

O Princípio da Lesividade na Reforma Penal

Prof. Ms. Tiago Joffily

*Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, na qual é doutorando em Direito Penal. Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Autor do livro **Direito e Compaixão: discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal**.*

A leitura do texto revela que o Projeto conta com **retrocessos evidentes** (como, p. ex., a introdução do instituto da barganha em nosso ordenamento jurídico), **erros crassos** (como, p. ex., a punição do crime de lesão corporal praticado com culpa temerária com o dobro da pena prevista para o crime de lesão corporal dolosa) e, também, com alguns poucos **avanços verdadeiros** (como, p. ex., a descriminalização da posse de drogas para uso pessoal).

Nesta fala, contudo, gostaria de me dedicar a uma outra figura também abundante no Projeto de novo Código Penal: a dos **falsos avanços** (ou dos **retrocessos enrustidos**).

Esses **falsos avanços** estão presentes em vários pontos do Projeto e se caracterizam pela incorporação formal de institutos limitadores do poder punitivo já amplamente aceitos na doutrina e jurisprudência pátrias, mas sempre de forma condicionada, numa espécie de recuo estratégico do punitivismo para preservá-lo naquilo que ainda é possível.

Um exemplo claro desses **falsos avanços** é o **art. 96, § 2º**, do Projeto, que limita o prazo de duração das medidas de segurança ao máximo de pena cominada ao delito em abstrato, desde que este não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa.

Embora o Código atual não defina nenhum prazo máximo de duração para as medidas de segurança, é absolutamente tranquilo na doutrina que nenhuma pessoa (imputável ou não) pode ficar com sua liberdade restringida em caráter indefinido. Quanto a isso, a própria Constituição da República é absolutamente clara ao dispor, no art. 5º, inciso XLVII, que não há no Brasil pena de caráter perpétuo. Assim, não

há dúvidas de que as medidas de segurança (que também são penas em sentido *lato*) não podem ter duração indefinida. O que é, de fato, controvertido na doutrina, hoje, é qual o prazo máximo de duração das medidas de segurança a ser observado, vez que, até agora, nenhum é expressamente previsto no Código. Pois bem. É nesse contexto que o Projeto vem afirmar que os prazos serão os mais alargados possíveis: a) tratando-se de crime sem violência ou grave ameaça, o prazo será o máximo cominado ao crime em abstrato, ainda que, em função das circunstâncias do caso concreto, seja absolutamente seguro que nenhuma pessoa, por mais imputável que fosse, receberia pena acima do mínimo legal; b) tratando-se de crime de maior potencial ofensivo praticado com violência ou grave ameaça a pessoa (perseguição obsessiva ou *stalking*, por exemplo¹), o prazo será o máximo admitido em todo o ordenamento (30 anos), o que é bastante ilustrativo de como o Projeto, muitas vezes, “avança” dando dois passos atrás.

Outro exemplo bastante claro de *falso avanço* constante do Projeto diz respeito à positivação do princípio da insignificância, realizada no art. 28, § 1º, assunto, este sim, já diretamente relacionado com o tema de minha apresentação.

A princípio, poderia parecer aos menos avisados que a inclusão no próprio texto legal dessa hipótese de exclusão da tipicidade (ou da anti-juridicidade), até então trabalhada somente no campo da doutrina e da jurisprudência, seria um verdadeiro avanço em termos de contenção do poder punitivo, uma vez que evitaria a condenação de pessoas pela prática de condutas que não afetam de forma significativa a esfera de existência de ninguém. Nada obstante, o tratamento dispensado pelo Projeto ao princípio da insignificância desvirtuou de tal maneira o instituto, que, da forma como está previsto, ele já não se presta mais à tarefa de excluir da intervenção punitiva estatal condutas que afetem bens jurídicos apenas de forma irrisória, mas sim ao propósito contrário de legitimar meras desobediências ao comando contido no tipo incriminador.

