

**JÚLIO CÉSAR FARIA ZINI**

**OS CRIMES OMISSIVOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

**UFMG  
BELO HORIZONTE  
2014**

Júlio César Faria Zini

## **OS CRIMES OMISSIVOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de DOUTOR em Direito Penal.

Linha de pesquisa: "Poder e Cidadania no Estado Democrático de Direito"

Projeto Estruturante: "Teoria do Delito"

Orientadora: Professora Doutora Sheila Jorge Selim de Sales

Belo Horizonte  
Faculdade de Direito da UFMG

2014

Z77c	<p>ZINI, Júlio César Faria. Os crimes omissivos na sociedade contemporânea / Júlio César Faria Zini. - 2014. 275 f., enc.</p>
	<p>Orientadora: Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.</p>
	<p>Referências: f. 252-275</p>
	<p>1. Omissão. 2. Concepção significativa. 3. Ser humano. 4. Interação social. 5. Liberdade. I. Sales, Sheila Jorge Selim. II. Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito. III. Título.</p>
	<p>CDU: 343.232(043)</p>

Júlio César Faria Zini. *Os crimes omissivos na sociedade contemporânea*

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de DOUTOR em Direito Penal.

**Linha de pesquisa:** "Poder e Cidadania no Estado Democrático de Direito"

**Projeto Estruturante:** "Teoria do Delito"

**Orientadora:** Professora Doutora Sheila Jorge Selim de Sales

Tese aprovada pela banca examinadora constituída pelos professores:

---

**Prof. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales - UFMG**  
**Orientadora**

---

**Prof. Dr. Luciano Santos Lopes - Milton Campos/MG**

---

**Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - Dom Helder Câmara/MG**

---

**Prof. Dra. Daniela de Freitas Marques - UFMG**

---

**Prof. Dr. Luiz Augusto Sanzo Brodt - UFMG**

---

**Prof. Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin - UFMG**  
**Suplente**

Belo Horizonte, 10 fevereiro de 2014.

A Deus, unificador das Três Pessoas da Santíssima Trindade, fonte primeira de amor, paz, esperança, lucidez, inspiração, saber, conforto, força, proteção e vida. À Maria Santíssima, intercessora dos mortais, rainha do mundo, exemplo de solicitude, perseverança, confiança, entrega e acolhimento. Somente a experiência da fé e a lógica divina que me permitiram superar os grandes desafios físicos que tanto dificultaram a redação desta tese.

À minha mãe, Dulce Maria Lopes de Faria, por ser a grande arquiteta e construtora terrena responsável por meus pilares. Aquela irretocável pessoa que irradia fortaleza, espiritualidade, fé, companheirismo e amizade nos momentos tecidos seja com amargura, seja com docilidade. Ela foi o equilíbrio, quando este me faltou; as minhas mãos, quando o movimento delas se ausentou; a minha visão, quando esta se mostrou conturbada.

À minha orientadora, Professora Doutora Sheila Jorge Selim de Sales, pelo exemplo no trato da pesquisa, pelo rigor no aperfeiçoamento do saber, pelas lições transmitidas seja com palavras, seja com o silêncio, seja com o olhar, pela compreensão de minhas limitações, pela admiração que por ela nutro desde o momento que tive a oportunidade de com ela trocar conhecimentos.

A meu grande amigo Professor Mestre Paulo Edson de Sousa que, prematuramente, percorreu o caminho para a morada celeste, pelo incentivo constante, pelos ensinamentos pessoais e profissionais, pelo sempre companheirismo e pelas ternas lembranças.

## AGRADECIMENTOS

Final de setembro de 2006. Acabara de sair de uma comemoração do 48º aniversário da Divisão de Assistência Judiciária Prof. Paulo Edson de Sousa (DAJ/UFMG), realizada na própria Vetusta Casa de Afonso Pena, e dirigia-me à Pará de Minas, cidade na qual minha mãe me esperava. No caminho, uma carreta ultrapassou, na ponte, o carro no qual estava e um automóvel que vinha no sentido contrário e era dirigido por um motorista ébrio que colidiu de frente conosco e ambos os carros arderam em chamas. Queimaduras de terceiro grau na face direita, no braço direito e nas costas, parada respiratória, três dias no centro de terapia intensiva, vinte dias no centro cirúrgico, cinco cirurgias, sete meses enclausurado em casa e acompanhado de enfermeiro.

Há três anos, as queimaduras desenvolveram hipersensibilidade cujo dissabor me acompanha diuturnamente. Nos últimos dois anos, problemas musculares e motores resultantes do acidente associaram-se à hipersensibilidade das queimaduras, dificultando-me na realização de atividades simples da vida cotidiana, como assentar, andar, escrever etc. Reações medicamentosas adversas renderam-me problemas em outras partes do organismo.

Agora, no início deste ano de 2014, percorrendo, com êxito, o concreto caminho do restabelecimento físico, afirmo, mais uma vez e peremptoriamente, que respirar é uma dádiva de Deus; andar, um verdadeiro deleite; poder repousar, uma conquista; lecionar, um inquestionável prazer! Assim como o texto da dissertação, o presente texto representa superação, representa fé, representa vida, tudo aquilo que o dedo divino não deixou se esvaír desde aquele setembro de 2006.

Gostaria de compartilhar com todos que estiveram significativamente em minha vida esta conquista singular. Advirto, outrossim, que a ordem não implica importância, preponderância e que cada linha é permeada pela gratidão e sinceridade.

A toda equipe médica (cinco médicos e um fisioterapeuta) que se dedica, de forma contínua ou periódica, para que eu atinja meu completo restabelecimento. Especial agradecimento ao Dr. Antonio Carlos Vieira, que me trouxe momentos de segurança e felicidade durante meu tratamento e me forneceu um claro exemplo de entrega profissional e humanidade, e ao Dr. José Nogueira de Sá Neto, que é um

grande, fiel e pronto companheiro na minha luta contra as adversidades físicas oriundas de meu acidente.

A toda minha família, que não deixou, em um instante sequer, a luz se apagar ao meu redor.

Ao Professor Doutor Marcos Afonso de Souza, pela confiança, acolhimento e apoio.

A Professora Doutora Daniela de Freitas Marques e a Professora Doutora Miracy Barbosa de Souza Gustin, pelos questionamentos decisivos realizados em minha pré-banca.

Ao Professor Mestre Thiago Lopes Decat e a Professora Doutora Luciana Cristina de Souza, colegas de docência, que me proporcionaram enriquecedoras conversas filosóficas e sociológicas.

A Rosali Ramos Diniz, pelo carinho e incentivo em momentos difíceis.

A Faculdade de Direito Milton Campos, direção, coordenação de área e pós-graduação, professores, bibliotecários, funcionários e alunos, pelo acolhimento e companhia no caminho do ensino, da pesquisa e da extensão. Sou grato pelas mensagens por *e-mail*, *facebook* e *whatsApp* que recebi de meus “colegas de conhecimento” quando tive que me ausentar.

A Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, coordenação de curso, professores, funcionários e alunos, pela acolhida sincera e pelo trilhar conjunto na estrada do aprendizado. Senti-me sinceramente emocionado quando, em face da impossibilidade motora de meu braço, era recebido livremente em sala com um revezamento de alunos que se colocavam à disposição para ajudar-me a passar os esquemas da “Teoria do Delito” na lousa; quando, acometido pela hipersensibilidade de minhas queimaduras, recebi de uma “colega de conhecimento”, artista, um belo quadro com minha caricatura; quando, tomado pelas dores resultantes de meus problemas físicos, fui agraciado com mensagem de uma “colega de conhecimento” (“só educa aquele que tem sua vida orientada pelo amor” - Elykis), que disse, com um sorriso no rosto, “lembrei-me de você, professor!”; quando, voltando de um procedimento médico, fui recebido em sala de aula com aplausos e uma lindíssima faixa com homenagem afixada na parede.

A colega Professora Mestre Shirley Maria de Jesus, pela revisão de português, formatação e observância das regras da ABNT.

## RESUMO

O presente trabalho tem como escopo evidenciar o resgate do ser humano como alicerce do Direito Penal por meio da análise dos crimes omissivos na sociedade contemporânea.

A bandeira da “liberdade sem limites”, que condiz com um individualismo exacerbado, é hasteada pela sociedade contemporânea. Neste ambiente, o único dever que o ser humano se atribui é a sua própria felicidade. Olvida-se ele, reiteradamente, o compromisso de coexistência humana que estabelece com os outros seres humanos ao compartilhar uma mesma realidade social.

Um diálogo entre Filosofia e Sociologia é estabelecido por meio da abordagem da filosofia da liberdade de Immanuel Kant (1724-1804), da Teoria da Ação Significativa, de Max Weber (1864-1920), e da Filosofia da Linguagem ordinária, de Ludwig Wittgenstein (1889-1951). A integração do Direito Penal neste diálogo é promovida por meio da concepção significativa da ação, de Tomás Salvador Vives Antón (1939- ), e do liberalismo racionalista da Primeira Escola de Frankfurt de Rainer Zaczek (1951- ).

Tanto ação como omissão penalmente relevante é significado social. Assim, a interação entre identidade entre primeiro e segundo imperativos categóricos e lei geral do Direito kantianos, Semântica do uso wittgensteiniana e o viés relacional weberiano orienta toda a Teoria do Delito, com o ser humano sendo seu centro de gravidade.

Nesta seara, os eixos reitores da omissão penalmente relevante são a interação social, o bem jurídico-penal, a norma penal e a liberdade de ação. A pretensão de validade da norma penal é a dignidade humana e a liberdade, com assento na ética da responsabilidade, fundamenta o dever de agir para evitar o resultado inerente aos crimes omissivos.

Palavras-chave: Omissão penalmente relevante. Concepção significativa. Ser humano. Interação social. Liberdade.

## ABSTRACT

The present work aims to detach the rescue of the human being as the foundation of criminal law through analysis of omission crimes in contemporary society.

Contemporary society hoists a belief of "boundless freedom", which is consistent with an exaggerated individualism, in an environment where the only duty attribute to human beings is the pursue of their own happiness. The same human beings who have repeatedly omitted the commitment to establish human coexistence with each other when sharing the same social reality.

A dialogue between Philosophy and Sociology is established by means of the freedom's philosophy by Immanuel Kant (1724-1804), the Theory of Meaningful Action, by Max Weber (1864-1920) and the Philosophy of Ordinary Language Approach, by Ludwig Wittgenstein (1889-1951). The integration of criminal law in this dialogue is fostered through the meaningful conception of action by Tomás Antón Salvador Vives (1939 -) and the rationalist liberalism from the First Frankfurt School of Zaczyk Rainer (1951 -).

Any criminal action and relevant omission have social significance. Thus, the interaction between identity between the first and second categorical imperatives of general law from the Kantian Law, along with Semantics of Wittgenstein's use and Weberian relational bias, guide the whole Theory of Crime, with human beings at their own center of gravity.

In this area, the axes of the criminally relevant omission are the social interaction, the legal criminal welfare, the standard law and the freedom of action. The validity claim of the standard criminal law is human dignity and freedom, with an emphasis on the ethics of responsibility which underlies the duty to avoid inherent omission crimes results.

Keywords: Omission criminally relevant. Significant conception. Human being. Social interaction. Freedom.

## RIASSUNTO

Il presente lavoro ha come scopo evidenziare il riscatto dell'essere umano come il fondamento del Diritto Penale attraverso l'analisi dei reati omissivi nella società contemporanea.

La bandiera "libertà senza limiti", che corrisponde a un esacerbato individualismo, è issata dalla società contemporanea. In questo ambiente, l'unico dovere che l'essere umano assegna è la propria felicità. Dimenticando che, ripetutamente, l'impegno della coesistenza umana che stabilisce con altri esseri umani nel condividere una stessa realtà sociale.

Un dialogo tra Filosofia e Sociologia è stabilito per mezzo di approccio dalla filosofia della libertà, di Immanuel Kant (1724-1804), della Teoria di Azione Significativa, di Max Weber (1864-1920), e della Filosofia del Linguaggio ordinario, di Ludwig Wittgenstein (1889-1951). L'integrazione del Diritto Penale in questo dialogo viene promossa tramite la concezione significativa dell'azione di Tomás Salvador Vives Antón (1939- ) e il liberalismo razionalista Prima scuola di Francoforte di Rainer Zaczky (1951 -).

Sia l'azione che l'omissione penalmente rilevante è significato sociale. Così, l'interazione tra identità tra primo e secondo imperativi categorici della legge generale le del Diritto kantiano, la semantica di utilizzo Wittgensteiniano in prospettiva relazionale weberiana guida l'intera Teoria del Delitto, con l'essere umano essendo il suo centro di gravità.

In questo gruppo, gli assi rettori della omissione penalmente rilevanti sono l'interazione sociale, il bene giuridico penale, la norma penale e la libertà di azione. La pretesa di validità della norma penale è la dignità umana e la libertà, con un sede sull'etica della responsabilità, che sta alla base del dovere di agire per evitare il risultato inerente dei reati omissivi.

Parole chiave: Omissione penalmente rilevante. Concezione significativa. Essere Umano. Interazione sociale. Libertà.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>14</b>
<b>2</b>	<b>A OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE</b>	<b>25</b>
2.1	Matrizes filosóficas e sociológicas	25
2.2	Teoria Causal-naturalista	25
2.3	Teoria Causal-valorativa	29
2.4	Teoria Finalista	39
2.5	Teoria Social	46
2.6	Teoria Normativista	49
2.7	Teoria Negativa de ação	53
2.8	Funcionalismo	55
2.8.1	Funcionalismo Teleológico	62
2.8.2	Funcionalismo Sistêmico	71
2.9	Funcionalismo redutor	76
2.10	Concepção Significativa	79
2.11	Conceito Comunicativo	88
2.12	O horizonte da omissão no Direito Penal	99
2.12.1	Ser humano como pedra angular	99
2.12.2	Sociologia e Filosofia	100
2.12.3	Função Negativa	101
2.12.4	Omissão como interpretação	102
2.12.5	Caráter normativo	103
<b>3</b>	<b>CONFIGURAÇÃO DA OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE</b>	<b>106</b>
3.1	Omissão penalmente relevante e seus eixos reitores	106
3.2	Interação social	107
3.2.1	Ação significativa	108
3.2.2	Interação social direta e indireta	114
3.2.3	Interação social e humanismo transcendental	116

3.2.4	Sociedade: interação humana e reciprocidade	127
3.2.5	Sociologia da ação e individualismo metodológico	131
3.2.6	Interacionismo simbólico	134
3.2.7	O ser humano como átomo social	142
3.3	Bem jurídico-penal	148
3.3.1	Teoria personalista	148
3.3.2	Teoria constitucional	150
3.3.3	Teoria procedimental	151
3.3.4	O ser humano como núcleo básico de todo bem jurídico-penal	152
3.4	Norma penal	155
3.4.1	Concepção imperativista da norma penal	155
3.4.2	Dignidade humana como pretensão de validade da norma penal	157
3.4.3	Norma penal incriminadora e norma penal permissiva	158
3.4.4	Princípio da legalidade	160
3.4.5	Situação de perigo para o bem jurídico-penal e atuação conforme o sentido esperado	161
3.5	Liberdade de ação	163
3.5.1	Liberdade como pressuposto da ação	163
3.5.2	Liberdade, voluntariedade e possibilidade de agir	165
3.5.3	Liberdade <i>versus</i> causalidade	167
3.6	Individualização da omissão penalmente relevante	169
3.6.1	Etnometodologia	169
3.6.2	Forma de vida e contexto	172
3.6.3	Identificação da omissão penalmente relevante	173
<b>4</b>	<b>CLASSIFICAÇÃO DA OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE</b>	<b>175</b>
4.1	Espécies de omissão penalmente relevante	175
4.2	Critério de diferenciação: especial vinculação com a proteção do bem jurídico-penal	179
4.3	Fundamento da responsabilidade penal pela omissão simples e pela omissão qualificada: o binômio	184

	liberdade/responsabilidade	
4.4	Omissão simples ou omissão própria	219
4.5	Omissão qualificada ou omissão imprópria	222
4.5.1	Omissão qualificada descrita no tipo de ação e comissão por omissão	222
4.5.2	Evolução da posição de garante	230
4.5.2.1	Teoria clássica, tradicional ou formal	231
4.5.2.2	Teoria moderna, material ou material-funcional	233
4.5.2.3	Teoria material-formal ou mista	236
4.5.3	Interação social e posição de garante	240
4.6	Causalidade, omissão simples e omissão qualificada	244
4.7	Omissão por comissão?	245
<b>5</b>	<b>CONCLUSÕES</b>	<b>248</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>252</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Os crimes omissivos, aqueles que se fundamentam na omissão penalmente relevante, sempre suscitaram grandes questionamentos na seara penal<sup>1</sup>. Isto se deve, conforme salienta Ferrando Mantovani, à ingerência que a tipificação da omissão penalmente relevante acarreta na esfera de liberdade dos seres humanos, exigindo que estes tenham comportamentos ativos destinados à proteção de bens jurídico-penais de terceiros<sup>2</sup>.

Esta suposta ingerência na liberdade do ser humano empreendida pelos crimes omissivos só pode ser compreendida corretamente mediante a abordagem da face<sup>3</sup> da sociedade contemporânea.

“Sociedade Pré-moderna”, “Sociedade Moderna” e “Sociedade Pós-Moderna” são expressões frequentemente utilizadas ao referir-se aos tipos ou formas de sociedade, sendo imprescindíveis na determinação da concepção de “Sociedade Contemporânea”.

A utilização das expressões “pós-moderna” e “pós-modernidade”, em contraposição a “moderna” e “modernidade”, no entanto, não repousa em solo de unanimidade. Dois eixos interpretativos podem ser distinguidos na evolução da sociedade moderna: o da ruptura (acompanhado da ideia agasalhada pelo

---

<sup>1</sup> Winfried Hassemer adverte que, “na dogmática penal alemã, e também na dogmática penal internacional, quase não há instituto tão controvertido quanto a análise teórica e o manejo prático da omissão. (...) a questão sobre por que e como a pessoa humana, por causa de um simples *nada fazer* (Nichtstun), merece receber uma pena estatal, pertence àquelas perguntas eternas de uma ciência exigente do direito penal e, assim, deve permanecer”. (HASSEMER, Winfried. Prefácio. In: TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 9, 12) (Grifos do autor)

<sup>2</sup> Em suas palavras: “el problema del delito omisivo radica - como es sobradamente conocido - en la difícil individualización de *un punto de equilibrio* entre dos exigências opuestas, planteadas: 1) *por el principio de excepcionalidade* de los delitos omisivos, teniendo en cuentas una mayor injerencia en la esfera de la libertad individual respecto de los delitos comisivos; 2) *por el principio de solidariedad*, que impone a los individuos la obligación de mantener comportamientos activos para satisfacer exigencias solidarias de otros”. (MANTOVANI, Ferrando. La obligación de garantía reconstruida a luz de los principios de la legalidad, de solidariedad, de libertad y de reponsabilidade personal. In: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, p. 483)

<sup>3</sup>A expressão “face” não possui aqui uma concepção anatômica geral, mas sim um viés estrutural/funcional, acolhendo o sentido de “aspectos gerais”, de “faceta”.

prefixo “pós”)<sup>4</sup> e o da continuidade (marcado pelas “formas de modernidade”)<sup>5</sup>.

Por não existir uma ruptura e sim uma continuidade - da primeira Revolução industrial para a Revolução técnico-científica e do Capitalismo industrial para o Capitalismo financeiro - deve-se adotar as expressões modernidade de primeira velocidade e modernidade de segunda velocidade.

A sociedade contemporânea está inserida na modernidade de segunda velocidade. Ela vive uma intensificação das características da sociedade industrializada, sobretudo, após a Globalização. O estrondoso desenvolvimento da informática e das telecomunicações e as constantes novidades apresentadas pelo avanço técnico-científico possibilitam a interação entre o local e o global e o despertar para os riscos de alta consequência. A sociedade contemporânea é, ao mesmo tempo, sociedade de risco e sociedade da informação.

Segundo Ulrich Beck, a sociedade de risco é uma “fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e proteção da sociedade industrial”<sup>6</sup>.

Para Anthony Giddens, a sociedade de risco surge a partir de um descontrole e pode ser comparada a um ‘carro de Jagrená’, carro no qual uma divindade hindu desfilava anualmente pelas ruas e sob cujas rodas seus sectários atiravam-se para serem esmagados e alcançarem a salvação<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Cf. KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1997, p. 150, p. 157; FUKUYAMA, Francis. *A grande ruptura: a natureza humana e a reconstituição da ordem social*. Tradução de Nivaldo Montingelli Júnior. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 14-20.

<sup>5</sup> Cf. GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002, p. 104; GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 162; BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich, GIDDENS, Anthony, LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 12; BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001, p. 7-9.

<sup>6</sup> BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich, GIDDENS, Anthony, LASH, Scott. *Modernização reflexiva*. Política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora UNESP, 1997, p. 15.

<sup>7</sup> Cf. GIDDENS, Anthony. *Modernidade e Identidade*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002, p 32; GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 131.

Já o aprimoramento da rede mundial de computadores, por meio da popularização da *internet*, rompeu as barreiras de tempo e espaço: as informações, que dantes eram restritas a uma determinada localidade, puderam ser disponibilizadas em nível global quase que instantaneamente. É evidente a interligação global de todas as sociedades. A informação passa a ser elemento de poder. Neste contexto, conforma-se a sociedade da informação.

Inegavelmente, o clima de risco (risco invisível e autores e vítimas sem faces determinadas) e o cultivo do risco (estimulação do risco como fonte de prazer, felicidade), características da sociedade de risco, e a instantaneidade e o volume de informações sem o devido lastro de sondagem e verificabilidade de suas bases e essências, marcos da sociedade da informação, são elementos identificadores e decisivos no amálgama social.

“Sem limites” é a bandeira hasteada pela sociedade contemporânea, cujo individualismo exacerbado é o símbolo maior<sup>8</sup>.

A determinação social de “seguir sempre em frente” não é refreada nem mesmo pelo clima de perigo/risco<sup>9</sup>.

Cada ser humano deve fazer suas escolhas visando seu interesse próprio, construindo sua própria identidade e não se deixando tolher por valores sociais asfixiantes.

O Narcisismo é o carro chefe da consciência do ser humano. Ele é o instrumento de controle, de socialização utilizado pelo capitalismo, pelo populismo e pelos cultivadores de interesses individualistas. Consiste na destruição da reciprocidade nas interações sociais.

---

<sup>8</sup> “As conexões culturais entre a passagem para uma era da informação e a ruptura social foram simbolizadas por uma série de comerciais de televisão veiculados durante a Olimpíada de Atlanta em 1996. Patrocinados por uma grande empresa americana de telecomunicações, eles mostravam uma série de atletas musculosos e bem preparados fazendo algumas coisas extraordinárias, como correr pelas paredes de prédios, saltar de penhascos de trezentos metros e saltar do telhado de um arranha-céu para outro. Os comerciais foram construídos em torno do tema que surgia na tela no final: “Sem limites”. Conscientemente ou não, o soberbo físico do atleta evocava o Super-homem do filósofo Nietzsche, o ser de aparência divina não coagido por regras morais comuns, como poderia ter sido amorosamente retratado pela diretora de filmes nazista Leni Riefenstahl. (...) Conscientemente ou não, os produtores desses comerciais estavam usando um poderoso tema cultural: o da liberação do indivíduo de restrições sociais desnecessárias e sufocantes”. (FUKUYAMA, Francis. *A grande ruptura: a natureza humana e a reconstituição da ordem social*. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro, 2000, p. 24-25)

<sup>9</sup> “Somos diariamente perseguidos pelos mais diferentes tipos de medo. Entre as ameaças, está a de ficar para trás, ser substituído, não acompanhar o ritmo das mudanças”. (BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 73)

Instrumento muito eficiente na socialização, o narcisismo, por sua auto-absorção, permite uma radicalização do desinteresse pela esfera pública e assim uma adaptação funcional ao isolamento social, reproduzindo ao mesmo tempo a sua estratégia. Tornando o Eu o alvo de todos os investimentos, o narcisismo se dedica a ajustar a personalidade à atomização sorrateira engendrada pelos sistemas personalizados. Para que o deserto social seja viável, o Eu deve se tornar a preocupação central: a relação está destruída, mas pouco importa, já que o indivíduo está apto a se absorver em si mesmo. Assim, o narcisismo realiza uma estranha ‘humanização’ escavando a fragmentação social: solução econômica para a dispersão generalizada, o narcisismo, em uma circularidade perfeita, adapta o Eu ao mundo que o gerou. O adestramento social não se efetua mais pelo constrangimento disciplinar e nem pela sublimação, mas, sim, pela auto-sedução. O narcisismo, nova tecnologia de controle suave e autogerado, socializa dessocializando e coloca os indivíduos de acordo com um social pulverizado, glorificando o reino da expansão do Ego puro<sup>10</sup>.

As relações individuais são pautadas, majoritariamente, na ideia de contrato, no qual o não cumprimento de uma condição ou de um interesse é resolvido com a extinção contratual.

O capital social, definido por Francis Fukuyama como “um conjunto de valores ou normas informais comuns aos membros de um grupo, que permitem a cooperação entre eles”<sup>11</sup>, está sendo aniquilado diuturnamente.

---

<sup>10</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 37.

<sup>11</sup> FUKUYAMA, Francis. *A grande ruptura: a natureza humana e a reconstituição da ordem social*. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 28. Ao tratar da origem da expressão capital social, Fukuyama afirma que “foi pela primeira vez utilizada por Lyda Judson Hanifan em 1916, para descrever centros comunitários de escolas rurais. Jane Jacobs usou a expressão em sua obra clássica *The Death and Life of Great American Cities*, na qual ela explicou que as densas redes sociais que existiam nas áreas urbanas de uso misto constituíam uma forma de capital social que encorajava a segurança pública. O economista Glenn Loury e também o sociólogo Ivan Light usaram a expressão capital social nos anos 70 para analisar o problema do desenvolvimento econômico das áreas centrais das grandes cidades: dentro de suas próprias comunidades, os afro-americanos careciam dos laços de confiança e conexão social que existiam nos asiático-americanos e outros grupos étnicos; isso explicava, em grande parte, a relativa ausência do desenvolvimento de pequenos negócios de propriedade de negros. Nos anos 80, a expressão *capital social* foi muito usada pelo sociólogo James Coleman e pelo cientista político Robert Putnam, que estimulou um intenso debate sobre o papel do capital social e da sociedade civil na Itália e nos Estados Unidos. Talvez o maior teórico do capital social tenha sido alguém que nunca usou a expressão, mas compreendia sua importância com muita clareza: o aristocrata francês e viajante Alexis de Tocqueville. Ele observou, em *Democracy in America*, que em agudo contraste com a França, a América possuía uma rica ‘arte de associação’, isto é, uma população habituada a se reunir em associações de voluntários para fins tanto triviais como sérios. A democracia americana e seu sistema de governo limitado funcionavam somente porque os americanos tinham muita prática para formar associações para fins civis e políticos”. (FUKUYAMA, Francis *A grande ruptura: a natureza humana e a reconstituição da ordem social*. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 31)

A família, principal modelo de capital social<sup>12</sup>, sofre fortes transformações<sup>13</sup> ao apresentar um elo de cooperação cada vez mais diminuto e nuclear.

Em nível de interação social não restrito à entidade familiar, o elo de cooperação entre os seres humanos está enfraquecido pela virtualização da informação e da comunicação. Ao invés de promover uma verdadeira interatividade<sup>14</sup>, esta virtualização representa, em face da ausência de contato face a face ou corporal entre os seres humanos<sup>15</sup>, um espaço a mais para o exercício do individualismo exacerbado - espaço este que nem a indiferença ou desatenção civil, na qual o entrelaçamento de olhares entre indivíduos que se cruzam já estabelece

---

<sup>12</sup> “A família constitui a unidade social cooperativa mais básica, em que mães e pais precisam trabalhar em conjunto para criar, socializar e educar filhos”. (FUKUYAMA, Francis. *A grande ruptura: a natureza humana e a reconstituição da ordem social*. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 47)

<sup>13</sup> Cf. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Barcelona: PAIDÓS, 1998, p. 131-162; FUKUYAMA, Francis. *A grande ruptura: a natureza humana e a reconstituição da ordem social*. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 47-57.

<sup>14</sup> Pierre Lévy afirma que “o termo ‘interatividade’, em geral, ressalta a participação ativa do beneficiário de uma transação de informação”. (LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. 3 ed. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 81) A cibercultura, por sua vez, “corresponde ao momento em que nossa espécie, pela globalização econômica, pelo adensamento das redes de comunicação e de transporte, tende a formar uma única comunidade mundial, ainda que essa comunidade seja - e quanto! - desigual e conflitante” (2010, p. 259). Para ele, uma verdadeira interatividade realiza-se em termos de cibercultura e “pode ser considerada como herdeira legítima (ainda que longínqua) do projeto progressista dos filósofos do século XVIII. De fato, ela valoriza a participação em comunidades de debate e de argumentação. Na linha direta das morais igualitárias, encoraja uma forma de reciprocidade essencial nas relações de informações e de conhecimentos, que os filósofos das luzes consideravam como sendo o principal motor do progresso. E, portanto, se algum dia fomos modernos, a cibercultura não seria pós-moderna, estaria antes dando continuidade aos ideais revolucionários e republicanos de liberdade, igualdade e fraternidade. Apenas, na cibercultura, esses ‘valores’ encontram-se encarnados em dispositivos técnicos concretos. Na era das mídias eletrônicas, a *igualdade* é realizada enquanto possibilidade para que cada um emita para todos; a *liberdade* é objetivada por meio de programas de codificação e do acesso transfronteiriço a diversas comunidade virtuais; a *fraternidade*, enfim, transparece na interconexão mundial” (2010, p. 253-254). (Grifos do autor)

<sup>15</sup> Ao fazer um contraponto entre a interatividade da comunicação por mundos virtuais e por telefone, Pierre Lévy afirma que em um sentido, “o telefone é mais interativo, porque nos coloca em contato com o *corpo* do interlocutor. Não apenas uma imagem de seu corpo, mas sua voz, dimensão essencial de sua manifestação física. A voz de meu interlocutor está de fato presente quando a recebo pelo telefone. Não apenas uma imagem de seu corpo, mas sua voz, dimensão essencial de sua manifestação física. A voz de meu interlocutor está de fato presente quando a recebo pelo telefone. Não escuto uma imagem de sua voz, mas a voz em si. Por meio desse contato corporal, toda dimensão afetiva atravessa ‘interativamente’ a comunicação telefônica”. (LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. 3 ed. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 83) (Grifo do autor)

os limites de atuação de cada qual<sup>16</sup>, possui lugar.

A sociedade contemporânea, como adverte Zygmunt Bauman, é uma sociedade de consumidores<sup>17</sup>, sociedade na qual os seres humanos são, ao mesmo tempo, mercadorias e seus promotores. E como mercadoria, diante de qualquer dissabor, o ser humano é descartado, como se não mais tivesse valor<sup>18</sup>.

Este individualismo exacerbado da sociedade contemporânea entrelaça-se perfeitamente com a Filosofia utilitarista.

O Utilitarismo possui raízes nas Teorias hedonistas (do grego *hedoné*, prazer) ou individualistas<sup>19</sup>, assim como na Filosofia epicurista.

O filósofo grego Epicuro (341-270 a.C.) elaborou uma verdadeira Filosofia do prazer, cujo sistema é expresso em três grandes partes: a) Doutrina da natureza (física); b) Teoria do conhecimento (canônica); c) Doutrina especial da felicidade (ética)<sup>20</sup>. Estas partes são articuladas entre si e objetivam “o Eu do homem, cuja condição de felicidade completa, a *eudemonia*, deve ser criada”<sup>21</sup>.

Na concepção de Epicuro, uma vida venturosa é obtida por meio da conjugação do prazer e da razão.

---

<sup>16</sup> Cf. GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 101-102; GIDDENS, Anthony. *Modernidade e Identidade*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 49, p. 121. Segundo Anthony Giddens, “a indiferença civil representa um contrato implícito de reconhecimento e proteção mútuos entre participantes dos espaços públicos da vida social moderna. Uma pessoa ao passar por outra na rua demonstra, com um lance de olhos, que o outro é digno de respeito, e então, fixando o olhar, que ele ou ela não é uma ameaça para o outro; e a outra pessoa faz o mesmo”. (GIDDENS, Anthony. *Modernidade e Identidade*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002 p. 49)

<sup>17</sup> A sociedade de consumidores “representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, e rejeita todas as opções culturais alternativas. Uma sociedade em que se adaptar aos preceitos da cultura de consumo e segui-los estritamente é, para todos os fins e propósitos práticos, a única escolha aprovada de maneira incondicional. Uma escolha viável e, portanto, plausível - e uma condição de afiliação”. (BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 71)

<sup>18</sup> Cf. BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 13, p. 30-31, p. 70-71.

<sup>19</sup> Cf. DURAND, Guy. *Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos*. Tradução de Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo e Edições Loyola, 2003, p. 277-278.

<sup>20</sup> Cf. MEWALDT, Johannes. Introdução. In: *EPICURO*. Pensamentos. Texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 24.

<sup>21</sup> MEWALDT, Johannes. Introdução. In: *EPICURO*. Pensamentos. Texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 24.

(...) prazer significa: não ter dores no âmbito físico e não sentir falta de serenidade no âmbito da alma. (...) No princípio de tudo, porém, encontra-se a razão, o maior dos nossos bens. Dela resultam por si só todas as outras virtudes; na verdade, é mais valiosa ainda do que a filosofia, porque nos ensina que é impossível viver prazerosamente sem que se viva uma vida cheia de razão, posta num alto nível de moral e de justiça, mas que, pelo contrário, também não é possível viver uma vida cheia de razão, posta num alto nível de moral e de justiça, sem que se esteja vivendo prazerosamente. Pois as virtudes estão intimamente ligadas à vida venturosa, e não se pode separar uma das outras<sup>22</sup>.

A Filosofia epicurista prega que cada um busque diariamente a felicidade (“verdade é que é necessário praticar desde cedo aquilo que confere felicidade, pois com ela possuímos tudo, e a quem ela faltar, tudo fará para adquiri-la”<sup>23</sup>) e conceba a morte como um nada (“acostuma-te à ideia de que a morte, para nós, é um nada. Todo o bem e todo o mal residem na faculdade de sentir; a morte, porém é a privação desse sentimento. Assim, o conhecimento de que a morte nada é torna deliciosa a nossa vida efêmera”<sup>24</sup>).

Após a Filosofia epicurista, o Utilitarismo desponta como grande representante das Teorias hedonistas. Surge, inicialmente, na Grã-Bretanha, no século XVIII, com David Hume e atinge seu auge no século XIX, com Jeremiah Bentham, James Mill e John Stuart Mill<sup>25</sup>.

Empirista, o Utilitarismo foca-se nas consequências da atitude pessoal<sup>26</sup>, sede da moralidade, detendo-se à maximização da felicidade e à minimização do sofrimento, ou seja, no prazer.

<sup>22</sup> MEWALDT, Johannes. Introdução. In: EPICURO. *Pensamentos*. Texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 42.

<sup>23</sup> MEWALDT, Johannes. Introdução. In: EPICURO. *Pensamentos*. Texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 37.

<sup>24</sup> MEWALDT, Johannes. Introdução. In: EPICURO. *Pensamentos*. Texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 38. Acrescenta Epicuro que, “assim a morte, o mais temível de todos os males, é para nós um nada: enquanto nós existirmos, não existirá ela, e quando ela chegar, nada mais seremos. Desse modo, a morte não toca nem os vivos nem os mortos, porque onde estão os primeiros não se encontra ela, e os últimos já não existem mais”.

<sup>25</sup> Cf. REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. Do Romantismo até nossos dias. v. 3. 7 ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 309-310; DURAND, Guy. *Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos*. Tradução de Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo e Edições Loyola, 2003, p. 278.

<sup>26</sup> “Para os defensores desta escola, o bem e o mal não são coisas, portanto, não há ação intrinsecamente boa ou má. Não há critério *a priori* para julgar a ação, como em Kant. Toda a moralidade está nas consequências. No limite, o fim justifica os meios”. (DURAND, Guy. *Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos*. Tradução de Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo e Edições Loyola, 2003, p. 278)

Essa é a *moral utilitarista*. Todo indivíduo sempre persegue o que reputa ser sua felicidade ou aquele estado de coisas em que se dê a maior felicidade e a mínima dor. Assim, a moral se reduz a uma espécie de hedonismo calculado, que avalia atentamente as características do prazer: duração, intensidade, certeza, proximidade, capacidade de produzir outros prazeres, ausência de conseqüências dolorosas. Sábio é quem sabe renunciar a um prazer imediato por um bem futuro cuja avaliação é melhor. Por outro lado, é muito importante que não se cometam erros ao avaliar as conseqüências agradáveis ou prejudiciais de uma ação. É preciso chegar a uma aritmética moral, que nos ponha em condições de realizar os cálculos certos<sup>27</sup>. (Grifos do autor)

Jeremiah Bentham, considerado por muitos como o pai do Utilitarismo, defende a fórmula da “máxima felicidade possível para o maior número possível de pessoas”, colocando como norte a ponderação entre prazer e dor. Fito na jurisprudência e na legislação, incumbe o legislador de conciliar os interesses privados com os interesses públicos, sempre a possibilitar ao máximo que o ser humano atinja sua própria felicidade. Apesar de mergulhado no clima iluminista, Jeremiah Bentham desprezava os “direitos naturais” e os “direitos do cidadão”<sup>28</sup>.

Bebendo na fonte de Jeremiah Bentham, John Stuart Mill delinea o princípio da maior felicidade, segundo o qual “o fim último, com referência ao qual e por causa do qual todas as outras coisas são desejáveis (quer estejamos considerando nosso próprio bem ou de outras pessoas), é uma existência isenta tanto quanto possível da dor, e tão rica quanto possível em deleites, seja do ponto de vista da quantidade como da qualidade”<sup>29</sup>.

Valendo-se do primeiro mandamento católico, John Stuart Mill refuta que a felicidade buscada pelo Utilitarismo esteja focada somente na felicidade individual de cada um e sim voltada para todos os envolvidos.

<sup>27</sup> REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. Do Romantismo até nossos dias. v. 3. 7 ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 314.

