

CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

PÓS GRADUAÇÃO

A INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO
ABSTRATO NO DIREITO BRASILEIRO

LEANDRO CASTALDELLI DE SOUZA

PRESIDENTE PRUDENTE/SP

2017

CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

PÓS GRADUAÇÃO

A INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO
ABSTRATO NO DIREITO BRASILEIRO

LEANDRO CASTALDELLI DE SOUZA

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para a obtenção do título de especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal, sob orientação do Professor Marcus Vinicius Feltrim Aquotti.

PRESIDENTE PRUDENTE/SP

2017

Se você me vir em uma luta contra um urso, reze pelo urso.
(**Kobe Bean Bryant**)

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a minha mãe, Rosa Maria Castaldelli e a meu pai, Laércio Cavalcante, pessoas responsáveis por tudo de bom que já fui, sou e ainda serei.

A meu orientador Marcus Vinicius Feltrim Aquotti, pelo suporte fornecido na elaboração deste trabalho.

A meus amigos Raphael Oishi, Clóvis André Rodrigues, Fabrício Bonini Ramos Amorim e Romualdo Cavalcante de Souza Júnior, por todo o apoio moral e pela qualidade ímpar de suas amizades.

Agradeço especialmente a Deus, por colocar todas as pessoas acima citadas em minha vida.

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a eventual inconstitucionalidade dos chamados crimes de perigo abstrato no ordenamento jurídico brasileiro. Serão analisados os princípios penais constitucionais, diferenciando-os dos princípios constitucionais penais de forma sucinta. Cada um dos princípios penais constitucionais será conceituado e exemplificado, demonstrando-se sua importância para o correto funcionalismo do sistema jurídico penal brasileiro. Serão também abordados os conceitos de crime, crime de perigo concreto e crime de perigo abstrato, bem como a demonstração de exemplos de cada um deles. Haverá uma sessão dedicada à explicação e conceituação das espécies de constitucionalidade fornecidas pela doutrina e jurisprudência, à luz da Constituição Federal vigente. Por fim, o presente estudo tem como objetivo analisar eventual inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, sob a luz dos princípios penais constitucionais, espécies de inconstitucionalidade, doutrina e jurisprudência do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Crimes de perigo. Crimes de perigo abstrato. Princípios penais constitucionais. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The present research aims to analyze the possible unconstitutionality of so - called crimes of abstract danger in the Brazilian legal system. The constitutional criminal principles will be analyzed, differentiating them from the criminal constitutional principles succinctly. Each of the constitutional criminal principles will be conceptualized and exemplified, demonstrating its importance for the correct functionalism of the Brazilian criminal legal system. The concepts of crime, crime of concrete danger and crime of abstract danger, as well as the demonstration of examples of each of them, will also be approached. There will be a session dedicated to the explanation and conceptualization of the types of constitutionality provided by doctrine and jurisprudence, in the light of the current Federal Constitution. Finally, the present study has as objective to analyze eventual unconstitutionality of crimes of abstract danger, under the light of the constitutional penal principles, species of unconstitutionality, doctrine and jurisprudence of the Brazilian juridical order.

Keywords: Crimes of danger. Abstract danger crimes. Constitutional criminal principles. Unconstitutionality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS	9
2.1 Princípio da Intervenção mínima	10
2.2 Princípio da fragmentariedade	12
2.3 Princípio ofensividade ou lesividade	14
2.4 Princípio da insignificância ou bagatela	15
2.5 Princípio da adequação social	17
2.6 Princípio da Proporcionalidade	19
3 CRIME E SUAS CLASSIFICAÇÕES	22
3.1 Conceito de crime	22
3.2 Crime de perigo concreto	24
3.3 Crime de perigo abstrato	25
4 ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE	28
4.1 Inconstitucionalidade por ação e por omissão	28
4.2 Inconstitucionalidade material e formal	30
4.3 Inconstitucionalidade direta e indireta	32
4.4 Inconstitucionalidade originária e superveniente	33
4.5 Inconstitucionalidade total ou parcial	33
4.6 Casuística	34
5 A INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO	36
6 CONCLUSÃO	41
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar eventual inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato no sistema jurídico brasileiro.

Com esse objetivo, serão estudados os princípios penais constitucionais, tal como o princípio da intervenção mínima, o princípio da fragmentariedade ou subsidiariedade, o princípio da insignificância ou bagatela, o princípio da ofensividade ou lesividade, o princípio da proporcionalidade e da adequação social.

Inicialmente, serão diferenciados, brevemente, os princípios penais constitucionais dos chamados princípios constitucionais penais. Após, o presente estudo tem o objetivo de conceituar cada um deles e contextualizá-los no sistema jurídico brasileiro.

Serão analisados os conceitos de crime, a classificação tripartida, predominante na doutrina garantista, bem como os conceitos e exemplos de crimes de perigo concreto, e, crimes de perigo abstrato, tema central do presente estudo.

Como forma de complementar a pesquisa, a inconstitucionalidade será também abordada em um capítulo próprio.

As diversas espécies de inconstitucionalidade presentes na doutrina serão explicadas uma a uma, com exemplos jurisprudenciais.

Após a conceituação e explicação de todos os pontos citados, terá início a comparação dos crimes de perigo abstrato com os principais princípios penais constitucionais pertinentes à constatação de eventual inconstitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

O método utilizado para a elaboração do presente estudo foi o método dedutivo.

2. PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS

O Direito Penal, assim como os demais ramos de um ordenamento jurídico, fundamentam-se em determinados princípios como elementos essenciais e diretores, seja em nível constitucional, seja infraconstitucional (PRADO, 2014, p. 105).

Segundo Cleber Masson (2013, p. 21), “princípios são os valores fundamentais que inspiram a criação e a manutenção do sistema jurídico”.

Os princípios derivam comumente de valores jurídicos vigentes em uma determinada sociedade, bem como de valores culturais e éticos. Desenvolveram-se juntamente com o Direito, até que em certo momento, tornaram-se fundamentais para a manutenção de qualquer Estado democrático de direitos.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 807 – 808) ensina em sua clássica definição:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Bem como ensina Cleber Masson (2013, p. 2), “no Direito Penal, os princípios têm a função de orientar o legislador ordinário, no intuito de limitar o poder punitivo estatal mediante a imposição de garantias aos cidadãos”.

A Constituição Federal prevê princípios cuja própria natureza é tida como penal constitucional, e, princípios que versam sobre a matéria penal, apenas. Neste último caso, nomeiam-se de constitucionais penais, já no primeiro, penais constitucionais.

Existem diversos princípios penais constitucionais. Sua extensão varia de acordo com o doutrinador adotado. Como ensina Luiz Regis Prado

(2014, p. 106), em qualquer sentido, os princípios operam como fundamento e limite do exercício da atividade punitiva estatal.

2.1 Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima surgiu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 8º, no ano de 1789. Em suma, a norma dispunha que o ordenamento jurídico só deve criar penas indispensáveis para a manutenção da ordem.

Para Cleber Masson (2013, p. 40), “legítima a intervenção penal apenas quando a criminalização de um fato se constitui meio indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse, não podendo ser tutelado por outros ramos do ordenamento jurídico”.

Entende-se, portanto, que “a intervenção da lei penal só poderá ocorrer quando for absolutamente necessária para a sobrevivência da comunidade – como *ultima ratio legis* -, ficando reduzida a um mínimo imprescindível” (Prado, 2014, p. 115).

