

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,

de formação especializada, como também agem como se o ECA não existisse, mantendo o velho paradigma do menor sujeito à proteção e ao controle.

Em terceiro lugar, não se deu uma correta implementação de recursos humanos, técnicos e materiais necessários para possibilitar um tratamento verdadeiramente diferenciado a esse peculiar universo.

O que é que sucede na realidade quando se aceita o jogo de ideias “infração/punição”, isto é, que valem aqui as categorias segundo as quais ato infracional mais capacidade equivale à privação de bens jurídicos, inclusive – e muito especialmente – a liberdade ambulatoria, e tal equação fica em mãos de magistrados que conservam a velha ideologia paternalista?

A privação de liberdade é, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), uma medida breve e excepcional, que só deve ser aplicada no caso de grave ameaça ou violência, além de reincidências contínuas. Porém, os indicadores do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) mostram que somente 20% das infrações cometidas por adolescentes referem-se a homicídios ou latrocínios (roubos seguidos de morte), levando em conta as 27 unidades da Federação.

O ECA prevê, no caso de infrações mais leves, que deverão ser aplicadas outras medidas, como advertência, obrigação de reparar o dano e prestação de serviços à comunidade. Mas operadores do sistema, como a defensora pública **Daniela Cavalcante Martins**, responsável pelo acompanhamento da execução das medidas socioeducativas na Vara da Infância e da Juventude do DF, desvendam a verdade, revelando que existe muito menino internado por fatos muito mais leves, como furtos e ameaças, e destacam a causa: “*Não há investimento para acompanhar o meio aberto*”.

Ariel de Castro, membro da Comissão da Criança e do Adolescente da Ordem dos Advogados do Brasil e presidente da Fundação Criança de São Bernardo do Campo (SP), dá outro exemplo, a partir da própria Fundação: “*Apesar da internação ser uma medida de brevidade e excepcionalidade, ainda existe falta de vagas na semiliberdade. Um grande percentual de internos poderia estar nesse sistema ou em liberdade assistida*”, analisa, mas, devido ao fato de que a maioria dos programas de aplicação das medidas alternativas à privação total de liberdade não recebe acompanhamento, não são tais programas considerados confiáveis pelos juízes e promotores.

Já em 2006, um estudo feito pelo Ministério da Justiça mostrou que, em todo o País, havia 2.876 técnicos para acompanhar o cumprimento das medidas, número que corresponde a 0,19% dos adolescentes

atendidos. Desse jeito, sem a retaguarda profissional exigível e sem nenhuma mudança em suas condições de vida, o adolescente vai continuar a infringir a lei, o que vai determinar a sua contínua privação de liberdade em razão das também sucessivas reincidências. Assim, o limite dos três anos de internação, previsto no art. 121, § 3º, do Estatuto, para a internação desses adolescentes transforma-se numa ficção.

Opiniões, como a de **Marlúcia Novaes**, presidente da Associação “Amar” (“Mães e Amigos da Criança e do Adolescente em Risco”), no DF, parecem refletir sem distorção uma dura realidade: “*O ECA é apenas um pedaço de papel para os meninos e meninas privados de liberdade*”. “*A realidade é muito doída. Eles são maltratados, têm péssima alimentação e chegam a ser espancados pelos agentes. Sem falar nas drogas, que circulam facilmente nesses locais*”, denuncia **Marlúcia**.

Falar em termos de responsabilidade, ou capacidade juvenil, ou eufemismos similares, declarando, ao mesmo tempo, a inimizabilidade de crianças e adolescentes, é impróprio, se o passo seguinte será o de dispensar a essas crianças um tratamento institucional tão – ou ainda mais – disfuncional que aquele reservado aos infratores adultos.

Paralelamente, a meu ver, não cabe falar de fracasso do Estatuto brasileiro, senão de entender que ele faz parte de uma situação estrutural e, no fundo, de uma estratégia de dominação.

É a estrutura socioeconômica e tecnoburocrática que produz o fracasso das funções assistenciais do Estado, o fracasso do sistema escolar, o fracasso do sistema de inserção no sistema produtivo e, por fim, condena ao fracasso toda intenção de readaptação de quem nunca teve sequer oportunidade de se adaptar.

Essa estrutura cumpre seu papel de manutenção de um modelo de sociedade. Todos esses fracassos são, no fundo, notas características de um modelo social vigente.

O incorreto, de nossa parte, é isolar os comportamentos infracionais, que são consequência desse estado das coisas, e punir, gravemente, seus autores, desinformados não somente da iniquidade do sistema social geral, senão também da problemática própria dessa fase existencial, agigantada pelas carências e pela marginalização familiar e

social; sabendo-se, de acréscimo, que os belos postulados da proteção integral não serão cumpridos, pela falta de orçamento em razão da falta de intenção política de mudar de modelo.

Uma criança carece hoje, mais ainda do que em épocas passadas, de maturidade psíquica e emocional suficiente para transferir a sua situação às categorias de capacidade de autodomínio, conforme a essa capacidade, e, em definitivo, de responsabilidade penal, por maiores que sejam as garantias que queiram adicionar.

Uma criança carece hoje, mais ainda do que em épocas passadas, de maturidade psíquica e emocional suficiente para transferir a sua situação às categorias de capacidade psíquica de autodomínio, conforme a essa capacidade, e, em definitivo, de responsabilidade penal, por maiores que sejam as garantias que queiram adicionar.

As crianças menores de dezoito anos requerem, pela sua diferente situação psíquica e emocional, algo diverso de sua mera equiparação aos adultos em matéria de garantias processuais. Requerem uma abordagem interdisciplinar que interprete cientificamente os traços de seu comportamento, de suas clássicas técnicas de ensaio e erro, de suas bizarras identificações, de suas reações paradoxais, de suas buscas de limites, de suas necessidades de afirmação da crescente personalidade.

Numa ordem de ideias mais geral, se, em verdade, se procura brindar a cada criança o trato que ela merece como sujeito de direitos, é urgente adotar as medidas que lhe permitam uma passagem mais serena e positiva da etapa pré-puberal à da adolescência, e desta à plenitude da juventude. As medidas às quais me refiro são as políticas gerais de inclusão que possibilitam o acesso de toda criança à saúde, à educação, à recreação, à morada digna e aos demais direitos formalmente reconhecidos, mas eternamente carentes do devido cumprimento pelos governos.

Luis Fernando Niño

Advogado com diploma de honra pela Universidade de Buenos Aires. Licenciado em Criminologia pela Universidade de Buenos Aires. Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca, “*Cum Laude*”, por unanimidade. Titular da Cátedra de Elementos de Direito Penal e Processual Penal da Universidade de Buenos Aires. Codiretor do Mestrado em Criminologia da Universidade Nacional de Lomas de Zamora (Província de Buenos Aires). Juiz de Câmara na Vara Criminal em Buenos Aires.