<sup>28</sup> “Utilitarista e hedonista em moral, Bentham era liberal reformista em política, rejeitando tanto o puro conservadorismo como os furores da Revolução Francesa. Manifestava grande desprezo pelos chamados ‘direitos naturais’ e ‘direitos do cidadão’. Dizia que os direitos do homem são evidentes tolices: ‘os imprescritíveis direitos do homem, tolices sobre pernas de pau’. Escrevia ele: ‘Esses direitos naturais, inalienáveis e sagrados, nunca existiram; ao invés de dirigir o poder executivo, tendem a desorientá-lo; e, reivindicando-os, os cidadãos nada mais fazem do que reivindicar a anarquia’. É Bertrand Russell quem nos conta que, quando os revolucionários franceses fizeram a sua *Déclaration desdroits de l’homme*, Bentham a chamou de ‘obra metafísica, o *non plus ultra* da metafísica’. Os seus artigos, disse ele, podiam ser divididos em três classes: 1) os ininteligíveis; 2) os falsos; 3) os possuidores de ambas as qualidades”. (REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. Do Romantismo até nossos dias. v. 3. 7 ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 315)

<sup>29</sup> MILL, John Stuart. *A Liberdade*. Utilitarismo. Tradução de Eunice Ostrensky São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 194.

É necessário repetir mais uma vez aquilo que os adversários do utilitarismo raramente fazem o favor de reconhecer: a felicidade que os utilitaristas adotaram como padrão do que é certo na conduta não é a do próprio agente, mas a de todos os envolvidos. Assim, entre sua própria felicidade e a de outros, o utilitarismo exige que o indivíduo seja não apenas estritamente imparcial como um espectador desinteressado e benevolente. No preceito de ouro de Jesus de Nazaré encontramos todo o espírito da ética da utilidade. Fazer ao outro o que gostaria que lhe fizessem e amar ao próximo como a si mesmo constituem a perfeição ideal da moralidade utilitarista. Para nos aproximarmos o mais possível desse ideal, a utilidade recomendaria os meios que se seguem. Em primeiro lugar, que as leis e os dispositivos sociais deveriam pôr o mais possível a felicidade ou (como se poderia na prática chamá-lo) o interesse de cada indivíduo em harmonia com os interesses do todo; e, em segundo lugar, que a educação e a opinião, as quais possuem um poder tão avassalador sobre o caráter humano, deveriam usar esse poder para estabelecer no espírito de cada indivíduo uma associação indissolúvel entre sua própria felicidade e o bem do todo, principalmente, entre sua felicidade pessoal e a prática desses modos de conduta, negativos e positivos, conforme prescritos pela felicidade universal. Desse modo, o homem poderia não apenas se tornar incapaz de conceber a coerência entre a possibilidade de felicidade para si mesmo e a adoção de uma conduta oposta ao bem geral, como ainda um impulso direto para promover o bem geral como um dos motivos habituais de ação; o sentimento relacionado a essa tendência poderia então preencher um amplo e proeminente espaço em toda experiência do ser humano senciente<sup>30</sup>.

Na sociedade contemporânea, ao mesmo tempo sociedade de risco e sociedade da informação, o prazer significa a inexistência de limites sobre o agir individual e a dor consiste na presença de limites sobre este agir; a felicidade é o alcance do individualismo máximo e concretização do ideal “sem limites”. O próprio bem de todos envolvidos consubstancia-se nesta felicidade individual, por com ela coincidir.

A defesa utilitarista de John Stuart Mill - segundo a qual “a educação e a opinião, as quais possuem um poder tão avassalador sobre o caráter humano” e, portanto, devem “estabelecer no espírito de cada indivíduo uma associação indissolúvel entre sua própria felicidade e o bem de todo”<sup>31</sup> - torna-se falácia, uma vez que a própria sociedade contemporânea estabeleceu, inicialmente, em suas entrelinhas e, hodiernamente, como claro ideal o fim do capital social.

Esta nítida posição de instrumento ocupada pelo ser humano na sociedade contemporânea exige uma reação ao Utilitarismo e uma correta

---

<sup>30</sup> MILL, John Stuart. *A Liberdade*. Utilitarismo. Tradução de Eunice Ostrensky São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 202-203.

<sup>31</sup> MILL, John Stuart. *A Liberdade*. Utilitarismo. Tradução de Eunice Ostrensky São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 203.

delimitação de liberdade do ser humano, pautando-se em um viés relacional inerente à realidade social.

Os crimes omissivos, efetivamente, não constituem uma ingerência na liberdade do ser humano, mas sim sua preservação e proteção. Consagram o ser humano como alicerce do Direito Penal<sup>32</sup>. Assim, para a correta delimitação deles, é exigida uma abordagem da ética da responsabilidade e da semântica do uso.

Para alcançar tal desiderato, percorrer-se-á, por meio de um texto que apresente não somente as ideias, mas também o contexto e as palavras de cada autor<sup>33</sup>, o caminho traçado pela Filosofia da liberdade, de Immanuel Kant<sup>34</sup>, pela Teoria da ação significativa, de Max Weber<sup>35</sup>, pela Filosofia da linguagem ordinária

<sup>32</sup> Apesar de não constarem em um capítulo autônomo, os institutos penais da Teoria do delito serão abordados, na medida do necessário, ao longo de cada item.

<sup>33</sup> Faço minhas as palavras de André Comte-Sponville: “Citei muito, como sempre, e demais. É que eu queria fazer uma obra útil, mais do que elegante. A mesma razão me obrigava a dar todas as referências, ainda que para tanto tivesse de multiplicar as notas de rodapé. Ninguém é obrigado a lê-las - aliás, a princípio é melhor não se preocupar com elas. São feitas não para a leitura, mas para o estudo, não para os leitores, mas para os estudantes, quaisquer que sejam sua idade e sua profissão. (COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 11) Iguamente, subscrevo o pensamento de Luc Ferry: “Sempre disse que, antes de pensar por si mesmo, antes de pretender “criar”, inventar uma “nova filosofia”, era necessário ter a humildade de pensar com e por intermédio dos outros, de acordo com a sentença que Hegel tomou de empréstimo a Bernard de Chartres: somos, na verdade - é um dos favores da história -, anões empoleirados nos ombros de gigantes”. (FERRY, Luc. *A revolução do amor*: por uma espiritualidade laica. Tradução de Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 26)

<sup>34</sup> Cf. KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003; KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2006; KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006; KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008; KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade de julgar*. Tradução de Daniela Botelho B. Guedes. São Paulo: Ícone, 2009. Sobre Immanuel Kant, Alain Renault afirma que biograficamente ele se encontrava “entre duas vagas da racionalidade filosófica, aquela do racionalismo moderno, cartesiano ou empírico, e aquela do debate contemporâneo sobre o poder, real ou ilusório, da razão em seu esforço de abranger a totalidade do real. (...) A insistência com a qual o pensamento de Kant continua atualmente a afirmar sua presença e sua fecundidade filosóficas, para muito além da época em que ele foi concebido, convida a interrogar esta situação particular: dentre os filósofos anteriores a Nietzsche (1844-1900), não há outro na esteira de quem se poderia reagrupar uma tão grande diversidade de autores marcantes no debate imediatamente contemporâneo. (...) a referência a Kant é hoje particularmente acentuada pelo lado da filosofia prática. Seja sob a forma da ética da discussão elaborada por Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas, ou sob a forma da teoria de Rawls sobre a justiça, ou ainda a partir do debate francês sobre a recomposição de um humanismo pós-metafísico, a referência kantiana intervém mais na ordem prática do que na ordem da razão teórica”. (RENAULT, Alain. Immanuel Kant. In: PRADEAU, Jean-François (org). *História da filosofia*. 2 ed. Tradução de James Bastos Arêas e Noéli Correia de Melo Sobrinho. Petrópolis: Vozes; Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2012, p. 328-329)

<sup>35</sup> Cf. WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012; WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. 5 ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1982. Max Weber é considerado o pai da sociologia alemã. (Cf. TURNER, Jonathan H.

de Ludwig Wittgenstein<sup>36</sup>, pela Concepção significativa da ação, de Tomás Salvador Vives Antón<sup>37</sup> e pelo Liberalismo Racionalista da Primeira Escola de Frankfurt, de Rainer Zaczky<sup>38</sup>.

---

*Sociologia*. Conceitos e aplicações. Tradução de Márcia Marques Gomes Navas. São Paulo: Makron Books, 2000, p. 10)

<sup>36</sup> Cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012. Conforme relata Hans Joachim Störig, “o fato de a linguagem ter sido colocada no ponto central da filosofia mostra-se como o resultado de um longo desenvolvimento; no entanto, quando se olha para os pensadores particulares, nenhum deles contribuiu certamente mais do que Ludwig Wittgenstein (1889-1951). Seu pensamento conduziu antes de tudo a que se possa falar hoje de uma virada linguística (“linguisticturn”) na filosofia atual”. (STÖRIG, Hans Joachim. *História geral da filosofia*. 2 ed. Revisão geral de Egar Orth. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 569)

<sup>37</sup> Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirantlo Blanch, 2011. Tomás Salvador Vives Antón é catedrático emérito de Direito Penal da Universidade de Valência e vice-presidente emérito do Tribunal Constitucional espanhol.

<sup>38</sup> Cf. ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Compilado por Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. Rainer Zaczky é titular, desde 2002, da cátedra de Direito Penal e Filosofia do Direito da Universidade de Bonn. Também ocuparam esta cátedra Hans Welzel, Armin Kaufmann e Günther Jakobs. (Cf. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Apresentação. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Compilado por Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 17)

## 2 A OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE

### 2.1 Matrizes filosóficas e sociológicas

Percorrer qualquer caminho na dogmática penal implica um aprofundamento de suas matrizes filosóficas ou sociológicas. Não é possível é possível Direito Penal sem Filosofia<sup>39</sup> e Sociologia<sup>40</sup>.

Os conceitos de ação e omissão penalmente relevantes oscilam de acordo com as diferentes matrizes filosóficas ou sociológicas que possuem. O mesmo ocorre com suas relações com os demais elementos do conceito analítico de crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) e com os diversos entendimentos sobre estes. Portanto, primeiramente, devem ser traçados os contextos e vigas mestras de cada matriz, para, depois, serem tratados os conceitos de omissão penalmente relevante.

### 2.2 Teoria Causal-naturalista

A matriz filosófica da Teoria causal-naturalista é o Positivismo naturalista

---

<sup>39</sup> Adverte Carlos Martínez-Buján Pérez que “sempre foi característica da chamada Ciência penal elaborar os fundamentos e as características do Sistema penal a partir das premissas proporcionadas pelas diferentes construções filosóficas predominantes ao longo das diversas fases do desenvolvimento histórico do Direito penal”. (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *A concepção significativa da ação*. T. S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do Direito. Tradução de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1) Quanto à dogmática penal brasileira, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho afirma que ela é hermética e que faz “Direito Penal sem Filosofia (só para começar!) e isso é impossível”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Apresentação. In: BOCKELMANN, Paul, VOLK, Klaus. *Direito penal: parte geral*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. XII)

<sup>40</sup> Manuel Jiménez Redondo fala acerca de uma filosofização da Teoria sociológica: “*naturalmente, yo me estoy refiriendo a posiciones del tipo de N. Luhmann o de la de J. Habermas. Y añado que desde este tipo de teoría sociológica o filosófica (o ambas cosas a la vez, pues ese tipo de controvertida gran teoría há tenido por consecuencia, precisamente por lo controvertible que resulta, una filosofización de las ciencias sociales) se há redescubierto el Derecho*”. (JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. Estudio preliminar. In: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 55)

ou científico<sup>41</sup> que dominou o século XIX, estendendo-se até as vésperas da Primeira Guerra Mundial.

Influenciado pelo progresso das Ciências naturais do século XIX, o Positivismo adota como único válido para qualquer conhecimento humano, o método destas Ciências, ou seja, a identificação de leis causais. Pautado na observação e descrição dos fatos, o Positivismo elege a racionalidade científica como solução para os problemas humanos e forma de domínio humano da natureza.

Auguste Comte (1798-1857)<sup>42</sup> é considerado o fundador do Positivismo. Com sua Lei dos três estágios, desenvolveu uma Filosofia da história - que se encarrega da evolução, do progresso da humanidade em uma visão espontânea e mecânica<sup>43</sup>. O primeiro estágio é o teológico ou fictício, dominado pelo sobrenatural e pela religião<sup>44</sup>. O segundo estágio é o metafísico ou abstrato, no qual o pensamento filosófico deita-se sobre as essências dos fenômenos, acreditando

---

<sup>41</sup> Acerca do Positivismo, cf. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 6 ed. Tradução da 1 ed. brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução de novos textos por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 909; PADOVANI, Umberto, CASTAGNOLA, Luís. *História da filosofia*. 18 ed. São Paulo: Melhoramentos, 1993, p. 429-431; REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. Do Romantismo até nossos dias. v. 3. 7 ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 295-298.

<sup>42</sup> Sobre a construção teórica de Augusto Comte, cf. COMTE, Augusto. *Reorganizar a sociedade*. 4 ed. Lisboa: Guimarães Editores, 2002; COMTE, Augusto. *Discurso preliminar sobre o espírito positivo*. Tradução de Renato Barbosa Rodrigues Pereira. Centaur Editions, 2012 - ebook; ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. 5 ed. Tradução de Sérgio Bath. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.65-124; BOUDON, Raymond, BOURRICAUD, François. *Dicionário crítico de sociologia*. 2 ed. Tradução de Maria Leticia Guedes Alcoforado e Durval Ártico. São Paulo: Ática, 2000, p. 68-72; COOPER, David E. *As filosofias do mundo*. Uma introdução histórica. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 371; MONDIN, Battista. *Curso de filosofia*. Os filósofos do ocidente. v. 3. 10 ed. Tradução de Benôni Lemos. São Paulo: Paulus, 2008, p. 129-135; PADOVANI, Umberto, CASTAGNOLA, Luís. *História da filosofia*. 18 ed. São Paulo: Melhoramentos, 1993, p. 432-434; REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. Do Romantismo até nossos dias. v. 3. 7 ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 296-309; TURNER, Jonathan H. *Sociologia*. Conceitos e aplicações. Tradução de Márcia Marques Gomes Navas. São Paulo: Makron Books, 2000, p. 4-6.

<sup>43</sup> “Estabelecida e conhecida a natureza do espírito humano, descobrimos que cada ramo dos nossos conhecimentos organizados em ciências, passa necessária e sucessivamente por três estados diferentes de teoria”. (COMTE, Augusto. *Reorganizar a sociedade*. 4 ed. Lisboa: Guimarães Editores, 2002, p. 78)

<sup>44</sup> “No primeiro, entram as ideias sobrenaturais para servir de laços às poucas observações isoladas de que a ciência primitiva se compõe. Noutros termos: os factos observados são *explicados*, mas através de factos já inventados, ou, por assim dizer, vistos *a priori*. Este estado é necessariamente o de qualquer ciência que ainda esteja no berço. Por muito imperfeito que seja, o seu modo de relação das idéias é o único a aparecer na primeira fase. Ele faculta-nos, conseqüentemente, o único intermediário pelo qual possamos raciocinar acerca dos factos, mas submete-lhe a autoridade do espírito, o qual não pode viver sem estar relacionado com um ponto que lhe seja superior. Numa palavra, este passo é indispensável para que o progresso seja possível”. (COMTE, Augusto. *Reorganizar a sociedade*. 4 ed. Lisboa: Guimarães Editores, 2002, p. 78)

descobrir suas causas<sup>45</sup>. O terceiro e último estágio, para o qual os dois outros estágios foram preparatórios, é o científico ou positivo<sup>46</sup>. Neste, o mundo social deve ser organizado pela ciência e a ele aplicado o método de conhecimento das Ciências naturais, com a descoberta de Leis causais; deve-se buscar a máxima objetividade, observação e experimentação de fatos empíricos.

Esta objetividade do método científico conduz a uma avaloratividade, ou seja, à consagração do juízo de fato e a refutação do juízo de valor.

O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízos: o *juízo de fato* representa uma *tomada de conhecimento da realidade*, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de *informar*, de comunicar a outro a minha constatação; o *juízo de valor* representa, ao contrário, uma *tomada de posição frente à realidade*, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de *influir* sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas. (Por exemplo, diante do céu rubro do pôr-do-sol, se eu digo: “o céu é rubro”, formulo um juízo de fato; se digo, “este céu rubro é belo”, formulo um juízo de valor)<sup>47</sup>.

O conceito causal de ação, fruto da introjeção do Positivismo naturalista ou científico no Direito Penal, foi desenvolvido por Franz von Listz (1851-1919) e Ernst von Beling (1866-1932).

Franz von Listz pretendeu apresentar um conceito causal de ação, descritivo, avalorativo e capaz de abranger tanto a ação como a omissão<sup>48</sup>. “A ação é o facto que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior

<sup>45</sup> “O segundo estado é unicamente destinado a servir de meio de transição do primeiro para o terceiro. É de carácter bastardo, liga os factos com idéias que já não são inteiramente sobrenaturais, mas que também não são inteiramente naturais. Numa palavra, tais idéias são abstrações personificadas, nas quais o espírito poderá ver a vontade poética ou o nome místico de uma causa sobrenatural, ou o enunciado abstracto de uma simples série de fenómenos, conforme ele estiver já mais perto do estado teológico ou do estado científico”. (COMTE, Augusto. *Reorganizar a sociedade*. 4 ed. Lisboa: Guimarães Editores, 2002, p. 78)

<sup>46</sup> “É então que os factos aparecem ligados por idéias ou leis gerais, mas já de ordem inteiramente positiva, quer dizer, sugeridos ou confirmados por factos da mesma ordem, e que por vezes nem são tão gerais que mereçam ser considerados como princípios”. (COMTE, Augusto. *Reorganizar a sociedade*. 4 ed. Lisboa: Guimarães Editores, 2002, p. 79)

<sup>47</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 135.

<sup>48</sup> “A comissão e a omissão são as duas formas fundametales da acção e consequentemente do crime”. (LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899 (LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Prefácio de Edson Carvalho Vidigal. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial e Superior Tribunal de Justiça, 2006. Coleção história do direito brasileiro. Direito Penal), p. 193-194)

referível à vontade do homem”<sup>49</sup>. Quando a mudança do mundo exterior é causada voluntariamente ou voluntariamente não foi impedida, pode-se atribuí-la à vontade humana, que se refere à isenção de coação mecânica ou psicofísica e não ao livre arbítrio. A esta mudança do mundo exterior denomina-se resultado, capaz de englobar também o fato de pôr em perigo<sup>50</sup>. A ação encontra-se fracionada no processo causal externo (causal-objetivo) e no conteúdo da vontade interna (anímico-subjetivo), com este integrando a culpabilidade<sup>51</sup>.

Na comissão, o ato de vontade que causa o resultado consiste em um movimento corporal voluntário, entendido como “tensão (contração) dos músculos, determinada (...) por idéas ou representações e effectuada pela inervação dos nervos motores”<sup>52</sup>. São elementos da comissão a vontade, o movimento corporal, o nexo causal e o resultado naturalístico. Movimento corporal e resultado naturalístico devem estar interligados por uma relação de causa e efeito, devem apresentar uma relação de causalidade<sup>53</sup>.

A omissão está relacionada com a não realização de uma ação esperada, com um não fazer algo, o que requer um dever jurídico de agir. Assim, o Direito Penal só deve se ocupar da omissão ilícita (*non facere quod debet facere*<sup>54</sup>).

Omissão é, em geral, o não empreendimento de uma acção determinada e esperada. Omitir é verbo transitivo: não significa deixar de fazer de um modo absoluto, mas deixar de fazer *alguma coisa*, e, na verdade, o que era esperado. Não dizemos de uma pessoa que nos deixou de saudar, de

<sup>49</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial e Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 193. Frisa o autor que “sem *acto de vontade* não ha acção, não ha injusto, não ha crime: *cogitationis poenam nemo patitur*. Mas tambem não ha accção, não ha injusto, não ha crime sem uma mudança operado no mundo exterior, sem um *resultado*”.

<sup>50</sup> Cf. LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial e Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 194-197.

<sup>51</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Parte general. 11 ed. e 4 ed. castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 47.

<sup>52</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial e Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 198.

<sup>53</sup> “Si o nexo entre o movimento corporeo e o resultado é assim necessario, dizemos que o movimento corporeo é a causa do resultado, que este é efeito daquele, isto é aplicamos a relação do movimento corporeo e do resultado a categoria da causalidade (como uma forma do nosso entendimento)”. (LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial e Superior Tribunal de Justiça, 2006, Tomo I. p. 200)

<sup>54</sup> Cf. LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial e Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 208.

visitar, de convidar, si não devêssemos esperar por parte dessa pessoa a saudação, a visita, o convite<sup>55</sup>.

Ernst von Beling divide a ação em fase externa ou objetiva (comportamento corporal) e a fase interna ou subjetiva (domínio sobre o corpo) e difere ação positiva de omissão pela contração ou distensão dos músculos: ação, conceito descritivo, avalorativo e que inclui tanto ação como omissão; é um “*comportamento corporal voluntário, consistente em um fazer (ação positiva), isto é, um movimento corporal como, por exemplo, levantar a mão, movimentos para falar etc., ou em um não fazer (omissão), isto é, distensão dos músculos*”<sup>56</sup> (Grifo do autor). O conceito de ação difere de seu conteúdo, que tem lugar no tipo<sup>57</sup>. A grande questão na omissão (distensão dos músculos) é, além da vontade, identificar a causalidade típica<sup>58</sup> e o dever jurídico de obrar positivamente<sup>59 60</sup>.

### 2.3 Teoria Causal-valorativa

A Teoria causal-valorativa tem como matriz filosófica o Neokantismo ou

<sup>55</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial e Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 208.

<sup>56</sup> BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. La doctrina del delito-tipo. Traducción del alemán por Sebastian Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1955, p. 19-20.

<sup>57</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 26.

<sup>58</sup> “No existe motivo alguno para dudar de que entre lo negativo (no hacer) y lo positivo (resultado, cambio en el mundo exterior) pueda haber relación causal, pues tal duda arraiga en consideraciones de orden filosófico (conocimiento del sistema total de relación) y prescinde de la cuestión es sencillamente la de ver si la omisión puede ser comprendida en el cuadro representativo a que se refiere el delito-tipo”. (BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. La doctrina del delito-tipo. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial e Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 68)

<sup>59</sup> Cf. BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. La doctrina del delito-tipo. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial e Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 68-69.

<sup>60</sup> Aproxima-se do conceito de ação de Ernst von Beling o conceito jurídico de ação de Jürgen Baumann. (Cf. SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 27-28) Segundo ele, “acción es conducta humana guiada por la voluntad, siendo indiferente que esta conducta corporal consista en una acción positiva o en una omisión”. (BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal*. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos. Buenos Aires: Depalma, 1981, p. 97) São seus elementos a conduta humana e a voluntariedade, sem exigência de direcionamento a algum objetivo. Por não incluir o resultado no conceito de ação, o conceito jurídico de ação de Jürgen Baumann não pode ser considerado um conceito verdadeiramente causal. (Cf. BAUMANN, Jürgen, 1981, p. 102-103)

Neocriticismo<sup>61</sup> que se desenvolve, a partir de 1860, como uma superação e não uma negação do Positivismo. Consiste ele na retomada sistemática da filosofia kantiana, focando-se na reflexão crítica sobre as questões de validade da ciência, história, moral, arte, religião e linguagem<sup>62</sup>.

Bifurcou-se o Neokantismo em duas correntes: a) Escola de Marburg - integrada, sobretudo, por Hermann Cohen (1842-1918), Paul Natorp (1854-1924), Ernst Cassirer (1874-1945), Rudolf Stammler (1856-1938), reduz a Filosofia à pura lógica, com a realidade sendo constituída somente pelo pensamento<sup>63</sup> - não há separação entre ontologia<sup>64</sup> e gnoseologia<sup>65</sup>; b) Escola de Baden, Escola de Friburg ou Subocidental Alemã - representada, principalmente, por Wilhelm Windelband (1848-1915), Heinrich Rickert (1863-1936), Emil Lask (1875-1915), Gustav Radbruch

---

<sup>61</sup> Sobre o neokantismo, (cf. ABBAGNANO, 2012, p. 825); ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996 p. 21-41; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 113-138; PADOVANI, Umberto, CASTAGNOLA, Luís. *História da filosofia*. 18 ed. São Paulo: Melhoramentos, 1993, p. 472-475; REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da filosofia. Do Romantismo até nossos dias*. v. 3. 7 ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 438-451; WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*. 2 ed. Traducción del alemán por Felipe González Vicen. Madrid: Aguilar, 1974, p. 191-199.

<sup>62</sup> “Desse modo, está clara a razão pela qual os neokantianos propõem uma filosofia dominada por problemas gnosiológicos ao invés de problemas empírico-factuais ou enigmas metafísicos. O neocriticismo exclui e combate o factualismo positivista, a metafísica idealista do espírito e a consideração religiosa dos espiritualistas”. (REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da filosofia. Do Romantismo até nossos dias*. v. 3. 7 ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 439)

<sup>63</sup> “O ser é o ser lógico, é o ser da ‘situação dentro de determinado juízo’, uma vez que não há conteúdos substanciais nas relações entre os conceitos puros com que trabalha o pensamento humano”. (ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 38, 40)

<sup>64</sup> Ontologia é “o discurso sobre ‘o ser como ser’, como dizia Aristóteles, ou sobre o ser do que é (os entes em geral, *ta onta*, e não determinado ente em particular). É uma parte, salvo para os heideggerianos, da metafísica”. (COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário filosófico*. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 424)

<sup>65</sup> Gnoseologia é “o estudo ou a filosofia do conhecimento (*gnôsis*). Mais abstrata que a epistemologia (que versa menos sobre o conhecimento em geral do que sobre as ciências em particular). A palavra vale principalmente pelo adjetivo gnoseológico, que é cômodo e não tem sinônimo. O substantivo, em francês, é de uso raro: os filósofos preferem falar em teoria do conhecimento”. (COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário filosófico*. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 267)

(1878-1949), Max Ernst Mayer (1875-1923) - adota o Idealismo transcendental<sup>66</sup>, bem como considera o conhecimento uma construção da realidade<sup>67</sup> e a Filosofia como Ciência crítica dos valores que todos devem reconhecer. Esta última foi a que mais exerceu influência no mundo jurídico-penal<sup>68</sup>.

Wilhelm Windelband, ao focar nas Ciências históricas - que são Ciências empíricas cujo escopo é analisar cientificamente o indivíduo -, ao mesmo tempo, desenvolve a Filosofia dos valores ou a Teoria dos valores, fazendo a diferença entre juízos de realidade ou juízos de fato (descrição, classificação e exame dos fatos), que ficam a cargo das ciências e juízos de valor ou juízos valorativos (valor dos fatos), de responsabilidade da Filosofia<sup>69</sup>.

Para Gustav Radbruch, o direito é um fenômeno cultural, refere-se a valores<sup>70</sup>. O Direito é “a realidade que possui o sentido de estar ao serviço do valor

<sup>66</sup> No idealismo transcendental, desenvolvido por Immanuel Kant, “o sujeito é criador não do mundo da experiência - e menos ainda de todo o real - mas somente das condições supremas do conhecimento (isto é, das formas e das categorias transcendentais)”. (MONDIN, Battista. *Curso de filosofia*. Os filósofos do ocidente. v. 3. 10 ed. Tradução de Benôni Lemos. São Paulo: Paulus, 2008, p. 22-23)

<sup>67</sup> “Mesmo que se limite a missão da ciência ao conhecimento da realidade que à experiência de algum modo se ofereça - isto é, mesmo que se deixe de lado a metafísica e a teologia, enquanto esta seja algo mais do que uma história da religião e dos dogmas - , fica ainda de pé a pergunta se com os métodos das ciências ‘exatas’ da natureza se logra verdadeiramente compreender o *conjunto da realidade que é susceptível de experiência*. Havendo que responder negativamente a questão, estará demonstrada a legitimidade e necessidade de uma outra espécie de ciências, justamente as ciências do espírito, e, como ela, de outros métodos científicos além dos métodos das ciências da natureza. (...) Através destas indagações, além de se ter tornado no chefe de fila, como teórico, de uma particular orientação filosófica dentro do ‘neokantismo’ - o chamado neokantismo ‘sudocidental alemão’ -, exerceu directamente uma forte influência na compreensão que de si próprio têm as ciências do espírito”. (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 125-126)

<sup>68</sup> Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 195; VALLEJO, Manuel Jaén. *El concepto de acción en la dogmática penal*. Madrid: Editorial Colex, 1994, p. 30.

<sup>69</sup> “Assim, conclui-se que a filosofia não tem por objeto os juízos de fato, mas *Beurteilungen*, isto é, juízos valorativos do tipo ‘esta coisa é verdadeira’, ‘esta coisa é boa’, ‘esta coisa é bela’. E é assim que os valores - que têm precisamente validade normativa - distinguem-se das leis naturais: a validade das leis naturais é a validade do *Müssen*, a validade empírica de não poder ser de outro modo; a validade das normas ou valores é a do *Sollen*, isto é, do dever ser”. (REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. Do Romantismo até nossos dias. v. 3. 7 ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 447)

<sup>70</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. v. I. Tradução e prefácios de L. Cabral de Moncada. 4 ed. rev. e acrescida dos últimos pensamentos do autor Coimbra: Arménio Amado Editor, 1961, p. 50-52. O Direito pode ser encarado de três formas: “a primeira é a própria atitude que refere as realidades jurídicas aos valores (*wertbeziehend*), considerando o direito como facto cultural; é esta a atitude essencial da *Ciência do direito*. A segunda é a da atitude valorativa (*bewertend*) que considera o direito como um valor de cultura; é esta a atitude essencial da *Filosofia do Direito*. E finalmente é a terceira a atitude superadora dos valores (*wertüberwindend*) que considera o direito na sua essência, ou como não dotado de essência; e é esta a atitude ou tema da *Filosofia religiosa do direito*”.

jurídico, da Ideia de direito”, sendo esta Ideia de direito a própria Ideia de justiça<sup>71</sup>. A justiça deve ser entendida de forma objetiva, como tipo ideal de relação entre os homens e no sentido de igualdade<sup>72</sup>.

O método valorativo caracteriza-se pelo dualismo metodológico e pelo Relativismo. Pelo primeiro, juízos de valor (“dever-ser”, Ciências culturais) e juízos de existência (“ser”, Ciências naturais) pertencem a mundos diversos que vivem paralelamente e sem interpenetração. Já pelo Relativismo, todos os juízos de valor, preceitos do dever-ser, legitimam-se, fundam-se dedutivamente apenas com relação a outros juízos de valor, preceitos do dever-ser. Já os preceitos normativos e os juízos de valor são indemonstráveis, sendo atingidos apenas por adesão espontânea<sup>73</sup>.

A Filosofia do direito apresenta um método teleológico. Primeiramente, permite identificar os meios indispensáveis para alcançarmos os fins jurídicos e a raiz filosófica deste juízo, bem como alcançar o sentido subjetivo e objetivo das valorações filosófico-jurídicas<sup>74</sup>.

Deve procurar-se colocar em toda a evidência, aos olhos daquele que valora ou emite juízos de valor, que, sempre que ele adere a um determinado fim jurídico, para conseguir, terá também de aceitar, inevitavelmente, não só os *meios* ligados a esse fim por um vínculo de necessidade *causal*, como ainda o sistema geral de valorações, ou juízos de valor, ligados com ele por um vínculo de necessidade *lógica*. É preciso, com efeito, que aquele que valora ou elege uma determinada valoração olhe sempre, numa plena luz, para ambos estes lados, a fim de lograr inteiro conhecimento da extensão do fim que se propõe<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. v. I. Tradução e prefácios de L. Cabral de Moncada. 4 ed. rev. e acrescida dos últimos pensamentos do autor Coimbra: Arménio Amado Editor, 1961, p. 100-101.

<sup>72</sup> Cf. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução e prefácios de L. Cabral de Moncada. 4 ed. rev. e acrescida dos últimos pensamentos do autor Coimbra: Arménio Amado Editor, 1961, v. I. p. 103-107.

<sup>73</sup> Cf. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. v. I. Tradução e prefácios de L. Cabral de Moncada. 4 ed. rev. e acrescida dos últimos pensamentos do autor Coimbra: Arménio Amado Editor, 1961, p. 53-68.

<sup>74</sup> Cf. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. v. I. Tradução e prefácios de L. Cabral de Moncada. 4 ed. rev. e acrescida dos últimos pensamentos do autor Coimbra: Arménio Amado Editor, 1961, p. 59-63.

<sup>75</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. v. I. Tradução e prefácios de L. Cabral de Moncada. 4 ed. rev. e acrescida dos últimos pensamentos do autor Coimbra: Arménio Amado Editor, 1961, p. 61.

A cultura atrela valor e realidade<sup>76</sup>. Partindo deste entendimento, Max Ernst Mayer afirma que o Direito deve se encarregar da conduta social, daquela conduta que se subsume a cultura da sociedade, que visa “à ‘perfeição no sentido do justo’ e a ‘particularidade do fim concreto’”<sup>77</sup>. Exatamente pela cultura ser o elemento motriz do aperfeiçoamento da sociedade, o Direito nada mais é que seu reconhecimento<sup>78</sup>. Ao legislador cabe apenas escolher os valores culturais merecedores de tutela jurídica, sendo extraída a norma jurídica da norma de cultura. O dever jurídico equivale, portanto, a uma parcela do dever cultural<sup>79</sup>.

À Escola de Baden vinculou-se estreitamente o Direito Penal. Enquanto pertencente às Ciências culturais (Ciências do espírito), o Direito Penal, assim como o Direito como um todo, está sempre ligado a valores, que “não são perceptíveis como os objetos da natureza, mas compreensíveis por meio da interpretação dos objetos de que trata. A realidade, pois, para as ciências do espírito, tem sempre um conteúdo axiológico”<sup>80</sup>. Assim, no lugar da descrição (Positivismo) surge a compreensão e valoração como método das Ciências culturais, nas quais se inclui o Direito Penal.

Precisamente no que tange à ação penalmente relevante, assim como no conceito causal-naturalista de ação, o conteúdo da vontade encontra-se na culpabilidade, no conceito causal-valorativo. A valoração também nela reside, ficando a ação restrita ao aspecto valorativo da vontade<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> Cf. MAYER, Max Ernst. *Filosofía del derecho*. Traducción de la 2 ed. original por Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1937, p. 16-17 e 80-81.

<sup>77</sup> “(...) la ‘perfección en sentido de lo justo’ y la ‘particularidad del fin concreto’”. (MAYER, Max Ernst. *Filosofía del derecho*. Traducción de la 2 ed. original por Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1937, p. 78) (Tradução livre)

<sup>78</sup> “Ciência y arte, moral y religión, economía y Derecho contribuyen a la superación del estado natural y al enoblecimiento de la vida, son creadores de cultura”; “todas las normas son producto de la cultura”. (MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*. Parte General. Traducción directa del alemán por el profesor Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo: Editorial B de F, 2007, p. 49 e 55)

<sup>79</sup> Cf. MAYER, Max Ernst. *Filosofía del derecho*. Traducción directa del alemán por el profesor Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo: Editorial B de F, 2007, p. 91-92, p. 56-63.

<sup>80</sup> “(...) no son perceptibles como los objetos de la naturaleza, sino comprensibles a través de la interpretación de los objetos de que se trata. La realidad, pues, para las ciencias del espíritu, tiene siempre un contenido axiológico” (VALLEJO, Manuel Jaén. *El concepto de acción en la dogmática penal*. p. 30-31) (Tradução livre)

<sup>81</sup> Cf. VALLEJO, Manuel Jaén. *El concepto de acción en la dogmática penal*. Madrid: Editorial Colex, 1994, p. 32.

O conceito de ação desenvolvido por Franz von Listz e Ernst von Beling foi aperfeiçoado por Gustav Radbruch<sup>82</sup>. Criticou ele a reunião da ação em sentido estrito e da omissão em um conceito unitário de ação ou ação em sentido amplo, optando por uma construção teórica diversa e paralela entre as duas.

Podemos reiterar, portanto, o princípio que assentamos acima: *tão certo como que não é factível colocar um conceito e seu oposto contraditório, posição e negação, “a” e “não-a”, sob um conceito superior comum, assim também ação e omissão devem estar uma ao lado da outra, desligadas entre si*<sup>83</sup>.

Claro está que a omissão não comunga das mesmas características da ação: “da omissão não fazem parte nem um comportamento corporal, nem um resultado, menos ainda uma relação causal entre ambos, o que significa que a omissão não pertence fato algum”<sup>84</sup>. O que distingue a omissão é a possibilidade física de atuar<sup>85</sup>.

Assim, Gustav Radbruch, na esteira de Ernst von Beling, defende a substituição do conceito de ação, em sentido amplo, pela realização do tipo na qual

---

<sup>82</sup> Cf. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11 ed. e 4 ed. castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 46; JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal*. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, tradutores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 190; VALLEJO, Manuel Jaén. *El concepto de acción en la dogmática penal*. Madrid: Editorial Colex, 1994, p. 22.

<sup>83</sup> “Podemos, pues, reiterar el principio que sintamos más arriba: tan cierto como que no es factible poner un concepto y su opuesto contradictorio, posición y negación, “a” y “no-a”, bajo un común concepto superior, así también acción y omisión tienen que estar una al lado de la otra, desligadas entre sí”. (RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*. Traducción directa del alemán y notas por José Luis Gusmán Dalbora. Montevideo: Editorial B de F, 2011, p. 169) (Tradução livre)

<sup>84</sup> “(...) de la omisión no forman parte ni un comportamiento corporal ni un resultado, menos aún una relación causal entre ambos, lo que significa que a la omisión tampoco pertenece hecho alguno”. (RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*. Traducción directa del alemán y notas por José Luis Gusmán Dalbora. Montevideo: Editorial B de F, 2011, p. 166) (Tradução livre)

<sup>85</sup> “La omisión no es la *no ocurrencia* de una acción; es la no presentación de una acción en algún sujeto, la *inejecución* de la acción, y tampoco es la *inejecución a secas* de la acción, sino la *inejecución de la acción pese la posibilidad física de actuar*. En consecuencia, esta posibilidad es un elemento de la omisión, pero no uno que ella tenga en común con la acción, porque tampoco es elemento del concepto de acción la posibilidad de acciones concretas”. (RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*. Traducción directa del alemán y notas por José Luis Gusmán Dalbora. Montevideo: Editorial B de F, 2011, p. 169) (Grifos do autor)

está incluído<sup>86</sup>. Quanto ao tipo legal, não abarca mais apenas elementos descritivo-objetivos, mas também elementos normativos<sup>87</sup>.