É apenas devido recorrer ao Direito Penal depois de esgotadas as possibilidades de solução pelos outros ramos do direito. Ele limita o poder incriminador do Estado, pois, se as medidas civis e administrativas bastarem, não se busca a esfera penal, como entende Luis Carlos Avansi Tonello (2009, p. 54).

Como bem explica Damásio de Jesus (2011, p. 52), tal princípio busca impedir e restringir arbítrios do legislador, no sentido de evitar a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas cruéis, injustas e desumanas.

Sendo assim, o Estado só deverá intervir na vida em sociedade através de normas do Direito Penal “quando os outros ramos do Direito não conseguirem prevenir a conduta lícita” (Jesus, 2011, p. 52).

Fica evidenciada a ideia de que o princípio da intervenção mínima visa orientar não só o intérprete do Direito, mas, principalmente, o legislador,

para que este não cometa excessos no exercício de sua função típica, criminalizando condutas que não demandam repreensão na esfera penal.

Tal princípio surge como “uma orientação político-criminal restritiva do *jus puniendi* e deriva da própria natureza do Direito Penal e da concepção material de Estado democrático de Direito” (Prado, 2014, p. 115).

Também sobre o princípio da intervenção mínima, anota-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado seja à integridade da própria ordem social. (HC 92.463/RS, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 16.10.2007.

É também importante ressaltar que a saturação de tipos penais no sistema jurídico não fortalece o Estado democrático de direitos, muito pelo contrário, tende a causar graves prejuízos.

Claus Roxin (2004, p. 29) ensina que “é evidente que nada favorece tanto a criminalidade como a penalização de qualquer bagatela”.

Prado (2014, p. 115) ensina que “o uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa”.

É muito importante para o funcionalismo de um sistema jurídico que não ocorra o referido fenômeno da inflação penal, pois ele afeta diretamente a aptidão do sistema persecutório de ter a mínima eficiência.

Impossível é fazer com que o sistema jurídico funcione corretamente, se não forem tutelados pelo Direito Penal apenas os bens jurídicos mais relevantes.

Apesar de a definição do princípio da intervenção mínima variar de acordo com as diferentes correntes penais, é comumente utilizada para sustentar a corrente do direito penal mínimo.

2.2 Princípio da fragmentariedade

Tal princípio também é chamado de “fragmentário do direito penal” ou da “essencialidade” e decorre do princípio da intervenção mínima.

Segundo Masson (2013, p. 41), “estabelece que nem todos os ilícitos configuram infrações penais, mas apenas os que atentam contra os valores fundamentais para a manutenção e o progresso do ser humano e da sociedade”.

Sabe-se que “a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta, mas sim relativa, visto que todo ordenamento jurídico dela se ocupa” (Prado, 2014, p. 116).

Segundo Jesus (2011, p. 52), “O Direito Penal não protege todos os bens jurídicos de violações: só os mais importantes. E, dentre estes, não os tutela de todas as lesões: intervém somente nos casos de maior gravidade, protegendo um fragmento dos interesses jurídicos”.

O Estado, portando, não deverá considerar crimes todas as condutas que causem alguma lesão a qualquer bem jurídico. Pelo contrário, o princípio em questão orienta a selecioná-las de forma mais criteriosa.

Nas palavras de Tonello (2009, p. 54), “[...] o Poder Público selecionará as condutas praticadas contra bens jurídicos importantes, e estas serão objetos das leis penais”.

Sempre pertinentes são as lições de Beccaria, (p. 61):

O interesse geral não se funda apenas em que sejam praticados poucos crimes, porém, ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para obstar os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público

e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos.

Dessa maneira, conclui-se que o Direito Penal trata da última instância de proteção dos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento.

O posicionamento do STF (HC 86.553/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, j. 07.03.2006) é no seguinte sentido: “Deve ser utilizado no plano abstrato, para o fim de permitir a criação de tipos penais somente quando os demais ramos do Direito tiverem falhado na tarefa de proteção de um bem jurídico”.

Desse modo, “[...] opera-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade da ofensa” (Prado, 2014, p. 116).

O sentido existencial deste princípio é fazer com que o Direito Penal, a ciência que trata das questões mais gravosas da sociedade, a última instância punitiva do ordenamento jurídico, trate apenas das condutas mais reprováveis praticadas em sociedade.

Como já explicado no princípio da intervenção mínima, a inflação penal não traz benefício algum à sociedade, portanto, o legislador deve apenas tipificar as condutas mais reprováveis dentre as transgressões ao ordenamento.

Apesar de todas as condutas tipificadas como ilícitos penais se tratarem também de ilícitos perante os demais ramos do Direito, nem todas as condutas ilícitas perante os demais ramos do Direito devem ser consideradas ilícitos penais.

Esta é uma ideia básica no estudo do Direito Penal e do próprio estudo do Direito como ciência, no entanto, destarte, deve ser observada pelo legislador durante o exercício de sua função típica.

Por mais forte que seja o clamor popular, os preceitos epígrafados devem ser observados pelo legislador. Um sistema jurídico pleno e funcional só se mantém através do método científico e estudo de caso.

No entanto, por mais que o convencimento do magistrado seja livre, há de se lembrar de que é, também, motivado pela lei. De nada valerá a correta distribuição de jurisdição penal se a principal fonte do Direito, a lei, não estiver de acordo com os princípios penais constitucionais vigentes.

Como bem esclarece Prado (2014, p. 116), “a fragmentariedade não quer dizer, obviamente, deliberada lacuna na tutela de certos bens e valores e na busca de certos fins, mas limite necessário a um totalitarismo de tutela, prejudicial para a liberdade”.

2.3 Princípio da ofensividade ou lesividade

Este princípio traduz a ideia de que, para ser aplicado o Direito Penal, é necessário que a conduta praticada pelo agente cause real lesão a bem jurídico alheio, não bastando mera imoralidade ou reprovabilidade na esfera religiosa.

Como ensina Masson (2013, p. 46), “não há infração penal quando a conduta não tiver oferecido ao menos perigo de lesão ao bem jurídico”. Portanto, “[...] atende a manifesta exigência de delimitação do Direito Penal, tanto em nível legislativo como no âmbito jurisdicional”.

Para Jesus (2011, p. 52), “o Direito Penal só deve ser aplicado quando a conduta ofende um bem jurídico, não sendo suficiente que seja moral ou pecaminosa”.

Ainda em Jesus (2011, p. 52), “[...] o princípio da ofensividade (*nullun crimen sine injuria*) requer, para a existência (material) do crime, que a conduta produza uma lesão efetiva ou um perigo concreto ao bem juridicamente tutelado”.

César Dario Mariano da Silva (2009, p. 28), explica a necessidade de lesão:

Há necessidade de ser analisado se a conduta do sujeito causou abalo social e se foi de tal proporção que justifique a intervenção penal. Dessa forma, somente podem ser erigidas à categoria de crimes condutas que efetivamente obstruam a

convivência em sociedade, ou seja, que causem abalo social. Danos de pequena monta que não propiciem perturbação da vida social não devem receber atenção do direito penal, que é reservado apenas para situações graves a ponto de colocar em risco a livre convivência ou até mesmo a existência do grupo social. Por isso, condutas meramente imorais, mesmo que causem considerável escândalo, não autorizam a intervenção do Direito Penal.

