

às autoridades com o fim de auxiliar na responsabilização dos agentes ativos dos novos delitos.

Há muitas outras questões relevantes relacionadas ao tema, como a pena a ser aplicada, a interceptação de dados para investigar os delitos informáticos, a ação controlada na investigação, a cooperação particular de *hackers*, a regulamentação prévia de utilização de *lan houses* para fins de investigação, o tratamento internacional do tema, com a necessária cooperação entre os Estados etc.

A busca pela paz no ambiente virtual é positiva. Só não pode se deixar seduzir pelo simbolismo negativo e pelo discurso vazio e pouco efetivo da chamada *lei e ordem*. Se a responsabilidade criminal no âmbito virtual é complexa, mais inteligente será se utilizarmos mecanismos preventivos, no âmbito administrativo, com fiscalização séria e resultados concretos.

NOTAS

- (1) Há ampla discussão doutrinária a respeito do bem jurídico dos delitos informáticos. Sobre a identificação de qual bem é tutelado nos delitos envolvendo dados informáticos, cf. **LOPES DA SILVA, Rita de Cássia**. *A informação como bem jurídico-penal e o sistema informático*. Revista Ciências Penais n. 7,

p. 242; **VIANNA, Túlio Lima**. *Do delito de dano e de sua aplicação ao direito penal informático*. Revista dos Tribunais n. 807, p. 486.

- (2) Sobre os tais códigos maliciosos (vírus), antivírus e a legítima defesa, cf. importante trabalho do Prof. **Spencer Toth Sydow**, *A pertinência do instituto da legítima defesa frente ao recurso informático do antivírus*, Revista dos Tribunais n. 896, p. 463.
- (3) "Art. 16. Para os efeitos penais considera-se, dentre outros: I – dispositivo de comunicação: qualquer meio capaz de processar, armazenar, capturar ou transmitir dados utilizando-se de tecnologias magnéticas, óticas ou qualquer outra tecnologia; II – sistema informatizado: qualquer sistema capaz de processar, capturar, armazenar ou transmitir dados eletrônica ou digitalmente ou de forma equivalente; III – rede de computadores: o conjunto de computadores, dispositivos de comunicação e sistemas informatizados, que obedecem a um conjunto de regras, parâmetros, códigos, formatos e outras informações agrupadas em protocolos, em nível topológico local, regional, nacional ou mundial através dos quais é possível trocar dados e informações; IV – código malicioso: o conjunto de instruções e tabelas de informações ou qualquer outro sistema desenvolvido para executar ações danosas ou obter dados ou informações de forma indevida; V – dados informáticos: qualquer representação de fatos, de informações ou de conceitos sob forma suscetível de processamento numa rede de computadores ou dispositivo de comunicação ou sistema informatizado; VI – dados de tráfego: todos os dados informáticos relacionados com sua comunicação efetuada por meio de uma rede de computadores, sistema informatizado

ou dispositivo de comunicação, gerados por eles como elemento de uma cadeia de comunicação, indicando origem da comunicação, o destino, o trajeto, a hora, a data, o tamanho, a duração ou o tipo do serviço subjacente."

- (4) "Art. 20. O responsável pelo provimento de acesso a rede de computadores mundial, comercial ou do setor público é obrigado a: I – manter em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de três anos, com o objetivo de provimento de investigação pública formalizada, os dados de endereçamento eletrônico da origem, destino, hora, data e a referência GMT da conexão efetuada por meio de rede de computadores e fornecê-los exclusivamente à autoridade policial e ao Ministério Público, mediante requisição; II – preservar imediatamente, após requisição, outras informações requisitadas em curso de investigação, respondendo civil e penalmente pela sua absoluta confidencialidade e inviolabilidade; III – levar ao conhecimento, de maneira sigilosa, da autoridade policial ou judicial, informação em seu poder ou que tenha ciência e que contenha indícios da prática de crime sujeito a acionamento penal, cuja prática haja ocorrido no âmbito da rede de computadores sob sua responsabilidade, ressalvada a responsabilização administrativa, civil."

Ivan Luís Marques

Mestre em Direito Penal pela USP

Professor de Ciências Criminais e Direito Constitucional.

Advogado e parecerista.

Coordenador Editorial da Thomson Reuters.

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE OS CRIMES DE PERIGO CONCRETO

Fabio Roberto D'Avila e Stephan Doering Darcie

No direito penal brasileiro, os crimes de perigo concreto têm sido tradicionalmente definidos como uma categoria típica que se particulariza por exigir a comprovação de que o bem jurídico tutelado tenha estado efetivamente em perigo. Opõem-se, assim, aos denominados crimes de perigo abstrato, nos quais o perigo, na posição de mero elemento de motivação da lei, é presumido pelo legislador. Para essa compreensão, tais traços distintivos decorrem do fato de que, enquanto nos crimes de perigo concreto o perigo constitui elemento típico, nos crimes de perigo abstrato ele traduz apenas um atributo genérico da conduta, motivo pelo qual a sua efetiva verificação no caso concreto se afigura prescindível aos fins a que se presta a norma, manifestamente o de coibir a prática da própria conduta (normalmente perigosa).