Seguindo o trilhar diverso de Gustav Radbruch, outros penalistas defenderam um supraconceito de ação capaz de abranger tanto ação quanto omissão e submeter-se a valorações por meio de concepções amplas de conduta humana, de comportamento humano.

Ação é a conduta humana valorada<sup>88</sup>, é um conceito-valor<sup>89</sup>, é a base de toda Teoria do delito<sup>90</sup>. Desta maneira, Edmund Mezger (1883-1962) engloba na ação, em sentido amplo, a ação em sentido estrito e a omissão, o fazer e o deixar de fazer<sup>91</sup>. Estes possuem como essência seu direcionamento a uma meta, a um fim e sua impulsão pela vontade<sup>92</sup>.

---

<sup>86</sup> “Es mérito de Ernst Beling haber abierto el camino hacia un sistema que reemplaza el concepto de acción, en su función de concepto básico de la teoría del delito, por el de realización del tipo y haberlo incluido como parte estructural de éste. Con esta modificación, la clara arquitectura trimembre de la teoría del delito que había proyectado Liszt - el delito como realización imputable y antijurídica del tipo - se impuso en general, primero en la teoría y finalmente en la praxis”. (RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*. Traducción directa del alemán y notas por José Luis Gusmán Dalbora. Montevideo: Editorial B de F, 2011, p. 182-183)

<sup>87</sup> Cf. RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*. Traducción directa del alemán y notas por José Luis Gusmán Dalbora. Montevideo: Editorial B de F, 2011, p. 184.

<sup>88</sup> MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Nueva edición, revisada y puesta al día por Jose Arturo Rodrigues Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 189.

<sup>89</sup> MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Nueva edición, revisada y puesta al día por Jose Arturo Rodrigues Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p.191. Conforme advierte Edmund Mezger (1955, p. 192), “el concepto gneral de la acción, comprensivo del hacer y del omitir, no pertenece al mundo del simple ser, naturalístico, causal, sino al mundo del ser valorado (mundo valorativo)”.

<sup>90</sup> MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Nueva edición, revisada y puesta al día por Jose Arturo Rodrigues Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 171. Para Edmund Mezger (1955, p. 155-156), “el delito es acción. Esta acción tiene que caer bajo un tipo jurídico-penal y no concurrir ninguna causa de exclusión del injusto. También la acción tiene que ser imputable al agente. (...) Delito es la acción típicamente antijurídica y culpable”.

<sup>91</sup> “No se trata aquí, por consiguiente, de simple Posición (P) y Negación (N), sino de posición (Pe) y Negación (Ne), con determinadas propiedades, de suerte que es posible la existencia de un concepto superior (Oe), que es precisamente *la acción en sentido amplio*”. (MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Nueva edición, revisada y puesta al día por Jose Arturo Rodrigues Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 189)

<sup>92</sup> Diferentemente do conceito de ação, para Hans Welzel, “el concepto general de la acción precisa incluir también en si los ‘efectos’ no queridos de la conducta, reservando a la teoría da culpabilidade la investigación del ‘contenido’ del querer”. (MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Nueva edición, revisada y puesta al día por Jose Arturo Rodrigues Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p.192)

O resultado (realização típica exterior), o querer do agente, o movimento corporal e o nexo de causalidade (entre resultado e movimento determinado pelo querer) são elementos da ação em sentido estrito<sup>93</sup>.

A omissão caracteriza-se por um não fazer algo, pela ação esperada não realizada, e não simplesmente por um não fazer.

O que converte a omissão em verdadeira omissão é a ação esperada que o autor omitiu realizar. *Porque não* realizou esta ação que dele se esperava é o motivo pelo qual é punível, na medida em que esta ação pode ser exigida. E como só a “ação esperada” faz surgir a omissão em sentido jurídico, resulta totalmente correta a idéia de que a omissão só pode ser fundamentada “desde fora (externa, normativamente)” e que, portanto, “não o omitente e sim quem julga dá realmente vida à omissão”<sup>94</sup>.

Ação, para Max Ernst Mayer, é uma “motivada atuação da vontade com inclusão de seu resultado”<sup>95</sup>. A essência da ação é, pois, o ato de vontade, a resolução<sup>96</sup>. A atuação voluntária é determinada pelos motivos<sup>97</sup>, exterioriza-se em

<sup>93</sup> Cf. MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Nueva edicion, revisada y puesta al dia por Jose Arturo Rodrigues Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p.172-173, 215-221. Nas palavras de Edmund Mezger (1955, p. 221), “la teoría jurídico poenal de la acción se limita a preguntar qué es lo que há sido causado por el querer del agente, cual és el efecto producido por dicho querer. Todos los efectos del querer del sujeto que actúa son partes integrantes de la acción. Para la teoría jurídico-penal de la acción es irrelevante, si estos efectos han sido también contenido de la consciencia y del querer del agente, y hasta qué extremo lo han sido”.

<sup>94</sup> “Lo que convierte a la omisión en verdadera omisión es *la acción esperada* que el autor ha omitido realizar. *Porque no* ha realizado esta acción que se esperaba de él *es por lo que* es punible, en tanto dicha acción pueda exigirsele. Y como quiera sólo “la acción esperada” hace surgir la omisión en sentido jurídico, resulta totalmente correcta la idea de que la omisión sólo puede ser *fundamentada ‘desde fuera (externa, normativamente)’* y que, por tanto, ‘no el omitente, sino el que juzga, da realmente vida a la omisión’”. (MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Nueva edicion, revisada y puesta al dia por Jose Arturo Rodrigues Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 293) (Tradução livre)

<sup>95</sup> “(...) motivada actuación de la vontade con inclusión de su resultado”. (MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*. Parte General. Traducción directa del alemán por el profesor Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo: Editorial B de F, 2007, p. 129) (Tradução livre)

<sup>96</sup> Cf. MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*. Parte General. Traducción directa del alemán por el profesor Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo: Editorial B de F, 2007, p. 130.

<sup>97</sup> Os motivos “son representaciones que ejercen influencia sobre la voluntad. (...) *Motivo y finalidad* no difieren grandemente, si se reflexiona en un plano puramente psicológico, al que pertenece, antes que nada, que el fin se concibe como representación; en esa consideración, es inherente a sua propia índole que el fin aparezca acentuadamente como motivo, la fuerza impulsora, el móvil determinante de la acción. (...) En toda orden, en toda norma, esto es, em cada precepto, se proclama un fin que sus destinatarios debieran aceptar en su vontade y que bastante a menudo no aceptan. Exactamente lo mismo sucede con los fines que se tiene que evitar, es decir, con los prohibidos. De ese modo, es el fine el *principio del juzgamento*; cada valoración o consideración normativa de un acontecimiento mide lo que ha sucedido en relación a un fin y es por ello una consideración teleológica”. (MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*. Parte General. Traducción directa del alemán por el profesor Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo: Editorial B de F, 2007, p. 131, 134-135) (Grifos do autor)

movimiento corporal ou inatividade corporal e dá ensejo a um resultado, tudo obedecendo a uma cadeia causal<sup>98</sup>. Os elementos da ação estão presentes no tipo legal<sup>99</sup>.

Um omitir também é um modo de atuar<sup>100</sup>. “A essência da omissão consiste em que alguém, perante a representação de uma atuação, nega a força motivadora”<sup>101</sup>, resultando na ausência querida de movimento (inatividade voluntária) e de seu resultado. Max Ernst Mayer, no entanto, reconhece a extensão do conceito de omissão, que reputa errônea nos casos em que uma inatividade não voluntária (como, por exemplo, o esquecimento de cumprir um dever, o esquecimento de uma atuação voluntária esperada por outros) apresenta-se como típica<sup>102</sup>.

Utiliza Wilhelm Sauer comportamento<sup>103</sup> ou obrar<sup>104</sup> para referir-se à ação e à omissão que devem ser capazes de produzir danosidade social para serem

<sup>98</sup> Cf. MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*. Parte General. Traducción directa del alemán por el profesor Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo: Editorial B de F, 2007, p. 129.

<sup>99</sup> “Esa tarea se cumple a través del siguiente principio: toda acción punible consta de una actuación voluntaria y un resultado; las más de las veces el tipo legal se satisface con alguna clase de actuación voluntaria; poer el contrario, exige siempre un resultado de una índole determinada”. (MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*. Parte General. Traducción directa del alemán por el profesor Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo: Editorial B de F, 2007, p. 145)

<sup>100</sup> “Pues para la acción es esencial una realización de la voluntad; contingente es, en cambio, la técnica de tal realización de la voluntad; del mismo modo que es indiferente mediante qué músculos alguien hace funcionar su voluntad en el mundo exterior, así lo mismo da si lo querido halla su expresión exterior en un movimiento corporal o em su ausencia. Se actúa cuando se pone la firma, pero también cuando se rehúsa firmar; tanto si alguien penetra con fuerza en una habitación, como cuando alguien se niega a abandonarla; cuando alguien dice algo odioso y cuando se reprime de hacerlo”. (MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*. Parte General. Traducción directa del alemán por el profesor Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo: Editorial B de F, 2007, p. 138)

<sup>101</sup> “(...) la esencia de la omisión consiste en que alguien a la representación de una actuación le niega la fuerza motivadora”. (MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*. Parte General. Traducción directa del alemán por el profesor Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo: Editorial B de F, 2007, p. 137) (Tradução livre)

<sup>102</sup> Cf. MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*. Parte General. Traducción directa del alemán por el profesor Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo: Editorial B de F, 2007, p. 139.

<sup>103</sup> “El delito es un comportamiento antijurídico y culpable”. (SAUER, Guillermo. *Derecho Penal*. Parte General. Traducción directa del alemán por Juan Del Rosal e José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956, p. 95)

<sup>104</sup> “Objeto del injusto es el obrar, es decir el actuar o el omitir”. (SAUER, Guillermo. *Derecho Penal*. Parte General. Traducción directa del alemán por Juan Del Rosal e José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956, p. 95)

penalmente relevantes<sup>105</sup>. A ação está estreitamente ligada à causalidade, centrada no perigo material de um valor vital<sup>106</sup>. Já na omissão, o central é a conduta socialmente esperada<sup>107</sup>.

Para Giuseppe Bettioli (1907-1982), o fato típico é o primeiro elemento constitutivo do crime. Corresponde ao “complexo de elementos materiais referíveis à conduta do agente”<sup>108</sup> e exige uma valoração capaz de integrar todos os elementos naturalísticos do fato<sup>109</sup>. O fato típico pode consistir em uma ação e em uma omissão. A ação, devidamente inserida no mundo dos valores, é um “movimento muscular voluntário conscientemente destinado à realização de um fim”<sup>110</sup>. A

<sup>105</sup> Cf. SAUER, Guillermo. *Derecho Penal*. Parte General. Traducción directa del alemán por Juan Del Rosal e José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956, p. 141.

<sup>106</sup> “La voluntad debe ser castigada solamente cuando se manifiesta en una dirección correspondiente al resultado no desejado; debe destacarse de la personalidad y desarrollar su efecto peligroso en el mundo exterior. Esta *peligrosidad* es el núcleo de la relación concreta dentro de la personalidad y su mundo circundante; representa la *esencia material de la causalidad*. La causalidad es *actuación formal de la voluntad hacia el resultado, peligro material de un valor vital con la inclusión de posibles daños mayores*”. (SAUER, Guillermo. *Derecho Penal*. Parte General. Traducción directa del alemán por Juan Del Rosal e José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956, p. 140) (Grifos do autor)

<sup>107</sup> “La omisión es causal cuando la acción esperada (sociologicamente) hubiese probablemente evitado el resultado, de otro modo: Cuando la omisión de esta acción es peligrosa socialmente y por el contrario la acción hubiese apartado el peligro”. (SAUER, Guillermo. *Derecho Penal*. Parte General. Traducción directa del alemán por Juan Del Rosal e José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956, p. 150)

<sup>108</sup> BETTIOLI, Giuseppe. *Direito penal*. Tradução brasileira e notas de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. v. I. 2 ed. rev. e atual. da 8 ed. italiana. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 288.

<sup>109</sup> “Todo fato, no momento em que deve ser declarado, supõe logicamente uma *valoração*: a verificação naturalística com base na experiência sensível pode servir somente para acertar a presença de cada um dos elementos de que se compõe o ‘fato’, mas não pode servir isoladamente para construir a hipótese concreta que interessa ao direito penal. (...) Em verdade, não se trata apenas de *somar* entre si os elementos do fato, experimentalmente declarados, mas de *coordenar*, de *sistematizar*, de *integrar* entre si tais elementos a fim de que a hipótese concreta resulte em termos suficientemente claros”. (BETTIOLI, Giuseppe. *Direito penal*. Tradução brasileira e notas de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. v. I. 2 ed. rev. e atual. da 8 ed. italiana. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 290-291) (Grifos do autor)

<sup>110</sup> Bettioli adverte que apenas o exame dos três momentos da ação (objetivo, subjetivo e teleológico) “permite-nos chegar a uma concepção verdadeiramente *humana* e integral da ação que permita inseri-la no mundo dos valores”. (BETTIOLI, Giuseppe. *Direito penal*. Tradução brasileira e notas de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. v. I. 2 ed. rev. e atual. da 8 ed. italiana. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 312)

omissão é um conceito normativo<sup>111</sup>, um conceito teleológico que exige o dever jurídico de atuar<sup>112</sup>.

Se ainda é verdade que a ação tem caráter teleológico enquanto *respicit finem*, é também verdade que ela tem em grau menor do que a omissão, a qual, fora dos fins e das exigências do direito, não pode naturalmente ser entendida na sua verdadeira essência. A omissão é substancialmente um juízo. Se é verdade que o juízo é um fato subjetivo, “existe porém na realidade objetiva a coisa objeto do juízo e esta, na espécie delituosa, é a conduta voluntária do sujeito. E semelhante conduta - qualificada, por quem julga, como omissão - é inegavelmente uma realidade temporal e espacial”<sup>113</sup>.

Giacomo Delitala (1902-1972) utiliza os termos comportamento e conduta para abarcar tanto a ação em sentido estrito quanto a omissão<sup>114</sup>. A ação, que constitui o núcleo de todo fato<sup>115</sup>, é uma exteriorização da vontade, um comportamento exterior<sup>116</sup>. A omissão é um *aliud facere*, uma ação oposta a que se devia e podia realizar<sup>117</sup>, é não fazer um ato ordenado, e toda ordem é uma proibição.

## 2.4 Teoria Finalista

<sup>111</sup> O termo conduta “é uma ficção, porque naturalisticamente falando a omissão é um *nihil*. O que tem relevância é apenas o juízo. A omissão, portanto, é uma criação da lei: tem caráter normativo”. (BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Tradução brasileira e notas de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. v. I. 2 ed. rev. e atual. da 8 ed. italiana. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 321)

<sup>112</sup> A omissão, como conceito teleológico “se justifica apenas em relação aos escopos que a norma persegue, impondo a uma pessoa a obrigação de atuar”. (BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Tradução brasileira e notas de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. v. I. 2 ed. rev. e atual. da 8 ed. italiana. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 324-325)

<sup>113</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Tradução brasileira e notas de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. v. I. 2 ed. rev. e atual. da 8 ed. italiana. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 325.

<sup>114</sup> “La subsunción de la omisión en este concepto parece más cómoda y se gana en simpleza, ya que toda vez que se habla de acción se evita especificar si el término es usado em sentido lato o restringido”. (DELITALA, Giacomo. *El “hecho” en la teoría general del delito*. Traducción y estudio preliminar de Pietro Sferrazza Taibi. Montevideo: Editorial B de F, 2009, p. 155)

<sup>115</sup> “El delito es un hecho (humano), antijurídico y culpable. (...) En consecuencia, el estudio del ‘hecho’ debe limitarse, a mi juicio, a la investigación de los elementos objetivos necesarios para dar vida al delito”. (DELITALA, Giacomo. *El “hecho” en la teoría general del delito*. Traducción y estudio preliminar de Pietro Sferrazza Taibi. Montevideo: Editorial B de F, 2009, p. 55)

<sup>116</sup> DELITALA, Giacomo. *El “hecho” en la teoría general del delito*. Traducción y estudio preliminar de Pietro Sferrazza Taibi. Montevideo: Editorial B de F, 2009, p. 178.

<sup>117</sup> Cf. DELITALA, Giacomo. *El “hecho” en la teoría general del delito*. Traducción y estudio preliminar de Pietro Sferrazza Taibi. Montevideo: Editorial B de F, 2009, p. 158 e 161.

A Concepção finalista foi desenvolvida por Hans Welzel (1904-1977). Para elaborá-la, partiu da Teoria da psicologia do pensamento, expressada na obra *Fundamentos da psicologia do pensamento*, do filósofo Richard Höningwald, bem como em trabalhos dos psicólogos Karl Bühler, Theodor Erismann, Erich Jaensch, Wilhelm Peters e dos fenomenólogos P. F. Linke e Alexander Pfänder<sup>118</sup>, entre outros, e não na obra de Nicolai Hartmann, conforme apregoavam alguns autores<sup>119</sup>. Seu escopo era, portanto, a superação do Neokantismo, do Positivismo<sup>120</sup>.

O Finalismo, ultrapassando a dicotomia entre ser/dever ser, considera que “as categorias do *conhecimento* são também categorias do *ser*, isto é, que não são apenas categorias gnosiológicas, mas (de modo primário) categorias *ontológicas*”<sup>121</sup>. (Grifos do autor)

Reputando o homem pertencente a uma ordem objetiva, a uma ordem real, lança mão o finalismo da Teoria das estruturas lógico-objetivas. Estas são “estruturas da matéria de regulação jurídica destacadas da lógica concreta (*Sachlogik*), que se orienta diretamente na realidade, objeto do conhecimento”<sup>122</sup>. Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli sintetizam esta teoria:

a) O objeto desvalorado não é criado pela desvalorização, mas é anterior a ela, ou melhor, existe com independência dela. O direito, quando desvaloriza uma conduta, não a cria: a conduta existe independentemente do desvalor

<sup>118</sup> Karl Larenz afirma que, quanto às ideias fundamentais, Welzel foi influenciado pela fenomenologia de Edmund Husserl. (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 152)

<sup>119</sup> Cf. WELZEL, Hans. Prólogo do autor à 4ª edição. In: WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 11-12.

<sup>120</sup> Como noticia Karl Larenz, Hans Welzel, em 1935, direcionou uma crítica ao neokantismo, sobretudo como foi desenvolvido pela Escola de Baden. Citando trechos do texto de Hans Welzel, intitulado “Naturalismo e filosofia dos valores no Direito Penal”, Karl Larenz afirma que “esta crítica culmina na seguinte tese: <<Os conceitos científicos não são construções diferentes de um material idêntico, valorativamente neutro, mas reproduções de fragmentos parcelares de um ser ôntico complexo, que é em si mesmo, imanentemente, portador de uma legalidade estrutural e de valores diferenciados, e não receptor passivo dos valores e estruturas produzidos pela ciência>>. (LARENZ, 1997, p. 49) Daí que <<o método não determina o objeto do conhecimento - pelo contrário, tem necessidade de regular-se por ele, enquanto fragmento ôntico do ser que é proposto à investigação>> (LARENZ, 1997, p. 50)”. (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 152)

<sup>121</sup> WELZEL, Hans. Prólogo do autor à 4ª edição. In: WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 13.

<sup>122</sup> WELZEL, Hans. Prólogo do autor à 4ª edição. In: WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 14, nota 2.

jurídico; b) A valoração deve respeitar a estrutura do “ente” que valora, posto que o desconhecimento desta estrutura fará com que a valoração recaia sobre um objeto diferente ou no vazio: se valoramos os cisnes como belos, mas ao valorá-los dizemos que têm as características dos porcos, estaremos valorando estes como belos e não os cisnes; c) “Estruturas lógico-objetivas” são, pois, as que vinculam o legislador ao ser do que ele desvalora, que está relacionado com ele, mas que não pode ser alterado; d) O que acontece quando o legislador desconhece a estrutura lógico-objetiva? Na generalidade dos casos, a legislação será imperfeita, fragmentária, com lacunas, mas nem por isto será inválida, porque a valoração continua sendo tal, embora recaia sobre um objeto diferente; e) Há algum caso em que este desconhecimento invalida a norma? Isto acontece quando o legislador desconhece a norma que o vincula ao homem como pessoa, ou seja, como ente responsável. É uma antiga afirmação Kantiana a de que não se pode considerar submetido ao dever aquele que não é capaz de autodeterminação<sup>123</sup>.

O dever ser, que dota de sentido a existência humana, é transcendente a esta e vinculante, o que conduz a considerar o homem como pessoa responsável, como “sujeito da conformação de sua vida”<sup>124</sup>. Destarte, a concepção finalista não é apenas ontológica, mas também axiológica, elegendo como valor edificador a dignidade humana<sup>125</sup>.

A ação humana para Hans Welzel é o “exercício de uma atividade final”, “um acontecimento *final*”, baseando-se a finalidade “no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências da conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, a consecução desses fins”<sup>126</sup>. A ação humana possui natureza

<sup>123</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 331-332; ZAFFARONI, Eugenio Raul, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal. Parte General*. 2 ed. Buenos Aires, Ediar, 2010, p. 264-265.

<sup>124</sup> Welzel enfatiza que “*el reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si este no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que Derecho*”. Este contenido material está implícito necesariamente en el axioma supremo del Derecho natural, de que hay una obligatoriedad o un deber ser transcendente a la existencia”. (WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*. 2 ed. Traducción del alemán por Felipe González Vicen. Madrid: Aguilar, 1974, p. 251, p. 252)

<sup>125</sup> Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, arts. 1º a 120. v. I. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.118.

Desta forma, “toda e qualquer valoração jurídica está limitada ou condicionada a determinada estrutura lógico-objetiva, ou seja, às qualidades ontológicas do objeto valorado”. (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, arts. 1º a 120. v. I. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.119)

<sup>126</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 27.

ontológica integral<sup>127</sup>, caráter pré-jurídico<sup>128</sup> e a vontade final como fator de direção<sup>129</sup>. (Grifo do autor)

A direção da ação final ou da ação cibernética<sup>130</sup> engloba duas fases que se entrecruzam<sup>131</sup>: a) na esfera do pensamento: antecipação do fim que se quer realizar, seleção dos meios necessários para sua realização e consideração dos efeitos concomitantes; b) no mundo real: “põe em movimento, conforme um plano, os meios de ação anteriormente escolhidos (fatores causais), cujo resultado é o fim junto com os efeitos concomitantes que foram incluídos no complexo total a ser realizado”<sup>132</sup>.

---

Acrescenta Welzel que “a atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em razão de um fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existente em cada momento. A finalidade é, por isso - dito de forma gráfica - ‘vidente’, e a causalidade, ‘cega’”. Cf. WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Parte general. 11 ed. e 4 ed. castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 39.

<sup>127</sup> TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 57.

<sup>128</sup> Cf. VALLEJO, Manuel Jaén. *El concepto de acción en la dogmática penal*. Madrid: Editorial Colex, 1994, p. 36.

Nas suas palavras, “la acción humana, pues, es ejercicio de actividad final (*concepto ontológico*, de la realidad), y existe antes de la valoración jurídica (*concepto prejurídico*)”.

<sup>129</sup> Cf. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 28; WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Parte general. 11 ed. e 4 ed. castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 40.

<sup>130</sup> Como noticia Manuel Jaén Vallejo, Hans Welzel, por oportunidade de um trabalho sobre a dogmática no Direito Penal, publicado em 1972 em homenagem aos 70 anos de aniversário de Reinhart Maurach, chegou a intitular sua concepção de teoria cibernética da ação: a ação é um fato governado e dirigido pela vontade. Nesta esteira, “Welzel acentuo la capacidad de la voluntad de <<regular de manera racional>> su intervención, de <<governar y dirigir metodicamente>> los hechos; la voluntad sería el <<factor de gobierno>>, que pasaría a determinar el hecho causal exterior, convirtiéndolo en una acción dirigida a un fin. Que las actividades de gobierno y dirección - añade Welzel - se orientan en el objetivo sobre el que se centra la acción lo resalta la calificación <<finalidad>> de modo preciso y plástico”. (VALLEJO, Manuel Jaén. *El concepto de acción en la dogmática penal*. Madrid: Editorial Colex, 1994, p. 44-45) Cf., também, ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 242.

<sup>131</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 28-29; WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Parte general. 11 ed. e 4 ed. castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 40-41.

<sup>132</sup> WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. p. 29; WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Parte general. 11 ed. e 4 ed. castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 41.

A conduta humana, “atividade ou passividade corporal do homem submetida à capacidade de direção final da vontade”<sup>133</sup>, engloba tanto a ação quanto a omissão como suas subclasses, tendo em comum uma vontade final<sup>134</sup>. Ontologicamente, no entanto, ação e omissão correspondem a A e não-A<sup>135</sup>. Na ação, encontra-se presente a finalidade atual; na omissão, a finalidade potencial, que é verificada objetivamente<sup>136</sup>. “Omissão é a não produção da finalidade potencial (possível) de um homem em relação a determinada ação”<sup>137</sup>.

Para Armin Kaufmann, comportamento<sup>138</sup> engloba ação e omissão, o que não significa que ambas devam possuir uma sistemática comum, com a comunhão ocorrendo em termos pré-jurídicos<sup>139</sup>. Apesar de ser a pedra angular de toda

<sup>133</sup> “(...) la actividad o pasividad corporal del hombre sometida a la capacidad de dirección final de la voluntad”. (WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11 ed. e 4 ed. castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 38) (Tradução livre)

<sup>134</sup> “El poder de la voluntad humana no se agota en el ejercicio de la actividad final, sino que comprende también la omisión de ella. (...) En realidad, acción y omisión de una acción son dos subclasses independientes dentro de la ‘conducta’ susceptible de ser regida por la voluntad final”. (WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11 ed. e 4 ed. castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 237-238)

<sup>135</sup> “Desde un punto de vista ontológico, la omisión no es en sí misma una acción, ya que es la omisión de una acción”. (WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11 ed. e 4 ed. castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 237)

<sup>136</sup> “Para la omisión no es necesario un acto de voluntad actual, sino que es suficiente uno que sea posible para la persona, ya que el elemento constitutivo de la omisión es el dominio final potencial del hecho: quien olvida ejecutar una acción que podría haber recordado con una mayor concentración, la omite”. (WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11 ed. e 4 ed. castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 238)

<sup>137</sup> “Omisión es la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una determinada acción”. (WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11 ed. e 4 ed. castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 238) (Tradução livre)

<sup>138</sup> “En la doctrina se encuentran varias combinaciones: se denomina al todo <<acción>>, dividiéndolo en <<hacer>> (<<comisión>>, <<actividad positiva>>) y <<omitir>> (<<actividad negativa>>); se divide la <<acción en sentido amplio>> en <<acción en sentido estricto>> y omisión; o se elige como concepto global uno nuevo, el de <<comportamiento>>, comprensivo de la <<acción>>, por una parte, y de la <<omisión>>, por otra. Há de preferirse esta última vía, pues como el concepto general no llega a nivelar las diferencias, ya que el <<hacer>> no es un <<omitir>>, el empleo del concepto <<acción>> como concepto general sólo puede dar lugar a confusión”. (KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción de la segunda edición alemana (Gotinga, 1980) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 100-101)

<sup>139</sup> “Si se plantea aquí la cuestión del <<concepto general>> que englobe a actuar y omitir no se hace con el <<afán desesperado>> de <<salvar la unidad del sistema>>. Y ello no es así porque esta investigación aún se está moviendo en el terreno prejurídico”. (KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción de la segunda edición alemana (Gotinga, 1980) por Joaquín Cuello

dogmática do delito omissivo<sup>140</sup>, a capacidade de ação é o elemento comum do comportamento, o elemento comum entre ação e omissão<sup>141</sup>. São requisitos desta capacidade de ação<sup>142</sup>:

- a) possibilidade física (externa e objetiva) da ação - considerando as habilidades físicas e manuais da pessoa e a existência do objeto sobre o qual deva recair a ação, esta possibilidade permite à vontade final materializar-se em um acontecer causal;
- b) capacidade de direção final - refere-se, com um aspecto intelectual, à antecipação da ação (fins, meios e efeitos concomitantes), ao governo e à supervisão da ação direcionada a um fim. Para tanto, é necessária uma base cognoscitiva, ou seja, o conhecimento do objetivo a ser alcançado<sup>143</sup> e de sua via

---

Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 97)

<sup>140</sup> KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción de la segunda edición alemana (Gotinga, 1980) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 102.

Hans Welzel rendeu-se à construção dogmática dos delitos omissivos desenvolvida por Armin Kaufmann. (cf. WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Parte general. 11 ed. e 4 ed. castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 237-264) No texto "O novo sistema jurídico-penal, Hans Welzel afirma: "se se ocupa também dessa vez unicamente dos delitos de ação, isso se encontra mais do que nunca justificado, porque enquanto isso tratou de deduzir as consequências da doutrina da ação finalista para os *delitos omissivos* a profunda monografia de Armin Kaufmann sobre a *Dogmatik der Unterlassungsdelikte (Dogmática dos delitos omissivos)*". (WELZEL, Hans. Prólogo do autor à 4ª edição. In: WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 20)

<sup>141</sup> "De hecho, no cabe negar que en toda acción está contenida la <<capacidad de acción>> y en todo dominio del hecho el <<dominio potencial del hecho>>. No puede una persona demostrar de modo más contundente que le es posible determinada acción que llevándola a cabo. Así, pues, la capacidad de acción no sólo es un requisito esencial de la omisión, sino, asimismo, de la acción". (KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción de la segunda edición alemana (Gotinga, 1980) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. (Universidad de Extremadura). Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 99)

<sup>142</sup> Cf. KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción de la segunda edición alemana (Gotinga, 1980) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 55-65.

<sup>143</sup> "Así pues, la capacidad para un obrar determinado se apoya siempre en una *base cognoscitiva*: el conocimiento de, o el considerar posible, el objetivo que há de alcanzarse - el objeto sobre el que el obrar há de surtir efectos - es requisito irrenunciable de la concreta capacidad de acción". (KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción de la segunda edición alemana (Gotinga, 1980) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 61)

de realização<sup>144</sup>, bem como é imprescindível que a ação seja possível.

A omissão possui substrato real<sup>145</sup>: a) a capacidade de ação na omissão deve ser concreta, o que permite constatar a ausência de realização da ação; b) na omissão, a finalidade é potencial<sup>146</sup>; a potencialidade da finalidade tem existência real, embora a finalidade não a possua.

Considerando a finalidade potencial, a omissão não é final<sup>147</sup>: “a omissão pressupõe, certamente, a *capacidade* de direção final para executar a ação omitida, mas ela mesma não está submetida à direção final”<sup>148</sup>.

Destarte, mesmo sendo abrangidas pelo termo comportamento, ação e omissão possuem tratamentos díspares. O fio condutor desta diferenciação é o princípio da inversão: “estando em ambos os casos presente a capacidade de ação, ‘inverte-se’ a omissão com respeito à ação na medida em que naquela é essencial a *falta* de uma ação determinada”<sup>149</sup>. (Grifo do autor)

<sup>144</sup> Não se pode olvidar que “*la elección de medios ya es de por sí parte de la dirección final*. Una vez que se há percebido el objetivo como posible dirección de la acción, a quien está interesado en alcanzar el objetivo se le plantea por sí sola la cuestión de la vía posible”. (KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción de la segunda edición alemana (Gotinga, 1980) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 62)

<sup>145</sup> Cf. KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. (KAUFMANN, 2006, p. 68-69)

Ressalta Armin Kaufmann que, para a configuração da omissão, “resulta completamente indiferente la existencia de un mandato o de una valoración jurídica”. (KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción de la segunda edición alemana (Gotinga, 1980) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 69)

<sup>146</sup> “Con la capacidad de acción, la omisión alcanza su configuración sólida; <<razonablemente, sólo puede caracterizarse a la omisión como ‘finalidad potencial’, como ausencia de un determinado acto en aquel que habría sido capaz de realizarlo>>”. (KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción de la segunda edición alemana (Gotinga, 1980) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 68)

<sup>147</sup> “La presente investigación corrobora este resultado: *la dirección final efectiva no es esencial para la omisión y ni siquiera es posible en ella*”. (KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción de la segunda edición alemana (Gotinga, 1980) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 84)

<sup>148</sup> “La omisión presupone, certamente, la *capacidade* de dirección final para ejecutar la acción omitida, pero ella misma no está sometida a dirección final”. (KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción de la segunda edición alemana (Gotinga, 1980) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 91) (Tradução livre)

<sup>149</sup> “(...) *existiendo en ambos casos la capacidad de acción* - <<invierte>> la omisión com respecto a la acción en tanto que a aquella le es esencial la *falta* de una acción determinada”. (KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción de la segunda edición alemana (Gotinga,

Enrique Bacigalupo Zapater rechaça um conceito unitário de ação<sup>150</sup> e afirma a inexistência ontológica da omissão<sup>151</sup>. Somente as ações positivas possuem esta existência ontológica<sup>152</sup>, estando previstas no tipo legal ou por meio de proibição ou por meio de mandamento<sup>153</sup>. Ações e omissões possuem substrato ontológico por se referirem a ações positivas e diferenciam-se conforme a significação da ação realizada<sup>154</sup>. Desta forma, a omissão consiste em “um fazer o que não é determinado”<sup>155</sup>, em um agir diverso do determinado (*aliud agere*).

## 2.5 Teoria Social

Trilhando um caminho valorativo, o conceito social de ação pretende-se

---

1980) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 104-105) (Tradução livre)

<sup>150</sup> “Pretender una unidad entre acción y omisión es pretender una unidad de acción y tipicidade”. (BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Delitos improprios de omision. (Con un estudio analítico del tema en la jurisprudencia argentina referente a los delitos de homicidio, lesiones, estupro y estafa)*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970, p. 71)

<sup>151</sup> “En cambio, desde un punto de vista ontológico siempre habrá que tener presente que la omisión no tiene existencia alguna, como afirma Welzel”. (BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Delitos improprios de omision. (Con un estudio analítico del tema en la jurisprudencia argentina referente a los delitos de homicidio, lesiones, estupro y estafa)*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970, p. 70)

<sup>152</sup> “En definitiva, podemos decir que sólo hay ontologicamente acciones positivas (incluyendo la inactividad en estado de vigília)”. (BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Delitos improprios de omision. (Con un estudio analítico del tema en la jurisprudencia argentina referente a los delitos de homicidio, lesiones, estupro y estafa)*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970, p. 71)

<sup>153</sup> Adverte Enrique Bacigalupo Zapater que “la norma se dirige siempre a una acción. Tanto cuando requiere su realización positiva como cuando exige abstenerse de un comportamiento determinado”. (BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Delitos improprios de omision. (Con un estudio analítico del tema en la jurisprudencia argentina referente a los delitos de homicidio, lesiones, estupro y estafa)*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970, p. 71)

<sup>154</sup> “Tratar de dar a la omisión ‘em si’ un carácter ontológico o de acción, es desconocer que la afirmación de la omisión de una acción determinada, no tiene nada que ver con el plano ontológico sino con la *significación* de una acción realmente cumplida”. (BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Delitos improprios de omision. (Con un estudio analítico del tema en la jurisprudencia argentina referente a los delitos de homicidio, lesiones, estupro y estafa)*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970, p. 71)

<sup>155</sup> “(...) omitir es ‘un hacer que no es el determinado’”. (BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Delitos improprios de omision. (Con un estudio analítico del tema en la jurisprudencia argentina referente a los delitos de homicidio, lesiones, estupro y estafa)*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970, p. 72) (Tradução livre)

unitário e pré-típico, tendo como escopo abranger tanto ação como omissão<sup>156</sup>. Inicialmente, estava estreitamente ligado ao conceito causal de ação, adquirindo contornos diversos após a Segunda Guerra Mundial<sup>157</sup>. Em suas construções mais recentes, o conceito social de ação harmoniza-se com o conceito causal e final de ação<sup>158</sup> e não determina o conteúdo dos demais elementos do crime<sup>159</sup>.

Eberhard Schmidt (1891-1977) foi o primeiro a apresentar um conceito social de ação. A ação é a “conduta voluntária em relação ao mundo externo

---

<sup>156</sup> Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte General. v. I. Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, p. 296; WESSELS, Johannes. *Direito penal* (Aspectos fundamentais). Tradução do original alemão e notas de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 20.

Nas palavras de Hans-Heinrich Jescheck, “será posible, sin embargo, reunir ambas as modalidades en un concepto unitário de acción si se consigue encontrar un punto de vista superior de naturaliza *valorativa* que aúne en el ámbito normativo los elementos incompatibles en el ámbito del ser. Una tal síntesis há de buscarse en la *relación del comportamiento humano con el mundo circundante*”.

<sup>157</sup> Cf. MAURACH, Reinhart. *Derecho penal*. Parte general. v. 1 - Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Actualizada por Heinz Zipf. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 260-261; ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 244; VALLEJO, Manuel Jaén. *El concepto de acción en la dogmática penal*. Madrid: Editorial Colex, 1994, p. 61-62; ZAFFARONI, Eugenio Raul, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*. Parte General. 2 ed. Buenos Aires, Ediar, 2010, p. 334.

Como advierte Manuel Jaén Vallejo, “en realidade, el concepto social de acción es un concepto muy próximo al concepto causal neokantiano”. (VALLEJO, Manuel Jaén. *El concepto de acción en la dogmática penal*. Madrid: Editorial Colex, Madrid: Editorial Colex, 1994, p. 61)

<sup>158</sup> Cf. WESSELS, Johannes. *Direito penal* (Aspectos fundamentais). Tradução do original alemão e notas de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 22; MAURACH, Reinhart. *Derecho penal*. Parte general. v. 1 - Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Actualizada por Heinz Zipf. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 269; VALLEJO, Manuel Jaén. *El concepto de acción en la dogmática penal*. Madrid: Editorial Colex, 1994, p. 59.

