

A tendência atual de produção do direito penal: crimes sem ofensa concreta e o tráfico de drogas

*Loêdi Lisovski**

Resumo

Trata-se de trabalho que visa a demonstrar a incoerência expansiva do legislador na produção do direito penal, que envolve alguns tipos penais do crime de tráfico de drogas, os quais não ofendem o bem jurídico que pretendem tutelar, tal seja: a saúde pública; tipos estes, de perigo abstrato ou presumido, onde não existe a necessidade de ocorrência de resultado ofensivo objetivo. As condutas que ofendem o bem jurídico saúde pública e as que não ofendem; a demonstração do princípio da ofensividade em matéria criminal e sua constatação pela Teoria Constitucionalista do delito; a concepção de crime sem resultado ofensivo e sua constitucionalidade aos olhos da doutrina moderna e as tendências do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto.

Palavras-chave: Ofensividade. Condutas. Resultado. Bem jurídico. Constitucionalidade.

Introdução

Partindo-se do pressuposto contido no artigo 13 do Código Penal Brasileiro, o qual determina que todo crime terá como fundamento a existência de um resultado, sendo esse ofensivo a determinado bem jurídico, e que tal bem seja obviamente aquele que a lei preocupa-se em proteger, a validade dos crimes de perigo abstrato encontra-se totalmente superada em relação ao texto legal.

* Professor da Faculdade de Direito nas Faculdades Guarapuava nas disciplinas de Criminologia, Direito Penal e Processo Penal. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Especialista em Ciências Penais pela Uniderp/Anhaguera. Advogado Criminalista.

→ <http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v27i2.4681>

Ainda que tal constatação estivesse apenas no plano legal ordinário, poderíamos afirmar que a legislação atual não tem consonância e harmonia normativa com os princípios reitores da construção penal.

O fato mais preocupante é que não somente a legislação que está em descompasso. A Constituição Federal também estaria sendo desconsiderada no que se refere à existência de ofensa ao bem jurídico quando determina em seu artigo 98 inciso I, que os estados-membros serão responsáveis pela criação dos juizados especiais criminais, e que tais serão competentes em apurar os crimes de menor potencial *ofensivo*.

Tal afirmação normativa constitucional funda a existência e recepção do princípio da ofensividade do fato em matéria penal. Nada mais fez o legislador constituinte do que considerar a existência do princípio da ofensividade no seio da Magna Carta, em sentido implícito, e sua real necessidade de ocorrência para a concretização da infração penal.

Especificamente, nos crimes de tráfico de drogas previstos na nova lei 11.343/06, particularmente no artigo 33, algumas de suas formas de agir, ou de suas condutas, as quais serão analisadas no decorrer do presente artigo, não ofendem o bem jurídico que a lei elegeu para defender: a saúde pública

encontra-se intacta ainda que o agente tenha preenchido os verbos núcleos do tipo de tráfico.

Vale ressaltar que a criação de uma lei penal – aqui para não cair na falácia discursiva de que o direito penal presta-se exclusivamente à tutela de bens jurídicos – não serve apenas para a proteção de bens indispensáveis para desenvolvimento pessoal, senão também para regular a convivência dos membros da coletividade diante da ameaça de sanção.

Imaginar apenas a exclusiva proteção seria desconsiderar a força cominatória do direito penal para muito aquém de sua existência, além de cair no erro da proteção. Caso protegesse, a criminalidade não seria crescente como demonstram os índices. A questão da proteção seria apenas um discurso político, quando a prática demonstra o contrário.

Especificamente, em relação ao crime de tráfico de drogas tem como consequência aceitável pelo legislador a inexigibilidade de ofensa – por opção político-criminal do legislador que se curva diante do aumento absurdo dos índices de usuários. Substitui-se o tratamento e a educação pelo combate – pois se trata de crimes em que o perigo não precisa ser concreto, demonstrado, bastando a mera presunção de perigo ante ao bem jurídico tutelado pela lei. São os famosos crimes de pe-

rigo abstrato, os quais se prescindem da prova da ofensa ao bem jurídico.

A generalização de condutas que o legislador optou em fazer constar nos artigos da nova lei de drogas são os mesmos contidos na revogada lei 6.368/76, os quais vinham elencados no artigo 12 e que foi revogada justamente pela sua impotência diante dos problemas e do aumento do tráfico. Ou seja, notou-se com o passar dos tempos que a antiga lei de drogas não apresentava capacidade de fazer-se respeitar e não detinha o poder de combater com a coerência que se propunha a crescente criminalidade e a narco traficância.

De qualquer modo, as repetições das condutas típicas daquela lei encontram-se previstas na nova, podendo-se concluir de antemão que novamente o legislador pátrio falhou ao inovar sem a inovação material, ou melhor: inovar em partes e não inovou no que deveria, o que não resolve de qualquer modo. Trocamos somente a dose do remédio que já não resolvia, aumentado-a, fazendo alusão à pena.

No presente trabalho, analisaremos justamente essa falha do legislador, de produção de direito penal voltada para tipos abstratos, como os tipos do crime de tráfico de drogas, os quais aos olhos de parte da doutrina moderna brasileira não estão em compasso com o texto constitucional

atual, sendo que o crime citado tem uma das penas mais severas em nosso país e sequer respeitou o princípio da ofensividade na construção dos tipos, demonstrando que grande parte da construção legal não passa de um movimento político.

Por hora, ante o contexto, vale a análise do tema que enfoca a questão do crime de tráfico de drogas, recentemente revigorado, desenvolvendo a ideia central do fato que permeia a construção típica de algumas formas de agir previstas na lei, em comparação com o princípio da ofensividade frente ao bem jurídico tutelado e o desenvolvimento (espinha dorsal do presente trabalho) dos crimes de perigo abstrato, analisando principalmente sua não receptividade pela lei penal e pela Constituição Federal.

