se mostra incorreta a preleção de que o consentimento teria aptidão de excluir o desvalor de ação da conduta arriscada do terceiro e sua consequente responsabilidade, suscitando os pensamentos esboçados por Weigend e Murmann:

> Não poderia referir-se à ação do agente, mas apenas à afetação do bem jurídico objeto da conduta, ou seja, ao resultado em sentido amplo. Como deveres de ação e omissão não podem ser criados por indivíduos, mas apenas pela comunidade jurídica, somente este pode afastar o cumprimento deles, o indivíduo pode apenas fazer com que a ação não se dirija a um objeto proibido.
> Murmann tenta contornar essa consequência ao construir uma norma de conduta voltada apenas para a proteção da vítima: O consentimento suspende a norma de conduta voltada para proteção da vítima no âmbito da relação jurídica concreta, o consentimento transforma, assim, um risco normalmente proibido em permitido (ROXIN, 2014, p.140)

Nesse espectro, o que se permeia é a transmutação da norma de conduta geral que se individualiza, transformando a conduta em bivalente, por um aspecto permitida e por outro proibida.

Nesse terreno teórico fértil, será necessário correlacionar os institutos até aqui expostos, com todas as características e requisitos da concepção das teorias da auto e heterocolocação em perigo, na tentativa de aferir qual é o papel axiológico do consentimento e suas consequências advindas sobre os delitos de porte de drogas para consumo pessoal e o delito de tráfico, na forma de cessão gratuita e eventual de drogas para consumo compartilhado, descrita no artigo 33, §3º da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas).

Diante do exposto é notório o salutar papel contemporâneo desempenhado pelo instituto da autonomia e consentimento e sua inserção

axiológica sobre a teoria moderna da imputação objetiva, o que demanda o aprofundamento dos temas aqui suscitados para que se possa cientificamente concretizar a multiplicidade e ingerência de tal instituto sobre os delitos acima delimitados.

Resumidamente, a teoria da imputação objetiva é uma vertente teórica que visa limitar o dogma causal, se valendo dos preceitos que integram a autonomia, passa a restringir a responsabilidade do autor, quando titular do bem, por sua conduta volitiva cria determinadas situações de risco, se coloca ou as aceita.

Há portanto, como requisitos a criação de um risco juridicamente desaprovado, a realização deste risco no resultado e, que a situação esteja na esfera de proteção da norma, prismas esses que serão abordados em relação aos delitos descritos nos artigos 28 e 33, §3º, da Lei de Drogas já mencionada.

4.2 A TUTELA PENAL DOS BENS JURÍDICOS PREVISTOS NO DELITO DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL E O DELITO DE TRÁFICO, NA FORMA DE CESSÃO GRATUITA E EVENTUAL DE DROGAS PARA CONSUMO COMPARTILHADO.

A lei 11.343/2006 instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, que possuía, dentre as suas precípuas finalidades, a articulação, integração, organização e coordenação das atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido dos entorpecentes, sem olvidar a especial atenção a reinserção dos usuários e dependentes das substâncias intituladas como drogas, previstas na portaria SVS/MS 344/98 da ANVISA, norma penal em branco heterogênea.

A referida lei deteve notória inovação, comemorada pelos doutrinadores à época, sobretudo pela mudança de ótica em relação aos fatos geradores da utilização das substâncias, se perfazendo em um problema de saúde pública que ensejava a atuação cooperativa, não só das instituições estatais, como também dos demais membros da sociedade, em salutar mitigação à ingerência danosa da tutela jurídico-penal de “proteção”.

Como referendado em capítulos anteriores, observa-se que o direito penal não está legitimado a atuar de maneira desarrazoada, sem a detida

subsunção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, constitucionalmente determinados.

É nesse contexto histórico que se observa o poder mutante dos anseios sociais sobre os detentores do poder legislativo, representantes direto do povo, e sua capacidade de modular as acepções normativas e consequente restrição da amplitude protetiva de determinadas disposições nitidamente extensivas.

Extraindo-se os deônticos preceitos contidos no arcabouço normativo tipificado na aludida norma, é imperioso constatar que o bem jurídico contido no núcleo de sua proteção consiste primordialmente na saúde pública.

A constatação exposta anteriormente e, reiteradamente demonstrada em diversos dispositivos da lei de drogas, nos permite depreender que a saúde pública corresponde a junção de diversos fatores sociais que agrupados ganham real subsistência e detida conotação empírica.

Questionamentos acerca da esfera protetiva e amplitude do conceito do referido bem, nos permite altercar o grau de afetação do corpo social por aqueles que livremente optam por fazer utilização de substancias proibidas.

O cerne da questão reside na vasta discussão sobre a possibilidade do sujeito, que detém plena capacidade jurídico penal, mitigar seu direito à saúde, sem reflexos colaterais nos demais membros da sociedade.

É consabido que o mencionado bem jurídico, detém proteção constitucional, mais precisamente no teor do artigo 196 da Magna Carta, que disciplina ser um “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Os preceitos descritivos no conteúdo da norma acima relatada, clarificam a real necessidade da conjugação de diversos fatores com múltiplos sujeitos ativos e incisiva ingerência do Estado, não diretamente no âmbito penal, mas sim de assistência social.

É imprescindível ainda rememorar que o aludido bem jurídico, protegido pela Lei de Drogas, não precisa ser diretamente atingido ou posto em risco, pois classifica-se como crime de perigo abstrato, no qual o legislador ordinário selecionou determinados grupos ou classes de ações que teriam propensa aptidão

de pôr em risco o mencionado bem jurídico, sem que isso tenha de fato ocorrido no mundo material.

A mencionada classificação da espécie de crime de perigo abstrato no qual a saúde pública está imersa, gera descontentamentos entre doutrinadores, muito embora o Supremo Tribunal Federal detenha entendimento consolidado de que tal ótica se perfaz dentre as melhores alternativas de proteção à direitos supraindividuais (STF, 2ª Turma, HC 109.269/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27/09/2011, DJe 195 10/10/2011).

Nesse jaez, rememorando alguns argumentos já mencionados, passamos a perceber que as sociedades se organizam de forma a propiciar o convívio entre seus múltiplos núcleos, com variantes indeterminadas de concepções que se agrupam com nítido interesse do firmamento sinalagmático de um contrato social.

Para o convívio acima descrito, faz se imperiosa a permissibilidade de riscos, com o fiel escopo de possibilitar que a sociedade mantenha seus pilares estruturais em constante equilíbrio.

Nas lições do filosofo Jakobs existe uma nítida ambiguidade dos riscos permitidos, uma vez que a permissibilidade de tais riscos não tolera a resolução das colisões de bens e consequente proteção de um em detrimento do outro, mais sim um contexto de interação.

Nessa linha, Jakobs aduz que:

> Qualquer contrato social implica um risco, inclusive quando todos os intervenientes atuam de boa-fé: por meio de um aperto de mãos pode transmitir-se, apesar de todas as precauções, uma infecção; no tráfego viário pode produzir-se um acidente que, ao menos enquanto exista trafego, seja inevitável (...). Posto que uma sociedade sem riscos não é possível e que ninguém se propõe seriamente a renunciar à sociedade, uma garantia normativa que implique a total ausência de riscos não é factível; pelo contrário, o risco inerente a configuração social deve ser irremediavelmente tolerado como risco permitido. (JAKOBS, 2000, p.34 e 35)".

Deduz logicamente o autor que o contrato social no qual faz destaque não consiste em um favor mútuo entre os membros que compõem determinada sociedade, representa, ao revés, a celebração de um acordo colaborativo com supressão de poderes individuais em prol do interesse da maioria, ao menos, o propenso alcance dos ideais desse interesse coletivo.

Nessa métrica constante da ponderação, inexorável à natureza humana, há de se balizar os custos e benefícios da dita permissibilidade e quais bens jurídicos estarão propensos ou necessariamente expostos aos mencionados riscos.