Afirma Johannes Wessels que “a teoria social não exclui, mas inclui os conceitos final e causal de ação”.

<sup>159</sup> “Por el contrario, no es posible derivar del concepto social de acción consecuencias dogmáticas para la estructura de los conceptos de antijuridicidade y culpabilidad. Ciertamente, el concepto de acción traza, en sentido amplio, el marco propio de ambos elementos materiales de la estructura del delito, pero el desarrollo de su contenido ha de tener lugar según criterios de imputación específicos”. (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte General. v. I. Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, v. I. p. 299)

social”<sup>160</sup>, o “fenômeno social ‘na direção de seus efeitos para a realidade social”<sup>161</sup>. Enquanto o conceito causal de ação centra-se no movimento corporal e o conceito final de ação, na vontade, o conceito social de ação apresenta-se “como unidade funcional de sentido social”<sup>162</sup>.

Desenvolveram Karl Engisch (1899-1990) e Werner Maihofer (1918-2009) o conceito social de ação. Para o primeiro, ação é “realização voluntária de consequências previsíveis e socialmente relevantes”<sup>163</sup>; para o segundo, “conduta que visa a lesão de bens sociais”<sup>164</sup>, “comportamento objetivamente dominável direcionado a um resultado social objetivamente previsível”<sup>165</sup>.

Hans-Heinrich Jescheck (1915-2009) entende como ação o “comportamento humano socialmente relevante”<sup>166</sup>. Em função de sua liberdade, que é elemento do conceito de ação, o homem responde, por meio da realização de

<sup>160</sup> “(...) conducta voluntaria hacia el mundo externo social”. (LISZT/SCHMIDT, StrafR, 1932,t. I, p. 154 *apud* ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 244) (Tradução livre)

<sup>161</sup> “(...) ‘fenómeno social en la ‘dirección de sus efectos hacia la realidad social’”. (LISZT/SCHMIDT, StrafR, 1932,t. I, p. 153 *apud* ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 244) (Tradução livre)

<sup>162</sup> “(...) ‘como unidad funcional de sentido social’”. (SCHMIDT, E. <<Soziale handlungslehre>>, en *Festschrift für Engisch*, Frankfurt, 1969, p. 39 *apud* VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 133) (Tradução livre)

Tomás Salvador Vives Antón deixa claro que o sentido social não se concebe como significado linguístico, não se confundindo o conceito social de ação com a concepção significativa da ação por ele desenvolvida.

<sup>163</sup> “(...) <<la voluntaria realización de consecuencias previsibles y socialmente relevantes>>”. (ENGLISH, Karl, <<Der finale handlungsbegriff>>, en *Festschrift für Kohlrausch*, Berlin, 1944, p. 60 y ss. *apud* MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Construcción y demolición de la teoría de la acción. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos, CUERDA RIEZU, Antonio, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, ALCÁCER GUIRAO, Rafael, MARISCAL DE GANTE, Margarita Valle (coord.). *Estudios em homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II. Madrid: EDISOFER, 2008, p. 1378) (Tradução livre)

<sup>164</sup> “(...) <<conducta encaminada a la lesión de bienes sociales>>”. (MAIHOFER, Werner. *Der handlungsbegriff im verbrechenssystem*, Tübingen, 1953, p. 72 *apud* TOCILDO, Susana Huerta. ¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión? *Cuadernos de política criminal*, Madrid, Edersa, número 17, 1982, p. 243) (Tradução livre)

<sup>165</sup> “(...) <<comportamiento objetivamente dominable con dirección a un resultado social objetivamente previsible>>”. (MAIHOFER, Werner. <<Dersoziale handlungsbegriff>>, en *Fest. Für Eb. Schmidt*, Göttingen, 1961, p. 178 *apud* TOCILDO, Susana Huerta. ¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión? *Cuadernos de política criminal*, Madrid, Edersa, número 17, 1982, p. 243) (Tradução livre)

<sup>166</sup> “(...) comportamiento humano socialmente relevante”. (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte General. v. I. Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, p. 296) (Tradução livre)

uma possibilidade de reação, a uma exigência situacional reconhecida ou reconhecível. Socialmente relevante é o “comportamento quando afete à relação do indivíduo com seu mundo circundante e alcance nele suas consequências”<sup>167</sup>. A finalidade e a capacidade de ação são igualmente elementos do conceito de ação. Desta forma, o conceito social de ação abrange todas as formas de comportamento (ação, omissão, dolosa e culposa), sendo um conceito unitário. A omissão relaciona-se com uma ação esperada, que prescinde de origem jurídica<sup>168</sup>, e está presente somente quando na “realização de uma possibilidade de reação existente para o homem afirmar, de forma geral, a sua capacidade de realização da ação esperada com emprego da finalidade”<sup>169</sup>.

Ação é a conduta (fazer ativo e omissão) “socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana”<sup>170</sup>. Johannes Wessels (1923-2005) acreditava que com este conceito unitário de ação estava superando a dicotomia ontológica e normativa ao determinar que um juízo de valor recaísse sobre a conduta que relacionasse o homem com seu meio<sup>171</sup>.

## 2.6 Teoria Normativista

A Teoria normativista apregoa a renúncia a um conceito unitário de ação, a exclusão do conceito de ação da Teoria do delito, a absorção da ação e da

<sup>167</sup> “(...) comportamiento cuando afecte a la relación del individuo con su mundo circundante y alcancen a este último sus consecuencias”. (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte General. v. I. Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, p. 297) (Tradução livre)

<sup>168</sup> “Por último, puede también manifestarse en la inactividad frente a una determinada expectativa de acción (que no necesariamente ha de fundarse en el Derecho), a condición, también, de que concurra la posibilidad de conducción (omisión)”. (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte General. v. I. Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, p. 296-297)

<sup>169</sup> “(...) realización de una posibilidad de reacción existente para el hombre si puede afirmarse de forma general la capacidad de realización de la acción esperada con empleo de la finalidad”. (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte General. v. I. Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, p. 298) (Tradução livre)

<sup>170</sup> WESSELS, Johannes. *Direito penal (Aspectos fundamentais)*. Tradução do original alemão e notas de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 22.

<sup>171</sup> “Socialmente relevante é toda conduta que afeta a relação do indivíduo para com o seu meio e, segundo suas consequências ambicionadas ou não desejadas, constitui, no campo social, elemento de um juízo de valor”. (WESSELS, Johannes. *Direito penal (Aspectos fundamentais)*. Tradução do original alemão e notas de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 22)

omissão pelo tipo, em suma, a normatização, em termos jurídico-penais, do conceito de ação e de omissão e a redução do crime injusto (tipicidade e ilicitude) e culpabilidade<sup>172</sup>. Ação e omissão são a ação e a omissão realizadoras do tipo<sup>173</sup>.

Tem suas origens em Ernst von Beling e Gustav Radbruch, representa uma reação ao naturalismo e às correntes valorativo-sociais da ação<sup>174</sup> e foi defendida por Claus Roxin, antes de sua elaboração do conceito pessoal de ação<sup>175</sup>, e por Tomás Salvador Vives Antón, anteriormente ao desenvolvimento de sua concepção significativa da ação<sup>176</sup>. Diferentemente de Tomás Salvador Vives Antón, Manuel Cobo del Rosal mantém sua adesão à Teoria normativista: gravita “a pedra

---

<sup>172</sup> Cf. TAVARES, Juarez. *Teoría do crime culposo*. 3 ed. integralmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 83-85; ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 251; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 136; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 145; ZAFFARONI, Eugenio Raul, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*. Parte General. 2 ed. Buenos Aires, Ediar, 2010, p. 335; MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Construcción y demolición de la teoría de la acción. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos, CUERDA RIEZU, Antonio, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, ALCÁCER GUIRAO, Rafael, MARISCAL DE GANTE, Margarita Valle (coord.). *Estudios em homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II. Madrid: EDISOFER, 2008, p. 1387.

<sup>173</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*. Parte General. 2 ed. Buenos Aires, Ediar, 2010, p. 335.

<sup>174</sup> Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 144.

<sup>175</sup> “Uma definição de acção que deva servir de conceito superior do sistema terá de possuir necessariamente uma natureza especificamente jurídico-penal e vinculada à lei. Mesmo tendo surgido conceitos de acção como o <<naturalista>>, o <<causal>> ou o <<social>> com múltiplas variações, não se altera o facto de que todos eles derivam do direito positivo. E não pode ser de outro modo, porque tal conceito é construído mediante a abstracção das diferentes manifestações da conduta punível, pelo que permanece unido a elas. (...) Assim, o conceito superior construído para efeitos sistemáticos apenas tem valor estético-arquitectónico, mesmo que se decida excluí-lo da teoria da infracção - como fez RADBRUCH em trabalhos posteriores - tal circunstância não influencia a solução dos problemas materiais do direito penal. Tendo em conta esta esterilidade prática, fica explicada a razão porque durante tantos anos o conceito de acção não constituiu um problema central do direito penal. E tal valoração era absolutamente correcta, pois o que não possui importância prática não pode ser uma questão decisiva para a ciência”. (ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3 ed. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Ana Isabel de Figueiredo e Maria Fernanda Palma. Lisboa: Veja, 1998, p. 92-93)

<sup>176</sup> “La sugerencia de Radbruch e Beling, de renunciar a la acción como fundamento del sistema, fue ganando terreno en Alemania, hasta convertirse en doctrina dominante; y otro tanto sucedió en España donde, según creo, fuimos el profesor Cobo del Rosal y yo mismo quienes, por primera vez, elaboramos una sistemática partiendo de la tipicidad”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 136)

angular do sistema, não em um conceito geral e critério unitário de ação e sim em um conceito geral e unitário de tipo de injusto”<sup>177</sup>.

Paul Bockelmann (1908-1987) defende, nos moldes da Teoria normativista, que o crime é conduta típica, antijurídica e culpável, no qual a conduta não desempenha papel sistemático algum<sup>178</sup>. Ela está absorvida pelo tipo penal, que é tratado como fato típico<sup>179</sup>. “A omissão é a não-realização de uma conduta esperada”<sup>180</sup>, que é estipulada normativamente<sup>181</sup>.

Afirma Wilhelm Gallas (1903-1989) que ação e omissão estão integradas no tipo<sup>182</sup>, não sendo possível um conceito unitário de ação<sup>183</sup>. O conceito de omissão é jurídico e centra-se na não correspondência entre ação praticada e ação esperada<sup>184</sup>. “Omissão, em sentido jurídico, é a não execução de uma ação

---

<sup>177</sup> “(...) la piedra angular del sistema, no en un concepto general y unitario criterio de acción, sino en un concepto general y unitario de injusto”. (COBO DEL ROSAL, Manuel. Prólogo. In: MARINUCCI, Giorgio. *El delito como ‘acción’*. Crítica de un dogma. Traducción de José Eduardo Sáinz-Cantero Caparrós. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 9) (Tradução livre)

<sup>178</sup> “O exame das teorias da conduta mostrou que o conceito de conduta não serve como conceito central ou genérico, a partir do qual seria possível deduzir a solução para questões sistemáticas importantes da teoria do crime”. (BOCKELMANN, Paul, VOLK, Klaus. *Direito penal: parte geral*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 61)

<sup>179</sup> “Assim, a culpabilidade e a antijuridicidade, por si sós, não qualificam um comportamento como crime, mas sim, o fato de esse comportamento ser declarado punível pela lei. Ao total dos elementos especiais, a cuja concretização o preceito penal agrega sua ameaça punitiva, chamamos de *fato típico* (penal)”. (BOCKELMANN, Paul, VOLK, Klaus. *Direito penal: parte geral*. p. 40)

<sup>180</sup> BOCKELMANN, Paul, VOLK, Klaus. *Direito penal: parte geral*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 164.

<sup>181</sup> “Essa expectativa deve ser definida normativamente, segundo o que ‘se’ deve fazer para afastar o resultado danoso iminente e não de acordo com o que a pessoa omissa em questão estava, ou não, disposta a fazer”. (BOCKELMANN, Paul, VOLK, Klaus. *Direito penal: parte geral*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 164)

<sup>182</sup> “De lo dicho resulta que los delitos de acción y de omisión no se pueden someter a un denominador común, en ningún caso, antes de llegar al ámbito del tipo del *injusto*”. (GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*. Traducido por Juan Cordoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959, p. 21)

<sup>183</sup> “Por el contrario, un concepto general de acción, interpretado en sentido final, quebra con la aparición de los delitos *omisivos*. (...) Tampoco el concepto de la ‘conducta humana’, que se señala de continuo como la solución del dilema, puede constituir un elemento común al delito de acción y al de omisión, que *preceda* a la valoración jurídica”. (GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 16, p. 19)

<sup>184</sup> “El factor primordial de la omisión está integrado por la disconformidad existente entre el comportamiento realizado y la conducta *imaginada*, entre la acción practicada y el ‘actuar esperado’”. (GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 17)

esperada pelo ordenamento (isto é, juridicamente necessário)”<sup>185</sup>, ou seja, não se fala em omissão quando a ação esperada é obtida sob pontos de vista pré-jurídicos ou extrajurídicos<sup>186</sup>.

Giorgio Marinucci (1934-2013) renuncia à Teoria da ação e reconhece que a ação e omissão devem ser tratadas na seara do tipo<sup>187</sup>. A omissão é a não realização de uma ação devida<sup>188</sup>. Os fatos comissivos dolosos, os fatos comissivos culposos, os fatos omissivos dolosos e os fatos omissivos culposos devem ser tratados sistematicamente em esferas separadas<sup>189</sup>.

Jorge de Figueiredo Dias segue o mesmo caminho. Para ele, a doutrina da ação deve “ceder a primazia à doutrina da acção típica ou da realização do tipo de ilícito”<sup>190</sup>.

Igualmente Susana Huerta Tocildo adere à Teoria normativista, reconhecendo que ação e omissão somente podem ser tratadas tipicamente<sup>191</sup>. Este entendimento é guiado pela omissão, que possui carácter normativo e elementos valorativos e centra-se na não realização de uma ação esperada. A

<sup>185</sup> “Omisión, en sentido jurídico, es la no ejecución de un obrar esperado por el ordenamiento (esto es, juridicamente necesario”. (GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 18) (Tradução livre)

<sup>186</sup> Cf. GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 17, p. 19.

<sup>187</sup> “Os objetivos sistemáticos más ambiciosos de la teoría de la acción (la construcción de un concepto general capaz de ‘definir’ la esencia contenutística de todos los hechos penalmente relevantes o capaces al menos de ‘clasificar’ sus formas fundamentales) nos han parecido irrealizables, puesto que de un lado ‘definir’ el contenido de aquello que es ‘merecedor de pena’ sólo es posible, como muy pronto, examinando cada concreta figura de delito tal cual es delineada en cada ordenamiento jurídico”. (MARINUCCI, Giorgio. *El delito como ‘acción’*. Crítica de un dogma. Traducción de José Eduardo Sáinz-Cantero Caparrós. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 136)

<sup>188</sup> A estrutura da omissão “está totalmente encerrada en la ‘no realización de una acción debida’”. (MARINUCCI, Giorgio. *El delito como ‘acción’*. *El delito como ‘acción’*. Crítica de un dogma. Traducción de José Eduardo Sáinz-Cantero Caparrós. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 171)

<sup>189</sup> “No hay efetivamente un sólo problema de las doctrinas generales del delito (y los problemas generados por la teria de la acción no hacen excepción a esta verdade, como confiamos haber demostrado) que no pueda recibir una nueva luz del metódico análisis separado de aquellas básicas tipologias delictivas presentes en el ordenamiento”. (MARINUCCI, Giorgio. *El delito como ‘acción’*. de un dogma. Traducción de José Eduardo Sáinz-Cantero Caparrós. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 175)

<sup>190</sup> (DIAS, 2007, p. 260); DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Parte Geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1 ed. brasileira e 2 ed. portuguesa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 215.

<sup>191</sup> Deve-se abandonar, por inecessário, “un concepto superior de acción que sirva de base y de enlace a las restantes características del delito, y su substitución por una teoría del tipo, en la que acción - u omisión - no tenga otro sentido que el de <<acción típica>>”. (TOCILDO, Susana Huerta. ¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión? *Cuadernos de política criminal*, Madrid, Edersa, número 17, 1982, p. 255)

omissão é “a não realização de uma determinada ação possível que é exigida pelo ordenamento jurídico”<sup>192</sup>.

## 2.7 Teoria Negativa de ação

O conceito negativo de ação pauta-se na evitabilidade, que é o elemento comum entre ação e omissão. A evitabilidade, em termos de imputação jurídico-penal, foi desenvolvida por H. J. Kahrs e implica que “um resultado pode ser imputado ao seu autor quando este não o evitou, embora pudesse fazê-lo e o ordenamento jurídico o obrigasse a tanto”<sup>193</sup>. Desta forma, edifica-se o conceito de ação em sentido amplo em uma vertente normativa, antinaturalista<sup>194</sup>.

Rolf Dietrich Herzberg (1938- ) é o principal defensor do conceito negativo de ação. Para ele, a ação deve ser conceituada como omissão<sup>195</sup>. “A ação do Direito penal é o não evitar evitável em posição de garante”<sup>196</sup>. O dever de controle de uma fonte de perigo<sup>197</sup>, posição de garante, está presente tanto nos crimes

<sup>192</sup> “(...) la no realización de una determinación acción posible que viene exigida por el ordenamiento jurídico”. (TOCILDO, Susana Huerta. ¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión? Cuadernos de política criminal, Madrid, Edersa, número 17, 1982, p. 255)

<sup>193</sup> “(...) ‘um resultado puede imputarse a su autor cuando no lo ha evitado, pese a que podía hacerlo y el ordenamiento jurídico le obligaba a ello’”. (KAHRS, H. J. *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*. Hamburg, 1968, p. 36 *apud* VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 149) (Tradução livre)

<sup>194</sup> Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 71-73.

<sup>195</sup> “Schlehofer ha llamado la atención acerca de que, de hecho, el fenómeno de la omisión contenida en la acción es ampliamente reconocido, incluso entre los autores que discuten mi teoría generalizadora. Este reconocimiento se manifiesta cuando se cree tener que conceptuar la acción como omisión, para evitar decisiones erróneas en la práctica”. (HERZBERG, Rolf Dietrich. El delito comisivo doloso consumado como un delito cualificado respecto del delito omisivo, imprudente y em tentativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, número 52, janeiro-fevereiro de 2005, p. 198)

<sup>196</sup> “La acción del Derecho penal es el no evitar evitable en posición de garante”. (HERZBERG. *Die unterlassung im strafrecht und das garantenprinzip*, 1972, p. 177 *apud* ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 247)

<sup>197</sup> Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 247-248; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 74; TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3 ed. integralmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 165.

omissivos, que são o parâmetro, quanto nos crimes comissivos. Existe uma necessidade de

tratar a ação como omissão. Mas, na realidade, trata-se de algo geral, que, surpreendentemente, encontra melhor expressão na linguagem cotidiana que na dogmática do Direito Penal. Pois, precisamente nas atuações más e criminosas, que, em sua maioria, são cometidas ativamente, encontra-se continuamente o aspecto omissivo. Assim, no que diz respeito às condutas grosseiras ou agressivas ou aos abusos egoístas, dizemos que o autor “deixou-se levar”, “não se dominou”, “não se controlou”, “não se conteve”, “perdeu a mão”, só para citar algumas de tantas expressões. Não se trata aqui de uma peculiaridade da língua alemã. Estou seguro de que em todos os idiomas existem muitas metáforas que nos mostram como malfeitor alguém que omite algo, *que deixa que algo aconteça com ele*. Quem assim se expressa, desconsidera o momento ativo, porque instintivamente rechaça ver ali a última e mais profunda razão para a *responsabilidade* do autor. Pois reconhece que para ela basta a inevitabilidade da conduta lesiva realizada pela própria pessoa e que o que *se produz voluntariamente* é uma circunstância secundária<sup>198</sup>.

O próprio Rolf Dietrich Herzberg reconhece, no entanto, que os crimes omissivos próprios ou puros, por não se adequarem à posição de garante, não estão incluídos no conceito negativo de ação. Nestes casos, o legislador centra-se apenas na inevitabilidade<sup>199</sup>.

---

<sup>198</sup> “(...) tratar la acción como omisión. Pero en realidad se trata de algo general que, sorprendentemente, encuentra mejor expresión en el lenguaje cotidiano que en la dogmática del derecho penal. Pues, precisamente en las actuaciones malas y criminales, que se cometen en su mayoría activamente, se vuelve continuamente al aspecto omisivo. Así, respecto de conductas descorteses o coléricas o de los abusos egoístas, decimos que el autor ‘se ha dejado llevar’, ‘no se ha dominado’, ‘no se ha puesto bajo control’, ‘no se ha contenido’, ‘se le ha ido la mano’, ‘se ha arrebatado’, por citar sólo algunas de tantas expresiones. No se trata aquí de una peculiaridad del alemán. Estoy seguro de que en todos los idiomas existen muchas metáforas que nos muestran al malhechor como alguien omite algo, *que deja que algo suceda con él*. Quien así se expresa, desatiende el momento activo, porque instintivamente rechaza ver ahí la última y más profunda razón para la *responsabilidad* del autor. Pues reconoce que para ella basta la *evitabilidad* de aquello lesivo que procede de la propia persona y que el que *se produzca voluntariamente* es una circunstancia secundaria”. (HERZBERG, Rolf Dietrich. El delito comisivo doloso consumado como un delito cualificado respecto del delito omisivo, imprudente y em tentativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, número 52, janeiro-fevereiro de 2005, p. 199) (Tradução livre)

<sup>199</sup> Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I. - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 248; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 74; TAVARES, Juarez. *Teoría do crime culposo*. 3 ed. integralmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 76; TOCILDO, Susana Huerta. ¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión? *Cuadernos de política criminal*, Madrid, Edersa, número 17, 1982, p. 249.

A ação em sentido amplo é a “evitável não evitação da situação típica”<sup>200</sup>. Hans-Joachim Behrendt formula, desta maneira, seu conceito negativo de ação, considerando o sentimento destrutivo ínsito ao ser humano e sua capacidade de autocontrole<sup>201</sup>.

## 2.8 Funcionalismo

No Direito Penal, as Teorias funcionalistas assentam-se no Funcionalismo sociológico<sup>202</sup>, Teoria sociológica que está agasalhada no paradigma<sup>203</sup>, Perspectiva teórica<sup>204</sup> ou Perspectiva sociológica institucionalista. A concepção chave para esta

<sup>200</sup> “(...) ‘evitable no evitar la situación típica’”. (BEHRENDT. *Die unterlassung*, p. 133; BEHRENDT. *Jescheck-F.* p. 308 *apud* SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 74, p. 78)

<sup>201</sup> Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I. p. 248; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 74, p. 76-79; JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: Teoria do injusto penal e culpabilidade*. Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, tradutores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 212-213; TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 3 ed. integralmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 166-167.

<sup>202</sup> Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p.180-181.

<sup>203</sup> Segundo Thomas Samuel Kuhn (1922-1996), paradigmas são “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência. (...) Quando, pela primeira vez no desenvolvimento de uma ciência da natureza, um indivíduo ou grupo produz uma síntese capaz de atrair a maioria dos praticantes de ciência da geração seguinte, as escolas mais antigas começam a desaparecer gradualmente. Seu desaparecimento é em parte causado pela conversão de seus adeptos ao novo paradigma. (...) Essas três classes de problemas - determinação do fato significativo, harmonização dos fatos com a teoria e articulação da teoria - esgotam, creio, a literatura da ciência normal, tanto teórica como empírica. (...) O trabalho orientado por um paradigma só pode ser conduzido dessa maneira. Abandonar o paradigma é deixar de praticar a ciência que este define”. (KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5 ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 13, p. 39, p. 55) Segundo Raymond Boudon, paradigmas são “princípios fundamentais sobre os quais apóia-se uma comunidade científica. Um paradigma é, de algum modo, a constituição, o conjunto das regras básicas que orienta o pesquisador em sua atividade”. (BOUDON, Raymond. *Ação*. In: BOUDON, Raymond (dir.). *Tratado de sociologia*. Tradução de Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995, p. 27)

<sup>204</sup> “A perspectiva teórica (ou paradigma) é um conjunto de suposições sobre a natureza das coisas que estão por trás de perguntas que fazemos e dos tipos de respostas que, como resultado, chegamos. Como maneira de ver a vida humana, por exemplo, a sociologia baseia-se na suposição de que SISTEMAS SOCIAIS, tais como SOCIEDADE e FAMÍLIA, realmente existem, que CULTURA, ESTRUTURAS SOCIAIS, STATUS e PAPÉIS são reais. Em nosso trabalho, nos esforçamos para compreender essas coisas e como elas funcionam, mas não duvidamos de sua existência concreta”. (JOHNSON, Allan G. *Dicionário de sociologia*. Guia prático da linguagem sociológica. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 175) (Grifos do autor)

perspectiva sociológica é exatamente a de instituição<sup>205</sup>.

Podem ser as instituições definidas como “estruturas em toda a sociedade, que organizam grupos, organizações; e a comunidade com respeito às necessidades básicas humanas e organizacionais”<sup>206</sup>. São seus grandes exemplos, entre outros, família, economia, propriedade, contrato, estado, educação, religião, igreja, empresa, escola, ciência, medicina e direito.

Toda instituição deve encarregar-se de uma função específica na seara das necessidades básicas humanas e organizacionais. Direcionadas culturalmente<sup>207</sup>, as instituições envolvem relações sociais<sup>208</sup> e consolidação de valores e normas<sup>209</sup>. Ao mesmo tempo que se apresentam externas aos indivíduos, são por eles integradas. Constituem-se em uma organização coerente, possuindo

---

<sup>205</sup> Sobre a noção de instituição, cf. BOUDON, Raymond, BOURRICAUD, François. *Dicionário crítico de sociologia*. 2 ed. Tradução de Maria Letícia Guedes Alcoforado e Durval Ártico. São Paulo: Ática, 2000, p. 300-307; DEMO, Pedro. *Sociologia*. Uma introdução crítica: São Paulo: Atlas, 1985, p. 39, p. 55-57; JOHNSON, Allan G. *Dicionário de sociologia*. Guia prático da linguagem sociológica. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 130-131; LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. *Sociologia geral*. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999, p. 167-170; TURNER, Jonathan H. *Sociologia*. Conceitos e aplicações. Tradução de Márcia Marques Gomes Navas. São Paulo: Makron Books, 2000, p. 135-137, p. 226.

<sup>206</sup> TURNER, Jonathan H. *Sociologia*. Conceitos e aplicações. Tradução de Márcia Marques Gomes Navas. São Paulo: Makron Books, 2000, p. 226.

Para Pedro Demo, as instituições são “formações sociais, de base física ou material, mas culturalmente condicionadas, que representam referências ou lugares preponderantes da interação humana”, ou seja, “coagulam na história as formas concretas de organização da sociedade”. (DEMO, Pedro. *Sociologia*. Uma introdução crítica: São Paulo: Atlas, 1985, p. 55, p. 39)

<sup>207</sup> As instituições “representam a bagagem própria de uma época, sua densidade organizativa, sua capacidade de persistência histórica. O processo de institucionalização sedimenta a aptidão de funcionamento, a dimensão da estabilidade e as virtudes de auto-regulação. Instituições sólidas não de significar resistência a ingerências de outros valores e normas, forte identidade histórica e amadurecimento temporal”. (DEMO, Pedro. *Sociologia*. Uma introdução crítica: São Paulo: Atlas, 1985, p. 57)

<sup>208</sup> “Quando, para um conjunto de relações sociais, um certo número de elementos se cristalizam para formar *status* ‘congruentes’, dir-se-á que essas relações sociais constituem uma instituição”. (BOUDON, Raymond, BOURRICAUD, François. *Dicionário crítico de sociologia*. 2 ed. Tradução de Maria Letícia Guedes Alcoforado e Durval Ártico. São Paulo: Ática, 2000, p. 305)

<sup>209</sup> “Uma *instituição social* pode ser vista como um tipo especial de estrutura social cujas posições de status são organizadas em torno do que é visto pelos membros de uma sociedade como problemas importantes para toda a coletividade. As normas que orientam os comportamentos dos papéis nesses status são genéricas e bem-conhecidas dos membros da sociedade, e os encarregados sentem um imperativo moral porque as normas são inspiradas em valores e crenças sobre o que é certo e errado, bom e ruim”. (TURNER, Jonathan H. *Sociologia*. Conceitos e aplicações. Tradução de Márcia Marques Gomes Navas. São Paulo: Makron Books, 2000, p. 136)

uma estrutura<sup>210</sup>.

Tanto as instituições como a vida social conformam-se por meio de estrutura<sup>211</sup>. Esta, com seu caráter organizacional, envolve noções de relação (com uma interconexão entre seus integrantes e outras estruturas<sup>212</sup>), *status* (posição ocupada pelo indivíduo na sociedade<sup>213</sup>) e papéis (direitos e deveres atribuídos a um indivíduo em decorrência de ocupação de um *status*, dos quais pode-se conformar expectativas de comportamentos<sup>214</sup>).

Outra concepção singular para a perspectiva sociológica institucionalista é a de sistema<sup>215</sup>. Como destaca Pedro Demo, “o traço moderno das instituições é seu

---

<sup>210</sup> “A *Estrutura* é composta de *pessoal* (elementos humanos); *equipamentos* (aparelhamento material ou imaterial); *organização* (disposição do pessoal e do equipamento, observando-se uma hierarquia-autoridade e subordinação); *comportamento* (normas que regulam a conduta e a atividade dos indivíduos)”. (LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. *Sociologia geral*. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999, p. 167-170; TURNER, Jonathan H. *Sociologia*. Conceitos e aplicações. Tradução de Márcia Marques Gomes Navas. São Paulo: Makron Books, 2000, p. 169)

<sup>211</sup> “A realidade social revela um padrão, ou estrutura, que dá a cada um de nós um sentido para o lugar ao qual pertencemos, o que se espera que façamos, e como nós devemos pensar e sentir”. (TURNER, Jonathan H. *Sociologia*. Conceitos e aplicações. Tradução de Márcia Marques Gomes Navas. São Paulo: Makron Books, 2000, p. 47)

<sup>212</sup> “De modo mais geral, a noção de estrutura tem freqüentemente, entre os funcionalistas e os estruturalistas, um significado próximo da noção de tipo. Construir uma tipologia é: 1) estabelecer uma lista de variáveis consideradas pertinentes; 2) mostrar que essas variáveis são caracterizadas por intercorrelações mais ou menos fortes e ‘estruturadas’, isto é, repartidas de maneira não-aleatória; 3) utilizar essas intercorrelações para repartir os objetos observados em tipos ou classes. (...) a noção de estrutura pode aparecer em correlação com a de sistema se entendermos por sistema um conjunto de ‘elementos interdependentes’”. (BOUDON, Raymond, BOURRICAUD, François. *Dicionário crítico de sociologia*. 2 ed. Tradução de Maria Letícia Guedes Alcoforado e Durval Ártico. São Paulo: Ática, 2000, p. 221)

<sup>213</sup> “O termo *status* designa a posição que um indivíduo ocupa num grupo, ou que um grupo ocupa numa sociedade (entendida como grupo de grupos). (...) Pode-se definir *status* como um conjunto de recursos reais ou virtuais, que permite ao ator que dele dispõe interpretar ou desempenhar seus papéis segundo modulações mais ou menos originais”. (BOUDON, Raymond, BOURRICAUD, François. *Dicionário crítico de sociologia*. 2 ed. Tradução de Maria Letícia Guedes Alcoforado e Durval Ártico. São Paulo: Ática, 2000, p. 543-544)

<sup>214</sup> “Para o sociólogo, qualquer organização inclui um conjunto de *papéis* mais ou menos diferenciados (por exemplo, diretor, vice-diretor, administrador, representante de classe, alunos, etc., no caso de um colégio). Esses papéis podem ser definidos como sistemas de *coerções* normativas a que devem curvar-se os *atores* que os desempenham, e de *direitos* correlativos a essas coerções. O *papel* define assim uma zona de obrigações e de coerções correlativa de uma zona de autonomia condicional”. (BOUDON, Raymond, BOURRICAUD, François. *Dicionário crítico de sociologia*. 2 ed. Tradução de Maria Letícia Guedes Alcoforado e Durval Ártico. São Paulo: Ática, 2000, p. 415)

<sup>215</sup> A noção de sistema na Sociologia é diversa da noção de sistema na Filosofia. Nesta, corresponde a: “1. Uma totalidade dedutiva de discurso. (...) 2. Qualquer totalidade ou todo organizado. (...) 3. Qualquer teoria científica ou filosófica, especialmente quando se quer ressaltar seu caráter escassamente empírico”. (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 6 ed. Tradução da 1 ed. brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução de novos textos por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 1076-1078)

refinamento organizacional, com base na teoria dos sistemas”<sup>216</sup>.

Foi Ludwig von Bertalanffy (1901-1972) quem apresentou a Teoria geral dos sistemas<sup>217</sup>. Sistema é “um complexo de elementos em interação”<sup>218</sup>. O sistema pode ser fechado, aquele isolado de seu ambiente; e aberto, o que mantém uma relação sistema/entorno. Enquanto o sistema fechado busca o equilíbrio, o sistema aberto procura a estabilidade<sup>219</sup>.

Ludwig von Bertalanffy concentrou-se no estudo dos sistemas abertos, tanto pela sua complexidade quanto por ter o organismo vivo como grande exemplo<sup>220</sup>.

A afirmação aristotélica de que o todo é mais que a soma das partes foi confirmada pela Teoria geral dos sistemas por meio da noção de totalidade. O sistema aberto “é um *todo*, no qual as variações de qualquer elemento dependem de todos os outros”<sup>221</sup>, o que não significa uma mera soma e sim uma constante interrelação das partes, dos elementos.

---

<sup>216</sup> DEMO, Pedro. *Sociologia*. Uma introdução crítica: São Paulo: Atlas, 1985, p. 57.

<sup>217</sup> Cf. BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: Fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. 6 ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 195.

Nas palavras de Ludwig von Bertalanffy, a teoria geral dos sistemas “refere-se a princípios que se aplicam aos sistemas em geral, qualquer que seja a natureza de seus componentes e das forças que o governam. Na teoria geral dos sistemas, alcançamos um nível onde não se fala mais de entidades físicas e químicas, mas se discutem totalidades de natureza completamente geral”.

<sup>218</sup> BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: Fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. 6 ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 84. Explicita Ludwig von Bertalanffy a noção de interação: “A interação significa que os elementos *p* estão em relações com *R*, de modo que o comportamento de um elemento *p* em *R* é diferente de seu comportamento com *R'*. Se os comportamentos em *R* e *R'* não são diferentes não há interação, e os elementos se comportam independentemente com respeito às relações com *R* e *R'*”.

<sup>219</sup> BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: Fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. 6 ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 175.

<sup>220</sup> “Pode ver-se, por conseguinte, que as propriedades indicadas como características dos sistemas orgânicos são conseqüências da natureza dos sistemas abertos (...) Se o organismo é um sistema aberto, os princípios que se aplicam geralmente aos sistemas desta espécie *devem* aplicar-se a ele (conservação no meio da variação, ordem dinâmica dos processos, equifinalidade, etc.) de modo inteiramente independente da natureza das relações e processos, evidentemente de extrema complexidade, existentes entre os componentes”. (BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: Fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. 6 ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 174, 178)

<sup>221</sup> BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: Fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. 6 ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 97.

A diferenciação garante o progresso dos sistemas abertos<sup>222</sup>. Eles, em seu desenvolvimento, tendem a crescer e diferenciar-se, em uma verdadeira segregação progressiva. Esta é possível por meio da retirada de energia/informação do entorno<sup>223</sup>. O controle desta troca foi esclarecido pela cibernética, que se aplica igualmente à troca de energia/informação dentro do próprio sistema, ao identificar os mecanismos de controle (retroação ou retroalimentação) e transmissão de informação (comunicação)<sup>224</sup>. O ciclo de retroação envolve quatro elementos: *input*, *output*, conversão e *feedback*.

*Input* significa tudo o que entra no sistema, ou seja, a informação captada. Conversão perfaz o caminho entre o que entra e o que sai, significando a propriedade de não só captar a informação, mas de poder elaborar para ela uma resposta. *Output* é a resposta já elaborada, enquanto a conversão apresenta o processo de elaboração. Nesse sentido, a capacidade de conversão é diretamente responsável pela capacidade de sobrevivência. *Feedback* (retroalimentação) descreve a propriedade central do sistema: o *output* religa-se ao *input*, dando a condição de como o sistema continua a persistir e a possibilidade de que o *output* pode ser reintroduzido como *input*. Não há uma distinção essencial entre conversão e *feedback*: aquela se coloca entre o *input* e *output*, este entre o *output* e *input*, ambos respondem à mesma propriedade: auto-regulação do sistema e capacidade de persistência<sup>225</sup>.

Os sistemas abertos são regulados pela equifinalidade que consiste em um mesmo estado final poder ser alcançado partindo de condições iniciais e/ou maneiras díspares<sup>226</sup>. A equifinalidade está estreitamente vinculada à estabilidade dos sistemas, uma vez que, se eles “alcançam um estado estável, este tem um *valor equifinal ou independente das condições iniciais*”<sup>227</sup>.

<sup>222</sup> “O progresso só é possível pela subdivisão de uma ação inicialmente unitária em ações de partes especializadas”. (BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: Fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. 6 ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 102)

<sup>223</sup> Cf. BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: Fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. 6 ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 100.

<sup>224</sup> Cf. BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: Fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. 6 ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 43, 195-196; DEMO, Pedro. *Sociologia. Uma introdução crítica*: São Paulo: Atlas, 1985, p. 53-54.

<sup>225</sup> DEMO, Pedro. *Sociologia. Uma introdução crítica*: São Paulo: Atlas, 1985, p. 54.

<sup>226</sup> Cf. BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: Fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. 6 ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 107-113, p. 175-177.

<sup>227</sup> BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: Fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. 6 ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 176.

O estado estável mantém-se à distância do verdadeiro equilíbrio e portanto é capaz de produzir trabalho, como se dá no caso dos sistemas vivos, por oposição aos sistemas em equilíbrio. O sistema permanece constante em sua composição, a despeito de contínuos processos irreversíveis, importação e exportação, construção e demolição, estarem em ação. O estado estável mostra características regulatórias notáveis, que se tornam evidentes particularmente em sua equifinalidade. Se um estado estável for alcançado por um sistema aberto, é independente das condições iniciais e determinado somente pelos parâmetros do sistema<sup>228</sup>.