A falta de coerência do legislador na construção de condutas típicas

Muito se tem observado no cotidiano que a criminalidade do tráfico vem aumentando, ao invés do que sustentam os órgãos de proteção pública. Tal fato dar-se-á, e não fica difícil de adivinhar, pelo simples motivo de que as políticas criminais executadas são contrárias às estudadas e às demonstradas cientificamente.

Usa-se o caminho inverso e depois descobre-se que os resultados obtidos não foram os esperados. Ou seja, os criminosos estão cada vez mais enriquecidos, em maior número, enquanto que o Estado insiste com uma linha de atuação que fracassa. Passa por cima da Constituição Federal apenas para reprimir um anseio da população causado pela exposição midiática acerca da criminalidade crescente.

Neste trabalho, serão considerados também justamente esse caminho inverso que o legislador pátrio percorre, demonstrando o desperdício de energia na criação de leis que não vingam e a consequente inutilização legislativa gerada pela falta de consciência e de preparo da esfera legiferante.

O ponto central então seria a brecha que o Legislativo deixa quando cria leis que não estão de acordo com o texto constitucional e com as diretrizes de direito internacional contemporâneo, os quais são norteadores de toda sua construção normativa, sendo que especificamente no crime de tráfico, um dos maiores “vilões” atuais do Brasil é a ocorrência de enormes discrepâncias. Como exemplo, tem-se: a defesa de que os crimes de perigo abstrato ou presumido geram ofensividade ao bem jurídico que pretendem proteger.

A essência das normas constitucionais

O direito penal moderno, após os seus avanços advindos de Roxin, Silva-Sanchez, Zafaronni e Luiz Flavio Gomes, aqui para nós, não mais comporta discussões acerca de determinados institutos pelo motivo de que esses já percorreram o caminho da valoração empírica.

Um desses caminhos seria justamente a questão dos princípios constitucionais explícitos e principalmente os implícitos, pelo fato de que esses, por não estarem positivados objetivamente, ou seja, escrito claramente no texto legal, careceriam de maior proteção contra a intervenção arbitrária do Estado.

Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas, são (como observa Gomes Canotilho e Vital Moreira) núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas – princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.¹

Tal lição serve justamente pelo fato de que, para alguns, somente vale o que se lê e, muitas vezes, mal, fazendo alusão às equivocadas interpretações do texto constitucional, desconsiderando completamente a figura

intencional das normas, sua absorção pelo sistema constitucional, algo que acrescenta ao instituto muito mais qualidade e operacionalidade, logo:

Pode-se dizer que o pensamento dogmático do direito acredita na possibilidade de que o intérprete extraia o sentido da norma, como se estivesse contido na própria norma, enfim, como se fosse possível extrair o sentido-em-si-mesmo.²

Infelizmente não é assim que funciona. Vemos na prática a completa falta de sintonia dos institutos aqui existentes. Uma verdadeira miscelânea de textos legais, sendo muitos desses em completa dissonância com a Constituição Federal. Provavelmente, assim como existe no Parlamento, nas comissões de Constituição e Justiça as regras constitucionais também devem mudar de valor.

Sem querer percorrer todo o arcabouço Legislativo existente, o que seria impossível em um trabalho científico dessa natureza, nos ateremos apenas no crime de tráfico de drogas, o que representa na realidade brasileira um dos maiores pesos para o sistema penal atual. Se quiseses encontrar um traficante ou uma pessoa envolvida com o tráfico vá até a cadeia mais próxima. Fatalmente encontrarás.

Quando da elaboração da lei que tratava sobre tóxicos, antiga lei 6.368/76, já revogada pela nova, essa última, uma compilação daquela, não vigorava a atual Constituição Federal

de garantias. Vivíamos num período ditatorial e, assim mesmo, o legislador atual reutilizou parte daquela lei e inseriu-a no modelo atual.

Cometeu uma falha séria, pelo menos na construção dos tipos penais e suas condutas, já que na atualidade, o Judiciário brasileiro está abarrotado de processos, dos quais o pleito principal é a inconstitucionalidade de tal lei.

Com a nova lei, veio todo o montante de artigos contidos e adaptados, não à nossa Constituição, mas a um modelo ditatorial, que comporta absurdos, como o de aceitar que tenha validade um crime que sequer expõe a perigo o bem que procura tutelar tenha validade. Ou a consideração de conduta que não produza resultado ofensivo. Ainda mais quando do trato de um crime em que se tem uma das penas mais altas em nosso país e é equiparado ao hediondo.

Na questão apontada, o crime de tráfico de drogas, de perigo presumido (abstrato), que em determinadas condutas como, por exemplo, a de ter em depósito drogas ou substâncias entorpecentes que causem dependência física ou psíquica, não coloca em risco nenhum bem jurídico, mas principalmente não coloca em risco o bem jurídico da saúde pública, justamente aquele que deve proteger.

Perigo presumido (abstrato) é o considerado pela lei em face de determinado comportamento positivo ou negativo. É a lei que o presume *iure et de iure*. Não precisa ser provado. Resulta da própria ação ou omissão.³

A lei atua com condutas presumivelmente ofensivas diante da saúde pública, o que nos leva a entender que a prova da lesão ou a ofensa, nesses casos, não há de ser demonstrada, e sim, presumida.