Referida distinção, por óbvio, acaba por admitir um contexto jurídico no qual o princípio da ofensividade resulta mitigado em importância e aplicabilidade. Têm lugar, a partir disso, as já conhecidas decisões em que se reconhece a tipicidade de condutas como a de portar arma de fogo sem munição ao alcance ou a de mera desobediência a determinações administrativas em âmbito econômico e ambiental, nas quais não há, nem de perto e nem de longe, qualquer

possibilidade de dano aos respectivos bens jurídicos tutelados.

Todavia, como já se sabe e como há muito se vem defendendo,⁽¹⁾ o erigir do princípio da ofensividade como barreira infranqueável à intervenção penal não permite tal leitura. Para se adequar à exigência de ofensividade, a compreensão dos crimes de perigo abstrato deve desvencilhar-se da noção de perigo presumido, estabelecendo o perigo como noção normativa condicionada à constatação de, ao menos, uma possibilidade não insignificante de dano a um bem jurídico-penal e, como tal, revestida de um autônomo desvalor de resultado. Apenas assim é que podemos falar em perigo e, pois, em ofensividade, uma vez que, como há muito observou **Binding**, presunção de perigo não é perigo e tampouco poderá ambicionar sê-lo.⁽²⁾ Para tal incompatibilidade, contudo, a doutrina jurídico-penal parece já haver atentado, e, conquanto não se possa ainda falar em consenso quanto à sua resolução, fato é que ao menos o problema parece já

percebido.

Nesse cenário, entretanto, um outro problema de igual importância passa desapercibido: a insuficiente conceituação dos crimes de perigo concreto.

Torna-se necessário buscar no próprio conteúdo material dos crimes de perigo concreto o seu traço definidor. O que, por sua vez, nos reconduz diretamente à Binding, para quem o perigo é sempre um "abalo da certeza de ser"...

Como já observado, segundo a sua corriqueira definição, os crimes de perigo concreto particularizam-se por exigir a comprovação *in concreto* de que o bem jurídico tutelado tenha estado em perigo, o que decorre da específica menção ao termo "perigo" no *Tatbestand*. Sabe-se, no entanto, que a necessidade de verificação do perigo traduz uma exigência ínsita a todos os crimes de perigo, razão pela qual se faz presente também nos crimes de perigo abstrato. Daí a absoluta insuficiência de um critério meramente formal para a delimitação entre crimes

de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. Uma adequada leitura dos crimes de perigo concreto não deve, pois, limitar-se a constatar a referência típica ao perigo, mas sim atentar para o significado material da expressa referência ao perigo no âmbito da descrição típica.

Torna-se necessário buscar no próprio conteúdo material dos crimes de perigo concreto o seu traço definidor. O que, por sua vez, nos reconduz diretamente à **Binding**, para quem o perigo é sempre um “*abalo da certeza de ser*” (*Gefährdung ist immer Erschütterung der Daseinsgewissheit*),⁽³⁾ isto é, o pôr em perigo, revestido de significação jurídico-penal, coincidirá com a constatação de um intenso abalo à tranquilidade existencial de um concreto e definido bem jurídico, impondo uma efetiva “*crise*” na sua continuidade existencial (*Krise des Rechtsgutes*).⁽⁴⁾

Esse nível de exposição do bem jurídico pressupõe, por razões de natureza lógica, a concreta presença do objeto de tutela no raio de ação do perigo.⁽⁵⁾ Ou seja, nos crimes de perigo concreto – e aqui podemos já visualizar um critério material de delimitação –, a atuação do bem jurídico frente à situação de perigo é pautada por um caráter de imediação, o qual pode ser desdobrado em dois aspectos: a *presença de um concreto bem jurídico no raio de ação do perigo* e a *intensa perturbação de sua continuidade existencial*.

Tais critérios refratam-se na própria relação de probabilidade que dá origem à ideia de perigo, determinando a sua intensificação. É dizer, se a própria noção penal de perigo se erige a partir de uma relação de probabilidade entre a conduta e um acontecer danoso, encontrando no critério da *possibilidade* o seu limite, no caso dos crimes de perigo concreto se trabalhará necessariamente com a exigência de uma *elevada probabilidade* a aproximar a conduta do dano ao bem jurídico.

Portanto, a verificação da ofensa demandará: em *um primeiro momento*, a emissão de um juízo *ex ante* de base total, no qual uma *elevada probabilidade de dano* deverá ser constatada a partir de uma prognose póstuma (i.e., mediante uma transposição do indivíduo judicante ao momento da conduta); e, em *um segundo momento*, a emissão de

um juízo *ex post* de base total (i.e., por meio do efetivo conhecimento do desdobramento causal da conduta *ex ante* tida como perigosa), no qual deverá ser constatada a permanência da elevada probabilidade de dano e a *entrada ou manutenção do bem jurídico no raio de ação do perigo*. Entendendo-se por base total o conjunto de todos os elementos relevantes ao desdobramento causal, sejam eles conhecidos ou não no momento da realização da conduta.