Pressupõem os sistemas abertos, desta forma, uma organização. Denomina-se entropia a medida da desordem, com a informação ou entropia negativa permitindo exatamente a medida da ordem ou da organização<sup>229</sup>.

O campo de aplicação dos sistemas abertos, seus princípios e características é, segundo Ludwig von Bertalanffy, amplo, capaz de abranger, por exemplo, a ecologia, a economia e a sociologia<sup>230</sup>.

A Teoria geral dos sistemas promoveu uma verdadeira revolução organísmica. A visão mecanicista do mundo<sup>231</sup>, que enxerga o mundo como um caos<sup>232</sup>, é substituída pela visão organísmica do mundo, que concebe o mundo

---

<sup>228</sup> BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: Fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. 6 ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 186-187.

<sup>229</sup> Cf. BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: Fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. 6 ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 68.

<sup>230</sup> Cf. BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: Fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. 6 ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 195.

<sup>231</sup> Predominante no século XIX e na primeira metade do século XX, tem a física como paradigma da ciência.

<sup>232</sup> “O caos era o jogo dos átomos, frequentemente citado, que, na filosofia mecanicista e positivista, parecia representar a realidade última, sendo a vida um produto acidental de processos físicos e o espírito um epifenômeno. Era o caos quando, conforme a teoria corrente da evolução, o mundo vivo apareceu como um produto do acaso, resultado de mutações casuais e da sobrevivência no moinho da seleção natural. No mesmo sentido, a personalidade humana nas teorias do behaviorismo e da psicanálise era considerada um produto casual da natureza e da educação, de uma mistura de genes e de uma sequência acidental de acontecimentos, desde a primeira infância até a maturidade”. (BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: Fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. 6 ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 239-240)

como organização, sistema<sup>233</sup>. O modelo do homem como robô<sup>234</sup>, centrado na pré-ordenação e reação a estímulos externos<sup>235</sup>, é substituído pelo modelo do homem como sistema, focado na personalidade ativa e criativa do homem, ou seja, “o homem não é um receptor passivo de estímulos provenientes do mundo exterior, mas em sentido muito concreto cria seu universo”<sup>236</sup>. Este panorama ativo e criativo possibilitou a ênfase na cultura humana, “universo criado pelo próprio homem”<sup>237</sup>.

A sociologia não deixou de ser influenciada pela Teoria geral dos sistemas, já que “a ciência social é a ciência dos sistemas sociais”<sup>238</sup>. Ela direciona atenção ao funcionalismo, que consiste no “exame dos fenômenos sociais com relação à ‘totalidade’ a que servem”<sup>239</sup>.

---

<sup>233</sup> “Esta tendência é marcada pela emergência de um feixe de novas disciplinas, tais como a cibernética, a teoria da informação, a teoria geral dos sistemas, as teorias dos jogos, das decisões, das filas e outras. Na aplicação prática é marcada pela análise dos sistemas, engenharia dos sistemas, pesquisa de operações, etc. São diferentes nas premissas básicas, nas técnicas matemáticas e nos propósitos, sendo frequentemente insatisfatórias e às vezes contraditórias. Concordam, porém, em tratar, de uma maneira ou de outra, de ‘sistemas’, ‘totalidades’ ou ‘organização’ e todas elas anunciam uma nova abordagem”. (BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: Fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. 6 ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 240)

<sup>234</sup> Várias teorias apresentam “em comum uma ‘imagem do homem’ que se origina no universo físico-tecnológico, a qual é aceita sem discussão por teorias no universo em outros aspectos antagônicos, tais como o behaviorismo, os modelos dos processos cognoscitivos e do comportamento processados em computadores, a psicanálise e mesmo o existencialismo, imagem que se pode demonstrar ser falsa. Esta é o modelo robô do comportamento humano”. (BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: Fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. 6 ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 241)

<sup>235</sup> “O modelo do homem como robô envolve, predominantemente, as seguintes noções: a) esquema estímulo-resposta (E-R) - o comportamento humano é resultado de estímulos exteriores; b) ambientalismo - forças externas formam a personalidade e o comportamento; c) princípio do equilíbrio - que busca a redução de tensões; d) princípio da economia - com viés utilitário, prega exigências mínimas de energia vital. (cf. BERTALANFFY, Ludwig von., 2012, p. 240-246)

<sup>236</sup> BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: Fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. 6 ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 247, p. 246. Segundo Ludwig von Bertalanffy, este modelo dirige as construções da Psicologia humanista e organísmica e reflete “a acentuação do lado criador dos seres humanos, da importância das diferenças individuais, dos aspectos não utilitários e situados fora dos valores biológicos da subsistência e da sobrevivência, isto é, e muitas coisas mais, acha-se implicado no modelo do organismo ativo”.

<sup>237</sup> BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: Fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. 6 ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 251.

<sup>238</sup> BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: Fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. 6 ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 248.

<sup>239</sup> BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: Fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. 6 ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 250.

O funcionalismo recebe influência direta de Herbert Spencer (1820-1903)<sup>240</sup>. Ele é considerado um dos pioneiros da escola biológica ou sociologia evolucionista. Igualmente, é identificado como responsável pela Teoria funcionalista na Sociologia, pela qual um funcionamento equilibrado da sociedade é obtido por meio da colaboração de seus elementos e merece uma interpretação organicista<sup>241</sup>. A junção destas duas linhas de pensamento conduz a uma lei geral, segundo a qual

a evolução de todos os corpos (e, por analogia, a das sociedades) passa de um estágio primitivo, caracterizado pela simplicidade de estrutura e pela homogeneidade, a estágios de complexidade crescente, assinalados por uma heterogeneidade progressiva das partes, acompanhadas por novas maneiras de integração<sup>242</sup>.

Com base neste funcionalismo sociológico, o funcionalismo penal, em sua vertente teleológica e sistêmica, estrutura a Teoria do delito com base na função da norma, desde uma perspectiva da pena<sup>243</sup>.

### 2.8.1 Funcionalismo Teleológico

No campo penal, o funcionalismo teleológico, valorativo ou moderado tem

<sup>240</sup> Sobre a construção teórica de Herbert Spencer, cf. BOUDON, Raymond, BOURRICAUD, François. *Dicionário crítico de sociologia*. 2 ed. Tradução de Maria Letícia Guedes Alcoforado e Durval Ártico. São Paulo: Ática, 2000, p. 535-543; LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. *Sociologia geral*. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999, p. 167-170; TURNER, Jonathan H. *Sociologia*. Conceitos e aplicações. Tradução de Márcia Marques Gomes Navas. São Paulo: Makron Books, 2000, p. 7; RECASENS SICHES, Luis. *Tratado general de sociologia*. México: Porrúa, 1946, p. 45-47, p. 6-7.

<sup>241</sup> “Spencer ofrece una interpretación organicista de la sociedad; es decir, la compara a un organismo animal; pero lo que a este respecto dice tiene tan sólo un alcance metafórico, pues comprende perfectamente que, en verdad, la índole de las sociedades aunque presente alguna semejanza con la estructura y las funciones de los organismos biológicos, es esencialmente diversa de la de éstos; y que propiamente las sociedades no constituyen auténticos organismos, análogos a los animales, sino otra cosa, la cual, si bien tiene algunas de las características de los organismos, tiene también notorias diferencias con ellos; por lo que aplica a las sociedades la denominación de *supraorganismos*”. (RECASENS SICHES, Luis. *Tratado general de sociologia*. México: Porrúa, 1946, p. 46)

<sup>242</sup> LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. *Sociologia geral*. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999, p. 167-170; TURNER, Jonathan H. *Sociologia*. Conceitos e aplicações. Tradução de Márcia Marques Gomes Navas. São Paulo: Makron Books, 2000, p. 47.

<sup>243</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p.443.

como matriz a Teoria estrutural-funcionalista de Talcott Parsons<sup>244</sup>.

Talcott Parsons (1902-1979)<sup>245</sup> desenvolveu o tipo estrutural-funcional de sistema, ao qual reputou predominante na Teoria sociológica<sup>246</sup>. Como seus antecedentes, aponta a Psicologia dinâmica e clínica<sup>247</sup>, a Antropologia social e cultural<sup>248</sup> e as construções teóricas de Émile Durkheim<sup>249</sup> e Max Weber<sup>250</sup>.

<sup>244</sup> Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 444; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *A concepção significativa da ação*. T. S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do Direito. Tradução de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1.

<sup>245</sup> Sobre a construção teórica de Talcott Parsons, cf. PARSONS, Talcott. *El sistema social*. Tradução de José Jiménez Blanco e José Cazorla Pérez. Madrid: Revista de Occidente, 1966; PARSONS, Talcott. *Ensayos de teoría sociológica*. Tradução de Rubén Masera. Buenos Aires: Paidós, 1967; PARSONS, Talcott. *Hacia una teoría general de la acción*. Traduzido por Rubén Héctor Zorrila. Buenos Aires: Editorial Kapelusz, 1968; PARSONS, Talcott. *La estructura de la acción social*. Estudio de teoría social, com referencia a un grupo de recientes escritores europeos. v. I e II. Traducción al castellano por Juan Jose Caballero y Jose Castillo Castillo. Madrid: Ediciones Guadarrama, 1968; PARSONS, Talcott. *Sociedades*. Perspectivas evolutivas e comparativas. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1969; PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1974; BOUDON, Raymond, BOURRICAUD, François. *Diccionario crítico de sociología*. 2 ed. Tradução de Maria Letícia Guedes Alcoforado e Durval Ártico. São Paulo: Ática, 2000, p. 249-252; DEMO, Pedro. *Sociologia*. Uma introdução crítica: São Paulo: Atlas, 1985, p. 41-52; LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. *Sociologia geral*. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999, p. 167-170; TURNER, Jonathan H. *Sociologia*. Conceitos e aplicações. Tradução de Márcia Marques Gomes Navas. São Paulo: Makron Books, 2000, p. 57-58.

<sup>246</sup> PARSONS, Talcott. *Ensayos de teoría sociológica*. Tradução de Rubén Masera. Buenos Aires: Paidós, 1967, p. 190.

<sup>247</sup> “La teoría psicológica es sumamente importante, en cuanto ofrece un modelo metodológico para la de un sistema social, pero también en cuanto proporciona algunos de los componentes más esenciales de la teoría social”. (PARSONS, Talcott. *Ensayos de teoría sociológica*. Tradução de Rubén Masera. Buenos Aires: Paidós, 1967, p. 196)

<sup>248</sup> “De ahí que fuera probable que, más que ningún outro científico social, el antropólogo, al tratar una sociedade, la viera como un sistema funcional aislado”. (PARSONS, Talcott. *Ensayos de teoría sociológica*. Tradução de Rubén Masera. Buenos Aires: Paidós, 1967, p. 196)

<sup>249</sup> “(...) Durkheim tendió a oponer una teoría ‘sociologista’ de factores a las teorías individualistas de factores vigentes en su época. Pero junto com esta orientación hay em su pensamiento outra tendencia más importante que fue ganando en vigor durante el curso de su carrera. Era ésta un genuino tratamiento estructural-funcional del sistema social, con una clarificación gradual de sus elementos más importantes”. (PARSONS, Talcott. *Ensayos de teoría sociológica*. Tradução de Rubén Masera. Buenos Aires: Paidós, 1967, p. 197)

<sup>250</sup> “En parte Weber puede servir como un caso típico del pensamiento más generalizado de las disciplinas históricas acerca del campo institucional. Pero también, como reacción contra las teorías de fator individualista de su tempo, se aproximó más que ningún otro autor a apoyar el estudio empírico comparativo de las instituciones en un esquema teórico generalizado”. (PARSONS, Talcott. *Ensayos de teoría sociológica*. Tradução de Rubén Masera. Buenos Aires: Paidós, 1967, p. 196)

A Teoria estrutural-funcionalista, como sistema teórico, pauta-se no sistema empírico<sup>251</sup> e possui como elementos conceituais um marco de referência, que é pontos, aspectos, categorias que direcionam a investigação científica, e uma estrutura que se refere ao interrelacionamento dos fenômenos, das unidades de um sistema<sup>252</sup>. Ambos, marco de referência e estrutura, conduzem ao empreendimento de uma análise dinâmica na investigação científica, que tem como desiderato a explicação causal de fenômenos passados, a previsão de fenômenos futuros e a identificação de leis, conceitos gerais que podem se adequar a um número indefinido de fenômenos, situações<sup>253</sup>.

Ao considerar o sistema como um conjunto de elementos interligados, o conceito de função torna-se chave. Ele permite a integração, a relação entre os elementos do sistema e entre este e seu entorno.

O papel fundamentalíssimo que lhe cabe desempenhar consiste em proporcionar critérios sobre a importância dos fatores dinâmicos e dos processos que têm lugar dentro do sistema. (...). O significado do conceito de função implica conceber o sistema empírico como uma “empresa em marcha”. Sua estrutura é aquele sistema de pautas determinadas que, segundo explicita a observação empírica, dentro de certos limites, “tende a manter-se” ou, em uma versão mais dinâmica, “tende a desenvolver-se” de acordo com uma pauta empiricamente constante (por exemplo, a pauta de desenvolvimento de um organismo jovem). O significado funcional, neste contexto, é intrinsecamente teleológico. Um processo ou conjunto de condições “contribui” à manutenção (ou desenvolvimento) do sistema, ou, ao colocar-se em detrimento de sua integração, eficácia etc., resulta “disfuncional”. Deste modo, pois, o que proporciona o equivalente lógico das

---

<sup>251</sup> “Las referencias empíricas de las enunciaciones de hecho no pueden aislarse entre sí, sino que cada una de ellas describe un aspecto o rasgo de un todo interconectado que, tomado en su conjunto, tiene cierto grado de significación independiente como entidad. (...) Este ‘qué’, los fenómenos existentes empíricamente interconectados que constituyen el campo de descripción y análisis de una investigación científica, es lo que se entiende por ‘sistema empírico’”. (PARSONS, Talcott. *Ensayos de teoría sociológica*. Tradução de Rubén Masera. Buenos Aires: Paidós, 1967, p. 184-185)

<sup>252</sup> “Los fenómenos que se encuentran significativamente inter-relacionados, que constituyen un sistema, se encuentran intrinsecamente inter-relacionados a nivel estructural. (...) La estructura es el aspecto ‘estático’ del modo descriptivo de tratamiento de un sistema. Desde un punto de vista estructural, un sistema se compone de ‘unidades’, de subsistemas que potencialmente existen de modo independiente, y de sus mutas relaciones estructurales”. (PARSONS, Talcott. *Ensayos de teoría sociológica*. Tradução de Rubén Masera. Buenos Aires: Paidós, 1967, p. 186)

<sup>253</sup> “La obtención de las dos metas, o aspectos de la misma meta, es un acto unitario”. (PARSONS, Talcott. *Ensayos de teoría sociológica*. Tradução de Rubén Masera. Buenos Aires: Paidós, 1967, p. 186)

equações simultâneas em um sistema plenamente desenvolvido de teoria analítica é a referência funcional de todas as condições particulares e o processo *ao estado do sistema total como uma empresa em marcha*<sup>254</sup>.

O realismo analítico é a postura epistemológica adotada por Talcott Parsons e apregoa que os conceitos gerais desenvolvidos pela ciência devem refletir aspectos do mundo externo objetivo por meio de análise de seus elementos, sempre confrontando analiticamente um elemento com os demais<sup>255</sup>. Com este Realismo analítico de viés neokantiano<sup>256</sup>, ele desenvolve uma Sociologia da ação centrada no sistema de ação.

Este sistema de ação humana possui quatro subsistemas: *a)* sistema cultural, *b)* sistema social, *c)* personalidade do indivíduo e *d)* organismo comportamental. Pode ser ele analisado conforme quatro categorias: *a)* manutenção de padrão, *b)* integração, *c)* realização de objetivos e *d)* adaptação.

Essa classificação de quatro subsistemas muito gerais de ação humana - o organismo, a personalidade, o sistema social e o sistema cultural - é uma aplicação de um esquema geral que pode ser usado em todo o campo da ação, e que empregarei para analisar os sistemas sociais. Esse esquema analisa *qualquer sistema* de ação através das quatro categorias seguintes: 1) a que se refere à manutenção dos padrões mais elevados que controlam ou "governam" o sistema; 2) a integração interna do sistema; 3) sua orientação para a realização de objetivos com relação ao seu ambiente; 4) sua adaptação mais generalizada às condições amplas do ambiente - por exemplo, o ambiente físico, não de ação. No interior dos sistemas de ação, os sistemas culturais se especializam em torno da função de manutenção

<sup>254</sup> "El papel fundamentalísimo, que le cabe desempeñar, consiste en proporcionar criterios sobre la *importancia* de los factores dinámicos y de los procesos que tienen lugar dentro del sistema. (...) La significación del concepto de función implica concebir el sistema empírico como una 'empresa en marcha'. Su estructura es aquel sistema de pautas determinadas que, según lo muestra la observación empírica, dentro de ciertos límites, 'tienden a mantenerse' o, en una versión algo más dinámica, 'tienden a desarrollarse' de acuerdo con una pauta empíricamente constante (por ejemplo, la pauta del desarrollo de un organismo joven). La significación funcional, en este contexto, es intrínsecamente teleológica. Un proceso o conjunto de condiciones 'contribuye' al mantenimiento (o desarrollo) del sistema, o, al ir en detrimento de su integración, eficacia etc., resulta 'disfuncional'. De este modo, pues, lo que proporciona el equivalente lógico de las ecuaciones simultáneas en un sistema plenamente desarrollado de teoría analítica, es la referencia funcional de todas las condiciones particulares y el proceso, *al estado del sistema total como una empresa en marcha*". (PARSONS, Talcott. *Ensayos de teoría sociológica*. Tradução de Rubén Maser. Buenos Aires: Paidós, 1967, p. 188-189) (Tradução livre)

<sup>255</sup> Cf. PARSONS, Talcott. *La estructura de la acción social*. Estudio de teoría social, com referencia a un grupo de recientes escritores europeos. v. I e II. Traducción al castellano por Juan Jose Caballero y Jose Castillo Castillo. Madrid: Ediciones Guadarrama, 1968, p. 886-887.

<sup>256</sup> Harold Garfinkel, orientado por Talcott Parsons na Universidade de Harvard, afirma que o realismo analítico de seu orientador corresponde a uma estrutura epistemológica neokantiana. (Cf. HERITAGE, John C. Etnometodologia. In: GIDDENS, Anthony, TURNER, Jonathan. *Teoria social hoje*. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Editora UNESP, 1999, p. 324-325, p. 328-329)

de padrão; os sistemas sociais, em torno da integração de unidades de ação (indivíduos humanos ou, mais precisamente, personalidades comprometidas com papéis); os sistemas de personalidade, em torno da realização de objetivo; o organismo comportamental, em torno da adaptação<sup>257</sup>.

A ação é um processo que possui caráter teleológico, ou seja, imprime aos elementos concretos uma orientação normativa<sup>258</sup>, uma conformidade com as normas. Mais precisamente, o foco está na ação de um ator individual ou de uma coletividade de atores e na orientação que estes a imprimem. “A ação tem uma orientação quando é guiada pelo significado que o indivíduo lhe confere quanto a suas metas e interesses”<sup>259</sup>. A racionalidade é, pois, tanto maior quanto o processo de ação possui orientação a fins em conformidade com as normas.

O sistema cultural é integrado por um gama de elementos que podem ser paralelamente classificados: a) quanto aos modos de orientação motivacional do autor - cognoscitivo, catético (binômio gratificação/privação) e avaliativo (conforme normas cognoscitivas de veracidade, normas apreciativas de pertinência e normas morais de retidão); b) quanto a orientações culturais básicas<sup>260</sup> - sistemas de ideias ou crenças (solução para problemas cognoscitivos), sistema de símbolos expressivos (solução para problemas de expressão de sentimentos) e sistema de orientação de valor (solução para os problemas de avaliação)<sup>261</sup>. Este último sistema é responsável tanto pelos direitos e obrigações recíprocos na interação

<sup>257</sup> PARSONS, Talcott. *Sociedades. Perspectivas evolutivas e comparativas*. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1969, p. 19.

Conforme salienta Talcott Parsons, “a relação de uma sociedade com o sistema de personalidade difere radicalmente de sua relação com o sistema cultural, pois, na hierarquia cibernética, a personalidade (como o organismo comportamental e o ambiente físico-orgânico) está *abaixo* do sistema social”. (1969, p. 25-26)

<sup>258</sup> “(...) los elementos normativos sólo ‘existen’ en la mente del actor. Pueden resultar accesibles a un observador de cualquier otra forma sólo a través de la realización, que excluye cualquier análisis de su relación causal con la acción. Desde el solo punto de vista objetivo, toda acción es, se recordará, ‘lógica’”. (PARSONS, Talcott. *La estructura de la acción social*. Estudio de teoría social, com referencia a un grupo de recientes escritores europeos. v. II. Traducción al castellano por Juan Jose Caballero y Jose Castillo Castillo. Madrid: Ediciones Guadarrama, 1968, v. II, p. 889-890)

<sup>259</sup> “La acción tiene una orientación cuando es guiada por el significado que el individuo le confiere en relación a sus metas e intereses”. (PARSONS, Talcott. *Hacia una teoría general de la acción*. Traduzido por Rubén Héctor Zorrilla. Buenos Aires: Editorial Kapelusz, 1968, p. 21) (Tradução livre)

<sup>260</sup> Os padrões culturais devem ser vistos “como marcos de referencia, como contenido de la comunicación y como focos de las orientaciones comunes”. (PARSONS, Talcott. *Hacia una teoría general de la acción*. Traduzido por Rubén Héctor Zorrilla. Buenos Aires: Editorial Kapelusz, 1968, p. 29-30)

<sup>261</sup> Cf. PARSONS, Talcott. *Hacia una teoría general de la acción*. Traduzido por Rubén Héctor Zorrilla. Buenos Aires: Editorial Kapelusz, 1968, p. 24-25, p. 39-40.

social quanto pelas normas dos juízos cognoscitivos e avaliativos<sup>262</sup>. A cultura, como responsabilidade normativa, tem como forma elementar o sistema simbólico compartilhado, “um sistema de ‘formas de orientação’ mais aqueles ‘símbolos externos’ que as controlam”<sup>263</sup>.

O sistema social corresponde à interação de um ator (organismo, personalidade e participante de sistemas culturais) com outros atores (organismos, personalidades e participantes de sistemas culturais)<sup>264</sup>. “Como o sistema social é constituído pela interação de indivíduos humanos, cada membro é *ator* (que tem objetivos, idéias, atitudes etc.) e *objeto* de orientação, *tanto* para si mesmo *como* para outros atôres”<sup>265</sup>. (Grifos do autor) O sistema constituído por estas interações sociais, por estas relações sociais, denomina-se estrutura<sup>266</sup>. No sistema social, quatro categorias estruturais ou quatro categorias de componentes estruturais direcionam a análise de qualquer unidade da estrutura: a) valor - entendido como padrão; b) normas - seu foco estrutural é o sistema legal, e apresenta regulação para relações e processos sociais; c) coletividade - categoria de estrutura

---

<sup>262</sup> “Los patrones de la orientación de valor tienen, especialmente, una significación decisiva en la organización de los sistemas de acción, puesto que una clase de ellos define los patrones o normas de los derechos y obligaciones recíprocos que constituyen las expectativas de rol y las sanciones. (Otras clases de la orientación de valor definen las *normas* de los juicios cognoscitivos y apreciativos)”. (PARSONS, Talcott. *Hacia una teoría general de la acción*. Traduzido por Rubén Héctor Zorrilla. Buenos Aires: Editorial Kapelusz, 1968, p. 40)

<sup>263</sup> “(...) un sistema de ‘formas de orientación’ más aquellos ‘símbolos externos’ que las controlan”. (PARSONS, Talcott. *Hacia una teoría general de la acción*. Traduzido por Rubén Héctor Zorrilla. Buenos Aires: Editorial Kapelusz, 1968, p. 34)

<sup>264</sup> “El sistema social está integrado, es claro, por relaciones entre individuos, pero es un sistema que está organizado alrededor de los problemas inherentes que se originan en la interacción social de una pluralidad de actores, más bien que alrededor de los problemas que surgen em relación con la integración de las acciones de un actor individual, que es también un organismo fisiológico”. (PARSONS, Talcott. *Hacia una teoría general de la acción*. Traduzido por Rubén Héctor Zorrilla. Buenos Aires: Editorial Kapelusz, 1968, p. 23-24, p. 41)

<sup>265</sup> PARSONS, Talcott. *Sociedades*. Perspectivas evolutivas e comparativas. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1969, p. 20.

<sup>266</sup> “Una estructura es un conjunto de relaciones de unidades pautadas relativamente estables. Dado que la unidad del sistema social es el actor, la estructura social es un sistema pautado de las relaciones sociales de los actores”. (PARSONS, Talcott. *Ensayos de teoría sociológica*. Tradução de Rubén Maser. Buenos Aires: Paidós, 1967, p. 199)

intrassocial; d) papéis - categoria de estrutura limite<sup>267</sup>. Os papéis ocupam posição singular na estrutura social, unindo pauta generalizada de ação com expectativas normativas. O papel “é aquele setor organizado da orientação de um ator que constitui e define sua participação em um processo interativo”<sup>268</sup>. Os sistemas de expectativas normativas são, por sua vez, denominados instituições.

A personalidade, estreitamente ligada à cultura<sup>269</sup> e ao sistema social, é entendida como “sistema comportamental aprendido”<sup>270</sup> ou “sistema organizado de orientação e motivação da ação de um ator individual”<sup>271</sup>.

Como um ator é geneticamente humano, e como sua aprendizagem ocorre no contexto de um determinado sistema cultural, seu sistema

---

<sup>267</sup> Cf. PARSONS, Talcott. *Sociedades*. Perspectivas evolutivas e comparativas. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1969, p. 36-38.

Consoante Talcott Parsons, “essas quatro categorias estruturais - valores, normas, coletividades, papéis - podem ser ligadas ao nosso esquema de funcionamento geral. Os valores adquirem prioridade no funcionamento de manutenção de padrões de um sistema social. As normas são, fundamentalmente, integrativas; regulam a grande variedade de processos que contribuem para a execução de práticas padronizadas de valor. O funcionamento fundamental da coletividade refere-se à realização efetiva de objetivos, em nome do sistema social. Quando os indivíduos realizam funções *societariamente* importantes, fazem-no como membros da coletividade. Finalmente, a função básica do papel, no sistema social, é adaptativa”. (1969, p. 37)

<sup>268</sup> (...) “es aquel sector organizado de la orientación de un actor que constituye y define su participación en un proceso interactivo”. (PARSONS, Talcott. *Hacia una teoría general de la acción*. Traduzido por Rubén Héctor Zorrilla. Buenos Aires: Editorial Kapelusz, 1968, p. 42) (Tradução livre)

O papel “compreende un grupo de expectativas complementarias acerca de las acciones del actor y de aquellos con quienes interactúa; aquél y éstos poseen tales expectativas”. Ou, mais especificamente, “el rol es el concepto que vincula el subsistema del actor como entidade que se comporta ‘psicológicamente’ respecto de la estructura específicamente *social*”. (PARSONS, Talcott. *Ensayos de teoría sociológica*. Tradução de Rubén Masera. Buenos Aires: Paidós, 1967, p. 199)

<sup>269</sup> “La cultura, aparte de su incorporación en los sistemas de orientación de los actores concretos, y aunque existan como un cuerpo de artefactos y como sistemas de símbolos, no está em si misma organizada como un sistema de acción. Por lo tanto, la cultura se halla, como sistema, sobre un plano diferente del que ocupan los sistemas de personalidades y los sistemas sociales”. (PARSONS, Talcott. *Hacia una teoría general de la acción*. Traduzido por Rubén Héctor Zorrilla. Buenos Aires: Editorial Kapelusz, 1968, p. 24)

<sup>270</sup> PARSONS, Talcott. *Sociedades*. Perspectivas evolutivas e comparativas. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1969, p. 18.

Segundo Talcott Parsons, “como um ator é geneticamente humano, e como sua aprendizagem ocorre no contexto de um determinado sistema cultural, seu sistema comportamental aprendido (que denominarei sua personalidade) tem, em comum com outras personalidades, certos aspectos gerais - por exemplo, a linguagem que habitualmente fala. Por isso, seu sistema comportamental será uma *variação singular* da cultura e de seus padrões específicos de ação. Por isso, é essencial considerar o sistema de personalidade como não-redutível ao organismo ou à cultura - o *que é aprendido* não é parte da ‘estrutura’ do organismo, no sentido usual, nem um aspecto do sistema cultural. Contém um *sistema analiticamente independente*”. (1969, p. 18-19)

<sup>271</sup> “(...) sistema organizado de orientación y motivación de la acción de un actor individual”. (PARSONS, Talcott. *Hacia una teoría general de la acción*. Traduzido por Rubén Héctor Zorrilla. Buenos Aires: Editorial Kapelusz, 1968, p. 23) (Tradução livre)

comportamental aprendido (que denominarei sua personalidade) tem, em comum com outras personalidades, certos aspectos gerais - por exemplo, a linguagem que habitualmente fala. Por isso, seu sistema comportamental será uma *variação singular* da cultura e de seus padrões específicos de ação. Por isso, é essencial considerar o sistema de personalidade como não-redutível ao organismo ou à cultura - o *que é aprendido* não é parte da 'estrutura' do organismo, no sentido usual, nem um aspecto do sistema cultural. Contém um *sistema analiticamente independente*<sup>272</sup>.

A socialização, processo de aprendizagem e manejo da motivação determinada pelo aspecto normativo (valores e normas) por parte do ator, permite a estabilidade e integração do sistema de ação, um verdadeiro consenso social<sup>273</sup>.

Claus Roxin (1931- ), pai do Funcionalismo teleológico, desenvolve o conceito pessoal de ação, apresentando-o como um conceito funcional e unitário<sup>274</sup>. Seu fim político-criminal<sup>275</sup> é identificar o sujeito ao qual pode ser imputada a ação<sup>276</sup>. A unidade da ação é dada pela identidade do aspecto valorativo<sup>277</sup>, ou seja,

---

<sup>272</sup> PARSONS, Talcott. *Sociedades*. Perspectivas evolutivas e comparativas. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1969, p. 18-19.

<sup>273</sup> "A través del proceso de socialización, sin embargo, los sistemas de expectativas se organizan en patrones de selección, en los cuales el criterio efectivo es la significación diferencial de las varias alternativas que concurren en el equilibrio de gratificación-privación del actor. Por lo tanto, decir que un sistema de acción, como tal, tiene un grado de estabilidad, es decir que hay una cierta estabilidad y constancia en sus patrones de elección. La estabilidad y la constancia son los prerrequisitos para el desarrollo de niveles más elevados de la conducta cultural". (PARSONS, Talcott. *Hacia una teoría general de la acción*. Traduzido por Rubén Héctor Zorrila. Buenos Aires: Editorial Kapelusz, 1968, p. 23)

<sup>274</sup> Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 252-253, 255.

<sup>275</sup> "Las finalidades rectoras que constituyen el sistema del Derecho penal sólo pueden ser de tipo políticocriminal, ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho penal. Desde ese punto de vista, las categorías básicas del sistema tradicional se presentan como instrumentos de valoración políticocriminal, por lo que como tales también son irrenunciables para un sistema teleológico". (ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 217-218)

<sup>276</sup> Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I- Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 218.

<sup>277</sup> "Se debe partir de la tesis de que un moderno sistema del Derecho penal há de estar estructurado teleológicamente, o sea, construido atendiendo a finalidades valorativas". (ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I- Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 217)

pela capacidade de determinar algo como não-ação<sup>278</sup>. É, portanto, um conceito normativo<sup>279</sup>.

A ação é “manifestação da personalidade”<sup>280</sup>. Esta manifestação deve ocorrer no mundo exterior e estar submetida ao Eu, que é a “instância condutora anímico-espiritual do ser humano”<sup>281</sup>. Seu conteúdo significativo é obtido considerando o evento em sua totalidade, incluindo “finalidades subjetivas e consequências objetivas, assim como valorações pessoais, sociais, jurídicas e de outro tipo”<sup>282</sup>. A personalidade edifica-se na organização, estrutura ou sistema que permite à pessoa um ajuste ao ambiente<sup>283</sup>, sendo definida por Hans Jürgen

<sup>278</sup> Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I- Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 218, p. 252-253.

<sup>279</sup> Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I- Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 265.

Adverte Claus Roxin que o conceito pessoal de ação “no es normativista, ya que acoge en su campo visual la realidad de la vida lo más exactamente posible y es capaz de considerar en todo momento los últimos conocimientos de la investigación empírica”.

<sup>280</sup> “(...) manifestación de la personalidad”. (ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I- Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 252) (Tradução livre)

<sup>281</sup> “(...) instancia conductora anímico-espiritual del ser humano”. (ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I- Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 252) (Tradução livre)

O Eu ou Ego “é concebido antes de mais nada como um aparelho de regulação e de adaptação à realidade”, e pode ser definido “como um verdadeiro órgão que, sejam quais forem os efetivos fracassos que vier a conhecer, está destinado, por princípio, enquanto representante da realidade, a garantir uma dominação progressiva sobre as pulsões. ‘Esforça-se por fazer reinar a influência do mundo exterior sobre o id e suas tendências, procura colocar o princípio de realidade no lugar do princípio de prazer que reina sem restrições no id. A percepção desempenha para o ego o papel que no id cabe à pulsão’. Como o próprio Freud indica, a distinção entre o ego e o id vai, pois, ao encontro da oposição entre razão e paixões”. (LAPLANCHE, Jean, PONTALIS, Jean-Bertrand Lefebvre. *Vocabulário da psicanálise*. 4 ed. Tradução de Pedro Tamen. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 134-135)

<sup>282</sup> “(...) finalidades subjetivas y consecuencias objetivas, así como valoraciones personales, sociales, jurídicas y de otro tipo”. (ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I- Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 255) (Tradução livre)

<sup>283</sup> Cf. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 6 ed. Tradução da 1 ed. brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução de novos textos por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 882.

Eysenck como “a organização mais ou menos estável e duradoura do caráter, do temperamento, do intelecto e do físico de uma pessoa”<sup>284</sup>.

A omissão como manifestação da personalidade depende de uma expectativa de ação, que, na maioria dos casos, está socialmente fundada e, em alguns casos, depende de sua previsão em tipo legal<sup>285</sup>.

## 2.8.2 Funcionalismo Sistêmico

No campo penal, o funcionalismo estratégico, normativista ou radical tem como matriz a concepção de conduta de Hegel e a Teoria sistêmica ou Estruturalismo funcional de Niklas Luhmann<sup>286</sup>.

Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) desenvolveu um conceito de ação que determinou a origem do conceito de ação em Direito Penal<sup>287</sup>. “A

<sup>284</sup> EYSENCK, H. J. *The structure of human personality*, 1953, p. 2 *apud* ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 6 ed. Tradução da 1 ed. brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução de novos textos por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 882.

Segundo este autor, “caráter designa o sistema de comportamento conativo (*vontade*) mais ou menos estável e duradouro da pessoa. Temperamento designa seu sistema mais ou menos estável e duradouro de comportamento afetivo (*emoção*); intelecto, seu sistema mais ou menos estável e duradouro de comportamento cognitivo (*inteligência*); físico, seu sistema mais ou menos estável e duradouro de configuração corpórea e de dotação neuroendócrina”.

<sup>285</sup> “Por consiguiente, para el concepto de acción aquí defendido también resulta que en parte de las omisiones no son separables acción y tipo, de tal modo que la comprobación de la acción há de adentrarse en el tipo”. (ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 257)

<sup>286</sup> Cf. JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal*. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, tradutores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 187; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 153, p. 444, p. 555-572; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *A concepção significativa da ação*. T. S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do Direito. Tradução de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1.

<sup>287</sup> Cf. RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*. Traducción directa del alemán y notas por José Luis Gusmán Dalbora. Montevideo: Editorial B de F, 2011, p. 117-119; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 121; ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 235-236; JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal*. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, tradutores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 187; VALLEJO, Manuel Jaén. *El concepto de acción en la dogmática penal*, p. 19-22

expressão da vontade como subjetiva ou moral é a ação<sup>288</sup>. Partindo da liberdade<sup>289</sup>, a ação é determinada pelo seu sentido obtido em relação com uma norma<sup>290</sup>. A ação se equipara a imputação do fato completo, em uma estreita relação com a culpabilidade<sup>291</sup>. Neste contexto, a pena visa à estabilidade das normas, é a negação da negação do direito<sup>292</sup>.

A Teoria dos sistemas ou Estruturalismo funcional é desenvolvida por Niklas Luhmann (1927-1998). Os sistemas são autopoieticos, produzem e reproduzem a si mesmos<sup>293</sup>, autorreferentes, possuem “a capacidade de estabelecer relações consigo mesmos e de diferenciar estas relações das relações com seu entorno”<sup>294</sup>, fechados, já que “em sua autodeterminação não permitem nenhuma

---

<sup>288</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 101.

Reforça Hegel que “só quando a vontade moral subjetiva se exterioriza é que há ação”. (1997, p. 102)

<sup>289</sup> “Aquela parte da existência em que o elemento real se junta agora à idéia é a subjetividade da vontade: só na vontade como subjetiva é que a liberdade ou vontade em si pode ser real em ato”. (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 97)

<sup>290</sup> “A pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito. E é preciso acrescentar que, em relação ao próprio criminoso, constitui ela um direito, está já implicada na sua vontade existente, no seu ato. Porque vem de um ser de razão, este ato implica a universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve submeter como ao seu próprio direito”. (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 89)

<sup>291</sup> “Tem, por isso, a vontade o direito de só reconhecer como ação sua aquilo que ela se representou e de, portanto, só se considerar responsável por aquilo que sabe pertencer às condições em que atuou, por aquilo que estava nos seus propósitos”. (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 89)

<sup>292</sup> “Como evento que é, a violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior (...) A violação só tem existência positiva como vontade particular do criminoso. Lesar esta vontade como vontade existente é suprimir o crime, que, de outro modo, continuaria a apresentar-se como válido, e é também a restauração do direito”. (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 88)

<sup>293</sup> Cf. TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 30-34; ENGRÁCIA ANTUNES, José. *Prefácio*. In: TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. (1989, p. X-XI)

<sup>294</sup> “(...) la capacidad de establecer relaciones consigo mismos, y de diferenciar estas relaciones de las relaciones con su entorno”. (LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Traducción de Santiago López Petit y Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós, 1997, p. 44) Cf, também, LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema*. (1997, p. 90-91)

outra forma de processamento<sup>295</sup>, e redutores de complexidade, tarefa alcançada por uma maior complexidade<sup>296</sup>.