Ainda em Silva (2009, p. 28), “a preocupação com a ofensividade decorre do caráter fragmentário do direito penal. Assim, o Direito Penal somente deve ser aplicado quando os benefícios dele decorrentes são maiores do que os malefícios que pode causar com a aplicação de uma sanção”.

2.4 Princípio da Insignificância ou bagatela

Foi criado por Claus Roxin e ligado à premissa *mínima non curat praeter*. Segundo Prado (2014, p. 125), “devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente a um bem jurídico-penal”.

O princípio da insignificância também é chamado de princípio da criminalidade de bagatela (delitos de lesão mínima). Traduz a ideia de que o Direito Penal não deve abranger causas irrelevantes, sem potencial para causar lesão significativa a bem jurídico alheio.

Para Masson (2013, p. 25), o princípio é “calcado em valores de política criminal, funciona como causa de exclusão da tipicidade, desempenhando uma interpretação restritiva do tipo penal”.

Como ensina Jesus (2011, p. 52), o princípio da insignificância “[...] recomenda que o Direito Penal, pela adequação típica, somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves (pequeníssima relevância material)”.

Nota-se que o princípio da insignificância se trata de importantíssimo instituto de defesa, pois visa o reconhecimento da atipicidade da conduta. O efeito prático de tal reconhecimento é a não incidência, na esfera

penal, de transgressões cujos efeitos, como o nome do princípio indica, são insignificantes para o Direito Penal.

Jesus também chama atenção para os efeitos práticos da presença deste princípio no ordenamento jurídico, à luz da teoria da imputação objetiva, (2011, p. 53) “esse princípio apresenta enorme importância, permitindo que não ingressem no campo penal fatos de ofensividade mínima”.

Tonello (2009, p. 55) ressalta que “deve haver uma proporcionalidade entre a intervenção estatal repressora e o dano causado pela infração praticada”.

Para Mirabete (2013, p. 101), ao explicar o surgimento do princípio da insignificância, explica que “sendo o crime uma ofensa a um interesse dirigido a um bem jurídico relevante, preocupa-se a doutrina em estabelecer um princípio para excluir do direito penal certas lesões insignificantes”.

Como explica Prado (2014, p. 125), “o princípio da insignificância é tratado pelas modernas teorias da imputação objetiva como critério para a determinação do injusto penal, isto é, como um instrumento para a exclusão da imputação objetiva de resultados”.

O princípio da insignificância exclui a chamada tipicidade material, que representa o perigo de lesão ou a lesão a determinado bem jurídico, permanecendo apenas a tipicidade formal, a mera adequação entre o fato praticado pelo agente e a norma penal incriminadora.

Sobre a distinção da tipicidade material e formal, posiciona-se o STF:

O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de

formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. (HC 92.463/RS, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 16.10.2007.

Masson (2013, p. 27) sintetiza que “o princípio da insignificância tem força suficiente para descaracterizar, no plano material, a própria tipicidade penal, autorizando inclusive a concessão de ofício de habeas corpus pelo Poder Judiciário”.

Altíssimo é o grau de relevância do princípio em questão, bem como as peculiaridades inerentes a ele. Para o STF, o trânsito em julgado da condenação não impede o reconhecimento do princípio da insignificância, como extrai-se do julgamento do HC 95.570/SC, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. 01.06.2010.

O STJ firmou entendimento no sentido de ser possível a aplicação do princípio da insignificância a réu reincidente. Isso pelo princípio se tratar de causa de exclusão da tipicidade, não se confundindo com critérios para dosimetria da pena.

Tal como observa Masson (2013, p. 32) “o valor sentimental do bem exclui o princípio da insignificância, ainda que o objeto do crime não apresente relevante aspecto econômico”.

2.5 Princípio da adequação social

O princípio da adequação social surgiu com a formulação da teoria da adequação social por Hans Welzel.

Ele significa que “[...] apesar de uma conduta de subsumir formalmente a modelo legal, não será considerada típica se for socialmente reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada” (Prado, 2014, p. 121).

Para Masson (2013, p. 39), “de acordo com esse princípio, não pode ser considerado criminoso o comportamento humano que, embora tipificado em lei, não afrontar o sentimento social de Justiça”.

As condutas socialmente adequadas, assim consideradas, nada têm a ver com comportamentos exemplares, éticos ou morais, mas são tidas como condutas toleráveis pela sociedade.

No entanto, alerta Masson (2013, p. 39), “advirta-se, porém, que a autorização legal para o exercício de determinada profissão não implica, automaticamente, na adequação social dos crimes praticados em seu bojo”.

Tal afirmação sustenta-se por decisão do STF, no HC 45.153/SC, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 30.10.2007, em que foi decidido que nos crimes de descaminho praticados por camelô, não deve ser reconhecida a conduta como adequada socialmente, por existir lei que regulamente a profissão.

Para caracterização deste princípio é considerada uma série de fatores, tal como a utilidade social da conduta. Ocorre então uma “ponderação de interesses entre o valor e o interesse que despertam determinada atividade social e os riscos que ela acarreta” (Prado, 2014, p. 123).

Exemplo de incidência do princípio da adequação social é o caso em que um médico receita certo medicamento a determinado paciente para tratamento de enfermidade, causando efeitos colaterais indesejados.

Assim como nas hipóteses de risco permitido, a adequação social pressupõe uma lesão a um bem jurídico, no entanto, sem constituir desvalor do resultado obtido.

2.6 Princípio da proporcionalidade

Este princípio também recebe o nome de “princípio da proibição do excesso”, “princípio da razoabilidade” ou “princípio da convivência das liberdades públicas”.

Como ensina Jesus (2011, p. 53), o princípio da proporcionalidade “determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Significa que a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor. Daí dizer-se que a culpabilidade é a medida da pena”.

Tendo em vista que os tipos penais criados pelo legislador valerão para toda a sociedade, tal criação deverá ser vantajosa a todos os cidadãos, levando-se em conta, principalmente, a previsão de punição que os tipos penais acarretam.

Tal como explica Masson (2013, p. 44) “o princípio da proporcionalidade funciona como forte barreira impositiva de limites ao legislador. Por corolário, a lei penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, por se tratar de intervenção excessiva na vida dos indivíduos em geral”.

Cabe verificar o posicionamento do STJ sobre o tema, pois é no sentido de o princípio da proporcionalidade influir na pena base, em se tratando de dosimetria da pena, como consta em parte do julgamento do HC 84.427/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, j. 28.02.2008:

Na fixação da pena-base, além do respeito aos ditames legais e da avaliação criteriosa das circunstâncias judiciais, deve ser observado o princípio da proporcionalidade, para que a resposta penal seja justa e suficiente para cumprir o papel de reprovação do ilícito.

O pressuposto básico do princípio da proporcionalidade é, portanto, que as penas tipificadas devem ser proporcionais aos delitos praticados pelo agente. A sanção aplicada pelo Estado deve ser adequada, proporcional, ao dano causado à sociedade.

O Direito Penal não tem a missão de tutelar todos os bens jurídicos, mas apenas os de maior relevância, de maior valor. Ainda, as penas cominadas devem estar de acordo com a gravidade do dano ao bem jurídico causado pela conduta do agente.

Nesse sentido, Silva (2009, p. 31) ensina que “[...] para um crime contra a vida, a pena terá de ser maior do que para um delito contra a honra. Da mesma forma, quanto mais grave for a violação de determinado bem jurídico penal, a pena, na mesma proporção, deverá ser mais severa”.