No art. 28, § 1º, diz o Projeto que não há fato criminoso quando **cumulativamente** se verificarem as seguintes condições:

1 Art. 147. **Perseguir alguém**, de forma reiterada ou continuada, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou **perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade**: Pena – prisão, de dois a seis anos. **Parece a própria descrição de como é o maluco (direito penal do autor).**

- a) *mínima ofensividade da conduta do agente;*
- b) *reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento;*
- c) *inexpressividade da lesão jurídica provocada.*

Há, neste dispositivo, uma série de incongruências que gostaria de analisar e que são bastante ilustrativas da falta de rigor técnico, e também lógico, que marca todo o texto do Projeto.

Para melhor visualizar essas incongruências, no entanto, parece útil recorrer a dois outros dispositivos.

O primeiro deles é o art. 14, *caput*, que define fato criminoso como:

O fato criminoso

*Art. 14. A realização do fato criminoso exige **ação ou omissão, dolosa ou culposa, que produza ofensa, potencial ou efetiva, a determinado bem jurídico.***

De cara, há nesse dispositivo uma contradição lógica que não posso deixar de apontar. Diz o art. 14 que não há fato criminoso sem que se “***produza ofensa, potencial ou efetiva, a determinado bem jurídico***”.

Ora, o produto de qualquer coisa só pode ser algo que efetivamente ocorreu, do contrário, não é um produto, mas sim uma mera possibilidade, uma expectativa. Da mesma forma, aquilo que existe apenas como potência não pode ser considerado já como um produto de algo, pois ainda não tem existência real.

Desta forma, ao condicionar a existência do fato criminoso à produção de uma ofensa potencial, o Projeto incorre em uma contradição lógica, pois uma situação como esta é simplesmente impossível. Nada pode já ser e ainda não ser ao mesmo tempo. A menos que se esteja falando de um **tipo penal quântico**.

Bom. Colocando de lado essa impropriedade lógica, quero chamar atenção para duas consequências jurídicas da regra insculpida no art. 14: **primeiro**, que não há crime sem ofensa a bem jurídico, o que poderia sugerir, ao menos aparentemente, um compromisso rigoroso do Projeto com o princípio da lesividade; **segundo**, que o elemento da culpabilidade não compõe o conceito analítico de crime, sendo apenas uma condição para a imposição de pena.

Essa última consequência, aliás, vem confirmada pelo parágrafo único do art. 1º (artigo que trata do princípio da legalidade), em que restou expressamente consignado que “*não há pena sem culpabilidade*”.

Aparte a questão da obscura correlação vislumbrada pelos autores do Anteprojeto entre os princípios da legalidade e da culpabilidade (a qual não foi esclarecida na Exposição de motivos)², o fato é que a introdução dessa novidade no texto nada mais é do que uma tentativa de impor (agora via legislativo) um conceito de crime absolutamente minoritário na doutrina brasileira, segundo o qual o delito seria formado apenas pela conduta típica e ilícita, sendo a culpabilidade mera condição para a aplicação da pena (René Ariel Dotti, Damásio de Jesus etc).

Não vou aqui tratar do acerto, ou não, desse ponto de vista doutrinário. O que me parece relevante destacar é a absoluta incongruência que existe entre estes dois dispositivos – art. 1º, parágrafo único, e art. 14, *caput*, – e aquele que trata do princípio da insignificância.

Ora, de acordo com o art. 14, *caput*, c/c art. 1º, parágrafo único, o crime seria constituído exclusivamente pela conduta (ação ou omissão), dolosa ou culposa, que produza ofensa a determinado bem jurídico. Sem ofensa a bem jurídico, portanto, não há fato criminoso. Por mais reprovável (leia-se culpável) que uma conduta qualquer possa ser, ela não é criminosa se não produz ofensa a bem jurídico, diz o art. 14, *caput*, sendo certo que a culpabilidade serve apenas para estabelecer a medida da pena a ser imposta, e não para fundamentar a incriminação (ou injusto, o que dá no mesmo para o código), arremata o art. 1º, parágrafo único.

Ocorre que, ao tratar do princípio da insignificância, o art. 28, § 1º, incluiu dentre os requisitos cumulativos para a exclusão do fato criminoso o “*reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento*” (alínea b), causando enorme perplexidade para quem vinha tentando acompanhar a lógica utilizada nos artigos precedentes.