Entendemos assim, que quando da edição de uma lei em nosso Estado, a preocupação maior dos governantes não está em melhorar a segurança pública, mas está em demonstrar à sociedade que as penas para determinado crime – o de tráfico – são extremamente elevadas, o que se presume que a ideologia estatal não passa de uma ameaça velada contra o ser humano que venha a desvirtuar o sistema. A ameaça do castigo, do mal pelo mal em nada contribui para a diminuição da criminalidade e ainda fere a dignidade humana, um verdadeiro paradoxo.

A escolha do Estado não está em consertar os erros do passado, mas em intimidar os que no futuro escolham viver ou fazer parte da criminalidade.

O princípio da ofensividade criminal

Toda a construção de condutas típicas está alicerçada – ou deveria estar – em normas constitucionais que as dão sentido, aplicabilidade, valor jurídico, segurança e força mandamental. Sem a conotação constitucional, sem o alinhamento com a ordem democrática de um Estado de Direito, tal construção típica não terá validade, e sem validade não há aplicabilidade prática.

As referidas normas, já nesse estágio, após a realização de sua interpretação e extração de seu sentido formal, entram no mundo jurídico alicerçadas por meio dos princípios constitucionais, que em matéria criminal, ainda contam com a exigibilidade do princípio da legalidade criminal, norteador do positivismo, o que o torna ainda mais transparente.

Para ter vigência, a lei precisa ser aprovada, promulgada, sancionada e publicada. Somente pode ter valor jurídico a lei publicada na imprensa oficial (Diário Oficial). E desde que publicada sem vícios.⁴

Os princípios são uma espécie de garantidores da democracia de um Estado de Direito. Se a construção de leis seguir os ditames dos princípios, todo cidadão poderá ter a segurança de que a ordem democrática está sen-

do respeitada pelo menos no plano Legislativo e, por conseguinte, o ser humano também, já que um é pressuposto do outro.

Os princípios inerentes ao direito penal, processual penal e de política criminal são extensos. Porém, para nós, interessa apenas o princípio da ofensividade em matéria criminal.

Tal princípio contempla uma forte marca de conquistas em matéria de direito penal e atua diretamente no controle do poder punitivo e persecutório do Estado, limitando sua discricionariedade na eleição de condutas ofensivas.

Para defini-lo, o legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados, em razão do caráter limitativo da tutela penal. Portanto, encontram-se na norma constitucional as linhas substanciais prioritárias para incriminação ou não de condutas.⁵

O jurista Cesar Roberto Biten-court, assim, preceitua acerca do assunto:

O princípio da ofensividade no Direito Penal tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro, servir de orientação à atividade legiferante, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, servir de critério interpretativo, constrangendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido.⁶

O princípio em estudo revela seu lado mais importante quando exige de parte da lei, não somente resultado ofensivo, mas também resultado ofensivo relevante e provado no caso concreto. Ou seja, a conduta do agente quando rompe com o dever de ajustar-se socialmente, há de causar uma ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma, que seria justamente o desvalor do resultado.

E tal desvalor há de ser ofensivo e não trazer consigo uma presunção de ofensa. A palavra presunção tem conotação de subjetividade, de opinião, de contexto, referindo-se a algo que depende de valoração, o que a torna arbitrária em si se for levada em consideração.

O fato cometido para se transformar em fato punível deve afetar concretamente o bem jurídico protegido pela norma; não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado – *nullum crimen sine injuria*.⁷

Se trouxermos os ditames da lei de drogas, que tem tipos de perigo abstrato e busca à proteção do bem de saúde pública, e analisarmos algumas de suas condutas passo a passo com o que determina o princípio da ofensividade – ofensa ou perigo concreto de ofensa – veremos que, em muitos casos, a presunção de ofensa ao bem jurídico de saúde pública sequer che-

ga a ter conotação jurídica válida. Ou seja, o crime de tráfico de drogas, em algumas de suas condutas, dentre as 18 que o compõe, apresentam formas de agir que não ameaçam e muito menos ofendem o bem jurídico protegido pela lei.

O injusto concebido como lesão a um dever é uma concepção positivista extremada; é a consagração irracional de dever pelo dever mesmo. Não há dúvida que sempre existe no injusto uma lesão ao dever (uma violação a norma imperativa), porém o correto é afirmar que só existe violação quando se afeta o bem jurídico tutelado. Não se pode interromper arbitrariamente a análise do fato punível e se a ação não prejudica terceiros, deve ficar impune, por expressa disposição constitucional.⁸

À primeira vista, tal situação causa espanto pelo simples motivo que na maioria das vezes grande parte dos que são condenados pelo crime de tráfico, agiram sem causar ofensa a qualquer bem jurídico, muito menos o bem que a lei de drogas elegeu para defender. Ou a lei foi malfeita, mal reeditada, ou a maioria dos condenados deveriam ser perdoados pelo Estado, já que a lei que os condenou não está ajustada com a Constituição Federal, sendo, portanto, inválida.

Com efeito, como essa atividade parlamentar pode apresentar-se de forma incompleta ou imperfeita ou, por alguma razão, mostrar-se insatisfatória, vaga, exageradamente extensa ou inadequada no âmbito de um Estado democrático de direito, o juiz, no exercício de sua função jurisdicional, deve corrigir eventual

imperfeição da norma legislativa para adequá-la aos princípios norteadores dessa modalidade de Estado de Direito.⁹

Discordamos da opinião do jurista Cesar Roberto Bitencourt no que se refere ao poder de aperfeiçoar a norma que se estende a figura do juiz. Tal ato, quando reconhecido no caso concreto, tanto pode beneficiar o acusado como pode prejudicá-lo. Seria notadamente um ato de discricionariedade. O mais sensato a se aplicar seria apenas para beneficiar o acusado e nada mais.