É um caminho quase cartesiano a ser percorrido e a dita análise que desaguará na permissibilidade do risco, leva fundamentalmente em conta a configuração da sociedade e seus consequentes fomentos aos ditos riscos permitidos.

Aspectos sociais como modelo de comportamento, hábitos coletivos, culturais, religiosos, por mais que pareçam se distanciar dos habituais conceitos que integram o ramo jurídico penal do direito, compõem a configuração de determinada sociedade, que estipulará quais riscos o ordenamento jurídico penal deverá permitir, ou não se imergir.

Esboçando tal entendimento, Jakobs elucida que:

> É certo que numa sociedade de liberdades só se pode gerar a permissão de um risco se o benefício da respectiva atividade tiver uma fundamentação plausível para quem potencialmente suportará os custos; numa sociedade de liberdades não se pode fundamentar a liberdade de comportamento às expensas dos demais. Daí que se deduz, especialmente, que quem deve suportar o ônus deve ter caráter anônimo no momento em que a atividade tem lugar (JAKOBS, 2000, p.38).

Constata-se que o corpo coletivo do seio social, em regra, corresponde a gama de sujeitos que suportarão os custos “lesivos” dos efeitos colaterais decorrentes da permissibilidade, sempre com o primordial fito de possibilitar a execução de condutas que mantenham a sociedade em constante movimento evolutivo.

Jakobs procede com sua concepção aduzindo que a permissibilidade do risco, na prática de algumas condutas, reflete no direito penal como causa de exclusão da tipicidade e não causa de justificação, como prelecionam alguns doutrinadores.

Segundo expende o autor, os riscos socialmente aceitos resvalam diretamente no conteúdo inversamente proibitivo da norma, ou seja, a permissibilidade exclui por completo a tutela interventiva do direito penal.

O autor nos ensina que tal situação é mais nitidamente aferível nos crimes culposos, na medida em que não se busca a evitação de comportamentos,

salvo aqueles que decorrem dos deveres objetivos de cuidado, conforme se extrai das suas arguições:

> Foi precisamente no campo do delito culposo em que se desenvolveu esta situação, pois o limite entre o comportamento cuidadoso e comportamento descuidado deve traçar-se com exatidão sobretudo naquele âmbito em que ambos são limítrofes ou quase colidentes, o que sucede com maior frequência em caso de imprudência do que concorrendo o dolo. Os riscos que são criados de modo doloso são habitualmente (ainda que nem sempre) tão grandiosamente descuidados que resultam desnecessárias ulteriores disposições, enquanto em que matéria de transito, por exemplo, o que está permitido e ocorre de modo não muito frequente deve ser analisado com maior exatidão e cuidado, por se tratar de um fato culposo (JAKOBS, 2000, p.39).

Nota-se dessa digressão que o risco permitido está umbilicalmente assemelhado aos delitos de natureza culposa, nos quais se pune penalmente a inobservância do dever objetivo de cuidado, em regra, sob a vertente da prognose póstuma objetiva.

A preleção sobre a concepção dos riscos e demais características da teoria da imputação objetiva, no presente momento, se perfaz para elucidar a desvinculação teleológica da proteção do bem “saúde pública” das condutas de uso de drogas para consumo pessoal e a de tráfico, na modalidade de cessão gratuita para consumo compartilhado, ponto ideológico almejado na presente tese.

A aplicação da ótica jurídico penal concernente às causas de justificação se mostram inadequadas aos riscos permitidos, tendo em vista que aquelas naturalmente já decorrem de comportamentos que por si só já são perturbadores.

Nesse momento, cumpre ainda distinguir a afetação das ações de autocolocação em perigo abstratas aos riscos permitidos, devendo ser revisto que as condutas geradoras das mencionadas ações, em regra, se perfazem nos moldes que extrapolam a permissibilidade do risco.

Desse modo, os sujeitos que se autocolocam em perigo o fazem detendo plena ciência que extrapolam as barreiras dos riscos socialmente permitidos, situação dispare daqueles que adotam todas as medidas de cuidado e, em virtude de desencadeamentos que vão além de suas respectivas esferas de responsabilidades, acabam lesando um determinado bem protegido por outro ramo de proteção do direito, a exemplo da área cível.

Na tentativa de clarificar o parágrafo anterior, é necessário transcrever, mais uma vez, a linha de raciocínio aduzida por Jakobs:

> O Direito Penal deve assumir dessa maneira individualizada o dever de determinar o cuidado devido, por duas razões: me primeiro lugar porque a regulamentação civil não faz outra coisa a não se refletir, de modo geral, o que socialmente se tem em conta na configuração individual de usos nos distintos âmbitos, é dizer, reproduz acertadamente o que é socialmente adequado (e não uma mera expectativa de ser livre de responsabilidade); e, em segundo lugar, ainda que se tratasse de uma mera extensão de responsabilidade, seria uma conclusão absurda querer intervir por meio do Direito Penal num âmbito em que a vítima nem sequer pode exigir a reparação civil do dano.
> Portanto, chegamos à conclusão de que – com distintos graus de exatidão – existem comportamentos não permitidos em função do tipo de comportamento e outros que estarão permitidos só se ocorrerem condições ideais. (JAKOBS, 2000, p.42 e 44).

Verifica-se que a ingerência do ramo jurídico penal se insere, com valia, nos casos em que o sujeito, apesar de deter conhecimento sobre o modelo de conduta a ser empregado no respectivo comportamento, adota ações que extrapolam os limites socialmente aceitos, se autocolocando em perigo, transpondo, deste modo, a esfera dos riscos socialmente permitidos.

A objetivação dos comportamentos como métrica de aferição também é um viés que se mostra questionável do ponto de vista de sua concepção. Os doutrinadores sabiamente questionavam como seria estabelecida a dita prognose póstuma objetiva.

O epicentro do questionamento estava situado na detida aferição das circunstâncias do suporte fático posto em análise, na medida em que não se poderia deixar de levar em conta aspectos inerentes a determinados sujeitos ativos em situações que ensejavam conhecimentos específicos que tais agentes de fato viam a possuir.

Jakobs mais uma vez exemplifica trazendo os casos e que os motoristas do tráfego viário não necessitam de aptidões técnicas de pilotos de corrida profissionais para que seus comportamentos, que resvalem na ceara dos riscos permitidos, detenham a conotação de ações típicas (JAKOBAS, 2000, p.46).

Nesse espectro, merece adendo o raciocínio prelecionado pelo autor:

> Do exposto se depreende que um único risco descrito de modo naturalista não necessariamente lhe corresponde, por sua vez, um único risco permitido; pelo contrário, pode haver tantas permissões de riscos diferentes

> como papéis distintos que existam em que se possa administrar o risco de modo socialmente adequado. Essa variabilidade do risco permitido é um sinal de que sua origem não está numa calculadora, mas na configuração da sociedade, tal e como se vive, com toda a sua variedade (JAKOBS, 2000, p.47).

As disposições trazidas à baila pelos ideais tecidos pelo autor nos levam a concluir que a vida em sociedade impõe ao corpo coletivo de cidadãos a permissibilidade de riscos, e a tutela dos riscos se perfaz por critérios que despontam da configuração social modulada ao longo dos anos.

A capitulação dos riscos permitidos enseja a exclusão da tipicidade dos supostos bens jurídicos que, em tese, poderiam ser afetados pela execução das condutas englobadas nos riscos intitulados como permitidos.

Ademais, o suposto caráter de contrariedade à norma proveniente de uma colocação abstrata em perigo excluiria, em todas as hipóteses existentes, a permissibilidade dos riscos, tendo, em contraponto, as permissibilidades positivas a aptidão de vigorarem apenas em condições ideais.