É que, depois de afirmar, categoricamente, nos artigos 1º e 14, que não há crime sem ofensa a bem jurídico, o Projeto resolve abrir uma exceção a essa regra, afirmando que, ainda que em determinado caso concreto

² Uma explicação possível para essa curiosa combinação dos princípios da legalidade e da culpabilidade num mesmo dispositivo legal talvez esteja na necessidade, que se auto-impôs a Comissão, de encerrar a Parte Geral do Código em 120 artigos, de modo a possibilitar que a Parte Especial fosse iniciada com a tipificação do delito de homicídio no mesmo art. 121, cujo indicativo numérico já teria ingressado, segundo a apresentação do Relator Geral, “*no patrimônio imaterial*” dos aplicadores e estudiosos do *Direito Penal*”, ao lado dos arts. 155 (furto), 157 (roubo) e 171 (estelionato).

a ofensa seja irrisória, insignificante, desprezível, haverá crime desde que o comportamento do sujeito seja em alguma medida reprovável. Assim, por exemplo, seria criminosa a conduta daquele que, aproveitando-se da condição de cego da vítima, subtrai-lhe a caneta BIC que esta traz no bolso.

O problema é que, se o que confere a qualidade de crime a determinadas condutas é o fato dela ser ofensiva a bens jurídicos (art. 14, *caput*), então de onde, afinal, decorre a natureza criminosa da conduta daquele que furta uma simples caneta BIC?

A resposta a essa indagação é dada pelo Projeto nas entrelinhas, mas isso não a torna menos preocupante: o caráter criminoso da conduta surge da pura e simples violação ao comando legal; da audácia do sujeito de desobedecer, de forma reprovável, a ordem impositiva contida no tipo penal.

Com isso, já é possível antever em que medida a inserção do princípio da lesividade no *caput* do art. 14 pode também ser considerada um *falso avanço*, pois não passa de uma frase de efeito, sem efeito vinculante sequer para os demais dispositivos do próprio Projeto.

A análise das duas outras alíneas do art. 28, § 1º, aliás, confirma esta tese de que o princípio da lesividade, estampado no *caput* do art. 14, não passa de um *falso avanço*.

As duas outras condições para a exclusão do fato criminoso com base no princípio da insignificância são: *a) a mínima ofensividade da conduta*; e *c) a inexpressividade da lesão jurídica provocada*.

A **ofensa** a bem jurídico (alínea a) e a **lesão** jurídica provocada por uma conduta (alínea c) são expressões tidas por sinônimas na doutrina.

Aparentemente, o que quis o Projeto distinguir entre as alíneas “a” e “c” do art. 28, §1º, foi a **potencial afetação do bem jurídico**, como característica da conduta típica, de um lado, e a **efetiva afetação do bem jurídico**, como resultado causal da prática da conduta potencialmente lesiva, de outro. Desta forma, para que se possa afastar a tipicidade (ou a ilicitude, não se sabe ao certo) de uma conduta com base no princípio da insignificância é preciso que ela, além de apresentar reduzidíssima reprovabilidade: (i) apresente uma potencialidade lesiva mínima; e (ii) não chegue a afetar o bem jurídico, concretamente, de forma expressiva.

Essa distinção entre potencialidade lesiva, como parte integrante do desvalor da ação, e lesividade efetiva (dano ou perigo concreto de dano),

como parte do desvalor do resultado, foi difundida nas últimas duas décadas juntamente com uma específica teoria da imputação objetiva – a do funcionalismo teleológico de Roxin – que é também explicitamente acolhida no Projeto (art. 14, parágrafo único).

Segundo essa concepção (que é muito mais antiga do que funcionalismo em si, remontando à obra de Wilhelm Gallas e, em última análise, a do próprio Karl Binding), a periculosidade seria como um atributo objetivo do desvalor da ação, aferível segundo o critério da *prognose póstuma*, ou seja, *ex ante factum*, de modo a evidenciar que não basta para configuração do desvalor da ação a simples exteriorização da vontade contrária à norma incriminadora; além disso, é preciso que a conduta voluntariamente exteriorizada seja objetivamente capaz de lesionar bens jurídicos, ainda que, na prática, o tipo legal dispense a ocorrência desse resultado danoso ou concretamente perigoso para o aperfeiçoamento do delito.