De qualquer modo, o problema que faz referência às condutas inofensivas previstas na lei de drogas é que sua análise não é feita da forma correta e quando é feita, não respeita materialmente o sentido dogmático do conceito analítico de crime. Tanto o é, que o artigo 13 do Código Penal determina taxativamente tal regra. Senão vejamos: “Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”

Embora não haja na lei de drogas a menção explícita que existe no código, nunca é demais frisar que os institutos de direito penal completam-se, como determina o artigo 12 do próprio Código Penal.

Devíamos considerar o fato típico como algo que reflete no mundo exte-

rior. Caso não haja o referido reflexo da conduta, não há que se falar em punição dentro o contexto fático.

Sendo assim, nas palavras de Luiz Flavio Gomes consideramos que:

[...] o princípio da ofensividade, por sua vez, nada diz diretamente sobre a mis-
são ou forma do direito penal, senão que
expressa uma forma de compreender ou
de conceber o delito: o delito como ofensa
ao bem jurídico. E disso deriva, como já
afirmamos tantas vezes, a inadmissibi-
lidade de outras formas de delito (mera
desobediência, simples violação de nor-
ma imperativa).¹⁰

Concluímos, dessa forma, que o princípio da ofensividade em relação ao crime de tráfico de drogas, em algumas de suas condutas, as quais serão analisadas na sequência, não foi levado em consideração em sua construção, já que na análise de algumas formas típicas, constata-se que essas não apresentam efetiva capacidade de lesar o bem jurídico protegido pela norma e que o princípio da ofensividade, com função delimitadora que tem no direito penal, encontra-se corrompido diante de tal fato.

As condutas ofensivas e inofensivas no crime de tráfico de drogas

Na estrutura do crime de tráfico de drogas, previsão do artigo 33 da lei 11.343/06, podemos encontrar 18

condutas que caracterizam, em tese, a ação típica, que culmina com uma pena de cinco a 15 anos de reclusão, com regime inicial fechado, taxado de hediondo por equiparação de lei. São essas:

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.

Assim, as condutas identificadas como realmente ofensivas à saúde pública, ou aquelas que expõem a perigo concreto seria a de vender droga, ou o ato de alienar mediante contraprestação, em geral, em dinheiro. A permuta, a troca ou o escambo de substância entorpecente por coisa de outro gênero, para efeitos da lei 11.343/06, configura o verbo núcleo do tipo penal vender.¹¹

Produzir, que seria o ato de fabricar, independentemente do volume de droga também tem absoluta ofensividade, pois, tal ato, o de fabricar, transforma algo, alterando substancialmente sua essência, o que criaria a droga em si. E quem o faz, faz com objetivos potencialmente determina-

dos, que seria o de colocar em circulação a droga em si.

As condutas de produzir, fabricar e preparar carregam em si uma semelhança latente. No caso real, pouco importará para o juiz se o agente preparou, fabricou ou produziu. Importará que houve, com a conduta do agente, modificação de alguma substância química e que tal gerou droga. Outra questão de desperdício Legislativo.

O ato de entregar a consumo evidencia a preocupação do legislador em englobar todas as ações do tráfico ou facilitação do uso, uma vez que se trata de conduta típica genérica e subsidiária a todas as demais previstas no artigo 33.¹² Tal conduta tem um caráter ofensivo considerável haja visto que propuliona o atingimento de um grande número de pessoas e ainda a um grande número de usuários, caso contrário estaríamos diante de uma lesão a terceiro unicamente sem muita relevância penal.

A conduta de expor a venda também tem um caráter ofensivo considerável, pois quem expõe algo à venda tem como intuito o maior número possível de fregueses ou clientes, o que torna o fato sobremaneira de maior ofensividade, como um ato de mercancia explícita.

Algumas condutas, como a de remeter, analisando caso a caso, não podem vislumbrar elevado grau de ofen-

sividade, a não ser que a quantidade de pessoas destinatárias seja grande, pois somente assim estaria configurada a real ameaça à saúde pública, em que a disseminação de drogas seria muito maior e de um modo relativamente eficiente. A conduta aumenta a cobertura penal, abrangendo o momento em que alguém, dentro do país, encaminha a outrem a droga.¹³

Uma das condutas que também poderiam gerar uma exposição preocupante do bem jurídico seria a de fornecer drogas, pois aquele que fornece tem nas mãos geralmente um mercado que dele depende, o que geraria a distribuição em larga escala no mercado de drogas e uma possível dependência.

Não menos importante de se mencionar está a conduta de importar drogas, pois aquele que o faz, geralmente encontra maiores riscos nesses casos, o que prescinde de maior organização e também de maiores investimentos no negócio em si.

Tal fato pode ser gerador da presunção de que o agente não somente coloca em risco a saúde pública, como o faz de forma eminentemente arrojada. Ninguém sai do país para comprar drogas para consumir. O faz com grande investimento e risco, sendo que a consequência disso tudo somente pode ser o lucro da mercancia da droga. Dessa forma, a conduta de importar, se realmente provada a compra no ex-

terior e demonstrado o dano no caso concreto, merece destaque porque tem um grau de ofensividade alta.

O ato de exportar é inverso, ou seja, fazer sair do território brasileiro¹⁴ e também ter relevância ofensiva na medida em que o agente já tem em suas mãos a mercadoria e possivelmente comande esse mercado. Demonstra-se assim um alto nível de periculosidade, haja vista que, na maioria das vezes, o volume de drogas que circulará será considerável.

Do ponto de vista profissional, a conduta de prescrever tem altíssimo grau de ofensividade se analisada de forma isolada. Geralmente, aquele que prescreve, sabe o que está prescrevendo. Tem a sabedoria de quem a sua conduta pode lesar e ofender terceiros.