Esse princípio cria os critérios de adequação e necessidade da pena, como explica Silva (2009, p. 32), “ela deve ser necessária por não existir outra apta a reprovar a conduta; adequada por possibilitar o resultado pretendido, ou seja, a retribuição e a prevenção geral e a especial”.

Há destinatários específicos para o princípio da proporcionalidade, como leciona Masson (2013, p. 45):

Na proporcionalidade abstrata (ou legislativa), são eleitas as penas mais apropriadas para cada infração penal (seleção qualitativa), bem como as respectivas graduações – mínimo e máximo (seleção quantitativa). Na proporcionalidade concreta (ou judicial), orienta-se o magistrado no julgamento da ação penal, promovendo a individualização da pena adequada ao caso concreto. Finalmente, na individualização executória (ou administrativa) incidem regras inerentes ao cumprimento da pena, levando-se em conta as condições pessoais e o mérito do condenado.

Vale destacar que, modernamente, o princípio da proporcionalidade deve ser analisado sobre uma dupla ótica. Inicialmente, constitui-se em proibição ao excesso, pois é vedada a cominação e aplicação de penas em dose exagerada e desnecessária. Se não bastasse, este princípio impede a proteção insuficiente de bens jurídicos, pois não tolera a punição abaixo da medida correta.

Por fim, vale ressaltar a importância de se verificar a proporcionalidade em situação de legítima defesa, art. 25 do CP, pois há de existir proporção entre a agressão e o meio utilizado pela vítima para se defender.

Neste sentido, Prado (2014, p. 118) ensina que “[...] a repulsa à injusta agressão requer o emprego de meios necessários, utilizados com moderação, vale dizer, o uso dos meios indispensáveis à repulsa, e que não ultrapassem os limites necessários para afastar a agressão ilícita”.

3 CRIME E SUAS CLASSIFICAÇÕES

O legislador, no Código Penal brasileiro, optou por não inserir um conceito legal de crime. A tarefa ficou a cargo dos diversos doutrinadores penalistas e da jurisprudência.

A doutrina traz vários conceitos, posicionamentos e classificações para o tema.

No entanto, o foco do presente trabalho não é extinguir a discussão que paira sobre as diversas definições de crime, mas analisar eventual inconstitucionalidade dos chamados crimes de perigo abstrato.

Como explica Tonello (2009, p. 95) “no tocante ao conceito de crime o legislador pátrio atual preferiu não inserir no ordenamento jurídico uma definição. Dessa forma a elaboração de um conceito fica a cargo dos comentadores”.

3.1 Conceito de crime

Ensina Prado (2014, p. 201), que “o delito é uma construção fundamentalmente jurídico-penal, embora possa ser objeto de exame das mais variadas ciências (v.g., criminologia, política criminal, sociologia e medicina legal)”.

Há, basicamente, três critérios mais relevantes para conceituar o crime, quais sejam, o critério material, critério formal e analítico.

Sobre o critério material, ensina Jesus (2011, p. 193).

O conceito material do crime é de relevância jurídica, uma vez que coloca em destaque o seu conteúdo teleológico, a razão determinante de constituir uma conduta humana infração penal e sujeita a sanção. É certo que sem descrição legal nenhum fato pode ser considerado crime. Todavia, é importante estabelecer o critério que leva o legislador a definir somente alguns fatos como criminosos. É preciso dar um norte ao legislador, pois, de forma contrária, ficaria ao seu alvedrio a criação de normas penais incriminadoras, sem esquema de orientação, o que, fatalmente, viria lesar o jus libertatis dos cidadãos.

O critério formal, por sua vez, é orientado pelo Direito positivo, devendo ser considerado o que exatamente a lei penal tipifica, para que seja possível determinar sua abrangência exata.

Contudo, há uma problemática séria com este conceito, como explica Prado (2014, p. 202):

O conceito formal ou legal de delito – considerado sem base científica – tem sido alvo de pesadas críticas que podem ser assim transcritas: “a) Em primeiro lugar, não parece aceitável que o objeto de estudo de uma disciplina venha imposto de fora dela, isto é, que seja de competência externa à delimitação desse objeto. Ao contrário, o lógico é que cada disciplina defina ela mesma o que vai estudar e qual é seu conteúdo e natureza; b) O legislador, que é quem legitimamente estabelece quais condutas são delitos, não segue um critério satisfatório do ponto de vista da explicação causal dos delitos, mas predominam os históricos e de oportunidade.

Desse modo, é difícil que possa se dar uma explicação científica geral convincente de uma matéria na qual elementos irracionais e contradições têm forte presença; c) As leis penais são irremediavelmente vagas e imprecisas, tal ponto que os juízes e os juristas em geral nem sempre chegam a acordos generalizados sobre sua interpretação.

O critério analítico é fundado nos elementos que compõe o delito, quais sejam: fato típico, ilicitude e culpabilidade.

Para parte minoritária da doutrina, a punibilidade é também elemento do crime. No entanto, a corrente majoritária prospera ao discordar desse posicionamento, pois a punibilidade não se trata de elemento do delito, mas de consequência de sua ocorrência.

Bem explica Masson (2013, p. 181) que “não é porque se operou a prescrição de determinado crime, por exemplo, que ele desapareceu do mundo fático. Portanto, o crime existe independentemente da punibilidade”.

O fato típico representa a conduta descrita em lei, um modelo normativo de fato punível. A ilicitude ou antijuridicidade se refere à contrariedade da ação em questão em relação à norma penal, o fato contrário à norma, ilícito e sem qualquer justificativa para sua ocorrência.

A culpabilidade, por sua vez, pode ser entendida como o juízo de reprovação social que recai sobre a conduta praticada. A teoria tripartida do delito exige a incidência da culpabilidade para que se considere existente o delito.

Ora, como pode ter havido crime, delito ou injusto penal se sobre a conduta praticada não recai nenhum juízo de reprovabilidade? Neste caso, não há razão para punir o agente, tendo em vista que a conduta que vier a praticar é aceita por todos, não podendo o fato ser considerado como criminoso.

Cabe, ainda, observar a advertência de Jesus (2011, p. 194), “não há diferença ontológica, de essência, entre crime (ou delito) e contravenção. O mesmo fato pode ser considerado crime ou contravenção pelo legislador, de acordo com a necessidade de prevenção social”.

3.2 Crime de perigo concreto

Há diversas classificações para os delitos. A que mais interessa ao presente estudo trata-se da classificação quanto à materialidade do delito, que comporta os crimes de perigo concreto e os crimes de perigo abstrato.

Em suma, os crimes de perigo são aqueles que se consumam com a mera possibilidade de dano a bem jurídico.

Como ensina Masson (2013, p. 199), os crimes de perigo concreto “consumam-se com a efetiva comprovação, no caso concreto, da ocorrência da situação de perigo. É o caso do crime de perigo para a vida ou saúde de outrem, (CP, art. 132)”.

Para Jesus (2011, p. 229), “perigo concreto é o que precisa ser provado. Ex.: no art. 134 há a definição legal do crime de exposição ou abandono de recém-nascido. O perigo, no caso, não é presumido, mas, ao contrário, precisa ser investigado e comprovado”.