Esse critério da periculosidade *ex ante* da conduta vem tendo aceitação crescente nas doutrinas alemã e espanhola, ao argumento de que com ele seria possível conciliar a existência de incriminações baseadas no puro desvalor da ação, sem que se tenha que romper de forma absoluta com o princípio da lesividade.

O argumento é mais ou menos o seguinte: há de fato incriminações que não exigem a ocorrência de qualquer resultado lesivo ou concretamente perigoso para o bem jurídico (como seria o caso dos crimes de perigo abstrato, p. ex.). Isso, no entanto, não quer necessariamente dizer que tais incriminações sejam expressão do puro arbítrio estatal, na forma de meras violações do comando legal, meras desobediências. Na verdade, dirão os adeptos dessa corrente, na medida em que a conduta proibida seja idônea para lesionar bens jurídicos, isso já é o suficiente para satisfazer o princípio da lesividade. Afinal, se o direito penal tem por missão proteger bens jurídicos de eventuais lesões, não há por que aguardar que esse resultado indesejado chegue efetivamente a ocorrer para que se autorize a intervenção punitiva estatal. Melhor, e muito mais lógico, é agir preventivamente, à vista de meras ações potencialmente lesivas.

Ao que tudo indica, foi esse o entendimento que o Projeto quis acolher ao dispor no art. 14, *caput*, que não há fato criminoso sem, ao menos, ofensa potencial a bem jurídico determinado.

Ocorre que, ao tratar da tentativa, o Projeto vem com mais uma novidade.

A definição de tentativa continua a mesma, seguindo a tradição objetivista, que remonta ao Código Imperial de 1830, de acordo com a qual não há tentativa sem início da execução. A novidade trazida pelo Projeto está na positivação do que se deve entender por “*início da execução*”. Diz o art. 24:

Início da execução

*Art. 24. Há o início da execução quando o autor realiza uma das condutas constitutivas do tipo ou, segundo seu plano delitivo, pratica atos imediatamente anteriores à realização do tipo, **que exponham a perigo o bem jurídico protegido**.*

Nesse dispositivo, como se vê, o Projeto volta a tratar da ofensa ao bem jurídico, afirmando que, só haverá início da execução e, logo, tentativa punível quando a conduta expuser a perigo o bem jurídico protegido.

O Projeto, no entanto, não explica qual tipo de perigo ao bem jurídico seria exigido para a caracterização da tentativa. É preciso que seja um perigo concreto (ou, como diz o Projeto, *efetivo*), quer dizer, próximo à lesão de bem jurídico determinado, ou basta ser um perigo potencial, avaliado *ex ante factum*, com base na pura potencialidade lesiva da conduta, independente de qualquer avaliação sobre a efetiva interferência na esfera de proteção de algum bem jurídico específico? Em outras palavras, é preciso haver resultado de perigo ou basta haver periculosidade da conduta?

Uma interpretação sistemática dos arts. 14 e 24 do Projeto poderia sugerir, à primeira vista, que bastaria a periculosidade da conduta para que se considerasse iniciada a execução do delito. Se a mera ofensa potencial satisfaz o princípio da lesividade para fins de consumação, não há qualquer razão para que não o satisfaça também nas hipóteses de crime meramente tentado. Afinal, pune-se o crime consumado de forma mais grave do que o crime tentado exatamente porque naquele a ofensa ao bem jurídico ocorre de forma plena, enquanto neste de forma apenas parcial. E, se isso é assim, seria ilógico exigir do delito tentado um grau de ofensa ao bem jurídico maior (perigo concreto) do que aquele exigido para a própria figura consumada (perigo potencial).

Ocorre que esse tipo de interpretação conduz a resultados práticos insustentáveis, na medida em que permite o enquadramento de praticamente toda e qualquer conduta humana como uma tentativa punível de delito.