A autorreferência permite ao sistema sempre manter uma diferença de seu entorno<sup>297</sup> e possibilita a identificação de três tipos fundamentais de sistema: sistemas vivos, sistemas psíquicos ou pessoais e sistemas sociais. Este último tem a comunicação como ponto chave e os seres humanos como entorno<sup>298</sup>.

São os sistemas sociais que se comunicam. Eles possuem três componentes básicos com a comunicação: informação, que consiste em uma seleção a ser realizada diante de várias alternativas; mensagem, que é a informação comunicada; expectativa de êxito ou fracasso da comunicação<sup>299</sup>.

O Direito é um sistema social e um subsistema da sociedade. Encarrega-se das expectativas normativas, que se processam pelo código binário legal/ilegal e visam uma estabilidade contrafática e a resolução de conflitos<sup>300</sup>.

Günther Jakobs (1937- ), fundador do Funcionalismo sistêmico, define o comportamento como “a inevitabilidade de uma diferença de resultado”<sup>301</sup>. Ele é um supraconceito que abarca a ação ou conduta<sup>302</sup>, que é “a causação individualmente

<sup>295</sup> “(...) en su autodeterminación no permiten ninguna otra forma de procesamiento”. (LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Traducción de Santiago López Petit y Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós, 1997, p. 91) (Tradução livre)

<sup>296</sup> “Sólo el aumento de complejidad puede llevar a una reducción de complejidad. Perspectiva que puede resultar paradójica, pero que es clara en tanto se advierte cómo lo verdaderamente sencillo encierra, siempre, una enorme complejidad; y, por ello, puede permitir una reducción de complejidad”. (IZUZQUIZA, Ignacio. Introducción: la urgencia de una nueva lógica. In: LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Traducción de Santiago López Petit y Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós, 1997, p. 17)

<sup>297</sup> Os sistemas “se constituyen y se mantienen a través de la producción y el mantenimiento de una diferencia con respecto al entorno, y utilizan sus límites para regular esta diferencia”. (LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Traducción de Santiago López Petit y Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós, 1997, p. 50)

<sup>298</sup> Cf. IZUZQUIZA, Ignacio. Introducción: la urgencia de una nueva lógica. In: LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Traducción de Santiago López Petit y Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós, 1997, p. 24-28.

<sup>299</sup> Cf. IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo. Barcelona: Anthropos, 1990, p. 204, p. 208-213.

<sup>300</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.) *Teoría de sistemas y derecho penal*. Fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 71-74.

<sup>301</sup> JAKOBS, Günther. *Tratado de derecho penal*. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, tradutores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 212.

<sup>302</sup> Para Günther Jakobs, somente a ação é denominada conduta. (Cf. JAKOBS, Günther. *Tratado de derecho penal*. do injusto penal e culpabilidade. Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, tradutores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 210)

evitável do resultado”<sup>303</sup>, e a omissão, entendida como “o não-impedimento evitável de um resultado”<sup>304</sup>.

Realidade social e Direito Penal estão interrelacionados, sendo que “o conceito de ação não se busca *antes* da sociedade, e sim *dentro* da sociedade”<sup>305</sup>. O conceito de ação envolve um esquema social de interpretação que se desenvolve por meio de um processo comunicativo, ou seja, pautado na construção da sociedade<sup>306</sup>. A imputação objetiva é o esquema de interpretação comunicativamente relevante que permite o alcance da expressão de sentido, causa individualmente evitável de determinadas consequências<sup>307</sup>, que é a ação<sup>308</sup>. Ela abrange, como instituições dogmáticas, o risco permitido, o princípio da confiança, a proibição de regresso e a competência ou capacidade da vítima<sup>309</sup>. Estas permitem identificar o comportamento social como comportamento vinculado a papéis, no qual os seres humanos “devem administrar um determinado segmento do acontecer

---

<sup>303</sup> JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal*. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, tradutores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 209.

<sup>304</sup> JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal*. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, tradutores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 212.

<sup>305</sup> JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. Colaboração de Lúcia Kalil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 45.

<sup>306</sup> “O conceito de ação que aqui se defende é material em sua relação com uma determinada sociedade. É certo que não fixa de maneira suficiente de qual sociedade se trata, e por isso seu caráter material é derivativo, mas ao menos está claro que se trata de sociedade, e não de peculiaridades individuais”. (JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. Colaboração de Lúcia Kalil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 71)

<sup>307</sup> Estas são “aquelas causas que não se produziram se concorresse uma motivação dominante dirigida a evitar as consequências”. (JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. Colaboração de Lúcia Kalil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 56)

<sup>308</sup> Cf. JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. Colaboração de Lúcia Kalil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 56-59; JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 21-22.

Como adverte Günther Jakobs, “só aquilo que é objetivamente imputável pode denominar-se num sentido geral *ação*”. (JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 22)

<sup>309</sup> Cf. JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 23-31.

social conforme um determinado padrão”<sup>310</sup>.

A motivação dominante da ação deve ser o cumprimento da norma. A “ação é objetivação da falta de reconhecimento da vigência da norma, isto é, a expressão no sentido de que a norma em questão não é a máxima reitora”<sup>311</sup>. A norma é a estrutura da sociedade, um tema social, constituindo sua estabilização a própria estabilização da sociedade<sup>312</sup>. Para que a sociedade exista verdadeiramente, suas normas devem ter vigência<sup>313</sup>, e a violação dessas normas gera, enquanto sejam elas legítimas, um conflito público, legitimador de sua intervenção<sup>314</sup>. A violação de uma norma deve ser realizada por uma pessoa, sendo a culpabilidade pressuposto da ação: “ação é converter a si mesmo em pessoa culpável”, “é a admissão culpável da competência por uma lesão da vigência da norma”<sup>315</sup>.

O contato das pessoas no mundo social envolve expectativas normativas, que conduzem a deveres negativos, cuja inobservância dá lugar aos crimes de domínio ou crimes por responsabilidade por organização, e a deveres positivos, cujo desrespeito enseja os crimes de infração de dever. Os deveres negativos são deveres em virtude de competência de organização, resultam de um *status* geral, envolvem o nexa liberdade de comportamento/responsabilidade pelas consequências e constituem um dever de não causar dano a outrem. Os deveres

---

<sup>310</sup> Cf. JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 22.

Mais precisamente, entende-se como papel “um sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por indivíduos intercambiáveis; trata-se, portanto, de uma instituição que se orienta com base nas pessoas”. (2000, p. 20)

<sup>311</sup> JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. Colaboração de Lúcia Kalil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 64.

<sup>312</sup> Cf. JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís et. al. *Direito Penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 48.

<sup>313</sup> Cf. JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís et. al. *Direito Penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 48.

<sup>314</sup> Cf. RAMOS, Enrique Peñaranda, GONZÁLEZ, Carlos Suárez, MELIÁ, Manuel Cancio. *Um novo sistema do direito penal*. Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 17.

Para Günther Jakobs, a pena “é sempre uma reação a uma violação normativa. Através dessa reação, demonstra-se sempre que se deve respeitar a norma violada”. (JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal*. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, tradutores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 20)

<sup>315</sup> JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. Colaboração de Lúcia Kalil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 70.

positivos, por sua vez, são deveres em virtude de competência institucional, resultam de um *status* especial<sup>316</sup> e constituem deveres de cuidado especial em relação a um bem<sup>317</sup>.

O preponderante para o Direito Penal é esta distinção entre responsabilidade por organização e responsabilidade por instituição, estando ambas relacionadas tanto com a ação como com a omissão.

*Assim, tanto os crimes comissivos, quanto os omissivos conhecem, por um lado, um fundamento da responsabilidade em razão de responsabilidade por organização e, por outro, em razão da responsabilidade institucional; daí se conclui que a dissociação ação-omissão segue tão-somente uma das várias etapas possíveis que atravessam o complexo do objetivamente típico. Uma outra etapa passa, por um lado, pelas possibilidades atinentes à organização e, por outro lado, pelas responsabilidades atinentes à instituição, tanto na comissão, quanto na omissão. Somente essa última etapa atinge o fundamento da responsabilidade, sendo, por isso, a mais importante do ponto de vista material<sup>318</sup>.*

Assim, a diferenciação entre ação e omissão ocorre em função do tipo legal<sup>319</sup>; não se define pelos movimentos corporais ou ausência deles e sim pelo significado do comportamento, que consiste em tornar a pessoa razão determinante de um resultado<sup>320</sup>.

## 2.9 Funcionalismo Redutor

<sup>316</sup> “Este *status* está vinculado a contextos de regulação (pais, tutor, funcionários públicos) pré-formados e disponíveis, no máximo, em limites restritos, ou seja, a instituições”. (JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal*. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, tradutores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 318)

<sup>317</sup> Cf. JAKOBS, Günther. *Ação e omissão no direito penal*. Dois estudos de Günther Jakobs. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 2, p. 4- 5, p. 7-8, p. 35, p. 64-65; JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal*. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, tradutores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 21-24, p. 318-319.

<sup>318</sup> JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal*. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, tradutores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 318-319.

<sup>319</sup> No mesmo sentido, VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 155.

<sup>320</sup> Cf. JAKOBS, Günther. *Ação e omissão no direito penal*. Dois estudos de Günther Jakobs. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 32; JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. Colaboração de Lúcia Kalil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 59-62.

Eugenio Raul Zaffaroni desenvolve o Funcionalismo redutor ou conflitivista com base na Sociologia do conflito<sup>321</sup>.

A utilização do termo Funcionalismo, apesar de não estar sua sistemática assentada na Sociologia funcionalista, é justificada pelo caráter politicamente funcional dos conceitos penais, cujo escopo é a contenção do poder punitivo estatal<sup>322</sup>.

Ao contrário do Funcionalismo, que se foca no consenso, na concordância, na estabilidade, na manutenção padronizada da ordem, a Sociologia do conflito<sup>323</sup> centra-se nas divisões da sociedade, na distribuição de poder, na desigualdade, na luta<sup>324</sup>. Um de seus principais expoentes é Ralf Gustav Dahrendorf

---

<sup>321</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte geral*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 305-306.

<sup>322</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte geral*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 306; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Estructura basica del derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 57. Segundo Eugenio Raul Zaffaroni, “para proteger los valores elementales de la vida comunitaria, el derecho penal debe saber que no regula el poder punitivo, sino que sólo puede - y debe - contenerlo y reducirlo, para que no se extienda aniquilando estos valores”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte geral*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 282)

<sup>323</sup> Sobre a sociologia do conflito, cf. DEMO, Pedro. *Sociologia*. Uma introdução crítica: São Paulo: Atlas, 1985, p. 66-104; GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 6 ed. Tradução de Sandra Regina Netz. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 35; BOUDON, Raymond, BOURRICAUD, François. *Diccionario crítico de sociologia*. 2 ed. Tradução de Maria Leticia Guedes Alcoforado e Durval Ártico. São Paulo: Ática, 2000, p. 77-82.

<sup>324</sup> “Segundo Dahrendorf, poderíamos estereotipar as diferenças principais entre a óptica funcionalista do consenso e da integração social, e a óptica do conflito, em quatro pontos. Começando pela visão funcionalista, seriam os seguintes: 1. Toda sociedade é um sistema (relativamente) constante e estável de elementos (hipótese da estabilidade). 2. Toda sociedade é um sistema equilibrado de elementos (hipótese do equilíbrio). 3. Cada elemento dentro da sociedade contribui ao funcionamento dela (hipótese do funcionalismo). 4. Cada sociedade se mantém graças ao consenso de todos os seus membros acerca de determinados valores comuns (hipótese do consenso). Frente a esta visão, pode-se colocar outra, fundada numa teoria coativa da integração social, simplificada também em quatro pontos: 1. Toda sociedade e cada um de seus elementos está submetido em todo o tempo à mudança (hipótese da historicidade). 2. Toda sociedade é um sistema de elementos contraditórios em si e explosivos (hipótese da explosividade). 3. Cada elemento dentro da sociedade contribui para sua mudança (hipótese da disfuncionalidade e da produtividade). 4. Toda sociedade se mantém graças à coação que alguns de seus membros exercem sobre os outros (hipótese da coação)”. (DEMO, Pedro. *Sociologia*. Uma introdução crítica: São Paulo: Atlas, 1985, p. 67)

(1929-2009), que é adepto da Ideologia<sup>325</sup> reducionista<sup>326</sup>. Segundo ele, a questão do conflito relaciona-se com a distribuição da autoridade e do poder, ou seja, “em todas as sociedades há uma divisão entre aqueles que mantêm a autoridade e aqueles que são largamente excluídos dela, entre os que fazem regras e os que obedecem a elas”<sup>327</sup>.

A Sociologia do conflito, transposta para o Direito Penal, exige que as agências estatais reduzam e controlem o poder punitivo, uma vez que o ser humano é o fim último do Direito Penal<sup>328</sup>. Esta visão antropológica requer uma teorização jurídico-penal:

- (a) que seja personalista (o fim do direito penal é a pessoa e não qualquer ídolo que a transcenda, o que só serve para encobrir sua submissão ao estado de polícia);
- (b) que reconheça no ser humano a capacidade de determinar-se conforme o sentido (o contrário importaria negação do princípio democrático);
- (c) que lhe reconheça sua consciência moral, com a qual sempre chocará o exercício do poder punitivo, como já expresso desde a época clássica na tragédia de Antígona<sup>329</sup>.

Ação, para Eugenio Raul Zaffaroni, é um conceito jurídico que extrai da

<sup>325</sup> Ideologia, “faz décadas, é utilizada apenas em seu sentido marxista: a ideologia é um conjunto de idéias ou de representações (valores, princípios, crenças...) que não se explicam por um processo de conhecimento - a ideologia não é uma ciência -, mas pelas condições históricas da sua produção, numa dada sociedade, especialmente pelo jogo conflitual dos interesses, das alianças e das relações de força”. (COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário filosófico*. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 292)

<sup>326</sup> A ideologia reducionista “pretende que os conflitos importantes do ponto de vista da mudança histórica dizem respeito a este ou àquele tipo particular daquilo que está em jogo”. BOUDON, Raymond, BOURRICAUD, François. *Dicionário crítico de sociologia*. 2 ed. Tradução de Maria Leticia Guedes Alcoforado e Durval Ártico. São Paulo: Ática, 2000, p. 81.

<sup>327</sup> GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 6 ed. Tradução de Sandra Regina Netz. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 35.

<sup>328</sup> Reforça Eugenio Raul Zaffaroni que, como o Estado de Direito “no puede legitimar al estado de policía (sería una contradicción escandalosa), el estado real debe ejercer su poder en forma que lo reduzca y lo controle; será función de las agencias jurídicas exigir del estado real el sometimiento al principio regulativo del estado de derecho, lo que importa una pauta ética del ejercicio del poder, al servicio de la persona (autónoma y consciente)”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte geral*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 281)

<sup>329</sup> “(...) (a) que sea personalista (el fin del derecho penal es la persona y no cualquier ídolo que la trascienda, lo que no hace más que encobrir su sometimiento al estado de policía); (b) que reconozca en el ser humano la capacidad de determinarse conforme a sentido (lo contrario importaría negación del principio democrático); (c) que le reconozca su conciencia moral, con la que siempre chocará el ejercicio del poder punitivo, como lo expresa desde la época clásica la tragedia de Antígona”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte geral*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 281) (Tradução livre)

realidade sua estruturação<sup>330</sup>. A finalidade, como elemento ôntico, é limitador do conceito jurídico-penal de ação, redutor do poder punitivo, e atribui-lhe sentido, bem como permite ao Direito Penal obedecer à máxima constitucional do *nullum crimen sine conducta*<sup>331</sup>. A vontade, que deve ser final, e sua exteriorização são os outros elementos deste conceito jurídico-penal da ação<sup>332</sup>.

Já a omissão é um conceito normativo, pois depende de um tipo legal para existir<sup>333</sup>. E os tipos omissivos são sempre circunstanciados, ou seja, “descrevem o contexto em que a ação diferente da devida tem lugar”<sup>334</sup>. Proíbem, pois, ações diversas daquelas prescritas em suas normas mandamentais, o *agere aliud*.

## 2.10 Conceção Significativa

A matriz filosófica da Conceção Significativa é a Filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein<sup>335</sup>.

<sup>330</sup> “Si bien el presupuesto de la conducta (el ser humano) es ôntico y también es ôntica la conducta humana, ésta *como substantivo del delito* es un concepto jurídico, porque no hay ningún concepto que abarque toda la onticidad de la conducta humana y - por end - que sea válido para todos los saberes, toda vez que la conducta humana (ôntica) es un limite de complejidad nunca explicado por completo”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Estructura basica del derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 63)

<sup>331</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte geral*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 315-316; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Estructura basica del derecho penal*. Aires: Ediar, 2009, p. 63.

<sup>332</sup> “La voluntad humana siempre tiene una dirección o finalidad (se dirige hacia algo), como dato inseparable de la realidad (ôntica). Además, puede o no exteriorizarse; si no se exterioriza, no interesa al concepto jurídico-penal de conducta”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Estructura basica del derecho penal*. Aires: Ediar, 2009, p. 64)

<sup>333</sup> “En el plano pretípico no existen omisiones, sino sólo acciones, debido a que *la omisión no es el puro y simple no hacer* (omisión no es ausencia de acción). Como la omisión no es una mera *no acción*, sino *un no hacer algo* (no hay omisión de nada), siempre habrá que tener una instancia de comparación valorativa”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte geral*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 444)

<sup>334</sup> “(...) describen el contexto en que la acción diferente de la debida tiene lugar”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte geral*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 317) (Tradução livre)

A importância do contexto da ação é ressaltada por dois exemplos: “no es típico *tejer*, sino *tejer frente a un niño que esta pereciendo de hambre y sede*; no es típico *hacer gimnasia*, sino *hacer gimnasia ante una persona que pide auxilio porque se está ahogando*”.

<sup>335</sup> Nas palavras de Tomás Salvador Vives Antón, fundador da concepção significativa, “basta para aclarar que, si en los conceptos básicos he seguido a Wittgenstein, la metodología empleada en la exposición procede de Habermas”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 45)

Ludwig Wittgenstein (1889-1951) pertence à Filosofia analítica<sup>336</sup> que surge no final do século XIX e abarca uma série de correntes filosóficas contemporâneas<sup>337</sup>. Seu procedimento metodológico é a análise<sup>338</sup>. O destaque dado ao meio linguístico e a busca pela interação entre senso comum e método científico são suas características mais marcantes.

Está ele presente nas duas vertentes da Filosofia analítica: a) Semântica clássica (Friedrich Ludwig Gottlob Frege, Bertrand Russel, “primeiro” Ludwig Wittgenstein - *Tractatus Logico-philosophicus*<sup>339</sup> -, George Edward Moore, entre outros) e o Círculo de Viena (Moritz Schlick, Rudolf Carnap, entre outros, fortemente influenciados pelo “primeiro” Ludwig Wittgenstein), afeitos ao Positivismo lógico<sup>340</sup>; b) Filosofia da linguagem ordinária (Gilbert Ryle, “segundo” Ludwig Wittgenstein -

---

<sup>336</sup> Cf. MARCONDES, Danilo. *Filosofia analítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004 - *ebook*; STÖRIG, Hans Joachim. *História geral da filosofia*. 2 ed. Revisão geral de Egar Orth. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 596-598; STEGMÜLLER, Wolfgang. *A filosofia contemporânea: introdução crítica*. 2 ed. Tradução de Adauri Fiorotti, Edwino A. Royer, et al. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 309-372; ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 6 ed. Tradução da 1 ed. brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução de novos textos por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 52-54.

<sup>337</sup> A filosofia analítica “se iniciou na Polônia, nos países anglo-saxões e escandinavos, passando depois aos Estados Unidos e propagando-se finalmente pela Europa continental. Costuma-se indicar sua data de início em 1898, quando Moore publica o artigo ‘The Nature of Judgmente’; seu processo gestativo dura cerca de vinte anos e conclui-se em 1918, com a publicação de *Philosophy of Logical Atomism* de Russel, e 1921, ano do *Tractatus*, de Wittgenstein”. (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 6 ed. Tradução da 1 ed. brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução de novos textos por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 52)

<sup>338</sup> “Na verdade, podemos distinguir na tradição analítica tal como se constituiu historicamente uma multiplicidade de concepções de análise, nem todas excludentes. Temos análise como tradição de uma linguagem imprecisa para uma linguagem lógica isenta de equívocos e ambiguidades; como redução de algo desconhecido ou obscuro a algo conhecido e mais claro; como decomposição de um complexo em seus elementos simples constituintes; como elucidação ou clarificação de algo confuso ou obscuro. Temos análise do conceito, análise da proposição e análise do discurso” (MARCONDES, Danilo. *Filosofia analítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004 - *ebook*)

<sup>339</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. 3 ed. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

<sup>340</sup> O positivismo ou empirismo lógico dedica-se à tarefa de “eliminar a idéia de necessidade sintética, isto é, de uma forma de produção de novos conhecimentos que supostamente independeria da experiência, como se o pensamento fosse capaz de produzir, de maneira autônoma, novos objetos para o conhecimento científico. A interpretação kantiana, que consiste em indicar elementos de natureza transcendental sob a forma de princípios *a priori* da percepção geral, é substituída pela idéia de elementos de natureza lógica, relações e propriedades, que permitem organizar *a priori* a experiência, mas sem qualquer intervenção de formas apreensivas fornecidas por um sujeito epistêmico pré-linguístico”. (MORENO, Arley Ramos. *Introdução a uma pragmática filosófica: de uma concepção de filosofia como atividade terapêutica a uma filosofia da linguagem*. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 2005, p. 18)

*Investigações Filosóficas*<sup>341</sup> -, John Langshaw Austin, entre outros), voltada para o uso comum da linguagem.

Em sua segunda fase<sup>342</sup>, caracterizada pelos textos posteriores ao *Tractatus Logico-philosophicus*, dos quais se destacam as *Investigações Filosóficas*, Ludwig Wittgenstein é o grande representante da Filosofia da linguagem ordinária, com foco na linguagem do cotidiano, na linguagem que ocorre na vida diária, e responsável pelo giro linguístico da Filosofia<sup>343</sup>.

Desenvolve ele, nesta fase, uma Filosofia pragmática da linguagem<sup>344</sup> que considera o significado determinado pelo uso: “o significado de uma palavra é seu uso na linguagem”<sup>345</sup>; “todo signo, *sozinho*, parece morto. O *que* lhe confere

---

<sup>341</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012.

<sup>342</sup> Sobre o “segundo” Ludwig Wittgenstein, cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*; CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. *Wittgenstein: linguagem e mundo*. São Paulo: Annablume, 1998; GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Tradução de Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998; MORENO, Arley Ramos. *Wittgenstein: os labirintos da linguagem: ensaio introdutório*. São Paulo: Moderna; Campinas, SP: Editora da Universidade de Campinas, 2000, p. 54-86; RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 83-263; REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. v. 3. 7 ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 662-669; SCHMITZ, François. *Wittgenstein*. Tradução de Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2004, p. 137-168; STEGMÜLLER, Wolfgang. *A filosofia contemporânea: introdução crítica*. 2 ed. Tradução de Adaury Fiorotti, Edwino A. Royer, et al. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 400-486; STÖRIG, Hans Joachim. *História geral da filosofia*. 2 ed. Revisão geral de Egar Orth. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 569-575; PENCO, Carlo. *Introdução à filosofia da linguagem*. Tradução de Ephraim F. Alves. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006, p. 134-150.

<sup>343</sup> “O fato de a linguagem ter sido colocada no ponto central da filosofia mostra-se como o resultado de um longo desenvolvimento; no entanto, quando se olha para os pensadores particulares, nenhum deles contribuiu certamente mais do que Ludwig Wittgenstein (1889-1951). Seu pensamento conduziu antes de tudo a que se possa falar hoje de uma virada linguística (“linguistic turn”) na filosofia atual”. (STÖRIG, Hans Joachim. *História geral da filosofia*. 2 ed. Revisão geral de Egar Orth. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 569)

<sup>344</sup> Sintaxe, semântica e pragmática são três concepções importantes quando se refere à linguagem. “A sintaxe estuda as relações entre os signos como unidades básicas no processo de formação de complexos como proposições - abstração feita do significado destes signos. Caracteriza-se como uma ciência formal, definindo as regras de formação das proposições, enquanto entidades abstratas, a partir das combinações possíveis entre os signos. (...) A semântica estuda o significado dos signos linguísticos, ou seja, seu modo de relação com os objetos que designam. (...) A pragmática, por sua vez, diz respeito à linguagem em uso, em diferentes contextos, tal como utilizada por seus usuários para a comunicação”. (MARCONDES, Danilo. *A pragmática na filosofia contemporânea*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004 - ebook)

<sup>345</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 38.

vida? - Ele *está vivo* no uso<sup>346</sup>. O significado, pois, não consiste em designar objetos, em descrever a realidade, em uma imagem mental<sup>347</sup>.

O uso está ligado a um contexto<sup>348</sup>. O contexto da ação - da palavra - determina o uso e, assim, o significado da própria ação, palavra. Como há uma multiplicidade de contextos, há uma variedade de usos da ação, da palavra, ou seja, a ação, a palavra apresenta uma família de significados<sup>349</sup>.

Refere-se Ludwig Wittgenstein a estes contextos de usos como jogos de linguagem, que são “a totalidade formada pela linguagem e pelas atividades com as quais ela vem entrelaçada”<sup>350</sup>. Os jogos de linguagem possuem semelhanças entre si, denominadas semelhanças de família ou parentescos de família<sup>351</sup>, e não uma essência, algo comum<sup>352</sup>. Têm como inerente, portanto, uma atividade de

<sup>346</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 173.

<sup>347</sup> “Tem-se em mente que o aprendizado da linguagem consiste em denominar objetos. Ou seja: pessoas, formas, cores, dores, disposições, números etc. Como foi dito - dar nome é semelhante a afixar uma etiqueta em uma coisa. Pode-se chamar isto de preparação para o uso de uma palavra”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 28)

<sup>348</sup> Ludwig Wittgenstein é influenciado pelo princípio do contexto de Frege: “uma palavra só tem significado no contexto de um enunciado”. (PENCO, Carlo. *Introdução à filosofia da linguagem*. Tradução de Ephraim F. Alves. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006, p. 63, p. 136)

<sup>349</sup> “Nesta dificuldade, pergunte-se sempre: Como foi que *aprendemos* o significado desta palavra (“bom”, p. ex.)? A mão de que exemplos; em quais jogos de linguagem? (Então você verá, facilmente, que a palavra deve ter uma família de significados.)” (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. p. 57)

<sup>350</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 19.

<sup>351</sup> “Reconhecemos que o que chamamos ‘proposição’, ‘linguagem’, não é a unidade formal imaginada por mim, mas a família de estruturas mais ou menos aparentadas entre si”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 70)

<sup>352</sup> “Observe, por exemplo, os processos a que chamamos ‘jogos’. Tenho em mente os jogos de tabuleiro, os jogos de cartas, o jogo de bola, os jogos de combate etc. O que é comum a todos estes jogos? - Não diga: ‘*Tem que* haver algo que lhes seja comum, do contrário não se chamariam ‘jogos’ - mas *olhe* se há algo que seja comum a todos. - Porque, quando olhá-los, você não verá algo que seria comum a *todos*, mas verá semelhanças, parentescos, aliás, uma boa quantidade deles. Como foi dito: não pense, mas olhe! - Olhe, por exemplo, os jogos de tabuleiro com seus variegados parentescos. Passe agora para os jogos de cartas: aqui você encontra muitas correspondências com aquela primeira classe, mas muitos traços comuns desaparecem, outros se apresentam. (...) e o resultado desta observação é: vemos uma complicada rede de semelhanças que se sobrepõem umas às outras e se entrecruzam. Semelhanças em grande e em pequena escala. Não posso caracterizar melhor essas semelhanças do que por meio das palavras ‘semelhanças familiares’; pois assim se sobrepõem e se entrecruzam as várias semelhanças que existem entre os membros de uma família; estatura, traços fisionômicos, cor dos olhos, andar, temperamento etc. etc. - E eu direi: os ‘jogos’ formam uma família”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 51-52)

comparação<sup>353</sup>.

Os jogos de linguagem são dependentes da forma de vida<sup>354</sup>, do contexto social, das ações sociais. Forma de vida é “o entrelaçamento entre cultura, visão de mundo e linguagem”<sup>355</sup>. Baseia-se em uma visão antropológica do homem, que está imerso no ambiente cultural, social<sup>356</sup>.

Regras pautadas na forma de vida governam os jogos de linguagem<sup>357</sup>. “Uma regra está aí como uma placa de orientação”<sup>358</sup>. Estas regras constituem a Gramática, que possui uma dupla face: gramática superficial e a gramática profunda<sup>359</sup>. A primeira centra-se na correta construção das frases. A segunda,

---

<sup>353</sup> “Os jogos de linguagem estão aí muito mais como *objetos de comparação*, os quais por semelhança e dissemelhança, devem lançar luz nas relações de nossas linguagens”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 75-76)

<sup>354</sup> “A expressão ‘*jogo de linguagem*’ deve representar aqui que falar uma língua é parte de uma atividade ou de uma forma de vida”, “representar uma linguagem equivale a representar uma forma de vida”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 27, 19)

<sup>355</sup> GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Tradução de Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 173-174.

<sup>356</sup> “Muitas vezes se diz: os animais não falam porque lhes faltam as faculdades espirituais. E isto significa: ‘eles não pensam, por isso não falam’. Mas: eles simplesmente não falam. Ou melhor: eles não empregam a linguagem - se não levarmos em conta as formas de linguagem mais primitivas. - Ordenar, perguntar, contar, conversar, fazem parte de nossa história natural assim como andar, comer, beber, brincar”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 28)

<sup>357</sup> “O jogo deve ser determinado pelas regras!” (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 202)

<sup>358</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 61.

Pontua Hans-Johann Glock que “regras são padrões de correção; não descrevem, por exemplo, como as pessoas falam, mas definem o que é falar com sentido e corretamente”. (GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Tradução de Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 312)

<sup>359</sup> “No uso de uma palavra, poder-se-ia fazer a distinção entre uma ‘gramática superficial’ e uma ‘gramática profunda’. No uso de uma palavra, o que se fixa em nós, imediatamente, é o modo de sua aplicação na *construção da frase*, a parte de seu uso - poder-se-ia dizer - que se pode apreender com o ouvido. - E compare agora a gramática profunda, por exemplo, da palavra ‘ter-em-mente’ com aquilo que sua gramática superficial nos faria supor. Não é de admirar que se julgue difícil estar por dentro”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 225)

correspondente à Pragmática wittgensteiniana no uso das expressões<sup>360</sup>.

Compreender uma regra é saber quando é necessário obedecê-la ou infringi-la<sup>361</sup>. Seguir uma regra corresponde a cumprir uma ordem<sup>362</sup>, e é uma prática, exige regularidade<sup>363</sup>. A intencionalidade, mesmo que virtual, é o que difere “seguir uma regra” de “agir de acordo com uma regra”.

Se um agente segue uma regra ao realizar o ato de  $\theta$ , a regra deve ser parte de sua razão para realizar esse ato, e não somente uma CAUSA. É preciso que ele pretenda seguir a regra. Entretanto, essa intencionalidade é apenas virtual. Não é que ele precise pensar na formulação da regra, ou consultá-la, enquanto realiza o ato de  $\theta$ ; basta que lhe seja possível apresentá-la, para justificar ou explicar esse ato. Isso exclui a idéia de regras que sejam completamente ignoradas pelo agente<sup>364</sup>.

Tomás Salvador Vives Antón (1939- ) foi quem formulou a Conceção<sup>365</sup>

<sup>360</sup> Afirma Ludwig Wittgenstein que está claro que “não *aspiramos* a um ideal: Como se nossas proposições habituais e vagas não tivessem ainda um sentido irrepreensível, e uma linguagem perfeita estivesse ainda por ser construída”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 68)

<sup>361</sup> “Somente na compreensão se diz que temos que fazer ISTO”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 173)

<sup>362</sup> “Seguir uma regra é análogo a cumprir uma ordem. Treina-se para isto e reage-se à ordem de uma maneira determinada. (...) ‘A ordem ordena o seu cumprimento’. Ela conhece assim seu cumprimento, antes mesmo de ele estar presente? - Mas esta era uma proposição gramatical, e ele diz: se a ordem reza ‘Faça isto e aquilo!’, então, chama-se ‘fazer isto e aquilo’ de cumprir a ordem”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 114, 179)

<sup>363</sup> “Não é possível um único homem ter seguido uma regra uma única vez. Não é possível uma única comunicação ter sido feita, uma única ordem ter sido dada ou entendida uma única vez etc. - Seguir uma regra, fazer uma comunicação, dar uma ordem, jogar uma partida de xadrez, são hábitos (usos, instituições)”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 113)

<sup>364</sup> GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Tradução de Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 313.

<sup>365</sup> “Según la vieja terminología escolástica, concepto es el conjunto de características comunes a un género. Ese uso de <<concepto>>, inaplicable por definición a las acciones, que resultan lógicamente irreducibles a un género común; (...) Por eso hablo *concepción* significativa, refiriéndome así a un punto de vista desde el cual las distintas acciones aparecen unidas por una serie de parentescos, por un *aire de familia, que no puede definirse*”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 537)

Significativa<sup>366</sup>. Esta envolve o sentido dos atos humanos, a interpretação de contextos sociais e o seguir uma regra. A ação deve ser entendida como sentido, significado de um substrato, como sentido, significado social. Ontologicamente, o sentido, significado, não existe, não consiste em “nenhuma classe de objeto do mundo que percebemos, limitando-se a significar”<sup>367</sup>. Enquanto os fatos são descritos e explicam-se mediante leis físicas, biológicas, químicas, entre outras, as ações possuem sentido, significado e são interpretadas conforme regras gramaticais. Portanto, a ação é o “processo simbólico regido por normas”, o “significado social da conduta expressado linguisticamente”<sup>368</sup>.

Para o Direito Penal, a ação significativa é a ação concreta tipificada e identificada por seu sentido, significado<sup>369</sup>. O tipo de ação “é uma regulação do sentido da ação mesma, que a identifica como pertencente a uma classe de ações

---

<sup>366</sup> Sobre a concepção significativa da ação, cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *A concepção significativa da ação*. T. S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do Direito. Tradução de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 29-66; RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008; ORTS BERENGUER, Enrique, GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de derecho penal. Parte General*. 3 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011; BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa. Uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem*. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013; GORRÍZ ROYO, Elena Maria. *El concepto de autor en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 47-54; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 17 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 287-290; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, arts. 1º a 120. v. 1. p. 342-343.

<sup>367</sup> “(...) ninguna clase de objeto del mundo que percibimos, sino que se limita a significar”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 223-224) (Tradução livre)

<sup>368</sup> “(...) proceso simbólico regido por normas”, “(...) significado social de la conducta, expresado lingüísticamente”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 221) (Tradução livre)

Esclarece Tomás Salvador Vives Antón que, “me proponho, en consecuencia, concebir las acciones como interpretaciones que, según los distintos tipos de reglas sociales, pueden darse ao comportamiento humano. Definiré, pues, la acción, no como *substrato* conductual susceptible de recibir un sentido, sino como *sentido* que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados comportamientos humanos. Se opera, así, un *giro copernicano* en la teoría de la acción: ya no es el *sustrato de un sentido*; sino, a la inversa, el *sentido de un sustrato*”.

<sup>369</sup> Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 542.

delimitadas pelo tipo<sup>370</sup>. O significado como uso, o uso comum da linguagem determina o sentido<sup>371</sup>. Desta forma, a ação é o momento básico da tipicidade<sup>372</sup> e o tipo de ação constitui o centro da Teoria do delito<sup>373</sup>.

Na Concepção Significativa, a ação passa por um processo de objetivação, com independência da intenção subjetiva, ao ser entendida “como significado atribuído socialmente - juridicamente - a certos movimentos corporais ou a certas ausências deles”<sup>374</sup>. A capacidade de coordenar os movimentos corporais mediante ideias é imprescindível para a ação significativa, com a capacidade de ação sendo adquirida ao longo da vida social por meio da linguagem<sup>375</sup>.

Assim como a ação, a omissão é determinada pelo sentido, significado social<sup>376</sup>. O tipo de omissão é constituído pelo fato omissivo, ou seja, pelo “conjunto de circunstâncias objetivas e externas, nas quais se configura uma determinada posição de dever a partir da qual podemos dizer que omite quem não atua no

---

<sup>370</sup> “El tipo de acción es una regulación del sentido de la acción misma, que la identifica como perteneciente a la clase de acciones delimitada por el tipo”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 287) (Tradução livre)

<sup>371</sup> Fica claro que Tomás Salvador Vives Antón segue o “segundo Wittgenstein”. Cf, VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 45, p. 549-550.

<sup>372</sup> “La acción es, pues, el *momento básico de la tipicidade*, del que depende, incluso, la configuración objetiva de la materia tipificada: sólo a partir de que hay acción cabe plantearse el problema de si, y hasta qué punto, es posible la imputación de un sentido determinado (de una determinada <<descripción de la conducta>> - para usar la terminología de Davidson -) al autor”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 290)

<sup>373</sup> Cf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 38.

<sup>374</sup> “(...) como significado atribuido socialmente - juridicamente - a ciertos movimientos corporales o a cierta ausencia de ellos”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 259) (Tradução livre)

<sup>375</sup> “A ese nuevo carácter de acción significativa de la conducta humana mediada por símbolos, adquirido en el proceso de la evolución biológica y social, corresponde, a su vez, una capacidad nueva, inexistente hasta entonces en el mundo natural: la capacidad de regir los movimientos corporales mediante *ideas* (conocimientos, razones, predicciones, etc.)”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 223)

<sup>376</sup> “El problema de la omisión es, como el de la acción, un problema de *sentido*, no de sustrato, y, por consiguiente, el <<concepto>> de omisión no puede remitirse a la intención subjetiva, porque el significado (de lo que hacemos o de lo que dejamos de hacer) no depende de nuestras intenciones”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 258)

sentido esperado pelo ordenamento”<sup>377</sup>. Uma situação ou posição de espera de um agir prevista tipicamente é que dá sentido à omissão, que possui contornos normativos e que passa, como a ação, por um processo de objetivação<sup>378</sup>.