Nos dizeres de Luiz Regis Prado (2014, p. 214):

Crimes de perigo: basta a existência de uma situação de perigo – lesão potencial. Dividem-se em: delito de perigo concreto: o perigo integra o tipo como elemento normativo, de modo que o delito só se consuma com a sua real ocorrência para o bem jurídico, isto é, o perigo deve ser efetivamente comprovado. Trata-se de espécie de delito de resultado, em que o bem jurídico sofre um perigo real de lesão (ex: arts. 134 – exposição ou abandono de recém nascido; 136 – maus tratos; 250 – incêndio; 251 – explosão; 254 – inundação, CP; arts. 8.078/1990); [...]

Por vezes o STJ se pronunciou sobre os crimes de perigo concreto, como no julgamento do HC 19.4468 MS 2011/0007031-4:

Ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE PORTE DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. ART. 14 DA LEI N. 10.826 /2003. CRIME DE PERIGO CONCRETO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR.

1. Nos termos da linha jurisprudencial majoritária da Sexta Turma, adotada no presente julgamento pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura e pelo Ministro Og Fernandes, para a ocorrência do crime de porte de munição, é necessária a demonstração de que a conduta tenha oferecido perigo concreto ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

2. Ressalva do entendimento do Relator, que concede a ordem por fundamento diverso. 3. Ordem concedida para, cassando o acórdão e a sentença condenatórios, absolver o paciente com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

No caso em tela, concluiu o STJ que não ocorreu o delito de porte de munição, pois não foi demonstrado que a conduta tenha oferecido perigo concreto, levando à absolvição do réu.

3.3 Crime de perigo abstrato

Os crimes de perigo abstrato surgem quando o legislador, durante o exercício de sua função típica, atribui a qualidade de crime a determinadas condutas, tratando-se de comportamentos positivos ou negativos, mas sempre independente da produção de qualquer resultado naturalístico.

Ensina Jesus (2011, p. 229):

Perigo presumido (ou abstrato) é o considerado pela lei em face de determinado comportamento positivo ou negativo. É a lei que o presume *juris et de jure*. Não precisa ser provado. Resulta da própria ação ou omissão. Ex.: o fato de “deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida”, que se encontra ao desamparo, constitui crime de omissão de socorro (art. 135). O perigo é presumido. Decorre da simples inércia do sujeito.

Nesta modalidade de delito, segundo Silva (2009, p. 71), “o perigo é presumido pela lei e não precisa ser provado. A presunção de perigo é absoluta (*jures et de iure*), não admitindo, portanto, prova em contrário; exemplos: porte ilegal de arma de fogo e quadrilha ou bando”.

Nos dizeres de Pierpaolo Cruz Bottini (2013, p. 87), os crimes de perigo abstrato tratam-se de “prescrição normativa cuja completude se restringe à conduta, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou de perigo concreto”.

Há vários exemplos de crimes de perigo abstrato no ordenamento jurídico brasileiro, como ensina Prado (2014, p. 214):

O perigo constitui unicamente a *ratio legis*, o motivo que dá lugar à vedação legal de determinada conduta. Apreciável *ex ante*, o perigo é inerente à ação ou omissão, não necessitando de comprovação (ex.: arts. 135 - omissão de socorro; 253 – fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivo ou gás tóxico, ou asfixiante; 283 – charlatanismo; 284 – curandeirismo; 286 – incitação ao crime; 288 – associação criminosa, CP; art. 25, Lei 11.105/2005).

Há também outras terminologias utilizadas para os referidos crimes, como expõe Masson (2013, p. 199), “crimes de perigo abstrato, presumido ou de simples desobediência: consumam-se com a prática da

conduta, automaticamente. Não se exige a comprovação da produção da situação de perigo”.

Há de se verificar o posicionamento do STJ em caso concreto, referente aos crimes de perigo abstrato no AgRg no AREsp 473457 SP 2014/0032180-9:

Ementa

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONDUTA TÍPICA. CRIME DE MERA CONDUTA OU DE PERIGO ABSTRATO. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. SÚMULA 83/STJ.

1. É irrelevante estar a arma desmuniada ou aferir sua eficácia para configuração do tipo penal de porte ilegal de arma de fogo, por se tratar de delito de mera conduta e de perigo abstrato, cujo objeto imediato é a segurança coletiva. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

No caso em tela, realmente não só foi desnecessário qualquer resultado naturalístico para a consumação do crime, como o fato de a arma de fogo não conter nenhuma munição também não impediu que o réu fosse condenado.

De antemão, nota-se que, apesar de a decisão em epígrafe estar de acordo com a lei, sob uma ótica estritamente positivista, contraria o princípio penal constitucional da lesividade ou ofensividade.

4 ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE

Inicialmente, devemos destacar que, em termos gerais e de maneira simplória, o controle de constitucionalidade consiste na análise e comparação de um determinado dispositivo legal, confrontando-o com a constituição, de maneira que se possa concluir se tal dispositivo é ou não compatível com a constituição, e, caso não o seja, extirpa-se tal dispositivo do ordenamento jurídico através do chamado controle de constitucionalidade.

Não entraremos em minúcias de como se opera o controle de constitucionalidade, por não ser tema central do presente trabalho, entretanto, cumpre destacar ao menos, que tal controle pode ser difuso ou concentrado.

O controle difuso é realizado por qualquer juiz ou tribunal e consiste na análise da inconstitucionalidade face a um caso concreto, em regra, os efeitos daquela decisão ficarão restritos apenas as partes que participaram daquela relação jurídica processual.

O controle concentrado, por sua vez, é realizado tão somente pelo STF, é um controle que leva em conta a lei em abstrato, e seus efeitos serão em geral oponíveis a todos os cidadãos, ainda que não façam parte especificamente daquela relação jurídica processual.

A inconstitucionalidade pode ser considerada um gênero maior, que engloba outras espécies (ou classificações, ou ainda tipologias), entre as quais falaremos da inconstitucionalidade por ação e por omissão; inconstitucionalidade material e formal; inconstitucionalidade direta e indireta; inconstitucionalidade originária e superveniente, e inconstitucionalidade total ou parcial.

4.1 Inconstitucionalidade Por Ação e Por Omissão

Em um primeiro momento devemos trazer dois conceitos importantes para entendermos esse tópico, as normas constitucionais podem ser de eficácia plena - produzem efeitos por si só desde o momento em que ingressaram no ordenamento jurídico - e normas constitucionais de eficácia limitada – neste caso a norma depende de regulamentação por uma lei infraconstitucional, para que possa operar seus reais efeitos.

A inconstitucionalidade por ação é aquela que recai sobre um dispositivo que já está em vigor e já produz seus efeitos, como o próprio nome sugere, trata-se de inconstitucionalidade que recai sobre uma ação.

Nos dizeres de Guilherme Peña de Moraes (2008, p.141):

A inconstitucionalidade por ação decorre de conduta comissiva (facere) do Estado no campo do processo legislativo. Em consequência, há a produção de norma infraconstitucional em desconformidade, sob o(s) aspecto(s) formal e/ou material, com normas constitucionais que lhe serviria de fundamento de validade.

A inconstitucionalidade por omissão deflui de conduta omissiva (non facere) do Estado no campo do processo legislativo. Em regra, não há a produção de norma infraconstitucional reclamada por norma constitucional de eficácia limitada, desde que satisfeitos o pressuposto e os requisitos da omissão inconstitucional.

Portanto, a inconstitucionalidade por omissão, por sua vez, é aquela que vai incidir sobre uma norma constitucional de eficácia limitada, nos casos em que a lei infraconstitucional que deveria viabilizar os efeitos de tal norma, não foi criada, fazendo que a norma se torne obsoleta. Ainda, conforme Alexandre de Moraes (2011, p.796):

Na conduta negativa consiste a inconstitucionalidade. A constituição determinou que o Poder Público tivesse uma conduta positiva, com a finalidade de garantir a aplicabilidade e a eficácia da norma constitucional. O Poder Público omitiu-se, tendo, pois, uma conduta negativa.

A incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela constituição e a conduta negativa do Poder Público omisso configura-se na chamada inconstitucionalidade por omissão.

A inconstitucionalidade por omissão só vai ser configurada, nos casos em que o constituinte exige uma prestação positiva do Poder Público, mas esse não se manifesta em sentido algum, não realizando dessa forma nenhuma ação para produzir o resultado constitucionalmente almejado.

4.2 Inconstitucionalidade Material e Formal

A inconstitucionalidade por ação pode ainda ser formal ou material.

Leciona Marcelo Alkmim (2009, p.255):

Essa forma de inconstitucionalidade se verifica quando a lei ou ato normativo infraconstitucional contiver algum vício em sua forma. Vale dizer que a inconstitucionalidade formal verifica-se no processo de formação da norma, no processo legislativo do qual a norma se origina.

Assim, diante da inobservância de alguma prescrição legal durante o processo de elaboração da norma, isto é, deixando de ser observado algum aspecto formal, como a exigência de quórum qualificado para a aprovação, entre outras, carecerá essa norma de validade e deverá ser declarada inconstitucional.

A inconstitucionalidade formal, esta ligada a forma do ato, as burocracias de sua confecção. Ainda para Alkmim (2009, p.255):

O vício formal subjetivo verifica-se na própria iniciativa do projeto de lei apresentado e esta ligado à pessoa ou à autoridade de quem emana a iniciativa. Com efeito, quando as normas decorrem de iniciativa de autoridades que não possuem competência para apresentação de projeto sobre determinada matéria, são consideradas inconstitucionais por vício formal subjetivo.

Assim é, por exemplo, quando há previsão constitucional de que a iniciativa de leis que tratem de determinada matéria é reservada ao Presidente da República, ou seja, quando somente por iniciativa do Presidente pode o projeto de lei ser apresentado, analisado e votado pelo Congresso Nacional. Tal ocorre, por exemplo, sobre as normas que dispõem sobre a “criação de cargos, funções, ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração (art.61, in II, a).

Tal inconstitucionalidade pode se dar nos casos de violação a iniciativa reservada (por exemplo: certas leis só admitem iniciativa do Presidente da República – art. 61 da CF/88), ou ainda tal constitucionalidade pode ser verificada nos casos de violação a espécie normativa. No mesmo sentido, leciona Peña (2008, p.140):

A inconstitucionalidade formal é individualizada pelo vício no procedimento (inconstitucionalidade formal propriamente dita)

ou órgão competente (inconstitucionalidade orgânica) da norma infraconstitucional sujeita ao controle de constitucionalidade, uma vez que aquela foi produzida por procedimento ou órgão diverso do prescrito na norma constitucional na qual deveria ter encontrado o seu fundamento de validade. Destarte, constitui exemplo de inconstitucionalidade formal a inconstitucionalidade por usurpação de iniciativa reservada, na qual um projeto de Lei, malgrado a iniciativa reservada ao Presidente da República tenha sido usurpada por outrem, recebe a sanção presidencial, *verbi gratia*: “a sanção do projeto de Lei não tem o condão de sanar o vício de inconstitucionalidade formal, eis que a vontade do Chefe do Poder executivo – ainda que deste seja a prerrogativa institucional usurpada – revela-se juridicamente insuficiente para convalidar o defeito radical oriundo do descumprimento da Constituição da República”.

Neste segundo caso, devemos nos atentar ao fato de que, determinadas matérias só podem ser reguladas por lei complementar, por exemplo, de maneira que, se forem reguladas por lei ordinária, serão inconstitucionais.

O último caso de inconstitucionalidade formal ocorre nos casos em que é violado o sistema de aprovação, ou seja, nos casos em que se exige maioria absoluta para a aprovação de determinada matéria, tal matéria não pode ser aprovada por maioria simples, sob pena de eventual declaração futura de inconstitucionalidade formal.

A inconstitucionalidade material, por sua vez, é aquela em que determinada lei ou ato normativo fere frontalmente um direito material assegurado pela constituição, por exemplo, uma lei que obstaculize o direito de reunião em locais públicos, sem armas, não frustrando outra reunião previamente convocada para o mesmo local, mediante prévia comunicação a autoridade competente. Nos dizeres de Marcelo Alkmim (2008, p.257):

Como o próprio nome indica, o vício material diz respeito à matéria, ao conteúdo da lei, ou ato normativo. Dessa forma, o ato que contrarie alguma matéria constante da constituição deverá ser declarado inconstitucional, pouco importando que tenham sido observadas as formalidades para a sua aprovação e promulgação. O que interessa, nesse caso, é o seu conteúdo. Estando o conteúdo de acordo com a Constituição, é o ato considerado materialmente constitucional, caso contrário será inconstitucional.

Logo para o primeiro caso (inconstitucionalidade formal), focaremos a atenção na forma do ato, enquanto no segundo caso (inconstitucionalidade material), focaremos a atenção no conteúdo do ato.

4.3 Inconstitucionalidade Direta e Indireta

Outra importante forma de classificação da inconstitucionalidade é a classificação em inconstitucionalidade direta e indireta.

A inconstitucionalidade direta é mais facilmente vislumbrada, consiste na análise do dispositivo legal que afronta um determinado comando constitucional, sem maiores dificuldades.

A inconstitucionalidade indireta, também chamada de inconstitucionalidade reflexa ou inconstitucionalidade oblíqua, requer uma análise mais minuciosa.

Tal modalidade não pode ser confundida com a inconstitucionalidade consequente, conforme ensina Guilherme Peña de Moraes (2008, p.144):

Ressalve-se que não há que se confundir a inconstitucionalidade consequente ou derivada com a inconstitucionalidade oblíqua ou reflexa, porquanto a primeira decorre da relação imediata de incompatibilidade vertical entre norma infraconstitucional e norma constitucional, enquanto que a segunda deflui da relação mediata de inconformidade vertical entre norma infralegal e norma constitucional.

Esta segunda modalidade de inconstitucionalidade pode ser verificada nos casos em que devemos comparar determinado ato normativo a outro ato normativo, para só então concluirmos se os dizeres constitucionais foram efetivamente violados.

O clássico exemplo é do decreto regulamentar, como trata-se de um decreto que deve apenas esmiuçar um determinado assunto, regulamentando-o, caso tal decreto exceda o fim para o qual foi criado, fatalmente padecerá da inconstitucionalidade oblíqua.

4.4 Inconstitucionalidade Originária e Superveniente

A inconstitucionalidade originária é aquela na qual a norma é editada em desconformidade com os preceitos constitucionais da constituição então vigente.

Neste sentido, ensina Guilherme Peña (2008, p.142): “A inconstitucionalidade originária, é expressada no momento da produção da norma submetida ao controle de constitucionalidade”.

Em outras palavras a norma vai padecer de inconstitucionalidade formal ou material por contrariar o que está previsto na constituição da época em que entrou em vigor.

Por outro lado, a inconstitucionalidade superveniente é um tema extremamente polêmico no mundo jurídico. Peña discorre (2008, p.142-143):

A inconstitucionalidade superveniente é exteriorizada em momento posterior à produção da norma subjugada ao controle de constitucionalidade em decorrência de mutação constitucional ou reforma constitucional.