É que, de um lado, já não se exige que a conduta realizada se enquadre, sequer de forma parcial, na figura típica, bastando que seja imediatamente anterior à realização do tipo, segundo o plano delitivo do autor. De outro lado, tampouco se exige que o bem jurídico tenha sequer sido exposto a uma situação de perigo efetivo, mas apenas que a criação dessa situação de perigo seja uma consequência possível da conduta realizada.

Com isso, chega-se ao extremo de punir como crime, ainda que na forma tentada, condutas a um só tempo atípicas e inofensivas, ao argumento de que elas, no futuro, podem, segundo o plano do autor, vir a se tornar típicas e, quem sabe, até efetivamente perigosas.

A prevalecer um entendimento como este, estaríamos introduzindo em nosso ordenamento jurídico figura equivalente a de um *“delito de perigo abstrato quase típico”*, ou seja, hipótese em que o legislador fundamenta a incriminação na mera possibilidade estatística de ofensa ao bem jurídico, sem ao menos exigir enquadramento formal da conduta realizada em algum dos tipos de perigo abstrato em vigor. Basta que, segundo o plano do autor, a conduta abstratamente perigosa seja imediatamente anterior à realização do tipo, ou seja, *quase típica*.

Prefiro acreditar que o Projeto não quis chegar tão longe e que o perigo exigido pelo art. 24 ao bem jurídico seja um perigo concreto de lesão; quer dizer, um resultado de perigo, tal como, aliás, sempre foi de nossa tradição jurídica, desde Hungria até Miguel Reale Jr, dentre outros.

Mas, se for assim, aí é que a coisa fica definitivamente confusa. Senão vejamos:

- Nos crimes consumados: o Projeto se contenta com a mera potencialidade lesiva para a caracterização do injusto, conforme expressamente previsto art. 14;
- Nos crimes tentados: o Projeto exige a efetiva colocação do bem jurídico em uma situação de perigo concreto, conforme interpretação menos pior do art. 24;
- Nas hipóteses insignificantes, tentadas ou consumadas: o Projeto simplesmente prescinde de qualquer ofensa, potencial ou efetiva, mantendo o caráter criminoso da conduta com base na simples reprovabilidade da conduta.

Toda essa confusão, é bom que se diga, não foi criada nem inventada pelos autores do Projeto.

Esse confronto entre um direito penal voltado para aquilo que já ocorreu (a ofensa) e um direito penal voltado para aquilo que se teme possa vir a ocorrer (o medo da ofensa) é uma característica do direito penal contemporâneo, que, não à toa, atravessa uma fase de profunda crise em seus conceitos.

A doutrina atual, de forma bastante simplificada, pode ser dividida em dois grandes grupos, diante da situação de crise ora vivenciada: de um lado, há os que acreditam que, por vivermos, de fato, numa sociedade baseada na produção e distribuição de riscos, o direito penal não pode assumir outra função que não a de instrumento último de controle desses mesmos riscos, de modo a preservar uma esfera de convivência segura, na qual as pessoas possam viver sem serem esmagadas pelo medo de se tornarem, a qualquer momento, vítimas da concretização de algum dos muitos riscos existentes; de outro lado, há os que acreditam que ao direito penal não cabe esse papel de gerenciamento de riscos (e medos), simplesmente por que ele não tem capacidade operativa para tanto. Os muitos riscos criados pela sociedade capitalista tardia (ou pós-industrial), se é que de fato existem, decorrem de sua própria forma organizativa, não podendo o direito penal intervir para alterar essa realidade, senão ao preço de reafirmá-la. Assim, para evitar a criação de riscos ainda maiores para o Estado de direito, defendem os adeptos dessa segunda corrente que o direito penal se mantenha fiel aos princípios liberais que, desde o iluminismo, servem de mecanismo de controle da intervenção punitiva estatal, dentre os quais destaca-se o princípio da lesividade.

As duas correntes partem de pontos de vista político-criminais diametralmente opostos, mas concordam em um ponto: o direito penal, de fato, passa por uma situação de crise.