A omissão pode, pois, ser conceituada como ação<sup>379</sup>. Tanto ação como omissão são interpretações, são determinadas pelo sentido, pelo significado e, exatamente por isto, independem de um substrato fático.

Dito de outro modo: os homens *atuam* - não se limitam a produzir *atos* - porque podemos interpretar seus movimentos corporais em função de razões, crenças, desejos e fins. O que faz que a ação seja tal - e não um simples fato - é, pois, uma *interpretação* - algo que não é nada, que não existe independentemente como tal. Ações e omissões coincidem nesse não *ser* nada, nesse serem somente formações de sentido que podem abarcar tanto o movimento corporal como sua ausência e que dirigem aquele e esta aos fins de quem os levam a cabo<sup>380</sup>.

Francisco Muñoz Conde (1945- ) propõe um conceito de ação com base ontológica e valorativa<sup>381</sup>. O conceito de ação final está matizado pelo conceito expressivo ou significativo de ação<sup>382</sup>. A ação é uma ação humana regida pela

<sup>377</sup> “(...) conjunto de circunstancias objetivas y externas, en las que se configura una determinada posición de deber, a partir de la cual podemos decir que quien no actúa en el sentido esperado por el ordenamiento, omite”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 290-291) (Tradução livre)

<sup>378</sup> “El significado de mi omitir no resultará, pues, determinado por el fin que, subjetivamente, pudiera perseguir al abstenerme de actuar, sino por lo que, desde las distintas perspectivas sociales, podía esperarse que hiciera”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 257)

<sup>379</sup> “Pues bien, una vez que se há afirmado que las acciones son sentidos y no sustratos, no puede haber ninguna duda acerca de que una omisión, es decir, una absoluta falta de sustrato conductual, una ausencia absoluta de movimientos corporales, *puede perfectamente ser categorizada como acción*”. (RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 415)

<sup>380</sup> “Dicho de otro modo: los hombres *actúan* - no se limitan a producir *hechos* - porque podemos interpretar sus movimientos corporales en función de razones, creencias, deseos y fines. Lo que hace que la acción sea tal - y no un simple hecho - es, pues, una interpretación - algo que no es nada, que no existe independientemente como tal -. Acciones y omisiones coinciden en ese *no ser* nada, en esse ser sólo formaciones de sentido que pueden predicarse tanto del movimiento corporal como de su ausencia y que dirigen aquél y ésta a los fines de quien las lleva a cabo”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 603) (Tradução livre)

<sup>381</sup> Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8 ed. revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 217.

<sup>382</sup> Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8 ed. revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 216, 219.

vontade e direcionada a um fim<sup>383</sup>. No entanto, para a determinação da ação, é imprescindível verificar também o contexto intersubjetivo, que permite a valoração da ação em sua globalidade<sup>384</sup>. O contexto intersubjetivo é que possibilita o alcance de um sentido, significado comunicativo, social e jurídico da ação<sup>385</sup>.

Omissão é a não realização de uma ação determinada. A omissão em si não existe<sup>386</sup>, podendo ser definida somente com o critério normativo da ação esperada<sup>387</sup>. Para tanto, imprescindível o contexto intersubjetivo, a utilização do conceito expressivo ou significativo de ação. Entretanto, a omissão possui uma estrutura ontológica, igualmente presente na ação, que é a possibilidade de ação<sup>388</sup>.

## 2.11 Conceito Comunicativo

A matriz filosófica do Conceito Comunicativo é a Teoria da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas<sup>389</sup>.

<sup>383</sup> Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8 ed. revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 215.

<sup>384</sup> Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8 ed. revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 219.

<sup>385</sup> Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8 ed. revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 218.

Como advierte Francisco Muñoz Conde, “para valorar una acción de tocamiento de órganos genitales hay que situarla en un contexto, que nos permite diferenciar lo que es un mero acto de exploración urológica o un delito de abusos sexuales. Objetivamente (causalmente) considerados, estos hechos son completamente neutros; la finalidad que tienen la persona que los realiza es en estos casos difícil de probar y sólo podemos deducirla de un determinado contexto, que es el que les da su significado”.

<sup>386</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8 ed. revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 238.

<sup>387</sup> Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8 ed. revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 218, 238-239.

<sup>388</sup> “Omisión no es un simple no hacer nada, sino no realizar una acción que el sujeto está en situación de poder hacer”. (MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8 ed. revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 238)

<sup>389</sup> A utilização do termo “conceito comunicativo” deve ser reservada para os conceitos que se edificam na teoria habermasiana. (Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 538)

Jürgen Habermas (1929- )<sup>390</sup> também é representante da Filosofia da linguagem, integrando o giro linguístico e o giro pragmático da Filosofia com sua Teoria da ação comunicativa<sup>391</sup>. Para tanto, percorreu as teorias de Ludwig Wittgenstein, Max Weber, George Herbert Mead, Émile Durkheim e Talcott Parsons<sup>392</sup>.

Racionalidade é a “disposição dos sujeitos capazes de falar e de agir para adquirir e aplicar um saber falível”<sup>393</sup>. A racionalidade comunicativa está presente

---

<sup>390</sup> Sobre Jürgen Habermas e a teoria da ação comunicativa, cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999; HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, II. Crítica da razão funcionalista*. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1992; HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: Doze lições*. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 411-453; HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 161-186; REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. 3 ed. Tradução de Vilmar Schneider. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 9-19, p. 44-63.

<sup>391</sup> Quanto à teoria da ação comunicativa, “el interés metodológico por una fundamentación de las ciencias sociales en una teoría del lenguaje se ha visto sustituido por un interés sustancial. La teoría de la acción comunicativa no es una metateoría, sino el principio de una teoría de la sociedad que se esfuerza por dar razón de los cánones críticos de que hace uso. Entiendo el análisis de las estructuras generales de la acción orientada al entendimiento no como una continuación de la teoría del conocimiento de otros médios”. (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, p. 9)

<sup>392</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, p. 11; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 164-165. Como frisa Walter Reese-Schäfer, “criar linguisticamente a conexão entre as formas mais desenvolvidas e mais refletidas das ciências sociais e os princípios filosóficos atuais - essa é a intenção de Habermas. Seu método pretende tornar compatíveis linguagens teóricas distintas”. (REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. 3 ed. Tradução de Vilmar Schneider. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p.12)

<sup>393</sup> HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade. : Doze lições*. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 437.

Em outra oportunidade, Jürgen Habermas define racionalidade como “una disposición de los sujetos capaces de lenguaje y de acción. Se manifiesta en formas de comportamiento para las que existen en cada caso buenas razones”. (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, p. 42)

quando, em um processo comunicativo social, por meio da linguagem<sup>394</sup>, aqueles em interação estão focados em um entendimento recíproco<sup>395</sup>.

No processo comunicativo, cada participante sustenta uma determinada posição, ou seja, possui uma pretensão de validade. Diante da pretensão de validade levantada implícita ou explicitamente por um participante, ao outro cabe, apresentando suas razões, aceitá-la ou rechaçá-la<sup>396</sup>. São quatro as pretensões de validade: verdade (ligada à verdade de uma proposição), correção normativa (referente a uma retidão normativa de uma forma de atuar ou pretensão jurídica), adequação (relacionada à aplicação de valores padrões) e inteligibilidade (considera a correção no uso dos meios de expressão, dos meios linguísticos)<sup>397</sup>. Uma análise semântica dos enunciados pode ser dirigida pelas pretensões de validade:

As orações descritivas que, no sentido mais amplo, servem à constatação de fatos, podem ser defendidas ou negadas sob o aspecto de verdade de uma proposição; as orações normativas ou orações de dever, que servem à justificação de ações, sob o aspecto de retidão (o de <<justiça>>) de uma forma de atuar; as orações avaliativas (os juízos de valor), que servem à valoração de algo, sob o aspecto de adequação aos valores padrões (ou sob o aspecto do <<bom>>), e as explicações de regras geradoras, que servem à explicação de operações tais como falar, classificar, calcular,

---

<sup>394</sup> “Para prevenir malentendidos quiero hacer hincapié en que el modelo comunicativo de acción no equipara acción y comunicación. El lenguaje es un medio de comunicación que sirve al entendimiento, mientras que los actores, al entenderse entre sí para coordinar sus acciones, persigue cada uno determinadas metas”. (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, p. 145)

<sup>395</sup> Salienta Jürgen Habermas que, “no paradigma do entendimento recíproco é fundamental a atitude performativa dos participantes da interação que coordenam seus planos de ação ao se entenderem entre si sobre algo no mundo”. (HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: Doze lições*. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 414)

<sup>396</sup> “Una pretensión de validez puede ser planteada por un hablante frente a (por lo menos) un oyente. De ordinario esto acaece implícitamente. (...) Una *pretensión de validez* equivale a la afirmación de que se cumplen las *condiciones de validez* de una manifestación o emisión. Lo mismo si el hablante plantea su pretensión de validez implícitamente que si lo hace de manera explícita, el oyente no tiene más elección que aceptar la pretensión de validez, rechazarla, o dejarla en suspenso por el momento. (...) las posturas de afirmación o negación frente a pretensiones de validez significan que el oyente asiente *com razones*, o no asiente, a una pretensión de validez susceptible de crítica”. (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, p. 63)

<sup>397</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, p. 64; FABRA, Pere. *Habermas: lenguaje, razón y verdad: los fundamentos del cognitivismo en Jürgen Habermas*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 118-121.

deduzir, julgar etc., sob o aspecto da inteligibilidade ou correção formal das expressões simbólicas<sup>398</sup>.

As pretensões de validade referem-se a três mundos diversos<sup>399</sup>: mundo objetivo (estado de coisas), mundo social (conjunto de relações interpessoais legitimamente reguladas) e mundo subjetivo (vivências subjetivas). O primeiro liga-se à pretensão de verdade; o segundo, à pretensão de correção normativa; o terceiro, à pretensão de veracidade<sup>400</sup>. Estes conceitos formais de mundo<sup>401</sup> orientam, ao auxiliar na definição de contextos, a interpretação intersubjetiva inerente ao processo comunicativo, de forma a permitir um entendimento mútuo e o alcance de um acordo<sup>402</sup>.

Incumbe-se a Teoria da argumentação de tornar claras as pretensões de validade com uma lógica (lógica da argumentação ou lógica informal) de tipo não dedutivo, pautada nas unidades pragmáticas (atos de fala) que compõem os

---

<sup>398</sup> “Las oraciones descriptivas que, en el sentido más lato, sirven a la constatación de hechos pueden ser aseveradas o negadas bajo el aspecto de verdad de una proposición; las oraciones normativas u oraciones de deber que sirven a la justificación de acciones, bajo el aspecto de rectitud (o de <<justicia>>) de una forma de actuar; las oraciones evaluativas (los juicios de valor) que sirven a la valoración de algo, bajo el aspecto de adecuación de los estándares de valor (o bajo el aspecto de lo <<buono>>), y las explicaciones de reglas generativas que sirven a la explicación de operaciones tales como hablar, clasificar, calcular, deducir, juzgar, etc., bajo el aspecto de inteligibilidad o corrección formal de las expresiones simbólicas”. (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I*. Racionalidad de la acción y racionalización social. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, p. 64-65) (Tradução livre)

<sup>399</sup> “En primer lugar voy a substituir el concepto ontológico de mundo por un concepto de mundo planteado en términos de teoría de la constitución de la experiencia y adoptar la pareja conceptual <<mundo>> e <<mundo de la vida>>”. (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I*. Racionalidad de la acción y racionalización social. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, p. 119)

<sup>400</sup> “El hablante pretende, pues, verdad para los enunciados o para las presuposiciones de existência, rectitud para las acciones legitimamente reguladas y para el contexto normativo de éstas, y veracidad para la manifestación de sus vivencias subjetivas”. (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I*. Racionalidad de la acción y racionalización social. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, p. 144)

<sup>401</sup> Cf. FABRA, Pere. *Habermas: lenguaje, razón y verdad: los fundamentos del cognitivismo en Jürgen Habermas*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 122-123.

<sup>402</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I*. Racionalidad de la acción y racionalización social. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, p. 103-104.

Pontua Jürgen Habermas que “en esse proceso los conceptos de los tres mundos actúan como un sistema de coordenadas que todos suponen en común, en que los contextos de la situación pueden ser ordenados de suerte que se alcance un acuerdo acerca de qué es lo que los implicados pueden tratar en cada caso como un hecho o como una norma válida o como una vivencia subjetiva”.

argumentos<sup>403</sup>. São três os aspectos do discurso argumentativo: como processo (engloba “as estruturas de uma situação ideal de fala especialmente imunizada contra a repressão e desigualdade”<sup>404</sup>), como procedimento (abarca “as estruturas de uma competição, ritualizada, pelos melhores argumentos”<sup>405</sup>) e como produção de argumentos pertinentes (reúne “as estruturas que definen a forma interna dos argumentos e as relações que os argumentos guardam entre si”<sup>406</sup>).

Jürgen Habermas apresenta quatro conceitos de ação importantes em termos sociológicos: ação teleológica, ação normativa, ação dramática e ação comunicativa<sup>407</sup>.

O modelo teleológico de ação concebe a linguagem como um meio dentre vários outros, através do qual os locutores orientados em relação a seu

---

<sup>403</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, p. 43.

Nas palavras de Jürgen Habermas, “si la validez de las emisiones o manifestaciones ni puede ser objeto de una reducción empirista ni tampoco se la puede fundamentar en términos absolutistas, las cuestiones que se plantean son precisamente aquellas a que trata de dar respuesta una *lógica de la argumentación*”. (1999, p. 46)

<sup>404</sup> “(...) las estructuras de una situación ideal de habla especialmente inmunizada contra la represión y la desigualdad”. (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, p. 48) (Tradução livre)

Precisa Jürgen Habermas que “bajo este aspecto la argumentación puede entenderse como una *continuación con otros medios, ahora de tipo reflexivo, de la acción orientada al entendimiento*”. (1999, p. 46)

<sup>405</sup> “(...) las estructuras de una competición, ritualizada, por los mejores argumentos”. (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, p. 48) (Tradução livre) Nesta competição, “el proceso discursivo de entendimiento está regulado de tal modo en forma de una división cooperativa del trabajo entre proponentes y oponentes, que los implicados tematizan una pretensión de validez que se há vuelto problemática y, exonerados de la presión de la acción y experiencia, adoptando una actitud hipotética, examinan con razones, y sólo con razones, si procede reconocer o no la pretensión defendida por el proponente”. (1999, p. 46-47)

<sup>406</sup> “(...) las estructuras que definen la forma interna de los argumentos y las relaciones que los argumentos guardan entre sí”. (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, p. 48) (Tradução livre)

Por argumentos se entende “los medios con cuya ayuda puede obtenerse un reconocimiento intersubjetivo para la pretensión de validez que el proponente plantea por de pronto de forma hipotética, y con los que, por tanto, una opinión puede transformarse en saber”. (1999, p. 47)

<sup>407</sup> “El concepto teleológico de acción fue utilizado primero por los fundadores de la economía política neoclásica para desarrollar una teoría de la decisión económica y por Neumann y Morgenstern para una teoría de los juegos estratégicos. El concepto de acción regulado por normas adquirió una significación paradigmática en el desarrollo de la teoría sociológica, a través de Durkheim y Parsons; el de acción dramática, a través de Goffman, y el acción comunicativa, a través primero de Mead y después a través de Garfinkel”. (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, p.124)

próprio sucesso influem uns sobre os outros a incitar o participante a formar ou a conceber as opiniões ou intenções em relação a seus próprios interesses. (...). O modelo normativo de ação pressupõe a linguagem como um meio que transmite valores culturais e forma o substrato de um consenso que se reproduz, simplesmente, com cada ato renovado de intercompreensão. (...). O modelo dramatúrgico de ação pressupõe a linguagem como meio de autoencenação. (...). Somente o modelo de ação comunicativa pressupõe a linguagem como um meio não truncado de intercompreensão, onde o locutor e o ouvinte, partindo do horizonte interpretado de seu mundo de vida, referem-se a algo do mundo objetivo, social e subjetivo, com o fim de negociar as definições comuns de situações. Este conceito interpretativo de linguagem é o que está subjacente às distintas tentativas de pragmática formal<sup>408</sup>.

A ação teleológica converte-se em ação estratégica quando um agente, pautado em seus próprios interesses, coordena sua ação com base na ação ou expectativa de uma ação de, pelo menos, outro agente<sup>409</sup>. Na ação estratégica, a racionalidade orientada ao fim conduz a um egocentrismo e a linguagem natural é reduzida a um meio para transmissão de informações<sup>410</sup>.

Na ação comunicativa, a linguagem<sup>411</sup> é voltada para um consenso a ser alcançado por meio de um entendimento intersubjetivo sobre uma pretensão de

---

<sup>408</sup> “El modelo teleológico de acción concibe el lenguaje como un medio más a través del cual los hablantes que se orientan hacia su propio éxito, pueden influir los unos sobre los otros con el fin de mover al oponente a fomarse las opiniones o a concebir las intenciones que les convienen para sus propios propósitos. (...) El modelo normativo de acción concibe el lenguaje como un medio que transmite valores culturales y que es portador de un consenso que simplemente queda ratificado con cada nuevo acto de entendimiento. (...) El modelo de acción dramatúrgica presupone el lenguaje como medio en que tiene lugar la autoescenificación; el significado cognitivo de los componentes proposicionales y el significado interpersonal de los componentes ilocucionarios queda difuminado en favor de sus funciones expresivas. (...) Sólo el concepto de acción comunicativa presupone el lenguaje como um medio de entendimiento si más abreviaturas, en que hablantes y oyentes se refieren, desde el horizonte preinterpretado que su mundo de la vida representa, simultaneamente a algo en el mundo objetivo, en el mundo social y en el mundo subjetivo, para negociar definiciones de la situación que puedan ser compartidas por todos. Este concepto interpretativo de lenguaje es el que subyace a las distintas tentativas de pragmática formal”. (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I*. Racionalidad de la acción y racionalización social. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, p. 137-138) (Tradução livre)

<sup>409</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I*. Racionalidad de la acción y racionalización social. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, p. 122.

Na ação estratégica, os contextos de interação “resultam exclusivamente da influência recíproca de atores que se posicionam uns em relação aos outros, levados pelo sucesso”. (HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 83)

<sup>410</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 71.

<sup>411</sup> “Si realizásemos el análisis en detalle, quedaría de manifiesto cuánto debe el concepto de acción comunicativa a las investigaciones de filosofía del lenguaje que parten de Wittgenstein”. (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I*. Racionalidad de la acción y racionalización social. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, p. 139)

validade<sup>412</sup>. A racionalidade comunicativa estrutura-se em uma integração social que tem a linguagem natural como fonte<sup>413</sup>. Apenas a ação comunicativa é capaz de superar o atomismo da ação estratégica.

(...) o agir comunicativo e o estratégico como duas variantes da interação mediada pela linguagem. No entanto, somente ao *agir comunicativo* é aplicável o princípio segundo o qual as limitações estruturais de uma linguagem compartilhada intersubjetivamente levam os atores - no sentido de uma necessidade transcendental tênue - a abandonar o egocentrismo de uma orientação pautada pelo fim racional de seu próprio sucesso e a se submeter aos critérios públicos da racionalidade do entendimento<sup>414</sup>.

A racionalidade comunicativa tem como pano de fundo o mundo da vida<sup>415</sup>. Linguagem e Cultura são seus elementos<sup>416</sup>. Ele contém o substrato cultural indispensável para as interpretações a serem empreendidas pelos participantes em um processo comunicativo com vistas ao alcance de um consenso<sup>417</sup>. Estão nele edificados o saber-acerca-de-um-horizonte (horizontes espaço-temporais) e o saber-acerca-de-um-contexto (ambiente comum ou horizontes de vivências)<sup>418</sup>.

<sup>412</sup> “O conceito de ‘entendimento’ possui conteúdo normativo, que ultrapassa o nível da compreensão de uma expressão gramatical. (...) O consenso sobre algo mede-se pelo reconhecimento intersubjetivo da validade de um proferimento fundamentalmente aberto à crítica. (...) Na linguagem, as dimensões de significado e validade estão ligadas internamente”. (HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 77)

<sup>413</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 71.

<sup>414</sup> HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 82-83.

<sup>415</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, II*. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Crítica da razão funcionalista. Madrid: Taurus, 1992, p. 169.

Segundo Jürgen Habermas, o termo pano de fundo só faz sentido “se adotarmos a perspectiva de um falante que deseja entender-se com um outro sobre algo no mundo e que pode apoiar a plausibilidade da oferta de seu ato de fala sobre uma massa de saber não-temático, partilhado intersubjetivamente”. (HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 94)

<sup>416</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, II*. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Crítica da razão funcionalista. Madrid: Taurus, 1992, p. 177.

<sup>417</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: Doze lições*. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 416-417.

Jürgen Habermas afirma que “o agir comunicativo está embutido num mundo da vida, responsável pela absorção dos riscos e pela proteção da retaguarda de um consenso de fundo”. (HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p.86)

<sup>418</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p.88-92.

Três são as características do mundo da vida: imediatez (apresenta-se de maneira implícita e pré-reflexiva), força totalizadora (forma uma totalidade e, como conjunto, não é tematizada) e constituição holística (seus componentes encontram-se liquefeitos, permitindo desdobramento em diversas categorias do saber)<sup>419</sup>.

Os componentes estruturais do mundo da vida são: cultura (“armazém de saber, do qual os participantes da comunicação extraem interpretações no momento em que se entendem mutuamente sobre algo”), sociedade (“ordens legítimas através das quais os participantes da comunicação regulam sua pertença a grupos sociais”) e personalidade (“todos os motivos e habilidades que colocam um sujeito em condições de falar e agir, bem como garantir sua identidade própria”) <sup>420</sup>. A esses três componentes estruturais estão ligados os processos de reprodução cultural, integração social e socialização <sup>421</sup>.

O mundo da vida é, por assim dizer, o lugar transcendental em que locutor e ouvinte encontram-se; em que são capazes, reciprocamente, de pretender que suas declarações ajustem-se ao mundo (objetivo, social ou subjetivo); e no qual podem criticar e exhibir os fundamentos de suas pretensões de validade, resolver seus desentendimentos e alcançar um acordo. Em uma palavra: no que diz respeito à linguagem e à cultura, os participantes não podem adotar *in actu* a mesma distância no que diz respeito à totalidade dos fatos, das normas e das vivências sobre as quais é possível o entendimento <sup>422</sup>.

<sup>419</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 92-95.

<sup>420</sup> HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 96.

Cf. também HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, II*. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Crítica da razão funcionalista. Madrid: Taurus, 1992, p. 196.

<sup>421</sup> “Bajo el *aspecto funcional de entendimiento*, la acción comunicativa sirve a la tradición y a la renovación del saber cultural; bajo el *aspecto de coordinación de la acción*, sirve a la integración social y a la creación de solidaridad; y bajo el *aspecto de socialización*, finalmente, sirve a la formación de identidades personales. Las estructuras simbólicas del mundo de la vida se reproducen por vía de la continuación del saber válido, de la estabilización de la solidaridad de los grupos y de la formación de actores capaces de responder de sus acciones”. (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, II*. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Crítica da razón funcionalista. Madrid: Taurus, 1992, p. 196)

<sup>422</sup> “El mundo de la vida es, por así decirlo, el lugar trascendental en que el hablante y oyente se salen al encuentro; en que pueden plantearse reciprocamente la pretensión de que sus emisiones concuerdan con el mundo (con el mundo objetivo, con el mundo subjetivo y con el mundo social); y en que pueden criticar y exhibir los fundamentos de esas pretensiones de validez, resolver sus disentimientos y llegar a un acuerdo. En una palabra: respecto al lenguaje y a la cultura los participantes no pueden adoptar *in actu* la misma distancia que respecto a la totalidad de los hechos, de las normas o de las vivencias, sobre que es posible el entendimiento”. (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, II*. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Crítica da razón funcionalista. Madrid: Taurus, 1992, p. 179)

Juarez Estevam Xavier Tavares sofre grande influência da Teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas na elaboração de seu conceito de ação<sup>423</sup>.

Por meio da associação entre tipo e atividade comunicativa, define ação em sentido lato como “toda conduta conscientemente orientada em função de parâmetros (objetos) de referência e materializada tipicamente como expressão da prática social do sujeito”<sup>424</sup>.

A conduta do homem possui dirigibilidade<sup>425</sup>, que leva em consideração os parâmetros ou objetos de referência. Estes abrangem fatores empíricos e normativos,

como os objetivos perseguidos pelo agente (A quer matar B), a não realização de certos atos (A deixa de saudar B), o descumprimento de determinados deveres (A deixa de socorrer B), ou a aceitação ou não de ordens, mandamentos ou normas (A realiza uma conduta cuidadosa, ou dirige em excesso de velocidade)<sup>426</sup>.

Na prática social, que envolve um processo de comunicação humana, ou seja, compreende o homem em suas relações com os demais homens em uma comunicação recíproca<sup>427</sup>, os homens sustentam uma pretensão de validade. Esta significa, em vertente diversa da pretensão de validade habermasiana, “orientar a atividade de tal forma que incorpore, em seu sentido, todas as normas que a regulamentem, quer para acatá-las, quer para infringi-las e ainda obter a concordância dos interlocutores ou vencer-lhes a resistência”<sup>428</sup>. A conduta envolve, pois, um seguir uma regra.

---

<sup>423</sup> Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3 ed. integralmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 193-232; TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

Enfatiza Juarez Tavares que “deve-se dizer que a posição aqui assumida no que toca ao conceito de ação não se identifica com a concepção mantida por Welzel e demais finalistas, nem com a teoria social da ação de Jescheck e Wessels, nem com os funcionalistas”. (2009, p. 231)

<sup>424</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3 ed. integralmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 231-232.

<sup>425</sup> Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3 ed. integralmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 211.

<sup>426</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3 ed. integralmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 216.

<sup>427</sup> Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3 ed. integralmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 210-211.

<sup>428</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3 ed. integralmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 217.

Desta forma, a ação é uma atividade consciente, dotada de vontade<sup>429</sup>, que é “derivada como elemento de relação da execução causal dos propósitos do agente, dirigida à consecução material de seus objetivos e orientada conforme os parâmetros de referência em um processo de comunicação”<sup>430</sup>.

O conceito de conduta como prática social requer uma ação possível ou esperada e uma norma mandamental que possibilitem a relação do homem com seu meio e representem parâmetros de referência<sup>431</sup>. Ambas, como formas de garantia, devem estar ligadas à lesão ou ameaça de lesão a bem jurídicos<sup>432</sup>.

Existe uma equiparação da omissão à ação<sup>433</sup>. A omissão é uma forma de conduta volitiva<sup>434</sup> que tem como parâmetro de referência a atividade socialmente esperada<sup>435</sup> e se atrela a uma norma mandamental<sup>436</sup>.

A omissão possui existência normativa, determinada por um dever de agir<sup>437</sup>, e relevância social, exatamente por sua dimensão axiológica<sup>438</sup>. É uma conduta subordinada a regras, que deve considerar o contexto social e o homem em sua relação com outros homens<sup>439</sup>. Apresenta as seguintes propriedades:

(...) só pode subsistir a omissão em face de uma conduta subordinada a regras; as regras são aplicáveis ao sujeito; a regra que disciplina a conduta implica uma atuação positiva do sujeito no caso específico por ela

<sup>429</sup> Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3 ed. integralmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 214-215, p. 221-227, p. 232.

<sup>430</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3 ed. integralmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 225.

<sup>431</sup> Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3 ed. integralmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 220.

<sup>432</sup> Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3 ed. integralmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 199-203.

<sup>433</sup> Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 162-166.

<sup>434</sup> Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3 ed. integralmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 220; TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 268.

<sup>435</sup> Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3 ed. integralmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 220.

<sup>436</sup> Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 204, 266.

<sup>437</sup> A omissão “não possui existência real, por si mesma, senão quando associada a outro elemento, representado por um dever. A omissão, portanto, está situada no âmbito de um mundo axiológico, de um mundo no qual são valoradas as diversas modalidades de comportamento e não apenas de um mundo puramente naturalístico, no qual o importante é, unicamente, assinalar suas características extrajurídicas”. (TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 254)

<sup>438</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 256

<sup>439</sup> Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 261.

referenciado, o que lhe imprime força significativa; o sujeito deve estar em condições de realizar essa conduta; a atuação positiva, que é imposta ao sujeito, deve conter elementos empíricos e normativos pelos quais possa orientar sua atividade<sup>440</sup>.

Como integrante do mundo da vida, a omissão é apta a surtir efeitos sociais<sup>441</sup>, mas adquire relevância somente com sua tipificação legal<sup>442</sup>, que, em sua compreensão, deve considerar o comportamento individual, a conduta social e o descumprimento de um dever jurídico<sup>443</sup>.

A comunicação exprime-se por meio da linguagem, que se traduz em atos de fala<sup>444</sup>. Ação, omissão e norma mandamental são atos de fala<sup>445</sup>. A norma penal incriminadora é um ato ilocucionário, pois contém um comando ou proibição; a omissão, uma conduta perlocucionária, já que incorpora os elementos comunicativos

---

<sup>440</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 261.

<sup>441</sup> Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 262.

<sup>442</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 264, p. 266. Assevera Juarez Tavares que “a omissão se exprime sempre como violação de um dever imposto pelo direito, portanto, por meio de uma norma explícita”. (2012, p. 264)

<sup>443</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 163-164.

<sup>444</sup> John Langshaw Austin (1911-1960) foi o responsável pelo desenvolvimento da teoria dos atos de fala. Para ele, três atos são realizados quando se tem êxito em dizer alguma coisa: “o ato *locucionário* é o ‘de’ dizer alguma coisa, de proferir uma sentença com sentido. (...) Juntamente com esse ato ‘de’ dizer algo, há também um ato que realizamos ‘ao’ dizer algo. Esse ato Austin chama de *ilocucionário*. Quando uma pessoa profere a frase ‘Amanhã eu voltarei’, há algo mais que está sendo feito além do ato locucionário, da expressão da idéia de que a pessoa irá voltar amanhã: é possível que ela esteja apenas informando, fazendo uma ameaça, uma promessa etc. Em qualquer dos casos a pessoa estará realizando atos ilocucionários, quais sejam, atos de informar, de ameaçar, de prometer, explicáveis pela adição de verbos performativos à frase original. (...) O terceiro ato, geralmente realizado em um proferimento, é chamado por Austin de *perlocucionário*: aquele que alguém pode realizar pelo fato de haver efetuado um ato ilocucionário. Ele é um ato que realizamos ao dizer algo, consistindo no efeito do ato ilocucionário sobre os sentimentos, pensamentos ou ações das pessoas”. (COSTA, Claudio. *Filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002 - ebook)

Jürgen Habermas se vale da teoria dos atos de fala na construção de sua teoria da ação comunicativa. (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 65-70)

<sup>445</sup> Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 264-269. Observa Juarez Tavares que, no mundo jurídico, “se a ação pode comportar uma interpretação conforme seu enunciado tipificado, o que dá lugar à sua compreensão como ação comunicativa, a omissão, independentemente dos substratos sociais que possa possuir, está condicionada diretamente em sua definição, elementos e circunstâncias a um enunciado normativo, o qual é manifestado como ato de fala”. (2012, p. 265)

da norma mandamental<sup>446</sup>.

## 2.12 O horizonte da omissão no Direito Penal

### 2.12.1 O ser humano como pedra angular

Todas as teorias da ação, aqui tratadas, encaram o ser humano como ser responsável<sup>447</sup>. Hodiernamente, a esta concepção, deve ser acrescentada a perspectiva de que o ser humano não pode estar dissociado de um contexto social, de uma prática social.

A concepção significativa da ação, ao edificar-se na Filosofia da linguagem, tratando, por exemplo, do significado social e das formas de vida, atrela-se fortemente a uma concepção antropológica<sup>448</sup>. Para Carlos Martínez-Buján Pérez, a concepção significativa da ação consiste em um Normativismo antropológico:

(...) cabe afirmar que a proposta de Vives se orienta por um *normativismo antropológico*, desde o momento em que situa o ser humano como centro do Direito, como sujeito e não como mero objeto, como pessoa capaz de liberdade e não como mero elemento da natureza, como ser racional que participa da vida social e não como componente físico objeto de estudo por

<sup>446</sup> Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 266.

Esclarece Juarez Tavares que “a omissão, como enunciado normativo, tem, primeiramente, um sentido ilocucionário, porque se destina a informar aos sujeitos acerca do que lhe sé devido, impondo-lhes um comando; já, em segundo plano, quando se concretiza em uma inatividade ou na realização de uma conduta diversa daquela que deveria ter sido realizada, percorre um sentido perlocucionário, porque, então, se orienta para a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico”. (2012, p. 269)

<sup>447</sup> Cf. CEREZO MIR, José. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. Ciências Penais. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. Número 00, Ano 1, 2004, p. 9-23; VALLEJO, Manuel Jaén. *El concepto de acción en la dogmática penal*. Madrid: Editorial Colex, 1994, p. 40.

<sup>448</sup> Antropologia é a “exposição sistemática dos conhecimentos que se têm a respeito do homem”. (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 6 ed. Tradução da 1 ed. brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução de novos textos por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 74)

“Etimologicamente, é o conhecimento (*logos*) do homem (*anthropos*)”. (COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário filosófico*. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 51)

leis universais<sup>449</sup>. (Grifos do autor)

Já Juarez Tavares em seu conceito de conduta, que inclui prática social, considera o homem como ser integral. A análise do comportamento do homem é “consequência necessária dessa sua característica de estar inserido em uma determinada formação social e de ser sujeito de um processo de comunicação”<sup>450</sup>.

O ser humano<sup>451</sup> deve ser a pedra angular de toda construção atinente às concepções de ação e omissão penalmente relevantes.

## 2.12.2 Sociologia e Filosofia

Por estar sedimentada na linguagem, relacionando-se com interação social, contexto social, prática social e relevância social, as concepções de ação e omissão penalmente relevantes devem beber em duas fontes: Filosofia e Sociologia. A primeira encarrega-se da natureza e inteligibilidade da realidade<sup>452</sup>; a segunda, da

---

<sup>449</sup> “Así las cosas, cabría afirmar que la propuesta de VIVES se orienta hacia un *normativismo antropológico*, desde el momento en que sitúa al ser humano como centro del Derecho, como sujeto y no como mero objeto, como persona capaz de libertad y no como mero elemento de la naturaleza, como ser racional que participa en la vida social y no como componente físico objeto de estudio por leyes universales”. (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte General. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 57) (Tradução livre)

<sup>450</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 3 ed. integralmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 232.

<sup>451</sup> O termo ser humano é preferível ao termo pessoa em função da variabilidade de concepções por esta comportada. Immanuel Kant considera pessoa “um sujeito cujas ações lhe podem ser imputadas”. (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 66)

Na opinião de Jürgen Habermas, “os organismos só podem ser descritos como pessoas quando e na medida em que forem socializados, isto é, penetrados por conjuntos de sentido culturais e sociais e estruturados através deles. Pessoas são estruturas simbólicas”. (HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 100)

Günther Jakobs apresenta um conceito normatizado de pessoa: “es persona quien es capaz jurídicamente. Por consiguiente, está excluído del ámbito de las personas aquél que no puede <<disfrutar>> de ningún derecho ni soportar ningún deber; parcialmente excluido está quien no participa de determinados derechos y deberes. (...) Una exclusión existe cuando *el próprio Derecho* no deja que el individuo avance hasta ser persona en Derecho, quedando limitado aquí el enfoque a individuos humanos. (...) Quien no presta una mínima garantía cognitiva de comportamiento fiel ao Derecho se excluye a sí mismo”. (JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Recopilación Jacobo López Barja de Quiroga. Madrid: Civitas, 2004. p. 51-52, p. 73)

<sup>452</sup> Cf. WINCH, Peter. *Ciencia social y filosofía*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1972, p. 23, p. 42.

natureza dos fenômenos sociais<sup>453</sup>. Elas estão em íntima interação, uma vez que a Filosofia “esclarece a natureza das interações humanas em sociedade”<sup>454</sup>.

### 2.12.3 Função Negativa

Das funções-chave comumente atribuídas ao conceito de ação<sup>455</sup>, a Função Negativa ou de Delimitação não pode ser descartada<sup>456</sup>.

As concepções de ação e omissão são imprescindíveis para determinar o que é penalmente relevante. O Direito Penal não pode se preocupar com simples acontecimentos naturais, com comportamentos animais, com comportamentos

<sup>453</sup> WINCH, Peter. *Ciencia social y filosofia*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1972, p. 44.

<sup>454</sup> “(...) aclara la naturaleza de las inter-relaciones humanas en sociedad”. (WINCH, Peter. *Ciencia social y filosofia*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1972, p. 42) (Tradução livre)

Com base em uma análise de Ludwig Wittgenstein, Peter Winch frisa que “la elucidación filosófica de la inteligencia humana, y las nociones que se asocian a ella, exige que las mismas sean ubicadas en el contexto de las interrelaciones de los hombres en sociedad”.

<sup>455</sup> São funções clássicas do conceito de ação: a) função classificatória - a ação deve abarcar todas as formas delitivas (ação, omissão, dolo e culpa); b) função de definição - a ação deve possuir o conteúdo material ao qual tipicidade, ilicitude e culpabilidade devem se referir; c) função negativa - “todo lo que no sea acción no será, por conseguinte, delito”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 124)

Adverte Miguel Polaino Navarrete que esta classificação procede essencialmente da obra sobre o conceito de ação de Werner Maihofer. (Cf. POLAINO NAVARRETE, Miguel. ¿Qué queda del concepto de acción en la dogmática actual? Sobre la naturaleza y función del concepto de acción en el Derecho Penal. In: GARCIA VALDÉS, Carlos, CUERDA RIEZU, Antonio, MARÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, ALCÁCER GUIRAO, Rafael, VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (coord.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II. Madrid: EDISOFER, 2008, p. 1502) Sobre estas funções, cf., também, ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I- Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 233-235; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte General. v. I. Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, p. 291; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Parte Geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1 ed. brasileira e 2 ed. portuguesa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 251-252; GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 38-49.