É claro que tal situação deve ser interpretada no contexto em que alguém utilizaria de seus conhecimentos científicos e ajudando certa pessoa a se drogar, determinando tal e qual droga essa pessoa deva usar. Tal situação demonstraria grande grau de torpeza e maior ofensividade ainda. Prescrever é receitar, indicar, configurando-se como já visto tipo penal próprio.¹⁵

Algumas dessas condutas, por serem muito semelhantes umas das outras, não serão analisadas, pois, por exemplo, a conduta de produzir e fabricar, assemelham-se, tendo em vista que aquele que fabrica algo estará de

alguma forma produzindo algo também. Desse modo, ateremo-nos mais nas condutas que podem efetivamente ser fracionadas e interpretadas sem maiores confusões.

Assim, após analisar as condutas que podem gerar perigo concreto, sob o ponto de vista da ofensividade, passar-se-á a analisar as condutas que, do nosso ponto de vista, não apresentem concreto perigo de ofensa ao bem que pretendem tutelar.

São as condutas remanescentes do artigo 33 da lei 11.343/06, citada acima, que seriam os atos de ter em depósito, por exemplo. Se analisarmos friamente tal conduta, a presunção que teríamos em mente seria a de que aquele que efetivamente tem em depósito drogas, independente da quantidade, não oferece risco concreto de disseminá-las na sociedade. Apenas as guarda.

A presunção de que tal droga venha a ser distribuída, ou vendida, ou exportada, ou o que quer que seja, prescinde de uma nova conduta aliada a essa. Caso contrário, no que estaria a efetiva ofensa ao bem jurídico tutelado? O ato de ter em depósito droga ofende à saúde pública de uma maneira geral? E se tal droga jamais sair do depósito em que se encontra, deveria o seu dono ser condenado assim mesmo?

A doutrina moderna assim desenvolve a ideia de ter em depósito, como

o simples fato de manter em reservatório ou armazém.¹⁶ Se imaginarmos que alguém mantém algo em reservatório também a guarda, em sua casa ou em qualquer lugar particular, afastado de crianças por lógico, tal fato não expõe a perigo a saúde pública. Nem se fizermos a força inimaginável de que a referida droga pudesse apodrecer. Ainda assim a saúde pública estaria resguardada.

Tamanha vontade foi a do legislador, de preencher toda e qualquer forma de comportamento, que às vezes se superou, como no caso da guarda de droga. Quem tem em depósito, por lógico, já as guarda, ou vice-versa. Não haveria a necessidade de objetivar tal comportamento. Desperdício Legislativo.

Se porventura a conduta do agente que tem em depósito a droga vier a ser confirmada por uma posterior, como a de vender, por exemplo, daí sim se estaria diante de uma conduta ofensiva. Mas o ponto principal do presente trabalho é justamente esse, o de demonstrar que alguns verbos núcleos do tipo de tráfico não servem para demonstrar ofensividade válida a ponto de gerar uma condenação tão grave como a prevista na lei de drogas, se considerados isoladamente.

Outra conduta que merece destaque é a de transportar drogas. Tal conduta, isoladamente constatada, nada

de ofensivo apresenta para a saúde pública, senão vejamos. Transportar significa conduzir a substância tóxica de um lugar para outro, pessoalmente ou por intermédio de terceiro.¹⁷ Ora, o simples fato de transportar algo que não ofende o meio ambiente ou às pessoas que estão em sua volta, nada de prejudicial apresenta para a sociedade, a não ser, como já dissemos, se vier acompanhada de outra conduta potencialmente ofensiva.

Se compararmos o ato de transportar um produto químico radioativo por exemplo, sem autorização legal e regulamentar, e drogas, o ato de transportar produtos químicos seria muito mais ofensivo do que o ato de transportar drogas unicamente. Caso ocorra um acidente, além da saúde pública, o meio ambiente também seria prejudicado no caso de transportar produtos químicos. Em vez de um bem jurídico ofendido, teríamos dois. Já no caso de transportar a droga isoladamente, nenhuma ofensa ocorrerá caso aconteça um acidente por exemplo. A droga seria apreendida e o sujeito indiciado.

E se analisarmos no cotidiano, o ato de transportar drogas gera muito mais fiscalização, muito mais empenho das autoridades do que o ato de transportar produtos químicos sem a devida autorização.

Já a conduta de trazer consigo, sem dúvida nenhuma, seria a que

menor poder de ofensa produz à saúde pública. Tal conduta dar-se-á pelo fato de que aquele que traz consigo, diante das circunstâncias de forma e acomodação da droga, de quantidade e de volume, trás junto ao corpo, nada de ofensivo apresenta.

Tal conduta carrega consigo já a presunção de inofensividade, de não prejudicial, de ato isolado em si, quem sabe pela imagem associada de impossibilidade de trazer consigo grandes quantidades. E mais. De certa forma, quem traz consigo, de um modo ou de outro está transportando, pois gera a presunção de movimento, tanto o ato de trazer consigo como o de transportar.

O ato de adquirir revela a natureza marcante e muito semelhante com a de trazer consigo. Adquirir tem muito a ver com a ideia de comprar, de ter posse de algo, que neste caso seria a droga. O simples ato de adquirir droga, não demonstra poder ofensivo à saúde pública. Pode gerar a presunção de ofensa para aquele que apenas a adquiriu caso o indivíduo venha a fazer uso dessa. A simples aquisição de droga não coloca em perigo a saúde pública de forma alguma.

Analizadas algumas das condutas que merecem maior atenção no crime de tráfico, fica a constatação de que na grande maioria dos processos existentes na justiça por causa do referido crime, parcela desses estão envolvidos

em condutas que não revelaram potencial ofensivo ao bem jurídico tutelado, ou seja, são crimes sem resultado ofensivo, sem reflexo, que trazem consigo uma abstração criada pela lei, sem a ratificação do texto constitucional.