Para os defensores do direito penal do risco, a crise se deve à persistência de alguns princípios liberais nos ordenamentos jurídicos que impedem que o direito penal assuma uma forma prevencionista ótima, em que todos os seus institutos estejam funcionalmente dirigidos ao objetivo de prevenir a ocorrência de riscos. Para os críticos do direito penal do risco, por outro lado, a crise se deve ao esfacelamento dos princípios liberais, em razão da repetida edição de tipos penais sem qualquer referência a lesões ou perigos de fato ocorridos, mas apenas a condutas que, seja por

presunção legal, seja por avaliações estatísticas, são, no máximo, idôneas para lesionar bens jurídicos, mas que, em nenhuma medida, chegaram a atingi-lo ainda, nem mesmo de forma perigosa.

Pois bem. A ideia de lesividade como mera periculosidade, que o Projeto tentou mas não conseguiu adotar de forma rigorosa, nada mais é do que um esforço no sentido de superar esse impasse. De um lado, quer-se aderir a um direito penal moderno, ajustando seus conceitos ao enfoque prospectivo de prevenção de riscos. De outro lado, não se quer admitir que, assim agindo, se está efetivamente abrindo mão de princípios imprescindíveis à tarefa crítica de limitação do poder punitivo estatal.

O problema é que essa conciliação entre o princípio da lesividade, de um lado, e as pretensões de proteção antecipada de bens jurídicos, de outro, é simplesmente impossível de ser realizada na prática, a menos que se queira chamar de lesividade aquilo que, definitivamente, não representa ainda (e sequer se sabe se um dia representará) qualquer tipo de ofensa para o bem jurídico.

Essa descaracterização do princípio da lesividade acaba repercutindo em toda a estrutura do delito, a começar pela própria definição de bem jurídico.

Um passeio pela Parte Especial do Projeto demonstra bem os efeitos que essa transformação do princípio da lesividade provoca sobre a ideia de bem jurídico.

A partir do momento em que já não se exige a afetação danosa ou perigosa do bem jurídico para a caracterização do injusto, torna-se praticamente irresistível a edição de tipos penais vinculados a bens jurídicos cuja afetação concreta não é sequer imaginável no mundo real. É que, à medida em que a afetação concreta do bem jurídico é desde logo dispensada pelo próprio tipo legal, não há mais razão para se preocupar se ele pode, ou não, vir a ser lesado no futuro. Pertencendo a potencialidade lesiva ao campo das conjecturas, das meras possibilidades, sua vinculação com os efeitos causais da conduta acaba, cedo ou tarde, revelando-se dispensável³.

O crime de direção de veículo sem permissão ou habilitação, previsto no art. 204 do Projeto, é um bom exemplo disso que eu estou falando.

³ A substituição do nexa causal por critérios normativos de imputação objetiva é outra consequência desse processo de relativização do princípio da lesividade.

Nele, está tipificada a conduta daquele que dirige veículo automotor, sem habilitação para tanto, “*expondo a dano potencial a segurança viária*”.

Ora, se a conduta expõe a dano potencial é porque deve ser ao menos possível que, em algum caso concreto, ela chegue a concretizar o dano cuja ocorrência se está querendo prevenir. Ocorre que causar lesão efetiva à segurança viária é algo que ninguém, em sã consciência, conseguiria sequer imaginar o que seja. Se a ação de conduzir um veículo automotor sem habilitação apenas expõe a dano potencial a segurança viária, o que é preciso ocorrer para que esse dano passe da forma de uma simples potência para a forma de uma efetiva lesão? Uma derrapagem? Um acidente? A morte de um? O ferimento de muitos?

A segurança viária, como conceito estritamente ideal que é, não pode ser objeto de lesão por parte de condutas individuais. E, se ela não é passível de lesão, não há que se falar em potencialidade lesiva da conduta em relação a tal bem jurídico, uma vez que a possibilidade de lesão simplesmente inexistente na prática. Trata-se, na verdade, de um artifício construído pela doutrina (e, agora, acolhido pelo legislador) apenas com o propósito de justificar a incriminação de condutas que não afetam, de forma alguma (sequer potencialmente), bens jurídicos efetivamente existentes na sociedade. Trata-se, no dizer da doutrina alemã mais recente, de um falso bem jurídico coletivo.