Deve ainda ser salientado que os conhecimentos especiais porventura intrínsecos à determinada pessoa não serão levados em conta para o estabelecimento da prognose póstuma objetiva, salvo se, o corpo social detiver o referido caráter especial enraizado nas características de todos os membros.

Feitas tais digressões, passaremos a aferição dos núcleos dos tipos penais estampados 28 e 33, §3º da Lei de Drogas, com a finalidade de demonstrar a aplicação das vertentes da autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida como mitigadoras dos delitos respectivos, balizadas na propensa atuação dos sujeitos, sem que isso desencadeie a exposição do bem jurídico intitulado de saúde pública.

4.3 ANÁLISE DOS NÚCLEOS DO TIPO CONTIDOS NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006 E O BEM JURÍDICO TUTELADO.

Inicialmente, a título elucidativo, merece ser destacado que uma das inovação mais memoráveis trazidas à baila pela mencionada lei corresponde as culminações contidas no preceito secundário do artigo em apreço, uma vez que as penas passaram a ser, sucessivamente, a advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

A referida mudança de estipulação legal demonstra a influência dos aspectos contidos nas acepções sociais e a nova ótica interventiva do direito penal sobre comportamentos que, ao longo dos anos, passam a se adequar aos anseios da sociedade como corpo coletivo.

Embora inaplicável no sistema jurídico penal Brasileiro, o princípio da adequação social influi na modulação legislativa das normas que tutelam as condutas tidas como criminosas, é o que hodiernamente se intitula de evolução ideológica transportada pelo poder legislativo às leis que regulam os comportamentos.

O preceito secundário concernente a pena, visto no primeiro capítulo do presente trabalho, se mostrou nitidamente menos repressivo na nova capitulação da lei em análise, o que denota a constatação empírica de que o melhor caminho é a educação ou outra intervenção social em substituição à prisão, já questionada na presente obra.

A ingerência interventiva do direito penal nas condutas descritas no artigo 28 da mencionada Lei, resvalam nos preceitos que fundamentam todo organograma principiológico estruturante do ramo jurídico penal.

Embora a lei detenha notório avanço, o que se busca é a ausência total da prática de conduta típica por intermédio dos usuários de drogas, na medida em que os reflexos de sua conduta são similares, inclusive, ao uso de outras substâncias como álcool, não afetando diretamente a saúde pública, se materializando em um caso de nítida autocolocação em perigo, a ser demonstrada.

Em decorrência da modificação legislativa, cumpre salientar que se instaurou questionamentos doutrinários sobre a nova natureza jurídica do artigo 28,

uma vez que o mesmo deixou de prescrever, dentre as reprimendas, a pena privativa de liberdade, tendo se destacado três vertentes.

A primeira concernente a suposta ocorrência de descriminalização formal e transformação em infração *sui generis*. Esta vertente se utilizava argumentativamente da descrição contida na Lei de Introdução ao Código Penal, que classifica como crime as infrações penais que contêm em seu preceito secundário as penas de reclusão ou detenção e contravenção penal, sendo apenadas com prisão simples e multa, o que desnaturaria a aludida conduta que passaria a ser uma infração penal de menor potencial ofensivo.

Derradeiramente, a segunda parte da doutrina asseverou ter ocorrido a descriminalização substancial e transformação em infração do Direito judicial sancionador, sob a égide do instituto da *abolitio criminis*, que embora contida em uma lei materialmente criminal, na verdade teria natureza jurídica diversa, equiparada com a acepção sancionatória da transação penal ou imposição punitiva contida em uma sentença final de mérito.

Por fim, a concepção que ganhou sustentáculo jurisprudencial e maior gama de seguidores foi a correspondente a despenalização e manutenção do status de conduta criminosa.

Os adeptos dessa vertente, adotada pelos Tribunais Superiores, esclarecem que a despenalização consiste na adoção de medidas alternativas ou substitutivas que visem rejeitar o caráter criminoso da conduta perpetrada e abrangida pelo tipo penal infringido.

O viés inovador promovido pela Lei de Drogas, ganha notória conotação na medida em que introduz a acepção com o ensejo de permitir a fiel aplicabilidade dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, intervenção mínima e *ultima ratio*, que moldam a ingerência lesiva do direito penal.

A evolução, conforme anteriormente discorrido, permite que o corpo social modifique a análise valorativa e consequencial da tutela dos bens jurídicos e condutas que a estes estejam relacionadas, sobrevindo logicamente a modificação repressiva às condutas que não merecem a atenção de um ramo jurídico do direito devastador por excelência, característica histórica do ramo penal.

Os percalços de um modelo amplo de intervenção estatal no âmbito criminal, ao longo de sua vigência, permitem a empírica constatação dos efeitos colaterais que se sobrepõem aos benefícios.

Nesse espectro, condutas que não resvalam lesivamente nos bens que devem ser protegidos para manutenção do corpo social, devem, necessariamente, deixar de integrar o ramo jurídico penal do direito.

O princípio da intervenção mínima é um notório balizador do domínio interventivo que o direito penal precisa exercer. Tal princípio, além de obstar a atuação desregrada do mencionado ramo, nos serve como mecanismo de manutenção da sociedade.

É consabido que a principal reprimenda imposta pelo direito penal se perfaz através da pena de prisão, sendo que, nesse campo, os resultados, já expostos nos capítulos anteriores, são nitidamente ineficazes, o que contraria a lógica do sistema, afetando substancialmente a teleologia que funda o seu embrionismo.

A despenalização empregada ao delito de consumo de drogas, tipificado no artigo 28 da Lei em exame, nos permite depreender que a evolução social caminha para a nítida descriminalização, importando frisar que o primeiro passo já foi dado.

É nesta esteira ideológica que o presente trabalho visa aplicar a teoria da imputação objetiva, com o nítido viés de demonstrar a ausência de afetação ao bem jurídico tutelado de forma desvirtuada, no caso de consumo de drogas e no crime de tráfico na modalidade de consumo compartilhado, uma vez que tais condutas não legitimam a já rememorada danosa intervenção do direito penal.

Atrelada a principiologia da intervenção mínima, merece adendo a aferição da propensa incidência do princípio da insignificância, também com o viés mitigador da tipicidade das condutas tuteladas pelos artigos 28 e 33, §3º, da Lei 11.343/2016 (Lei de Drogas).

Nesse diapasão, cumpre elucidar que o referido princípio possui como requisitos para sua aplicação a necessária aferição da mínima ofensividade da conduta praticada pelo agente, associado a nenhuma periculosidade social da ação, bem como reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e, por fim, inexpressividade da lesão jurídica provocada.

É consabido que os Tribunais Superiores já possuem o entendimento da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, acima mencionado, até nos caso dos crimes contra administração pública, tal qual extraímos do julgado do STF, 1º Turma, HC 87.478/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 29/08/2006, DJ 23/02/2007.

Embora nitidamente aplicável ao delito de consumo de drogas para uso pessoal, o STJ firmou o entendimento de que a pífia quantidade de entorpecente não afasta a incidência do delito prescrito no artigo 28 da Lei 11.343/2006.

A fundamentação, na qual o aludido Tribunal se perfilhou, esta pautada na aferição da conduta transcrita no tipo penal incriminador, na medida em que para consumo pessoal o agente certamente não estará de posse de grandes quantidades, sendo descrito na norma e, portanto, dentro da finalidade pretendida pelo legislador.

Contudo, é imperioso constatar que a tipicidade formal desponta a aferição associada com a tipicidade material, e esta última impõe a necessária observância da exposição ao risco dos bens jurídicos que a norma visa proteger, sem olvidar os valores que a sociedade pretende assegurar.

Nessa medida, a 1ª Turma do STF passou a prelecionar o entendimento no sentido de permitir a aplicação do princípio da insignificância em um caso no qual o usuário estava de posse do equivalente a um cigarro da droga (STF, 1ª Turma, HC 110.475/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14/02/2012, DJe 14/03/2012).