Logo, não poderiam ser considerados como fatos típicos, geradores de penas absurdamente altas, sem deixar de considerar o fato de que tal situação marca e rotula o condenado para o resto de sua vida. Será visto como aquele que trafica, marginalizado, ainda que não tenha contribuído para a disseminação de drogas na sociedade e nem mesmo tenha gerado resultado jurídico válido.

Os crimes de perigo abstrato ou presumido

Como resultado de uma grande construção desarmônica, a teoria do delito, em terras brasileiras, encontra seu maior desafio. As discussões por aqui existentes rompem com a organização e com a harmonia dos institutos e acarretam grande confusão e distorção no momento de sua aplicação ao caso concreto.

Parcela da doutrina parte do pressuposto de que os crimes de perigo abstrato são aceitos pela constituição. Um desses defensores é o jurista Guilherme de Souza Nucci, que assim argumenta: “o tráfico ilícito de entor-

pecentes é um crime de perigo abstrato (independe de prova dessa probabilidade de dano, pois presumido pelo legislador na construção do tipo)".¹⁸

Já no início de sua exposição, o jurista nos dá uma noção da defesa que sustentará acerca do tema. E continua : "Alguns mencionam que a presunção absoluta (*jûris et de jûris*) não permite ao acusado fazer prova em sentido contrário, vale dizer, que seu comportamento seria inofensivo ao bem jurídico protegido".¹⁹

Com a devida vênia, cabe aqui ressaltar que o argumento do jurista, por mais convincente que seja, demonstra o seu distanciamento com os parâmetros traçados tanto na Constituição Federal quanto nos diplomas internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica.

A partir do momento que o Estado elege sua forma de deliberação de direitos ao ser humano, compromete-se não somente com tais direitos, mas principalmente com a comunidade internacional.

A defesa do jurista demonstra por si tal distanciamento quando argumenta da impossibilidade do acusado fazer prova em seu favor. Ora, se isso não é atentatório ao princípio da ampla defesa, o que seria então?

No processo penal, as partes têm de ter a maior liberdade possível no momento em que estão sendo acusadas,

justamente para se salvaguardar de uma possível pena. Trata-se de um direito inerente a todo ser, quer pelo seu teor instintivo ou pelo seu teor legal.

Entendemos que o argumento defendido pelo ilustre jurista não convence na medida em que fere instantaneamente dois princípios importantes em matéria criminal: o da ofensividade, quando assume que os crimes de perigo abstrato não geram lesão; e o princípio da ampla defesa, quando sustenta a impossibilidade da produção da prova em favor do acusado.

Outro defensor da possibilidade de vigência de crimes que não exigem ofensa a bens jurídicos é Fernando Capez que preceitua:

Crime de perigo: para a consumação, basta a possibilidade de dano, ou seja, exposição do bem a perigo de dano;...
b) crime de perigo abstrato, no qual a situação de perigo é presumida, como no caso de quadrilha ou bando, onde se pune o agente mesmo que não tenha chegado a cometer nenhum crime.²⁰

De outro modo, os defensores da inconstitucionalidade dos crimes sem resultado ofensivo repudiam qualquer eficácia das normas que consideram válidas à sua existência.

Luiz Flavio Gomes, jurista pátrio, um dos precursores e defensores do modelo garantista na atualidade, assim pondera acerca do assunto tratado:

Em virtude do princípio da ofensividade, de outro lado, está proibido no direito penal o perigo abstrato: Porte de arma de fogo quebrada ou desmuniada. Para quem não considera o princípio da ofensividade, há crime. Essa concepção, segundo nosso ponto de vista, é inconstitucional, pois não se pode restringir direitos fundamentais básicos, como a liberdade ou patrimônio sem que seja para tutelar concretas ofensas a outros direitos fundamentais.²¹

Na mesma trilha, Cesar Roberto Bitencourt manifesta-se da seguinte forma: “No entanto, admitindo-se o resultado concebido como evento, num conceito jurídico, identificando-se como ofensa (dano ou perigo) a um bem jurídico tutelado pela norma penal, forçoso é concluir que não há crime sem resultado”.²²

Logo, aceitar que um determinado fato, previsto formalmente na lei como típico, mas que não tenha causado ofensa a bem jurídico algum seja atribuível a uma pena de prisão, é considerar um retorno do direito penal a uma fase negra e nefasta da história: a ditadura nazista, na qual se punia inclusive a conduta desvalorada, mero nexo de causa e efeito, e seu autor. Aquela em que o simples nexo causal definia o enquadramento do fato a letra seca da lei. Um mecânico sistema de causa e efeito, o qual não tem validade diante da sistemática penal contemporânea.

Concluimos assim, que na atual fase do direito penal, em que as cons-

truções da teoria constitucionalista do delito são cada vez mais ricas de conteúdo de acordo com os princípios constitucionais garantistas aplicados e recepcionados pela atual Constituição Federal, e tendo como premissas, as normas de direito internacional, ratificadas pelo Brasil, não mais prevalece a defesa de que os crimes de perigo abstrato tem validade na aplicação prática.

Ainda que no caso concreto, diante de um fato em que exista a presunção de que houve ofensa a um bem jurídico, caso o julgador depare-se com tal ocorrência, esse deve absolver o acusado, senão pelo regramento do princípio da ofensividade, pela inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.

As decisões dos tribunais superiores acerca do princípio da ofensividade

Persiste ainda, em grande parte dos tribunais pátrios, a dissonância nas decisões, pelo menos nos tribunais superiores no que diz respeito aos crimes de perigo abstrato.