Como se vê, sem que se saiba exatamente o que significa bem jurídico, de nada adianta afirmar que não há crime sem ofensa a determinado bem jurídico, pois é sempre possível inventar novos bens jurídicos para legitimar incriminações que não afetam, de forma alguma, pessoas de carne e osso.

Mas o problema não se esgota na definição de bem jurídico. O próprio princípio da culpabilidade acaba sendo afetado por essa proposta de substituição do princípio da lesividade por uma avaliação *ex ante* acerca da potencialidade lesiva da conduta.

É que meras potencialidades não são passíveis de medição precisa, de modo a permitir uma avaliação sobre a quantidade de pena correspondente ao mal praticado.

Ora, se tudo o que compõe o injusto é uma mera expectativa de ofensa, a pena proporcional a essa conduta deveria também se limitar a uma mera expectativa de pena: uma pena em potencial.

Mas não é isso o que ocorre na prática. Diante da predisposição de cortar o mal pela raiz, de prevenir as lesões enquanto elas não passam de meros cálculos estatísticos acerca de perigos futuros, o que o legislador faz – e o Projeto segue claramente essa tendência – é punir já de forma exemplar aquilo que nenhum mal representa ainda para quem quer que seja. Muitas vezes, condutas que importam em perigo potencial a bens jurídicos são punidas de forma mais grave do que aquelas que colocam em perigo concreto ou que efetivamente lesionam esses mesmos bens, deixando claro que a imposição de pena não tem mais qualquer vinculação com a medida da culpabilidade do agente, mas apenas com o propósito preventivista de controle incondicional de riscos, custe o que custar.

Para ficar num único exemplo, basta mencionar que o arremesso de objeto contra veículo de transporte individual em movimento é punido com pena de 2 a 5 anos (art. 200, § 1º), ainda que o objeto arremessado sequer passe perto do veículo em movimento. Agora, se o objeto atingir o para-brisa e colocar em perigo concreto a vida, a integridade física ou a saúde dos passageiros, aí a hipótese passar a ser de crime de periclitación da vida e da saúde (art. 130), punido com pena de 6 meses a 2 anos de prisão.

Ainda que este último dispositivo seja textualmente subsidiário (“*se o fato não constitui crime mais grave*”), é curioso notar que, para o Projeto, mais grave não é o crime que atinge o bem jurídico de forma mais próxima à lesão, mas o que é punido com maior pena, o que apenas confirma que já não há mais qualquer relação lógica entre o mal causado pela conduta do agente e a medida da pena que lhe é imposta. A gravidade de uma conduta não é mais definida pelo mal que ela representa para terceiros, mas sim pelo tanto de pena arbitrariamente atribuído pelo Estado.

É claro que alguém pode argumentar que a potência contida na conduta de arremessar objeto contra veículo em movimento abrange resultados possíveis mais graves do que a simples ocorrência de perigo concreto. Isso, no entanto, serve apenas para demonstrar que, na ideia de potência, cabe o mundo, cabem todos os nossos medos e anseios, que são infinitos. Mas cabe também o que é desprezível, insignificante. Cabe o perigo concreto e também o que sequer perigo concreto é ainda. E é exatamente por isso que o conceito de periculosidade, de mera potencialidade lesiva, não pode servir de critério suficiente para a imposição de

pena, pois, com base nela, a punição será sempre desmedida, antecipada, irracional.

Para finalizar, porque o tempo nos obriga, gostaria de dizer que toda essa discussão acerca do conteúdo mínimo do injusto penal é ainda uma questão em aberto na doutrina nacional e estrangeira, não havendo qualquer indício de solução a curto prazo.

É exatamente por isso, aliás, que a positivação desses novos conceitos no Código Penal não parece ser uma medida desejável, máxime se realizada da forma como foi feita pela Comissão, sem qualquer tipo de reflexão prévia, a toque de caixa, em clara contradição com princípios liberais já arraigados em nossa tradição jurídico-penal. ❖