Mais uma vez vislumbramos a evolução racional impondo a mitigação da tutela extensiva do direito penal há muito criticada. Somadas a tais digressões, ainda podemos suscitar o questionamento da tipicidade de tal delito em afronta ao princípio da ofensividade e ao direito à intimidade e a vida privada, estampados no artigo 5º inciso X da Constituição Federal.

Os adeptos dessa vertente concepcional, a exemplo do doutrinador Luiz Flávio Gomes, elucidam que:

> A luz do princípio da ofensividade, não existe crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado, ou seja, admite-se a intervenção do Direito Penal apenas quando houver uma lesão concreta ou real (não se admite a punição por crimes de perigo abstrato), transcendental (afetação contra terceiros), grave ou significativa (fatos irrelevantes devem ser excluídos do Direito Penal) e intolerável.
> Logo, por força da ausência de transcendentalidade da ofensa, não haverá crime diante da ofensa a bens jurídicos pessoais (v.g., tentativa de suicídio, autolesão, etc.). Por isso, como porte de drogas para consumo pessoal não ultrapassa o âmbito privado do agente, não se pode admitir a incriminação penal da conduta (FLÁVIO GOMES, 2013, p.122).

A linha concebida pelo mencionado autor nos remonta as premissas contidas nos capítulos iniciais do presente trabalho, quando fora descrito de forma

pormenorizada a finalidade do direito de punir e a tutela dos bem jurídicos, tendo a precípua finalidade de clarificar o descrédito da continuidade de imposição normativa típica a tal conduta.

Alguns doutrinadores contrários aos argumentos aqui tecidos, se filiam a ideia de que a saúde pública estaria afetada na medida em que o suposto usuário, despido de razão, passa a praticar condutas que abalam a sociedade.

Tal asseveração se mostra dispendiosa uma vez que, dadas proporções, os efeitos desencadeados pelo uso de entorpecentes são similares aos efeitos do uso de álcool e outros medicamentos que afetam a racionalidade dos usuário, sem que tal conduta seja tipificada como crime.

O que se impõe necessariamente é a imperiosa constatação da ineficaz tentativa de solucionar um problema nitidamente social com uma medida de cunho danoso e extremamente impositiva, sem olvidar sua total ineficácia empiricamente comprovada.

Assimilando tais preceitos, o STF foi incitado a se manifestar, por meio do Plenário da Corte, sobre a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, após a propositura do Recurso Extraordinário nº.635.659, com relatoria do Ministro Gilmar Mendes, com repercussão geral, ainda pendente de julgamento de todos os Ministros face ao pedido de vista formulado pelo Ministro Teori Zavaski no dia 10/09/2015, já contendo os votos pela inconstitucionalidade do consumo de maconha dos Ministros Edson Fashin e Luís Roberto Barroso, julgado que será minuciado no capítulo seguinte.

Feitas tais considerações pretéritas, passamos a análise pragmática das condutas proibitivas prelecionadas deonticamente pelo artigo 28 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), que despontam a necessidade da sua referida transcrição:

> Art. 28. Quem **adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas** sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
> I - advertência sobre os efeitos das drogas;
> II - prestação de serviços à comunidade;
> III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.
> § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

> § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.
> § 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.
> § 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.
> § 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.
> § 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:
> I - admoestação verbal;
> II - multa.
> § 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm).

De pronto, impende delimitar que o sujeito ativo da conduta em análise pode ser qualquer pessoa, sendo o sujeito passivo a coletividade e a natureza jurídica do crime é a de perigo abstrato, cujo bem jurídico tutelado é a saúde pública.

Trata-se de um crime cuja tipificação busca harmonizar o convívio social, pela propensa e hipotética capacidade do usuário de infringir outros bens jurídicos em virtude do suposto descontrole de suas ações após o consumo das substâncias intituladas como entorpecentes.

É imperioso salientar que a saúde do usuário não está incluída na esfera de proteção do tipo, sendo tal bem passível de afetação por liberalidade do seu titular e, nesse momento, a doutrina intitula de autolesão, adstrita apenas ao seu bem jurídico individual, criminalizando a suposta afetação a saúde dos demais membros sociais.

Cumpre destacar, mais uma vez, a extensão desarrazoada e ampliativa da tutela interventiva do direito penal em uma situação fática na qual não há abalo direito à saúde pública, uma vez que a afetação de tal bem desponta uma nítida ingerência muito mais ampla do que a conduta de um sujeito.

O resguardo desregrado e desvirtuado do aludido bem jurídico, já criticado nos capítulos anteriores, acaba mitigando a tutela do presente caso como autocolocação em perigo, sendo está restrita apenas ao bem do usuário, uma nítida

afronta aos princípios da ofensividade, proporcionalidade e razoabilidade já explanados.

O que se almeja com a presente tese é clarificar que a teoria da imputação objetiva, no caso de consumo de drogas para uso pessoal, estaria abrangida em sua integralidade como um caso de autocolocação em perigo, não estando mitigada e restrita apenas a ausência de dano ao bem exclusivo do seu titular, mas sim ao bem coletivo, face inexistência nítida de lesão.

Nesse espectro, o legislador positivou como condutas repressivas e consequentes núcleos do tipo, o fato do sujeito ativo adquirir, guardar, trazer consigo, ter em depósito e transportar, tipo objetivo multinuclear.

A conduta de adquirir se materializa pelo simples fato do sujeito ativo da conduta obter de forma gratuita ou onerosa a substância proibida, devendo ser salientado que conduta necessariamente exige a modalidade dolosa.

Por conseguinte, o legislador intitulou a conduta de guardar, materializada por meio de proteção, vigilância em regra na forma de ocultação, conduta nitidamente permanente.

Em seguida temos o núcleo da ação de trazer consigo, fato no qual o sujeito transporta junto ao corpo a substância proibida, podendo ser armazenada em bolsos, blusa, meia ou outro compartimento.

Como quarta conduta ainda está tipificada o fato do agente ter em depósito, materializada na forma de manutenção em reservatório ou armazém, com o fito de conservar a droga.

Por fim, consta tipificada a conduta de transportar, concernente a ação de levar a substância de um local para o outro, que possui como característica diferenciadora da modalidade de trazer consigo o fato de o sujeito não utilizar um meio pessoal, fazendo o uso de um veículo, por exemplo, situação que hodiernamente é confundida com a modalidade do tráfico de drogas, a depender da quantidade da substância apreendida.

É imperioso elucidar que, dentre os núcleos acima descritos e que constam no tipo penal transcrito pelo artigo 28 da referida Lei, não há previsão da conduta do uso de drogas. Por tais motivos, os doutrinadores se referem à conduta típica como porte de drogas para consumo pessoal, já que o uso não está capitulado pelo tipo penal incriminador.

Cumpre salientar que para capitanear a tipicidade do delito em cheque, faz se necessário que a droga, por ventura apreendida, seja submetida ao exame toxicológico, com o fito de permitir a detida constatação da ilicitude da substância e consequente materialidade do delito.

Observa-se que a despeito de possuir múltiplos núcleos do tipo, nenhum deles denotam a afetação ao suposto bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública, empregada de forma desvirtuada no intuito de estabelecer o requisito mínimo para a tipicidade.

A maquiagem que permeou a institucionalização legal do bem jurídico saúde pública, como ensejador da figura típica do deligo de porte de drogas para consumo pessoal, esbulha os preceitos que alicerçam o Direito Penal como ramo jurídico, afrontando os seus princípios vetores, bem como as premissas das concepções de tutela constitucional dos bens jurídicos.

Embora deslegitimada a tutela do aludido bem jurídico nos moldes empregados pelo legislador, observa-se que a conduta típica se enquadra detidamente nos casos de autocolocação em perigo, nos quais, o verdadeiro detentor do direito se insere no risco juridicamente proibido e lesiona direito próprio, sem dano colateral para a coletividade.