Repise-se: malgrado a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal seja firmada no sentido contrário, a doutrina prevalece salienta a tendência de considerar a inconstitucionalidade superveniente como efeito da incompatibilidade entre uma norma infraconstitucional e outra norma constitucional superveniente, prescrita por nova Constituição ou reforma constitucional, à luz do art. 1º, parágrafo único, inc. I, da Lei n º9.882/99.

Tal modalidade seria verificada nos casos em que a lei é criada antes da entrada em vigor de uma nova constituição, de maneira que, quando da entrada em vigor dessa nova constituição, a antiga lei seria conflitante com suas previsões.

4.5 Inconstitucionalidade Total e Parcial

Essa classificação leva em conta o quanto da norma efetivamente é inconstitucional, podendo ser apenas parte dela ou a totalidade de seu conteúdo. Segundo ensina Peña (2008, p. 143):

A inconstitucionalidade total afeta toda a norma sujeita ao controle de constitucionalidade, como na hipótese de regra produzida por órgão incompetente ou procedimento inadequado. A inconstitucionalidade parcial alcança parcela da norma subordinada ao controle de constitucionalidade, sendo possível que o vício atinja parte do texto de alínea.

Ressalte-se que é admissível que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma produza efeitos sobre outras, desde que aquela mantenha relação de dependência e estas deixem de ter significado autônomo, “fazendo presumir que o legislador não adotaria um desacompanhado do outro”.

Portanto é admissível a declaração de inconstitucionalidade parcial, porém o judiciário deve atentar-se ao fato de que não lhe é permitido de maneira indireta legislar, ou seja, o magistrado não pode declarar uma palavra isolada inconstitucional mudando totalmente o sentido do disposto no artigo, entretanto lhe seria permitido, por exemplo, declarar um inciso inconstitucional.

4.6 Casuística

O Supremo por diversas vezes já se manifestou sobre a inconstitucionalidade formal, por exemplo, na ADI 1594:

Ementa

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.000, 16 DE JANEIRO DE 1.997, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. CONCESSÃO DE ANISTIA ÀS FALTAS PRATICADAS POR SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 37, CAPUT E INCISO II, E 61, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O artigo 61, § 1º, inciso II, alínea c, da Constituição do Brasil foi alterado pela EC 19/98. A modificação não foi todavia substancial, consubstanciando mera inovação na sua redação.

2. A Constituição do Brasil, ao conferir aos Estados-membros a capacidade de auto-organização e de autogoverno --- artigo 25, caput ---, impõe a obrigatória observância de vários princípios, entre os quais o pertinente ao processo legislativo. O legislador estadual não pode usurpar a iniciativa legislativa do Chefe do Executivo, dispondo sobre as matérias reservadas a essa iniciativa privativa. Precedentes.

3. O ato impugnado diz respeito a servidores públicos estaduais --- concessão de anistia a faltas funcionais. A iniciativa de leis

que dispõem sobre regime jurídico de servidores públicos é reservada ao Chefe do Poder Executivo. Precedentes.

4. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 7.000, 16 de janeiro de 1.997, do Estado do Rio Grande do Norte (ADI 1594 / RN – Rio Grande do Norte).

No caso em tela, por exemplo, concluiu que ocorreria a inconstitucionalidade formal subjetiva, ou seja, inerente a quem de fato possui a iniciativa para a elaboração da Lei, que no caso dessa ADI, deveria ser do chefe do poder executivo estadual e não do legislativo estadual, sendo a lei declarada inconstitucional.

Outro interessante julgado é a ADI 3180, onde segundo o Supremo:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. VÍCIO DE INICIATIVA. COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO. PEDIDO DEFERIDO. Lei nº 781, de 2003, do Estado do Amapá que, em seus arts. 4º, 5º e 6º, estabelece obrigações para o Poder Executivo instituir e organizar sistema de avaliação de satisfação dos usuários de serviços públicos. Inconstitucionalidade formal, em virtude de a lei ter-se originado de iniciativa da Assembléia Legislativa. Processo legislativo que deveria ter sido inaugurado por iniciativa do Governador do Estado (CF, art. 61, § 1º, II, e). Ação direta julgada procedente. (STF - ADI: 3180 AP, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 17/05/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-037 DIVULG 14-06-2007 PUBLIC 15-06-2007 DJ 15-06-2007 PP-00020 EMENT VOL-02280-02 PP-00210).

Neste julgado o Supremo novamente tratou da inconstitucionalidade formal subjetiva, onde o processo legislativo deveria ter iniciativa do Governador do Estado, mas teve iniciativa da assembleia legislativa, configurando tal inconstitucionalidade.

5 A INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

A ideia dos crimes de perigo abstrato não serem compatíveis com a CF vigente parte do visível conflito desses crimes com os princípios penais constitucionais citados neste estudo.

Por mais que a criação dos crimes de perigo abstrato atenda às espécies de inconstitucionalidade previstas na doutrina, uma norma infraconstitucional deve sempre respeitar os princípios constitucionais, sejam eles tácitos ou expressos.

Em um Estado Democrático de Direito, a função do Direito Penal é de garantir a tutela dos bens jurídicos de maior relevância, garantindo a dignidade humana de todos os indivíduos.

Para que o Direito Penal garanta a efetiva proteção dos bens jurídicos que se busca tutelar, sem que ocorra excessiva limitação a garantias e direitos fundamentais, devem ser tipificadas as condutas que efetivamente lesem os bens jurídicos que a norma visa proteger.

É necessário que ocorra de fato uma lesão significativa a um importante bem jurídico tutelado pelo Direito para que a esfera penal abranja o fato e o torne típico perante o ordenamento.

Como já estudado, o princípio da lesividade ou ofensividade faz-se presente no ordenamento jurídico brasileiro para materializar os preceitos epigrafados.

Como explica Bottini (2013, p. 154):

[...] pode-se afirmar que a atuação de um direito penal funcionalizado, em prol de um Estado Democrático de Direito, está pautada pela proteção de bens jurídicos necessários à garantia da dignidade humana. Logo, a norma penal somente será legítima se tutelar um interesse fundamental do ser humano. Para materializar esta assertiva e conferir-lhe operacionalidade, surge o princípio da lesividade. O conceito de *nullum crimen sine iniuria* estabelece que somente será penalmente relevante a conduta que lesiona o bem jurídico protegido, de forma que serão atípicos os atos que não afetem os interesses tutelados.

Ora, os crimes de perigo abstrato conflitam diretamente com o princípio da lesividade. Este exige que haja efetiva ofensa, em proporção significativa a bem jurídico relevante para que o Direito Penal possa abranger a situação, ao passo que aqueles tipificam condutas automaticamente, sem necessidade de comprovação de perigo real.

Ao aceitar a premissa de que o princípio da lesividade está presente no ordenamento jurídico pátrio significa aceitar que o Direito Penal possui caráter fragmentário em relação a qualquer outro meio de punição estatal.

Antes que o Direito Penal abranja qualquer situação, deve haver a certeza de que nenhum outro ramo do Direito é capaz de proteger o bem jurídico eventualmente lesado, tal como o Direito Civil ou o Direito Administrativo.