Parte das Cortes Superiores do Judiciário (STF e STJ) encontram-se divididos no que concerne a linha que seguem em relação aos referidos crimes.

Em algumas decisões pesquisadas, no que se refere ao tema, não encontramos nenhuma decisão que admita diretamente a inexistência de ofensa no crime de tráfico de drogas na modalidade de condutas por nós defendidas como inofensivas à saúde pública.

Tal fato pode ter ocorrido justamente pelo posicionamento que o nosso Estado vem adotando diante das políticas aplicadas em relação ao crime de tráfico de drogas. Imaginemos que tal crime seja o responsável por todos os acontecimentos trágicos ocorridos em nosso solo, fato esse que não corresponde à realidade, mas deve ser o imaginado pelos órgãos de segurança pública e mantido como verdadeiro para não fazer ruir a falsa percepção de ordem e segurança.

Podemos deduzir que as decisões acerca de tais fatos carregam em si uma carga marcadamente política, cautelosa, senão para agradar os ouvidos da opinião pública, para não causar dissonância nos altos escalões do poder.

Porém, podemos constatar quanto aos crimes de perigo abstrato, que esses já se encontram superados, pelo menos no que diz respeito ao crime de porte de arma de fogo, previsto nos artigos 14 e 16 da lei 10.826/03, os quais, por sua natureza, também carregam em si, presunção de ofensa ao

bem jurídico tutelado. Podemos dizer que os nossos Tribunais estão caminhando para uma futura mudança de paradigma. Vejamos:

Arma de fogo: porte consigo de arma de fogo, no entanto, desmuniçada e sem que o agente tivesse, nas circunstâncias, a pronta disponibilidade de munição: inteligência do art. 10 da L. 9437/97: atipicidade do fato: 1. Para a teoria moderna - que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso - o cuidar-se de crime de mera conduta - no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação - não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato. 2. É raciocínio que se funda em axiomas da moderna teoria geral do Direito Penal; para o seu acolhimento, convém frisar, não é necessário, de logo, acatar a tese mais radical que erige a exigência da ofensividade a limitação de raiz constitucional ao legislador, de forma a proscrever a legitimidade da criação por lei de crimes de perigo abstrato ou presumido: basta, por ora, aceitá-los como princípios gerais contemporâneos da interpretação da lei penal, que hão de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte. 3. Na figura criminal cogitada, os princípios bastam, de logo, para elidir a incriminação do porte da arma de fogo inidônea para a produção de disparos: aqui, falta à incriminação da conduta o objeto material do tipo. 4. Não importa que a arma verdadeira, mas incapaz de disparar, ou a arma de brinquedo possam servir de instrumento de intimidação para a prática de outros crimes, particularmente, os comissíveis mediante ameaça - pois é certo que, como tal, também se podem utilizar outros objetos - da faca à pedra e ao caco de vidro -, cujo porte não constitui crime autônomo

e cuja utilização não se erigiu em causa especial de aumento de pena. 5. No porte de arma de fogo desmuniada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio de disponibilidade: (1) se o agente traz consigo a arma desmuniada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o municiamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo; (2) ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal – isto é, como artefato idôneo a produzir disparo – e, por isso, não se realiza a figura típica.²³

O descaminho praticado pelo Paciente não resultou em dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico reclamado pelo princípio da ofensividade. Tal fato não tem importância relevante na seara penal, pois, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal, incide, na espécie, o princípio da insignificância, que reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato denunciado. 2. A análise quanto à incidência, ou não, do princípio da insignificância na espécie deve considerar o valor objetivamente fixado pela Administração Pública para o arquivamento, sem baixa na distribuição, dos autos das ações fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União (art. 20 da Lei n. 10.522/02), que hoje equivale à quantia de R\$ 10.000,00, e não o valor relativo ao cancelamento do crédito fiscal (art. 18 da Lei n. 10.522/02), equivalente a R\$ 100,00. 3. É manifesta a ausência de justa causa para a propositura da ação penal contra o ora Paciente. Não há se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos. 4. Ordem concedida.²⁴

Considerações finais

As novas construções da dogmática penal e as novas críticas trazidas pelos estudiosos da dogmática penal com certeza trarão em seu bojo as tendências reformadoras naquilo que mais prejudicar a dignidade da pessoa humana.

Tem sido assim com a teoria constitucionalista do delito, a qual defende arduamente que toda construção em matéria criminal esteja alicerçada em normas constitucionais, voltadas para a proteção do homem. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, as leis são feitas para os homens e não os homens para as leis.

Os apontamentos aqui levantados são uma mera reflexão das ideias controvertidas contidas em nossas legislações, cultivadas ao longo dos anos, trazendo consigo a marca da ineficácia, além de perspectivas que se alteram ao sabor do humor reinante em determinado momento nas casas legislativas do país.

Dessa forma, pode-se concluir primeiramente, que quando da construção de figuras delitivas, essas devem obedecer a uma sistemática garantidora da dignidade humana, e tal dar-se-á quando respeitados forem os princípios decorrentes dessa premissa.

A citação, embora colocada em local indevido, e aqui quebrando um

pouco com a formalidade justamente pela pertinência, vejamos a explicação do doutrinador:

Em um Estado Constitucional que se define, com efeito, como democrático e de Direito, e que tem nos direitos fundamentais seu eixo principal, não resta dúvida que só resulta legitimada a tarefa de criminalização primária recai sobre condutas ou ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico, e mesmo assim não todos os ataques, senão unicamente os mais graves (fragmentariedade).²⁵

Quando da edição da lei de drogas e de sua opção por dar validade aos crimes de perigo abstrato, crê-se não ter passado pela cabeça dos legisladores que o mal do tráfico expandir-se-ia da forma como está hoje. Se tivesse imaginado o legislador, teria ele adotado uma política mais racional, mais coerente e não uma utilização de figuras delitivas tão pifeis como a atual.