Faz se necessário dissecar também a tipicidade que circunda o delito de tráfico na modalidade de cessão gratuita e eventual para o consumo compartilhado, com o fito de mais uma vez referendar o conglomerado de fundamentações que culminaram no reconhecimento da aplicação conjunta das acepções até aqui tecidas, com a sub vertente da teoria da imputação objetiva, capitaneada pela autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida.

4.4 ANÁLISE DOS NÚCLEOS DO TIPO CONTIDO NO CRIME DE TRÁFICO PREVISTOS NO ARTIGO 33, § 3º DA LEI DE DROGAS E O BEM JURÍDICO TUTELADO

A análise pormenoriza do núcleo do tipo que intitula como conduta criminosa quem oferece droga com eventualidade e sem o objetivo de lucro à pessoa de seu relacionamento, para juntos consumirem, também é objeto de questionamentos doutrinários acerca da efetiva afetação ao bem jurídico tutelado que supostamente se perfaz na saúde pública.

O legislador ordinário, mais uma vez, teria maculado a detida observância aos deônticos preceitos princípiológicos que balizam a estrutura fundamentadora do Direito Penal.

O desvirtuamento da tratativa de um bem jurídico que potencialmente pode vir a ser atentado não se coaduna com a imposição preceituada pelo princípio da ofensividade e o seu corresponde, a transcendentalidade da ofensa.

É imperioso constatar que o legislador descreve as condutas e as insere no capítulo concernente a modalidade de tráfico de drogas, pratica delitiva que desponta a pragmática analisa dos seus elementos distintivos e possibilidade plena de aplicação da vertente teórica intitulada de heterocolocação em perigo consentida.

Feitas tais considerações necessário se imerge a transcrição da figura típica, no afinco de possibilitar o detalhamento e consequente constatação das especificidades do referido delito em relação ao tráfico na sua forma prevista no caput:

> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
> Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.
> § 1 Nas mesmas penas incorre quem:
> I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

> II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;
> III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.
> § 2 Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI nº 4.274)
> Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.
> § **3 Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:**
> **Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.**
> § 4o Nos delitos definidos no caput e no § 1o deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012).
> (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm).

Conforme expressamente impôs o legislador, os verbos que dão especificidade a conduta de tráfico na modalidade de cessão gratuita e eventual para consumo compartilhado, esculpidos no §3º do artigo 33, correspondem a eventualidade, ausência de objetivo de lucro, pessoa do respectivo relacionamento do agente e consumo compartilhado.

A descrição fática se concretiza nas situações em que o sujeito ativo do delito, esporadicamente convida pessoa do seu relacionamento para juntos fazerem uso de substancias intituladas como entorpecentes, sem a finalidade de obtenção de lucro.

Vislumbra-se que a referida conduta possui correlação material com o delito de porte de drogas para consumo pessoal, com a suas devidas especificidades, estando empiricamente desvinculada da afetação direta do bem jurídico saúde pública.

A tipificação da conduta retro mencionada desponta a consequente inserção das acepções tecidas na subespécie da teoria da imputação objetiva concernente a heterocolocação em perigo consentida, como restara evidenciado no capítulo posterior.

De pronto impende delimitar a critica as correspondentes opiniões que legitimam a intervenção jurídico penal na tutela de condutas que nitidamente não resvalam em preceitos que merecem guarida do ramo jurídico mencionado.

A ingerência do respectivo ramo deveria ser delimitada, passando a registrar a conduta descrita no artigo em análise como um risco permitido, haja vista que somente de forma colateral poderá haver afetação ao bem jurídico saúde pública.

Conforme já elucidado em momento anterior, o consumo de entorpecentes inseridos na portaria SVS/MS 344/98 da ANVISA, norma penal em branco heterogênea, que detalha de forma discriminada quais drogas serão criminalizadas, podem ser comparados ao consumo de outras substancia que influi no comportamento dos seus usuários, tal qual as bebidas alcoólicas.

É certo que, após ingestão de álcool, sujeitos praticam condutas que extrapolam os riscos permitidos e resvalam mais diretamente em bem jurídicos protegidos de forma legítima pelo direito penal, a exemplo dos acidentes de transito por agentes embriagados.

A teleologia que materializa a norma proibitiva da conduta descrita nos tipos penais de porte de drogas para consumo pessoal e tráfico na forma de cessão gratuita e eventual para consumo compartilhado, certamente destoa de qualquer amparo legitimo fundamentador.

A aplicação da teoria da imputação objetiva visa assegurar a supremacia primordial dos princípios que fundam o direito penal, já mencionados, sendo os dois presentes casos nitidamente subsumidos as concepções da autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida, tal qual preleciona o doutrinador Claus Roxin.

Nesse espectro, o que se observa é a auto colocação em perigo do sujeito que faz uso das substancias proibidas e oferece a um terceiro, de seu relacionamento, este por sua vez, enquadrado na situação de heterocolocação em perigo consentida, uma vez que outorga, anuindo com o sujeito ativo, volitivamente, o cometimento da conduta proibida.

Tecidas tais considerações, necessário se perfaz a apreciação do entendimento do direito comparado acerca da descriminalização do uso de drogas, com o fito de elucidar a viabilidade legal e necessidade social da aplicação da teoria da imputação objetiva, até que o moroso poder legislativo perceba a imposição evolutiva e discrimine legalmente as condutas acima mencionadas.

4.5 BREVE APRECIAÇÃO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS NO DIREITO COMPARADO

A Organização das Nações Unidas (ONU), no intuito de evidenciar uma viável solução ao desenfreado contingenciamento de presos e demais danos decorrentes das mazelas do cárcere, bem como no intuito de evitar a transmissão de doenças em decorrência do consumo de drogas, emitiu pela primeira vez desde a sua criação, um relatório de vinte páginas por meio do Escritório das Nações Unidas Contra a Droga e o Crime (UNODC), no qual sugere em âmbito mundial a descriminalização do uso de drogas que fora apresentado na reunião ocorrida no dia 13 de março de 2014 (https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/index.html).

Nesse espectro é possível perceber que os relatórios que contabilizam o consumo de drogas nos países onde os entorpecentes são proibidos, em comparação aos países nos quais são permitidos, não apresentam significativas discrepâncias no consumo, porém em contrapartida, os reflexos sociais são nitidamente destoantes.

Nos países em que as substancias são regulamentadas como permitidas, observados certos critérios, os reflexos no encarceramento, trafico ilícitos de drogas, tráfico ilícito de armas, homicídios correlacionados aos mencionados crimes, sofreram significativas reduções. (https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/relatorio-mundial-sobre-drogas.html).

No caminho evolutivo impende descrever os países que detiveram a visão prospectiva e já aboliram a criminalização do uso de drogas, observados alguns requisitos como quantidade por pessoa, natureza da substância, idade do usuário, dentre outros.

Na América do Sul o primeiro país a legitimar o consumo de drogas foi o Paraguai em 1988, em seguida a Colômbia no ano de 1994, posteriormente o Peru no ano de 2003, bem como o Chile no ano de 2007, Argentina no ano de 2009, Equador e Uruguai no ano de 2013, sem olvidar a Bolívia e Venezuela no qual o referido consumo não é mais conduta ilícita. (http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2015/09/1671352-conheca-os-paises-onde-o-porte-de-drogas-e-liberado-para-uso-pessoal.shtml).

Na América do Norte e América Central temos o México como precursor no ano de 2009, em seguida os Estados Unidos em alguns Estados como

Colorado, Washington, Oregon e Alasca no ano de 2012, bem como Costa Rica. (http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2015/09/1671352-conheca-os-paises-onde-o-porte-de-drogas-e-liberado-para-uso-pessoal.shtml).