Acerca do caráter subsidiário do Direito Penal, explica Bottini (2013, p. 159):

Outro ponto importante a ser ressaltada é que, mesmo diante da falha de outros instrumentos do controle de riscos, o direito penal não tem o escopo de proteger os bens jurídicos tutelados de todos os ataques possíveis. O contexto social atual, por ser dinâmico e estar fundado na criação e aceitação de riscos como elemento integrante da organização, tem a exposição de bens jurídicos a perigo como um fenômeno natural. O direito penal não pode atuar sobre toda e qualquer periculosidade, sob pena de macular o modo de produção e a estrutura política e social. O risco integra o cotidiano e sua supressão por completo não é possível.

Conclui-se, portanto, que tipificar condutas menos gravosas, que não causem lesões a bens jurídicos importantes apenas traz prejuízos à eficiência do Direito Penal.

A limitação da atuação do Direito Penal decorre justamente da acentuada reprovção social às condutas tipificadas. Esta situação garante eficiência ao referido ramo do Direito no sentido de sinalizar quais condutas são mais repugnantes para o meio social.

Em contrapartida, ocorrendo *inflação penal*, tipificando-se condutas que não exigem tutela deste ramo do Direito, o efeito é de perda tanto de autoridade como de eficiência do Direito Penal.

Desta forma, identifica-se a rejeição dos crimes de perigo abstrato sob a luz do princípio da fragmentariedade ou subsidiariedade.

Cabe excepcionar os casos em que seria possível a criação de crime de perigo abstrato sem que o princípio da fragmentariedade fosse lesado, nos dizeres de Bottini (2013, p. 160), “O manejo da energia nuclear, da engenharia genética, do sistema financeiro e outras atividades, pela magnitude dos danos possíveis, são passíveis de proibição por tipos penais de perigo abstrato, sem que seja maculado o princípio da fragmentariedade”.

Dando seguimento ao cruzamento dos crimes de perigo abstrato com os princípios penais constitucionais, obrigatória é a menção do princípio da proporcionalidade.

Deve sempre haver proporcionalidade entre a gravidade da lesão a bem jurídico causada pelo agente e a sanção imposta pelo Estado como resposta à infração. Portanto, a pena cominada a determinado fato típico não deve exceder ao limite a que se destina o Direito Penal.

Não só a pena, mas a própria tipificação da conduta deve ser reconsiderada, caso não tutele bem jurídico essencial para a garantia da dignidade da pessoa humana.

Tomemos por base o delito previsto no art. 306 do CTB:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por: (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012).

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012).

Questionável é a tipificação da referida conduta, tanto à luz do princípio da proporcionalidade, como do princípio da adequação social.

Dada a baixíssima quantidade de álcool necessária no organismo do agente para que se configure o delito, entende-se que a repressão do sistema jurídico penal aqui presente não é condizente com o interesse da sociedade como um todo, dada a restrição desproporcional que o tipo penal traz ao bem jurídico.

Não parece proporcional, nem socialmente adequado, que um condutor de veículo automotor, com baixa alteração de suas capacidades psicomotoras, ciente de sua condição e tomando todas as cautelas humanamente possíveis para conduzir seu veículo com segurança, e, não causando nenhum dano efetivo a bem jurídico algum, seja punido na esfera criminal por sua conduta.

Ora, é possível que, por ter ciência de sua condição, as cautelas e medidas de segurança, em sentido amplo, tomadas pelo condutor, façam com que ele conduza seu veículo com maior segurança do que se estivesse com suas capacidades psicomotoras absolutamente inalteradas.

Na referida situação, em caso de eventual condenação, nem mesmo o princípio da insignificância ou bagatela seria respeitado, tendo em vista que há outros meios menos gravosos e mais adequados à situação do que condenação do indivíduo na esfera criminal.

No sentido de que a conduta deve representar um mínimo de perigo concreto para a configuração da prática delitiva, decidiu o STJ, no julgamento do HC 118.773 e AgRg no REsp 998.993-RS:

[...] tratando-se de crime de porte de arma de fogo, faz-se necessária a comprovação da potencialidade do instrumento, já que o princípio da ofensividade em Direito Penal exige um mínimo de perigo concreto ao bem jurídico tutelado pela norma, não bastando a simples indicação de perigo abstrato.

Logo, nota-se que o delito não se consuma com o mero porte da arma de fogo, mas somente se for comprovado que a arma possui potencial ofensivo.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo determinar a eventual inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato no direito brasileiro.

Para tanto, foram apresentados os principais princípios penais constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro, foram sucintamente diferenciados dos princípios constitucionais penais, explicados e exemplificados um a um, com o uso de doutrina e posicionamentos jurisprudenciais dos tribunais superiores sobre o tema.

Foram conceituados o crime sob perspectiva tripartida da doutrina, brevemente, os crimes de perigo concreto e por fim, os crimes de perigo abstrato, objeto central do presente trabalho.

Após, foram apresentadas as diferentes espécies de inconstitucionalidade no direito brasileiro, explicando-se cada uma delas e fornecendo exemplos doutrinários e jurisprudenciais.

Por fim, foram comparados cada um dos princípios penais constitucionais com os crimes de perigo abstrato no ordenamento jurídico brasileiro, buscando determinar se são ou não inconstitucionais e em que grau seriam aceitos no ordenamento pátrio.

A inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato está longe de ser ponto pacífico na doutrina.

Em que pese os argumentos sustentáveis a favor da inconstitucionalidade, como a transgressão dos princípios penais constitucionais gerada pela presença dos crimes de perigo abstrato no ordenamento jurídicos, estes permanecem vigentes e sem sinais aparentes de mudança desta situação.

A jurisprudência, de forma geral, também se encontra dividida sobre o tema.

É possível vislumbrar interpretações à luz do garantismo penal, ao passo em que também foram expostas decisões judiciais que parecem ignorar a existência de determinados princípios penais constitucionais.

Diante de toda a pesquisa demonstrada, é possível afirmar que os crimes de perigo abstrato serão constitucionais, desde que sejam funcionais, estejam de acordo com os princípios penais constitucionais, cumprindo a missão de proteger os bens jurídicos relevantes da sociedade passíveis de apreciação

pelo Direito Penal e garantindo a dignidade da pessoa, sem excessiva restrição de direitos fundamentais.

Constata-se, portanto, que os crimes de perigo abstrato são inconstitucionais, incorrendo na espécie de inconstitucionalidade direta, pois são diretamente contrários a princípios constitucionais penais presentes na Constituição Federal e reconhecidos por toda a doutrina e jurisprudência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALKMIM, Marcelo. **Curso de direito Constitucional**, 2009. Editora Conceito editorial.

BECCARIA, Cesare Bonesana ou Bonecasa. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães, s/d – Hemus Editora Ltda.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. Núcleo de estudos, pesquisa e extensão – NEPE. **Normatização para apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso da Toledo de Presidente Prudente**. 6 ed. Presidente Prudente, 2007.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, vol. 1: parte geral**, 32ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado** (17ª edição), 2013. Editora Saraiva.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – Parte Geral – vol. 1**, 7.ª ed. São Paulo: Método, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal – parte geral**. 30ª ed., São Paulo, Atlas, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Consitucional** (27ª edição), 2011. Editora Atlas S.A.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**, 2009. Editora Lumen Juris.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 11ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3ª ed., Lisboa, Veja, 2004.

SILVA, César Dario Mariano da. **Manual de direito penal**. 6ª ed. São Paulo: GZ, 2009.

TONELLO, Luis Carlos Avansi, **Curso de direito penal brasileiro – parte geral**, 4ª ed., Cuiabá, Janina, 2009.