Errou o legislador duas vezes: quando admitiu os crimes de perigo presumido e quando utilizou há pouco (lei 11.343/06) os mesmos tipos penais antigos no crime de tráfico de drogas. Não inovou justamente no que o peso penal mais se mostra severo.

Mesmo considerando relevante, reeditou a lei de drogas completamente em dissonância com o princípio da ofensividade, premissa de direito penal moderno, pelo menos no que diz respeito a algumas condutas do artigo 33, como a de ter em depósito, trazer

consigo, transportar, ter e adquirir, adotando uma postura expansivista em matéria penal. O agente responde nesse molde pela cumulação de ações que poderiam ofender a saúde pública, não isoladamente pelo que fez.

Sendo assim, não restam dúvidas de que as condutas mencionadas nada de ofensivo oferecem à saúde pública quando praticadas, já que se trata de crimes de perigo abstrato, no qual a ofensa ao bem jurídico é presumida e o resultado de que depende a existência do crime não ocorreu, não sendo possível, dessa forma, falar-se em consequências do delito, tal seja: a pena ou a medida de segurança nos casos de não culpabilidade.

A current trend of production of criminal law: crimes offense without concrete and trafficking in drugs

Abstract

It is work aimed at demonstrating the expansive inconsistency of the legislature in the production of criminal law that involve some kind of criminal offense of trafficking in drugs, which do not offend the legal guardian wishing well, which is: public health; these types of abstract or perceived danger, where there is the need of the occurrence of offensive objective result. The behaviors that offend the legal and public health and those that do not offend. The demonstration of the principle of offensiveness

in criminal matters, its finding the Constitutionalist Theory of the offense. The conception of crime without offending result, its constitutionality in the eyes of the modern doctrine and trends of the Supreme Court on the subject.

Keywords: Offensive Character. Behaviors. Outcome. Legal Well. Constitutionality.

Notas

- ¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo. Malheiros, 2005, p. 35
- ² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 48.
- ³ JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 132.
- ⁴ GOMES, Luiz Flavio. *Princípios constitucionais reitores do direito penal e de política criminal*. Disponível em: <<http://www.ifg.com.br>>. Acesso em: 15 mar. 2014.
- ⁵ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 83.
- ⁶ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 21.
- ⁷ JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 1998, p. 132.
- ⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 226.
- ⁹ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 2000, p. 83.
- ¹⁰ GOMES, Luiz Flavio. *Princípio da ofensividade no direito penal: série as ciências criminais no séc. XXI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, 2002, p. 43.
- ¹¹ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpao-lo Poggio. *Legislação penal especial*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 113.
- ¹² GOMES, Luiz Flavio. *Princípio da ofensividade no direito penal: série as ciências criminais no séc. XXI*, 2002, p. 43.
- ¹³ GOMES, Luiz Flavio. *Princípio da ofensividade no direito penal: série as ciências criminais no séc. XXI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 112.
- ¹⁴ GOMES, Luiz Flavio. *Princípio da ofensividade no direito penal: série as ciências criminais no séc. XXI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.
- ¹⁵ GOMES, Luiz Flavio. *Princípio da ofensividade no direito penal: série as ciências criminais no séc. XXI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.
- ¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 346.
- ¹⁷ GOMES, Luiz Flavio. *Princípio da ofensividade no direito penal: série as ciências criminais no séc. XXI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.
- ¹⁸ GOMES, Luiz Flavio. *Princípio da ofensividade no direito penal: série as ciências criminais no séc. XXI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 344.
- ¹⁹ GOMES, Luiz Flavio. *Princípio da ofensividade no direito penal: série as ciências criminais no séc. XXI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43
- ²⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 245.
- ²¹ JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 132.
- ²² BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo, 2004, p. 254.
- ²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Penal e Processual Penal. Porte ilegal de arma de fogo. HC 97811, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009.
- ²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Constitucional Processual Penal. Trancamento da ação penal. HC 96309, Relator(a):

Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 24/03/2009, DJe-075 DIVULG 23-04-2009, PUBLIC 24-04-2009, EMENT VOL-02357-03, PP-00606.

- ²⁵ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 89. A current trend of production of criminal law: crimes offense without concrete and trafficking in drugs.

Referências

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, v. 1, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Penal e Processual Penal. Porte ilegal de arma de fogo. HC 97811. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 ago. 2009.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, v. 1, 2004.

GOMES, Luiz Flavio. A prova no processo penal. São Paulo: Editora Premier, 2008. Direito penal. Introdução e princípios fundamentais. V. I, 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2007. Direito penal. Parte geral, v. II, 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2007.

_____. *Princípio da ofensividade no direito penal*: série as ciências criminais no séc. XXI. São Paulo: Editora RT, v. 6, 2002.

_____; MOLINA, Garcia-Pablos de. *Direito penal*: parte geral. v. II, São Paulo: Editora RT, v. 2, 2007.

_____. Princípios constitucionais reitores do direito penal e de política criminal. Material da 1º aula da disciplina Princípios constitucionais penais e teoria constitucionalista do delito, ministrada no Curso de Especialização Televirtual em Ciência Penais – INIDERP – LFG – IPAN. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 22 set. 2009.

JESUS, Damásio de. *Direito penal*: parte geral. v. I, 21. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

MIRABETTE, Julio. *Manual de direito penal*: parte geral, v. I. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 2009.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Editora RT, 2004.