Já a Europa, por sua vez, deteve como precursora a Itália que desde 1975, apesar da mudanças de regulamentação já permitida o consumo de determinada quantidade de entorpecente. Seguida pela Espanha no ano de 1982, posteriormente a Alemanha em 1994, Portugal em 2001 e República Tcheca em 2010.

Merece destaque a Holanda que inovou na permissão de consumo de drogas fornecidas pelos “Coffe Shops”, estabelecimentos que os usuários adquirem certa quantidade de droga para consumo. Devendo ser evidenciada a política de redução de danos adotada pelo mencionado país, que consiste no fornecimento de agulhas e seringas descartáveis para que os usuários viciados façam uso, com o fito de inibir a proliferação de doenças decorrentes do compartilhamento indevido dos referidos intens.

Elucidado o referido cenário mundial que projeta a visão prospectiva das nações que buscam o desenvolvimento social dos seus membros, e o consequente reconhecimento dos empíricos dados amplamente divulgados das mazelas do cárcere, não resta outra saída senão a aplicação da teoria da imputação objetiva como solução periódica da mitigação à tipicidade dos delitos de porte de drogas para consumo pessoal e o de tráfico na forma de cessão gratuita e eventual para consumo compartilhado, até ulterior prescrição legislativa.

4.6 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA SEM ENSEJAR A USURPAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO DA FUNÇÃO DE TIPIFICAR CONDUTAS CRIMINOSAS

No direito Brasileiro, o regramento jurídico permite pragmaticamente que os Tribunais Superiores modulem seus entendimentos e exerçam interpretações dos institutos positivados legalmente, tal digressão é amplamente permitida por nosso sistema sem que enseja vícios ou inconstitucionalidades, desde que observados os necessários requisitos, trata-se do chamado Ativismo Judicial dos Tribunais Superiores.

No intuito de elucidar o papel desempenhado pelos Tribunais e na tentativa de comprovar a possibilidade de aplicação da teoria da autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida, resta imperioso discorrer um raciocino tênue sobre admissibilidade do implemento de uma metodologia tópica de estudo do direito, desde que o fenômeno jurídico seja encarado de acordo com as suas implicações históricas e contextuais e não somente segundo uma perspectiva sistemático dedutiva.

Torna-se necessário, depreender sobre os enfoques problemáticos do direito, que são uma decorrência do direito vivo, derivado do processo de aplicação das normas positivas existentes no ordenamento jurídico.

As opções metodológicas subsumidas ao estudo das decisões dos tribunais superiores decorre, por um lado, da importância institucional por eles apresentada, bem como da nítida riqueza dos procedimentos argumentativos neles travados, em virtude de sua composição colegiada

Os Membros de um tribunal superior enxergam uma idêntica questão jurídica sob diferentes prismas, o que apenas reforça a proposta da função normativa das cortes e sua superestrutura do ordenamento jurídico.”

Tradicionalmente, prevalece nos sistemas de direito codificado o princípio da separação de poderes, que tem o seu fundamento na divisão precisa entre a função de criar normas jurídicas e a de dar lhes aplicabilidade.

Como decorrência deste princípio, a tarefa do chamado Poder Judiciário estaria restrita à aplicação das normas, enquanto a tarefa de criação do direito seria exclusividade do Poder Legislativo.

Acrescente-se que as cortes superiores têm, seja qual for o perfil do sistema jurídico, um inegável caráter político, seja pela forma de recrutamento de seus membros, que em regra decorre de indicações políticas; seja pelas consequências amplas das orientações por elas firmadas, principalmente em se tratando de cortes competentes

Tendo como base alguns dos ensinamentos preconizados pelo filosofo do direito interpretativo Chaim Perelman, é possível extrair que deve-se encarar com alguma precaução a ideia de clareza da lei, de vez que ela é a expressão normativa de conceitos jurídicos, que podem apresentar um conteúdo flexível.

Dessa forma, falar de clareza absoluta da lei é negligenciar a tarefa concretizadora dos conceitos jurídicos desempenhados pela jurisprudência. Ao relacionar conceitos com fatos, a partir da apreciação das provas produzidas em um processo, o juiz contribui para uma precisa determinação do conteúdo dos próprios conceitos e, consequentemente, para a formação de um significado institucionalmente aceito para a própria lei positiva.

As decisões judiciais criam precedentes, que passam a servir de referência para o julgamento de casos similares no futuro, seguindo a regra de justiça de que casos semelhantes devem ser julgados da mesma maneira.

Derradeiramente, a necessidade de aferir sobre a motivação das decisões judiciais que constituem em um tema indispensável para uma discussão do direito a partir de uma perspectiva tópica, porque é exatamente na fundamentação de suas decisões que os juízes lançam mão dos diferentes recursos argumentativos, a fim de torná-las aceitáveis pela comunidade jurídica e pela sociedade.

Neste espectro ideológico a motivação das decisões judiciais representa o discurso que o órgão judicial emite, devendo ocorrer a conciliação das exigências legais, com o fito de harmonizar as arestas do sistema, sempre com uma ótica valorativa das repercussões da decisão tomada.”

Além disso, o reconhecimento da faceta argumentativa das decisões judiciais apresenta-se como uma análise mais apropriada do fenômeno jurídico no contexto do Estado democrático de direito.

Tais digressões nos permitem afunilar a concepção de que uma teoria com base sustentável e empíricos resultados no direito comparado, está amplamente passível de modulação interventiva pelos Tribunais Superiores, o que legitima o reconhecimento da autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo

consentida como mitigadora da lesiva tipificação das condutas sem a observância dos preceitos basilares do direito penal, tampouco proteção à bens jurídicos diretamente afetados.

A função corretiva e integrativa dos tribunais não pode mais ser vista como um processo técnico-jurídico dotado de absoluta racionalidade, na medida em que ele é resultado de todo um conjunto de relações discursivas, que superam em vários momentos a própria técnica dominante no meio jurídico, a fim de dar sentido ao conceito de justiça, a partir do exame de casos concretos, levados à análise que sevem como norteadores da modulação de novos entendimentos, suprimindo discrepâncias legislativas e abusos na capitulação de condutas típicas sem o mínimo de ofensividade social.

Pelo que se pôde observar, o estudo do direito se materializa a partir de um exame de decisões judiciais que podem contribuir para a determinação do sentido de certos conceitos jurídicos, como o interesse público na projeção do desenvolvimento social, servindo de importante auxílio para o jurista, na fixação do perfil de seu sistema jurídico.

Obviamente, a lei é um ponto de partida importante no processo de aplicação do direito, mas este é muito mais amplo do que um procedimento silogístico de adequação entre o fato e a norma abstrata, ainda mais quando a tipificação de condutas estão consubstanciadas em preceitos despidos de amparo sistêmico.

Em verdade, as decisões dos tribunais dão sentido histórico aos conceitos jurídicos, esboçados no direito positivado, o que torna indispensável o conhecimento da jurisprudência, para que se tenha precisão quanto ao conteúdo normativo do ordenamento jurídico e se mantenha a evolução do direito sem a necessidade cartesiana de adstrição a legalidade.

Nesse caminho evolutivo merece a salutar elucidação do entendimento exposto pelo STF, que foi incitado a se manifestar sobre a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, após a propositura do Recurso Extraordinário nº.635.659, com relatoria do Ministro Gilmar Mendes, com repercussão geral, ainda pendente de julgamento de todos os Ministros face ao pedido de vista formulado pelo Ministro Teori Zavaski no dia 10/09/2015, já contendo os votos pela inconstitucionalidade do consumo de maconha dos Ministros Edson Fashin e Luís Roberto Barroso.

O referido julgado se coaduna com a necessária atuação do respectivo Tribunal, no intuito evolutivo de possibilitar a manutenção das garantias estabilizantes dos reflexos sociais da tipificação exacerbada de condutas despidas de permissibilidade de tutela do gravoso ramo jurídico penal.