Valemo-nos, aqui, para fins de ilustração, do exemplo do condutor que, sem qualquer visibilidade, realiza ultrapassagem próximo de uma curva. Imaginemos três possíveis desdobramentos: i) o condutor que realiza a ultrapassagem encontra um automóvel vindo em sentido contrário, e com ele colide, provocando a morte do outro condutor; ii) o condutor que realiza a ultrapassagem encontra um automóvel vindo em sentido oposto, não colidindo apenas pela arriscada manobra realizada pelo outro condutor, que o faz sair da estrada; e iii) o condutor não encontra qualquer automóvel na pista contrária, concluindo exitosamente a ultrapassagem. Conquanto as três situações sejam rigorosamente idênticas em uma perspectiva *ex ante*, o substrato material do crime de perigo concreto se faz presente apenas na segunda hipótese, uma vez que um bem jurídico esteve efetivamente no raio de ação do perigo – sem redundar em um resultado danoso –, conclusão a que se pôde chegar somente a partir do total domínio cognitivo do desdobramento causal da conduta realizada (juízo *ex post*).

É essa, em linhas gerais, a estrutura própria dos crimes de perigo concreto, cuja visualização, ainda que *en passant*, permite já compreender o porquê da sua pouca valia prático-objetiva em âmbitos emergentes do direito penal secundário (*Nebenstrafrecht*), como, *u.g.*, o direito penal ambiental, no qual permeia um hiato demasiadamente

amplo entre a conduta e o potencial resultado dela decorrente. Daí porque a prevalência do recurso à técnica dos crimes de perigo abstrato, cuja estrutura, diferentemente dos crimes de perigo concreto, dispensa a realização de um juízo *ex post*.

Fica claro, assim, que ainda que o princípio da ofensividade exija uma releitura dos crimes de perigo a partir da exigência de efetivo perigo ao bem jurídico, isso não significa que as diferentes técnicas de tutela não possuam particularidades que devam ser consideradas à luz das vicissitudes do objeto a ser tutelado. Não se admite, por óbvio, crimes de perigo desprovidos de perigo. Mas há, certamente, diferentes formas de apreciar e verificar a existência do perigo penalmente relevante. E isso deve ser considerado a partir da específica técnica de tutela empregada.

NOTAS

- (1) Ver, nesse sentido, **D’AVILA, Fabio Roberto**. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 159 e ss.
- (2) **BINDING, Karl**. *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Deliktes*, vol. 1, *Normen und Strafgesetze*. 3. ed. Leipzig: Felix Meiner, 1916, p. 386.
- (3) **BINDING, Karl**. Op. cit., p. 372.
- (4) **DEMUTH, Henrich**. *Der normative Gefahrbegriff. Ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte*. Bochum: Brockmeyer, 1980, p. 201 e ss.
- (5) Ver **DEMUTH, Henrich**. Op. cit., p. 33 e ss.

Fabio Roberto D’Avila

Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC/RS.
Doutor em Ciências Jurídico-criminais pela Universidade de Coimbra.
Pós-Doutor em Ciências Criminais pela Universidade de Frankfurt am Main.
Advogado criminal.

Stephan Doering Darcie

Mestrando em Ciências Criminais pela PUC/RS.
Advogado criminal.

O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE HOJE: DOM DE ILUDIR?

Luis Fernando Niño

Hei de tentar unir, aqui, meu absoluto respeito pelas instituições de um País irmão, tão querido por mim, com a total sinceridade que o leitor merece. Entendo que a situação no Brasil não tem progredido suficientemente – longe disso – nos vinte anos de vigência do Estatuto. E, também, que são múltiplos os elementos que conspiram contra a concretização dos avanços neste setor da administração de justiça, ao extremo de plasmar, embora de modo oblíquo ou indireto, um verdadeiro sistema de responsabilidade penal para muitíssimas crianças acima de 12 anos.

Para começar, pouco ou nada muda quando chamamos “*ato infracional*” ao injusto penal, ou quando houve de falar-se de “*abrigo em entidade*” (ECA, art. 101, texto original), ou, até hoje, de “*acolhimento institucional*”, (ECA (art. 101, modificado pela Lei 12010/09), ou de “*internação em estabelecimento*” (idem, art. 112), em lugar de “*privação de liberdade*”. Em primeiro lugar, se levamos a sério o art. 11, inciso b, das Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade (Resolução 45/113 da Assembleia da ONU), a situação

não se difere em alto grau da prisão padecida por um sujeito adulto. E essa privação de liberdade é adotada a partir da pretendida capacidade do “*adolescente*” de 12 a 18 anos, muito além da proclamação legal de sua inimputabilidade, tal como acontece com o art. 104 do Estatuto brasileiro.

Em segundo termo, conforme os testemunhos ouvidos em Porto Alegre no ano passado, por ocasião do Oitavo Congresso dos Defensores Públicos do Brasil, os juízes exercentes dos cargos em varas de infância e da juventude não somente carecem, em regra,