Oportunamente, após as considerações exposta ei por bem prelecionar o entendimento profanado pelo STJ e alguns Tribunais Estaduais, sobre a aplicação da teoria da imputação objetiva em casso correlatos:

> PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA. **ATIPICIDADE**. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. **AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM PERIGO.** CONSTRANGIMENTO ILEGAL. **RECONHECIMENTO.** 1. O fundamento da responsabilidade pelo crime culposo reside na violação do dever objetivo necessário nas circunstâncias. In casu, tendo o motorista respeitado todas as regras de trânsito, surgindo o transeunte, de inopino, na via, provocando o seu próprio óbito, mostra-se ilegal o processo crime pela suposta prática de homicídio culposo. Tem-se, a um só tempo, o emprego dos princípios da confiança e da autocolocação da vítima em perigo, o que, à evidência, exclui a tipicidade do comportamento do condutor. 2. Ordem concedida para trancar a ação penal 2575080/2009, em curso perante a 17.ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA.
> (STJ - HC: 147250 BA 2009/0178790-9, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 04/03/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/03/2010)

> APELAÇÃO CRIME. HOMÍCÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. **AUSÊNCIA DE PROVA DE VIOLAÇÃO DO DEVER OBJETIVO DE CUIDADO. INEXISTÊNCIA DE CULPA NO AGIR DO RÉU. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM PERIGO. ABSOLVIÇÃO** Motorista de caminhão que atropelou a vítima em cima da calçada, supostamente agindo de forma imprudente. A prova dos autos aponta que a vítima autocolocou-se em situação de perigo, pois passou por trás do caminhão, ignorando o fato de que o condutor deste já avançava por sobre a calçada, realizando manobra plenamente sinalizada. Concorreu a vítima, pois, para o acidente, quebrando o princípio da confiança, segundo o qual todo aquele que atende adequadamente ao cuidado exigido pode confiar que os demais coparticipantes da mesma atividade também operem cuidadosamente. Nesse caso, exclui-se a responsabilidade do agente quanto a fatos que ultrapassem o seu dever de agir com cuidado. Não há, nos autos, elemento capaz de provar que a conduta do réu foi imprudente, uma vez que o mesmo disse ter observado os dois espelhos ao iniciar a manobra e constatado que não havia transeuntes passando no momento em que ingressou no passeio, além de ter ligado o pisca-alerta e sinalizado sonoramente. Assim, somadas as circunstâncias do fato, em face da conduta da vítima, decisiva para o evento, e não demonstrada violação a dever objetivo de cuidado pelo réu, impositiva a sua absolvição. RECURSO PROVIDO. POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70064658578, Primeira... Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 15/07/2015).
> (TJ-RS - ACR: 70064658578 RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Data de Julgamento: 15/07/2015, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/07/2015).

> APELAÇÃO CRIMINAL - ARTIGOS 303 E 306 DO CTB - IMPRESTABILIDADE DO APARELHO DE AFERIÇÃO DE EMBRIAGUEZ - INOCORRÊNCIA - TEOR ALCOÓLICO MEDIDO ATRAVÉS DE "BAFÔMETRO" - DECLARAÇÕES DAS TESTEMUNHAS EM PERFEITA CONSONÂNCIA - SÓLIDO CONTEXTO PROBATÓRIO - LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO - **ABSOLVIÇÃO EM FACE DA AUTOCOLOCAÇÃO DAS VÍTIMAS EM SITUAÇÃO DE PERIGO** - IMPOSSIBILIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA - ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO. - O teste de etilômetro, com o advento da Lei 11.705/08, passou a ser reconhecido pelo Código de Trânsito Brasileiro (art. 277 e art. 306, parágrafo único, CTB) e regulamentado pelo Decreto 6.488/08 (art. 1º, § 3º e art. 2º, II), servindo como um dos meios de prova da embriaguez do agente. - A prestabilidade do etilômetro deve ser verificada por meio da certificação periódica anual realizada pelo INMETRO, nos termos da resolução nº 206, do CONTRAN. - A segura prova testemunhal obtida em juízo, aliada ao exame detido dos demais elementos de convicção coligidos aos autos, são suficientes para a condenação, em conformidade com o sistema do livre convencimento motivado. - Devidamente comprovada a autoria e materialidade do delito previsto no art. 303, do CTB, bem como a culpa do agente em razão da sua imprudência, não há que se falar em atipicidade da conduta em virtude do comportamento das vítimas que se autocolocaram em situação de risco, uma vez que no Direito Penal Pátrio não há compensação de culpas. - A condenação nas custas é uma consequência natural da sentença penal condenatória, conforme reza o art. 804 do CPP, sendo que eventual impossibilidade de seu pagamento deverá ser analisada pelo juízo da execução, quando exigível o encargo.
> (TJ-MG - APR: 10183100116494001 MG, Relator: Alberto Deodato Neto, Data de Julgamento: 26/11/2013, Câmaras Criminais / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 03/12/2013)

Os mencionados julgados coadunam a precípua finalidade da presente tese, que consubstancia a possibilidade jurídica de aplicação da teoria da imputação objetiva e sua nítido viés de excluir a tipicidade das condutas proibitivas de porte de drogas para consumo pessoal e tráfico na forma de cessão gratuita e eventual de drogas para consumo compartilhado, pelas vertentes da autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida, respectivamente.

O usuário de drogas, ao portar à substância para consumo pessoal, teria sua conduta inserida na vertente axiológica da autocolocação em perigo, nos quais, o verdadeiro detentor do direito se implanta na situação de risco juridicamente proibido e lesiona direito próprio, sem dano colateral para a coletividade.

Derradeiramente, observa-se que a conduta tipificada no artigo 33, § 3º da Lei de Drogas, pode ser vista sob a ótica da imputação objetiva, enquadrando o sujeito ativo em uma situação de autocolocação em perigo, no que condiz ao uso das substancias proibidas e ofeta a um terceiro, de seu relacionamento, este por sua vez, enquadrado na situação de heterocolocação em perigo consentida, uma vez

que outorga, anuindo com o sujeito ativo, volitivamente, o cometimento da conduta proibida.

Tal atuação positiva dos operadores do direito não ensejaria mácula ao sistema constitucional posto, no que concerne a detida separação dos poderes, uma vez que, conforme acima explanado, os moldes paradigmáticos que fundam as teorias já foram extraídos das bases concepcionais que estruturam o Direito Penal, trata-se nessa medida, de clarificar a nébula histórica da tipificação de condutas que infringem o arcabouço normativo por um todo.

5. CONCLUSÃO

Em síntese o singelo trabalho almejou debater os institutos que legitimam a proteção do direito penal, compreendido na tutela dos bens jurídicos e suas acepções constitutivas, o grau de afetação das condutas que resvalam sobre sua esfera protetiva para propiciar a correlação com a moderna teoria da imputação objetiva e seu nítido viés de mitigação ao dogma causal.

Mais precisamente foi abordado no que concerne a vertente da autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida e, o seu viés mitigatório às condutas tipificadas nos delitos de porte de drogas para consumo pessoal e tráfico de drogas na forma de cessão gratuita para o consumo compartilhado, respectivamente, descritas nos preceitos primários dos artigos 28 e 33, § 3º da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas).

No primeiro capítulo fora abordado o poder de punir do Estado que decorre, em seu aspecto pretérito, da legitimidade outorgada pelo povo a um Estado Democrático de Direito para fazer prevalecer o direito da coletividade em detrimento do direito individual, com a finalidade de evidenciar no que consiste o *jus puniendi*, tendo em vista a necessidade de se referendar a minimalização interventiva de tal ramo jurídico.

No bojo do referido capítulo, foram tecidas considerações acerca das teorias da pena existentes em âmbito global. Sendo iniciada pela Teoria Retribucionista que teve como fundador o filósofo alemão Kant. Estribado nos ideais éticos e morais, preconizava ser a pena um instrumento que se justificaria pela existência do delito, devendo ser retribuído ao infrator todo o mal causado por ele ao praticar um delito.

Posteriormente, foram tecidas considerações sobre a segunda Teoria da Pena com uma visão diametralmente oposta, denominada de Teoria da Prevenção, que se fundava na missão de prevenir delitos, ou seja, sua base axiológica estava moldada na proteção pretérita dos interesses (bens) sociais, demonstrando uma verdadeira finalidade utilitarista da reprimenda imposta pelo Estado.

Ao final do primeiro capítulo, observou-se a terceira Teoria da Pena, denominada de Mista ou Eclética que surgiu em virtude da complexidade dos

fenômenos sociais que compõem a atuação necessária do Direito Penal, tornando-se impraticável a utilização em termos fáticos de apenas uma base fundamentadora de uma das teorias da pena.

Surge então a necessidade da junção das finalidades pretendidas pelas Teorias Retribucionistas e Prevencionistas (geral e especial) para que se possa abranger de forma satisfatória os resultados mais vantajosos para a sociedade.

Foi nessa linha de raciocínio que a Teoria Eclética pretendeu fundamentar a pena e os seus efeitos. Seu pretérito objetivo esta moldado na preservação dos interesses sociais, bem como em sua sadia progressividade sustentável.

Feitas tais considerações pode-se compreender o porquê da atuação exclusiva do Estado na tutela do Direito Penal, tendo sido abordado gradativamente como fora moldada a outorga do referido direito, sempre no intuito de elucidar a necessidade do descrédito interventivo de tal ramo face ao nítido fracasso empírico de sua teleologia.

Perpassando sobre os capítulos elucidados, foi possível constatar as teses que legitimam as teorias do delito, que culminaram nas acepções do funcionalismo, bem como a elucidação da tutela dos bens jurídicos, pautados pela Teoria Constitucionalista, como vetor para a detida institucionalização restritiva dos mencionados bens.

Por conseguinte fora demostrada as características que deram origem a concepção da imputação objetiva, sua evolução histórica, bem como suas subespécies intituladas de autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida.

Assim, no plano teórico, faz se necessário a conjugação de bases ideológicas presentes em outros ramos do direto, com especial atenção ao ramo constitucional, com afinco do estabelecimento da racionalidade a exemplo da razoabilidade e outros fatores que propiciam a manutenção do convívio tal qual preleciona o Tribunal Federal Alemão.

Nas sabias palavras do filosofo Raul Zaffaroni é possível constatar que “as vezes carecemos de boas respostas pelo simples fato da má formulação das perguntas”.

A indagação que merece destaque é a que nos remete a origem dos institutos e quais são as suas respectivas finalidades pretendidas.

Como uma das possíveis resposta a esse questionamento, encontra-se a asseveração de que a teoria da imputação objetiva se mostra como uma vertente a referendar os princípios da intervenção mínima, subsidiariedade, ofensividade e transcendência lesiva.

Ordem social compreendida em sua acepção ampla, tendo em vista que, dentre os pilares estruturantes de um estado democrático de direito encontra-se a efetiva justiça.

A justiça, resultado da aplicação da racionalidade sistêmica, mantêm a primazia legitimadora da atuação do Estado de direito, proporcionado o equilíbrio dos institutos penais com a acepção inexorável da mitigação a extensiva atuação do Direito Penal.

Assim, o povo outorga seus poderes ao Estado, que por sua vez pautado nos interesses de seus legitimadores, se organiza, estabelecendo os critérios para os exercícios das funções essenciais à manutenção da referida ordem social.

A sociedade é cíclica, e os frutos de sua atuação refletem no preenchimento de seus ideais, ideias esses que são norteados por aspectos que ensejam o afastamento gradativo da ingerência de um ramo jurídico empiricamente lesivo, a teoria da imputação objetiva nos serve para excluir a tipicidade das condutas que não afetam os bens jurídicos dos supostos sujeitos lesados, haja vista sua participação volitiva na situação fática.

O caminho evolutivo desagua no reconhecimento da atipicidade das condutas de porte de drogas para consumo pessoal e do crime de tráfico na modalidade de cessão gratuita e eventual para o consumo compartilhado pela detida aplicação da autocolocação em perigo e da heterocolocação em perigo consentida, respectivamente, até o advento de lei abolicionista.

Fica a constatação da necessidade da adequação normativa aos anseios que estruturam a sociedade, devendo os órgãos que compõem a estrutura formal do Estado, o emprego de medidas que venham alcançar tal desiderato.

A teoria da imputação objetiva nos impõe resultados práticos concretos, e a nítida constatação de que o surgimento de uma teoria é o primeiro

passo para a evolução normativa. A sua positivação somente certificará os efeitos benéficos já produzidos no direito comparado (Tribunal Penal Alemão).

Só os que se arriscam a ir mais longe sabem onde verdadeiramente podem chegar, (T. S. Eliot, 1927).

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**, Contribuindo Para a Fundamentação de Um Paradigma Dualista. Coimbra Editora, Limitada, 1991.

BECCARIA, Cesare Bonesana Marquês de. **Dos Delitos e Das Penas**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

BIZZOTTO, Alexandre. **Valores e Princípios Constitucionais**, Exegese no Sistema Penal Sob a Égide do Estado Democrático de Direito. Goiânia: AB Editora, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**, Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOSCHI, José Antônio P. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conduta de la víctima e imputación objetiva**. Barcelona: J.M. Bosh Editor; 2001.

_____. **La teoria de la imputación objetiva y la normativización del tipo objetivo**. Caderno Jurídico, ESMP, ano I, nº.01, p.120/147, abr.2001.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. 6. ed. Tradução de José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2005.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Direito Penal da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Do giro finalista ao funcionalismo penal: embates de perspectivas dogmáticas decadentes**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico Penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão, **Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FELDENS, Luciano. **A constituição Penal**, A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**, História da Violência nas Prisões. 19. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

GOMES, Geder Luiz Rocha. **A substituição da Prisão**. Salvador: Podivm, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. São Paulo: Rvista dos Tribunais, 2000.

HART, Hart L.A. **O conceito de Direito**. 4. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HEGEL, Jorge Guilherme Federico. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução de Orlando Vitório. Lisboa: Guimarães Editores, 1959.

IHERING, Rudoulf Von. **A Evolução do Direito**. Salvador: Progresso, 1956.

JAKOBS, Guther, MELIÁ, Manoel Cancio, **Direito Penal do Inimigo**: noções e crítica. 2. ed. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito Penal e Funcionalismo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____**. Sociedade, Norma e Pessoa.** Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Editora Manole, 2003.

_____. **A imputação objetiva no direito penal**; tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM. 2016.

KANT, Emanuel. **Doutrina do Direito**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone,1993.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek Marques. **Fundamentos da Pena**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque. **Direito Penal**, Sistemas, Códigos e Microssistemas. Curitiba: Jaruá, 2004.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIR PUIG, Santiago. Direito Penal, **Fundamentos e Teoria do Delito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido**, Na Teoria do Delito. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3. ed. Lisboa: Veja, 2004.

_____. **A Proteção de Bens Jurídicos Como Função do Direito Penal.** Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal**. Tradução de Luís Greco. São Paulo: Editora Renovar, 2000.

_____. **Funcionalismo e Imputação Objetiva No Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. São Paulo: Editora Renovar, 2002.

_____. **Novos estudos de direito penal**. Tradução Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RODRÍGUEZ, Claudia B., AMADEO, José Luis. **La Prescripción, Según la Jurisprudencia de la Corte**. Buenos Aires: AD.HOC, 2000.

SECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA Jr, Alceu. **Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência,** Uma Contribuição à Investigação dos Fundamentos Jurídicos Científicos. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal**, Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres**, A nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Em Busca das Penas Perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____.**Manual de Direito Penal Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.