<sup>456</sup> Como afirma Hans-Heinrich Jescheck, “esta función negativa se reconoce incluso por quienes combaten la posibilidad de un concepto general de acción”. (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte General. v. I. Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, p. 297)

humanos irrelevantes<sup>457</sup>.

#### 2.12.4 Omissão como interpretação

A omissão é interpretação. Comungam deste entendimento Tomás Salvador Vives Antón<sup>458</sup>, José Antonio Ramos Vázquez e Jesús María Silva Sánchez.

Para José Antonio Ramos Vázquez, na esteira de Tomás Salvador Vives Antón, a omissão pode ser conceituada como ação, que é “a interpretação, segundo os distintos tipos de regras sociais, que pode ser dada ao comportamento humano”, “o significado social das diversas realizações humanas”<sup>459</sup>.

Jesús María Silva Sánchez defende que o conceito de ação é determinado pelo sentido de ação ligado às referências normativas presentes no tipo legal. Este apresenta dois níveis que obedecem aos critérios interpretativos<sup>460</sup>.

O sentido da ação, para efeito do Direito Penal, só é possível por meio *dos tipos penais*. Tal “sentido de ação” abarca dois níveis. No primeiro, decide-se, mediante o critério interpretativo do tipo, se a conduta realiza um *tipo comissivo* ou *omissivo*: tem um sentido de uma “comissão” ou “omissão”. No

<sup>457</sup> Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 136; WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11 ed. e 4 ed. castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 37; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte General. v. I. Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, p. 297; VALLEJO, Manuel Jaén. *El concepto de acción en la dogmática penal*. Madrid: Editorial Colex, 1994, p. 13, p. 62, p. 94; MARINUCCI, Giorgio. *El delito como ‘acción’*. Crítica de un dogma. Traducción de José Eduardo Sáinz-Cantero Caparrós. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 45-46, p. 137-139; TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. *Teoria do crime culposo*. 3 ed. integralmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 198, p. 202, p. 231; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 158-163; GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*. Traducido por Juan Cordoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959, p. 23-24.

<sup>458</sup> Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 564, p. 603.

<sup>459</sup> “(...) la interpretación que, según los distintos tipos de reglas sociales, puede darse al comportamiento humano”; “(...) ‘el significado social de las diversas realizaciones humanas’”. (RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 415) (Tradução livre)

<sup>460</sup> Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 153-158. Segundo José Antonio Ramos Vázquez, “las concomitancias entre la postura mantenida por Vives Antón y la planteada por Silva Sánchez son claras, siendo la coincidencia en las conclusiones prácticamente total”. (RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 419)

segundo, decide-se, por estes mesmos critérios, de que comissão ou omissão se trata<sup>461</sup>. (Grifos do autor)

A omissão, assim como a comissão, é interpretação, sendo que “o conceito de omissão refere-se ao gênero que engloba todas as realizações típicas omissivas”<sup>462</sup>.

Na visão de Paulo Queiroz, o Direito, como linguagem, é interpretação: “a interpretação é, pois, o ser do Direito; e o ser do Direito é um dever”<sup>463</sup>. Assim, todos os elementos do conceito analítico de crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) são interpretações dos fenômenos efetuadas pelo Direito Penal.

### 2.12.5 Caráter normativo

Um perfil normativo da omissão sempre esteve presente nas diversas teorias que se encarregaram do conceito de ação.

O substrato causal cede lugar a um caráter normativo no conceito de omissão de Franz von Liszt. Reforça ele este entendimento, ao afirmar que não se deve indagar se a omissão é causal e sim questionar “<<quando a omissão é ilegal>>, <<quando o não impedir o resultado equivale a causá-lo?>>”<sup>464</sup>. Já Ernst von Beling, apesar de apontar um substrato natural (distensão dos músculos) para a omissão, não consegue esquivar-se de em um viés normativo (causalidade típica e dever jurídico de agir) como ponto de gravidade da omissão.

Da mesma forma, os defensores da Teoria causal-valorativa não obtiveram êxito ao apresentar um conceito unitário de ação, mesmo recorrendo a

<sup>461</sup> “El sentido de la acción a los efectos del derecho penal lo deciden sólo *los tipos penales*. Tal ‘sentido de la acción’ abarca dos niveles. En el primero se decide, mediante el criterio interpretativo del tipo, si la conducta realiza un *tipo comissivo u omissivo*: tiene el sentido de una ‘comisión’ o una ‘omisión’. El segundo se decide, por esos mismos criterios, de qué comisión u omisión se trata”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 157) (Tradução livre)

<sup>462</sup> “El concepto de omisión se refiere al género que engloba todas las realizaciones típicas omisivas”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 166) (Tradução livre)

<sup>463</sup> QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. Parte Geral. 9 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 47.

<sup>464</sup> LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899, p. 213.

comportamento ou conduta humana voluntária<sup>465</sup>. No mesmo sentido de Gustav Radbruch, defenderam a possibilidade de ser este conceito absorvido pela realização do tipo legal<sup>466</sup>.

No que tange à Teoria finalista, ficou claro que um conceito unitário de ação, caracteristicamente ontológico e pré-jurídico, não foi alcançado. Como visto, a omissão está atrelada ao tipo legal, é normativa, depende de valoração<sup>467</sup>.

O conceito de ação na Teoria social está absorvido no tipo, não deixando a ação social de ser ação típica<sup>468</sup>, uma vez que valoração social e valoração jurídica estão em relação de interdependência<sup>469</sup>, e a omissão deve ser normativa<sup>470</sup>. A absorção da ação e omissão pelo tipo é, por sua vez, o foco da Teoria normativista.

No conceito negativo, a omissão é um conceito normativo, jurídico, restrito ao Direito Penal e a base de definição da ação.

---

<sup>465</sup> Como advierte Claus Roxin, “y en el caso de la omisión por imprudencia inconsciente, como en el olvido, falta incluso toda voluntad en el sentido de mero pensamiento, que en cualquier caso no sería suficiente para admitir una acción por falta de exteriorización”. (ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I- Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 238)

<sup>466</sup> Nas palavras de Manuel Jaén Vallejo, “en definitiva, el concepto causal-neokantiano era un concepto, que pasó a determinar la acción como <<comportamiento humano>>, <<comportamiento voluntario>> o <<realización de la voluntad de un ser humano>>, no faltando la opinión favorable a la aborción del concepto de acción en el concepto de realización del tipo”. (VALLEJO, Manuel Jaén. *El concepto de acción en la dogmática penal*. Madrid: Editorial Colex, 1994, p. 31) No mesmo sentido, TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 37, 42-43.

<sup>467</sup> Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I- Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 243; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 69-70.

<sup>468</sup> Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 135; VALLEJO, Manuel Jaén. *El concepto de acción en la dogmática penal*. Madrid: Editorial Colex, 1994, p. 61; ZAFFARONI, Eugenio Raul, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte geral*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 334.

<sup>469</sup> “Por tanto, se puede afirmar que a veces es la tipicidade lo único que fundamenta la relevância social de una conducta y que en otros casos influye decisivamente en la misma. Debido a esa interdependência entre valoración jurídica y social, la categoría de lo social es menos previa al tipo que integrada en el mismo” (ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 246)

<sup>470</sup> Cf. TOCILDO, Susana Huerta. ¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión? *Cuadernos de política criminal*, Madrid, Edersa, número 17, 1982, p. 247-248.

Claus Roxin, que primeiramente, adere à Teoria normativista; e, depois, desenvolve um conceito pessoal de ação como supraconceito, admitindo que, em certas situações, as omissões só podem ser identificadas por meio do tipo legal.

Recorreu também Günther Jakobs ao supraconceito de comportamento. Entretanto, ação e omissão estão relacionadas com o tipo legal, no qual se distinguem, sendo, portanto, normativas.

Para Tomás Salvador Vives Antón, na concepção significativa de ação, ação e omissão são coincidentes e entendidas como interpretações, como sentidos sociais que se identificam com o tipo de ação.

Juarez Estevam Xavier Tavares equipara ação e omissão, deixando claro que a omissão possui um perfil normativo (dever de agir), atrelando-se ao tipo legal.

A doutrina penal brasileira também reconhece a natureza normativa da omissão<sup>471</sup>. Como afirma Heleno Cláudio Fragoso, “há omissão quando o agente transgride uma ordem, sendo-lhe imposto o dever jurídico de agir”<sup>472</sup>.

---

<sup>471</sup> Cf. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte geral. Tomo I: introdução, norma penal, fato punível. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 194; FRAGOSO, Heleno Claudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1961, p. 183-184; FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal*. Parte geral. 17 ed. atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 283; MUNHOZ NETTO, Alcides. *Os crimes omissivos no Brasil*. Comunicação ao XIII Congresso Internacional de Direito Penal. Curitiba: Fundação da Universidade Federal do Paraná, 1983, p. 15-16; COSTA JR., Paulo José da. *Curso de direito penal*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 61; DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Parte geral. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 304; FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. Parte geral. v. 1. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 226; GOMES, Luiz Flávio, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal*. Parte Geral. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 424; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. 17 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 300; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, arts. 1º a 120. Vol. 1. p. 354; BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 291; GALVÃO, Fernando. *Direito penal*. Parte geral. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 313.

<sup>472</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1961, p. 183.

### 3 CONFIGURAÇÃO DA OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE

#### 3.1 Omissão penalmente relevante e seus eixos reitores

Omissão penalmente relevante é o significado social, a interpretação do comportamento humano determinada por regras sociais cujo sentido permite sua identificação com o tipo de ação<sup>473</sup>.

O significado social é alcançado por meio do uso comum da linguagem<sup>474</sup>, com base na filosofia da linguagem ordinária de Ludwig Wittgenstein<sup>475</sup>. Esta teoria do significado como uso requer uma interpretação que considere o contexto social, o seguir regras, as formas de vida e os jogos de linguagem, e, segundo Jürgen Habermas,

o entrelaçamento da linguagem com uma prática interativa, na qual uma forma de vida se reflete e, ao mesmo tempo, se reproduz. Isso faz com que a relação que a expressão lingüística mantém com o mundo recue novamente, desta vez atrás das relações que se põem entre falantes e ouvintes. Estas relações não são interpretadas intencionalisticamente, na perspectiva do falante, mas como reflexões de práticas previamente exercitadas. Através da gramática dos jogos de linguagem explora-se a dimensão de um saber que serve de fundo, referente ao mundo da vida e

<sup>473</sup> A omissão pode ser conceituada como ação, pois tanto ação quanto omissão é determinada pelo sentido, significado social. (Cf. item 2.10)

Como reforça Carlos Martínez-Buján Pérez, “la concepción significativa de la acción está en condiciones de explicar coherentemente las dos modalidades de conducta (acción positiva y omisión), reconduciéndolas a un supraconcepto que permita englobarlas sin problema alguno: como quiera que lo decisivo no es ya el soporte físico, sino el significado, este puede ser obtenido sin dificultades con independencia de la forma que adopte; en este contexto las omisiones no son sino modos de interpretar el mundo en términos de acción. (...) En otras palabras, acciones y omisiones funcionan de modo idéntico, desde el momento en que coinciden en ser solo expresiones de sentido”. (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte General. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 274)

<sup>474</sup> As teorias acerca do significado são: a) significado intencionado (Semântica intencionalista) - com raiz instrumental, fixa-se na linguagem dirigida a um fim, no que se pretendia dizer; b) significado textual (Semântica formal ou da verdade) - afeito à análise da linguagem, prende-se à forma gramatical das expressões; c) significado como uso (Semântica do uso) baseia-se na linguagem do cotidiano; d) Pragmática formal - o significado é pautado no entendimento dirigido por pretensões de validade. (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 105-134)

<sup>475</sup> Como bem assevera Tomás Salvador Vives Antón quanto à concepção significativa da ação, que aqui se segue, “al entender el sentido como significado lingüístico, intenté situar en el corazón mismo del sistema penal el lenguaje”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 578)

compartilhado intersubjetivamente, que é portador das múltiplas funções da linguagem<sup>476</sup>.

Desta forma, os eixos reitores da omissão penalmente relevante são: interação social<sup>477</sup>, bem jurídico-penal<sup>478</sup>, norma penal e liberdade de ação<sup>479</sup>.

### 3.2 Interação social

Interação social<sup>480</sup> consiste na relação de reciprocidade entre indivíduos em contato, envolvendo interpretações e expectativas mútuas. Permite a distinção entre comportamento e ação, com esta mantendo uma verdadeira simbiose com a interação social<sup>481</sup> e aquele representando todas as atividades de um indivíduo.

A interação social configura-se por meio de símbolos culturais.

<sup>476</sup> HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 105-134, p. 112.

<sup>477</sup> Como já afirmava Eugenio Raul Zaffaroni, “todas las acciones humanas tienen un sentido y se dan en un contexto social (de interacción) y en modo alguno em el vacío y sin sentido”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 317)

<sup>478</sup> Juan Bustos Ramírez e Hernán Hormazábal Malarée sustentam que “el problema de la acción sólo puede surgir desde la relación social (...) Luego, la acción que nos interesa no es ni una metafísica ni una ontológica, ni la de las ciencias naturales, sino aquella que es revertida por el derecho desde la relación social al tipo (al tipo desde la relación social).

Esse punto de reversión de la relación social em el campo del derecho es, como ya lo hemos dicho en otros artículos, el bien jurídico”. (BUSTOS RAMÍREZ, Juan. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Significación social y tipicidad. *Doctrina penal*. Teoría y práctica en las Ciencias Penales. Buenos Aires: Depalma. Año 3, n. 9 a 12, 1980, p. 533-554, p. 541-542)

<sup>479</sup> Doutrina da ação, teoria da norma e liberdade de ação são os eixos do sistema penal desenvolvido por Tomás Salvador Vives Antón com base na concepção significativa da ação. (Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *A concepção significativa da ação*. T. S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do Direito. Tradução de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 8-9; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte General. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 33; RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 369-370; ORTS BERENGUER, Enrique, GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de derecho penal*. Parte General. p. 199; BUSATO, Paulo César. *Derecho penal e ação significativa*. p. 184-189)

<sup>480</sup> Sobre a noção de interação social, cf. GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 6 ed. traduzida por Sandra Regina Netz. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 82-100; JOHNSON, Allan G. *Dicionário de sociologia*. Guia prático da linguagem sociológica. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 131; LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. *Sociologia geral*. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999, p. 87-88; TURNER, Jonathan H. *Sociologia*. Conceitos e aplicações. Tradução de Márcia Marques Gomes Navas. São Paulo: Makron Books, 2000, p. 61-73.

<sup>481</sup> “Interação social é a ação social, mutuamente orientada, de dois ou mais indivíduos em contato. (...) Podemos dizer que a interação é a reciprocidade de ações sociais”. (LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. *Sociologia geral*. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999, p. 87)

O homem usa símbolos culturais - a língua sendo o mais óbvio, mas também expressões corporais e faciais, e qualquer coisa que tenha significado para os outros - para coordenar suas ações, pois estamos constantemente mandando e recebendo mensagens. Sem tal interação, não poderíamos nos ligar a outras pessoas; não poderíamos produzir cultura; e não poderíamos construir e sustentar as estruturas sociais tão essenciais à vida humana. A interação é, portanto, o processo social primordial que sustenta a sociedade, cultura e nosso bem-estar pessoal<sup>482</sup>.

A troca de informações e sentidos é essencial à interação social e pode ocorrer de diversas maneiras: expressão facial de emoções, movimentos dos braços, mãos, pernas, pés, ombros, boca, testa e olhos, intensidade da respiração, sons inarticulados, tonalidade de voz, postura corporal, contato visual, gestos, sinais e símbolos, palavras etc.

### 3.2.1 Ação significativa

Max Weber (1864-1920)<sup>483</sup> estabelece o ser humano como norteador de toda sua Sociologia. Esta “trata o indivíduo isolado e sua ação como unidade última, como seu ‘átomo’”<sup>484</sup>.

<sup>482</sup> TURNER, Jonathan H. *Sociologia. Conceitos e aplicações*. Tradução de Márcia Marques Gomes Navas. São Paulo: Makron Books, 2000, p. 61.

<sup>483</sup> Sobre a construção teórica de Max Weber acerca da ação significativa, cf. WEBER, Max. *Economía y sociedad*. I - Teoría de la organización social. Traducción y nota preliminar por José Medina Echavarría. México: Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 3-57; WEBER, Max. *Economía e Sociedad: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012; WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. 5 ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1982, p. 9-94, p. 371-410; WEBER, MAX. *Metodologia das ciências sociais*. Parte 1. 4 ed. Tradução de Augustin Wernet. São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2001, p. 107-154; WEBER, Max. *Metodologia das ciências sociais*. Parte 2. 3 ed. Tradução de Augustin Wernet. São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2001, p. 313-359; ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. 5 ed. Tradução de Sérgio Bath. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 447-539; GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 6 ed. Tradução de Sandra Regina Netz. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 32-34; LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. *Sociologia geral*. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999, p. 54-55, p. 72-76; MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia jurídica*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 35-37; REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. Do Romantismo até nossos dias. v. 3. 7 ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 467-484.

<sup>484</sup> WEBER, Max. Sobre algumas categorias da sociologia compreensiva. In: WEBER, Max. *Metodologia das ciências sociais*. Parte 2. 3 ed. Tradução de Augustin Wernet. São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2001, p. 322.

Acrescenta o autor que “conceitos como ‘Estado’, ‘feudalismo’, ‘corporação’ e outros semelhantes designam para a sociologia, de maneira geral, categorias que se referem a determinados modos de ‘o homem agir’ em sociedade; portanto, sua tarefa consiste em reduzi-lo a um ‘agir’ que é ‘compreensível’ e isto significa, sem exceção, um agir de homens que se relacionam entre si”. (2001, p. 322)

A ação humana com sentido subjetivo é a *mínima socialia*, constrói a realidade social, origina, administra e modifica os fenômenos sociais<sup>485</sup>. Ação é “um comportamento humano (tanto faz tratar-se de um fazer externo ou interno, de omitir ou permitir) sempre que e na medida em que o agente ou os agentes o relacionem com um *sentido* subjetivo”<sup>486</sup>.

O agente só é considerado ser humano por ser é capaz de orientar-se por um sentido subjetivamente visado. Ficam excluídos, assim, animais, formações sociais e instituições<sup>487</sup>.

O sentido subjetivamente visado pode ser historicamente dado, resultante de uma aproximação de uma série de situações ou determinado por meio de tipo ideal construído pelo agente ou pelos agentes<sup>488</sup>. Como representação que o agente tem do curso e execução de sua ação, o sentido subjetivamente visado<sup>489</sup> deve

---

<sup>485</sup> Cf. WINCKELMANN, Johannes. Prefácio à quinta edição. *In*: WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p. XXII, XXVI, XXVII; SCHUTZ, Alfred. *Sobre fenomenologia e relações sociais*. Edição e organização de Helmut T. R. Wagner. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 289, p. 291, p. 297.

<sup>486</sup> WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p. 3.

<sup>487</sup> “Ação como orientação compreensível pelo sentido do próprio comportamento sempre existe para nós unicamente na forma de comportamento de um ou vários *indivíduos*. (...) Para outros fins de conhecimento (por exemplo, jurídicos) ou para finalidades práticas, por outro lado, pode ser conveniente e mesmo inevitável tratar de determinadas formações sociais (‘Estado’, ‘cooperativa’, ‘sociedade por ações’, ‘fundação’) como se fossem indivíduos (por exemplo, como detentores de direitos e deveres ou como agentes em ações *juridicamente* relevantes). Para a interpretação compreensível das ações pela Sociologia, ao contrário, essas formações nada mais são do que desenvolvimentos e concatenações de ações específicas de pessoas *individuais*, pois só estas são portadoras compreensíveis para nós de ações orientadas por um sentido”. (WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p. 8-9)

<sup>488</sup> “Não se trata, de modo algum, de um sentido objetivamente ‘correto’ ou de um sentido ‘verdadeiro’ obtido por indagação metafísica”. (WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p. 4)

<sup>489</sup> Sugere Gabriel Cohn que “caberia falar de um ‘sentido subjetivamente representado’, para deixar claro que o que conta na ação e a torna *efetiva* não é o seu sentido sem mais, mas o modo como o agente o *representa* para si ao conduzi-la. Dessa forma, seria possível evitar a impressão de que o sentido já estivesse de alguma forma ‘pronto’ antes de se encetar a ação e fosse portanto uma referência objetiva já dada”. (COHN, Gabriel. Alguns problemas conceituais e de tradução em Economia e sociedade. *In*: WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p. XIV) (Grifo do autor)

nortear os motivos<sup>490</sup>, meios e fins da ação. É exatamente esta orientação do sentido subjetivo que constitui uma ação significativa.

O tipo ideal utilizado na orientação significativa da ação é um modelo analítico focado na importância funcional<sup>491</sup> e nas regularidades das ações significativas. Por ser resultante de uma “acentuação mental de determinados elementos da realidade”, o tipo ideal busca atribuir à realidade “meios expressivos unívocos”<sup>492</sup>. E como forma de conhecimento, centra-se nos “fenômenos culturais concretos, tanto nas suas conexões como no seu condicionamento causal e na sua significação”<sup>493</sup>. O tipo ideal, portanto, é uma das formas de contato do sentido subjetivamente visado com as situações, circunstâncias, efeitos e conexões objetivas do mundo exterior<sup>494</sup>.

A ausência do sentido subjetivamente visado conduz à seara da ocasião, resultado, estímulo ou obstáculo da ação humana. Esta ausência também caracteriza os comportamentos simplesmente reativos<sup>495</sup>.

---

<sup>490</sup> “Denominamos ‘motivo’ uma conexão de sentido que, para o próprio agente ou para o observador, constitui a ‘razão’ de um comportamento quanto ao seu sentido” (WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p. 15)

<sup>491</sup> Consoante Johannes Winckelmann, “o sentido ‘subjetivamente visado’ da ação social individual, mesmo sendo conceito definitório limite, não constitui um sentido isolado solitário; pelo contrário, coincidem nele, na maioria dos casos, o sentido subjetivo e o funcional”. (WINCKELMANN, Johannes. Prefácio à quinta edição. *In: WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p. XXVI)

<sup>492</sup> WEBER, MAX. A “objetividade” do conhecimento na ciência social e na ciência política. *In: WEBER, MAX. Metodologia das ciências sociais*. Parte 1. 4 ed. Tradução de Augustin Wernet. São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2001, p. 137.

<sup>493</sup> WEBER, MAX. A “objetividade” do conhecimento na ciência social e na ciência política. *In: WEBER, MAX. Metodologia das ciências sociais*. Parte 1. 4 ed. Tradução de Augustin Wernet. São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2001, p. 137.

<sup>494</sup> Max Weber não considera a ação significativa “do ponto de vista solipsístico, no sentido de não existirem coisas, mas somente ações, na formulação de Bergson”. Ele “apenas se opõe decididamente ao hipostasiamento de personalidades coletivas que refletem e agem ‘por si mesmas’. Ao mesmo tempo, ele incorporou profundamente a enérgica sentença de Kant, que considera um escândalo da filosofia e do juízo humano em geral negar, apesar de toda a ‘revolução do pensamento’, a realidade objetiva do mundo exterior”. (WINCKELMANN, Johannes. Prefácio à quinta edição. *In: WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p. XXIX)

<sup>495</sup> Cf. WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p. 4-5, p. 8.

Ação social, incluindo omissão ou tolerância, “significa uma ação que, quanto a seu sentido visado pelo agente ou os agentes, se refere ao comportamento de *outros*, orientando-se por este em seu curso”<sup>496</sup>.

Para ser ação social, a orientação significativa da ação do agente deve necessariamente ser pautada no comportamento, nas ações de outros<sup>497</sup>, independentemente de sua incidência temporal<sup>498</sup>. O agir do agente não está orientado significativamente pelo comportamento de outros em casos de imitação ou comportamento condicionado pela massa, na medida em que estes sejam apenas reativos<sup>499</sup>. Os outros, por sua vez, podem ser homens conhecidos, homens desconhecidos ou um número indeterminado de homens<sup>500</sup>.

---

<sup>496</sup> WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p. 3.

A ação social é o fato central da Sociologia, “fato que, para ela, como ciência, é, por assim dizer, o elemento *constitutivo*”. (2012, p. 15)

<sup>497</sup> “A atividade econômica (de um indivíduo) unicamente o é na medida em que também leva em consideração o comportamento de terceiros. De maneira muito geral e formal isso já acontece, portanto, quando ela tem em vista a aceitação por terceiros do próprio poder efetivo de disposição sobre bens econômicos. (...) Nem todo tipo de contato entre pessoas tem caráter social, senão apenas um comportamento que, quanto ao sentido, se orienta pelo comportamento de outra pessoa. Um choque entre dois ciclistas, por exemplo, é um simples acontecimento do mesmo caráter de um fenômeno natural. Ao contrário, já constituiriam ‘ações sociais’ as tentativas de desvio de ambos, e o xingamento ou a pancadaria ou a discussão pacífica após o choque”. (WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p.14)

<sup>498</sup> A ação social “orienta-se pelo comportamento de outros, seja este passado, presente ou esperado para como futuro (vingança por ataques anteriores, defesa contra ataques presentes ou medidas de defesa para enfrentar ataques futuros)”. (WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, v. I. p. 13)

<sup>499</sup> Esclarece Max Weber que “uma ação que, em seu curso, se determina ou se co-determina de maneira apenas reativa, pelo simples fato de haver uma situação de ‘massa’, sem que haja uma *relação* de sentido com essa situação, não seria ‘ação social’”. Igualmente, a simples imitação de outra pessoa “não pode ser considerada uma ação *especificamente* ‘social’ quando é puramente reativa, sem orientação da ação própria pela alheia quanto ao sentido. (...) Pois nesse caso, o agente não orienta sua ação pelo comportamento de outros, mas, a observação desse comportamento permitiu-lhe conhecer determinadas probabilidades objetivas, e é por *estas* que orienta sua ação”. (WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p. 14)

<sup>500</sup> Neste último caso, Max Weber utiliza o exemplo do dinheiro: este “significa um bem destinado à troca, que o agente aceita no ato de troca, porque sua ação está orientada pela expectativa de que muitos outros, porém desconhecidos e em número indeterminado, estarão dispostos a aceitá-lo também, por sua parte, num ato de troca futuro”. (WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p. 14)

São quatro, conforme o tipo de orientação, os tipos de ação e de ação social: a) ação racional referente a fins ou instrumental-racional, que é orientada “pelo fim, meios e consequências nela implicados e, para o qual, ponderam-se racionalmente os meios com os fins, os fins com as consequências implicadas e os diferentes fins possíveis entre si”<sup>501</sup>; b) ação racional referente a valores ou axiológico-racional, baseada na “crença consciente no valor - ético, estético, religioso ou de qualquer outra forma como possa ser interpretado - próprio ou absoluto de uma determinada conduta, sem relação alguma com o resultado, ou seja, puramente em méritos deste valor”<sup>502</sup>; c) ação afetiva ou emocional, ligada a emoções, sentimentos, afetos e humor dos atores; d) ação tradicional ou habitual, vinculada a costumes, hábitos e crenças. A ação racional referente a fins<sup>503</sup> é o marco referencial: “toda reflexão conceitual sobre os elementos últimos da ação humana prevista com sentido, prende-se, antes de tudo, às categorias de ‘fim’ e ‘meio’”<sup>504</sup>.

Podem estar as ações e as ações sociais determinadas pela interação entre estes tipos de orientação (racional referente a fins, racional referente a valores,

---

<sup>501</sup> “(...) por el fin, médios y consecuencias implicadas en ella y para lo cual sopesa racionalmente los medios con los fines, los fines con las consecuencias implicadas y los diferentes fines posibles entre sí”. (WEBER, Max. *Economía y sociedad*. I - Teoría de la organización social. Traducción y nota preliminar por José Medina Echavarría. México: Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 24) (Tradução livre)

“Age de maneira racional referente a fins quem orienta sua ação pelos fins, meios e consequências secundárias, *ponderando* racionalmente tanto os meios em relação às consequências secundárias, assim como os diferentes fins possíveis entre si”. (WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p. 16)

<sup>502</sup> “(...) creencia consciente en el valor - ético, estético, religioso o de cualquiera otra forma como se le interprete - próprio y absoluto de una determinada conducta, sin relación alguna con el resultado, o sea puramente en méritos de ese valor”. (WEBER, Max. *Economía y sociedad*. I - Teoría de la organización social. Traducción y nota preliminar por José Medina Echavarría. México: Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 23) (Tradução livre)

“(...) pela crença consciente no valor - ético, estético, religioso ou qualquer que seja sua interpretação - absoluto e *inerente* a determinado comportamento como tal, independentemente do resultado”. (WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p. 15)

<sup>503</sup> “Em sociologia, os conceitos *Zweckrational* (Weber: racional em relação aos fins), *ação lógica* (Pareto), *instrumental* (Parsons), *Wozu-Motive* (Schütz) são praticamente sinônimos e designam uma ação que utiliza meios adequados aos fins procurados”. (BOUDON, Raymond, BOURRICAUD, François. *Dicionário crítico de sociologia*. 2 ed. Tradução de Maria Letícia Guedes Alcoforado e Durval Ártico. São Paulo: Ática, 2000, p. 455)

<sup>504</sup> WEBER, MAX. A “objetividade” do conhecimento na ciência social e na ciência política. In: WEBER, MAX. *Metodologia das ciências sociais*. Parte 1. 4 ed. Tradução de Augustin Wernet. São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2001, p. 109.

afetiva e tradicional). A orientação racional referente a fins, no entanto, não se coaduna com a orientação afetiva e com a orientação tradicional. A orientação referente a fins e a orientação referente a valores, por sua vez, relacionam-se de diversas maneiras<sup>505</sup>.

Relação social é “o comportamento reciprocamente *referido* quanto a seu conteúdo de sentido por uma pluralidade de agentes e que se orienta por essa referência”<sup>506</sup>. (Grifo do autor)

A orientação recíproca das ações quanto ao sentido pelos agentes implica um mínimo de relacionamento recíproco, não exige solidariedade, nem requer que os sentidos visados por eles sejam coincidentes ou estejam em sintonia. O decisivo é a probabilidade de que os agentes, por se colocarem em interação direta com mesmo conteúdo de sentido, ajam consoantes determinada maneira. A relação social, seja transitória ou regular, consiste “completa e exclusivamente na *probabilidade* de que se aja socialmente numa forma indicável (pelo sentido)”<sup>507</sup>. (Grifo do autor)

“Amizade”, “amor”, “piedade”, “fidelidade contratual”, “sentimento de solidariedade nacional”, de um lado, podem encontrar-se, do outro lado, com atividades completamente diferentes. Nesse caso, os participantes ligam a suas ações um sentido diverso: a relação é, assim, por ambos os lados, objetivamente “unilateral”. Mas mesmo nessas condições há reciprocidade, na medida em que o agente *pressupõe* determinada atitude do parceiro perante a própria pessoa (pressuposto talvez completa ou parcialmente errôneo) e orienta por essa expectativa sua ação, o que pode ter, e na maioria das vezes terá, consequências para o curso da ação e a forma da relação. Naturalmente, esta é apenas objetivamente “bilateral” quando há “correspondências” quanto ao conteúdo do sentido, segundo as *expectativas* médias de cada um dos participantes. Por exemplo, quando, diante da atitude do pai, o filho mostra, pelo menos aproximadamente, a atitude que o pai (no caso concreto, em média ou tipicamente) espera. Uma relação social baseada plena e inteiramente, quanto ao sentido, em atitudes *correspondentes* por ambos os lados é na realidade um caso-limite. Por outro lado, a ausência de bilateralidade somente exclui, segundo nossa terminologia, a existência de uma “relação social” quando tenha essa

<sup>505</sup> Cf. WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p.16.

<sup>506</sup> WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p. 16.

<sup>507</sup> WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p.16.

consequência: que falte de fato uma *referência recíproca* das ações de ambas as partes<sup>508</sup>. (Grifos do autor)

A estabilidade das relações sociais está diretamente relacionada com a regularidade destas<sup>509</sup>. Fala-se em uso quando a probabilidade pauta-se na regularidade na orientação de uma ação social estabelecida pelo exercício de fato; costume, quando este uso assenta-se de maneira duradoura; situação de interesses ou regularidade condicionada por interesses, quando e na medida em que a existência empírica da probabilidade do uso “descanse unicamente no fato de que os indivíduos orientem racionalmente sua ação com vistas aos fins por expectativas similares”<sup>510</sup>.

A ideia de comunidade tem como foco a relação social que se alimenta pelo sentimento subjetivo dos atores de constituir um todo; a ideia de sociedade, pela compensação de interesses por motivos racionais ou união de interesses com igual motivação; a ideia de associação, pela regulação limitadora externa por condutas de homens especialmente incumbidos de tal desiderato<sup>511</sup>.

### 3.2.2 Interação social direta e indireta

O mundo social, que tem como característica a intersubjetividade, é acessível por meio da linguagem cotidiana<sup>512</sup>. Esta alimenta um ambiente

<sup>508</sup> WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p. 17.

<sup>509</sup> Cf. WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p. 17-19.

<sup>510</sup> “(...) descansa unicamente en el hecho de que los individuos orienten racionalmente su acción con arreglo a fines por *expectativas* similares”. (WEBER, Max. *Economía y sociedad*. I - Teoría de la organización social. Traducción y nota preliminar por José Medina Echavarría. México: Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 27) (Tradução livre)

<sup>511</sup> Cf. WEBER, Max. *Economía y sociedad*. I - Teoría de la organización social. Traducción y nota preliminar por José Medina Echavarría. México: Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 40-42, p. 47-50.

<sup>512</sup> Segundo Alfred Schutz, “o mundo social no qual o homem nasce e no qual ele precisa encontrar seu caminho é experienciado por ele como uma estreita rede de relações sociais, de sistemas de signos e símbolos, com sua estrutura particular de significados, de formas institucionalizadas de organização social, de sistemas de *status* e prestígio etc”. (SCHUTZ, Alfred. *Sobre fenomenologia e relações sociais*. Edição e organização de Helmut T. R. Wagner. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 92)

comunicativo compartilhado, no qual os homens possuem perspectivas recíprocas<sup>513</sup> e reconhecem um ao outro.

O homem é simplesmente concebido como um ser social, a linguagem e os outros sistemas de comunicação simplesmente existem, a vida consciente do outro é acessível a mim - em suma, eu posso entender as ações do outro e o outro pode entender a mim e as minhas ações. E o mesmo vale para os assim chamados objetos sociais e culturais criados pelo homem<sup>514</sup>.

Neste contexto, Alfred Schutz identifica interações sociais diretas e indiretas.

As interações sociais diretas englobam as situações face a face<sup>515</sup> e caracterizam-se pela orientação-pelo-Tu, na qual um ator reconhece o outro como semelhante, e pela relação-do-Nós, na qual há reciprocidade e intercomunicação entre os atores<sup>516</sup>.

Os contemporâneos, aqueles que não mantêm um contato face a face<sup>517</sup>,

---

<sup>513</sup> Em função dos “construtos do pensamento do senso comum assume-se que o setor do mundo tomado como evidente por mim é também tomado como evidente por você, meu semelhante, e, mais do que isso, que é tomado como evidente por ‘nós’, mas esse ‘nós’ não inclui somente eu e você, mas todos aqueles que pertencem ao ‘nós’, ou seja, a todos aqueles que possuem um sistema de relevâncias substancialmente (suficientemente) semelhante ao meu e ao seu”. (SCHUTZ, Alfred. *Sobre fenomenologia e relações sociais*. Edição e organização de Helmut T. R. Wagner. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 201)

<sup>514</sup> SCHUTZ, Alfred. *Sobre fenomenologia e relações sociais*. Edição e organização de Helmut T. R. Wagner. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 68.

<sup>515</sup> “Eu falo que uma pessoa está ao alcance da minha experiência direta quando ela compartilha comigo uma comunidade espacial e temporal. Ela compartilha comigo uma comunidade espacial quando está presente pessoalmente e eu tenho consciência disso e, mais do que isso, quando eu tenho consciência dessa *própria* pessoa, desse indivíduo *particular* e de seu corpo como o campo no qual se revelam os sintomas de sua consciência interna. Ele compartilha a mesma comunidade temporal quando sua experiência está fluindo ao mesmo tempo em que a minha, quando eu posso olhar para ele a qualquer momento e ver seus pensamentos surgirem, em outros termos, quando envelhecemos juntos”. (SCHUTZ, Alfred. *Sobre fenomenologia e relações sociais*. Edição e organização de Helmut T. R. Wagner. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 202) (Grifos do autor)

<sup>516</sup> Relação-do-Nós “é a relação que tem lugar quando duas pessoas, interagindo uma com a outra em uma relação face a face, consideram uma à outra reciprocamente em uma orientação segundo o ‘Tu’. Ela ocorre durante o período em que uma participa da vida da outra, ainda que se trate de um período breve. Nesse caso não se pressupõe nenhum tipo de vínculo emocional”. (WAGNER, Helmut T. R. Glossário de termos selecionados. In: SCHUTZ, Alfred. *Sobre fenomenologia e relações sociais*. Edição e organização de Helmut T. R. Wagner. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 341)

<sup>517</sup> “Meu mero contemporâneo (ou ‘contemporâneo’) é alguém que eu sei que coexiste comigo no tempo, mas a quem eu não experiencio imediatamente. Esse tipo de conhecimento é sempre indireto e impessoal”. (SCHUTZ, Alfred. *Sobre fenomenologia e relações sociais*. Edição e organização de Helmut T. R. Wagner. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 240)

integram uma interação social indireta. Esta é regida pela orientação-pelo-Eles<sup>518</sup>, que tem como ponto central o tipo ideal pessoal.

Uma relação social entre contemporâneos, portanto, consiste no seguinte: cada um dos parceiros apreende o outro por meio de um tipo ideal; cada um dos parceiros tem consciência dessa apreensão mútua; e cada um espera que o esquema interpretativo do outro será congruente com o seu<sup>519</sup>.

Nas interações sociais indiretas também podem ser incluídos os sucessores, que devem ser levados em consideração nas relações sociais mediante critérios de antecipação<sup>520</sup>.

### 3.2.3 Interação social e humanismo transcendental

É inerente ao mundo social a intersubjetividade. Homens estão sempre orientando suas ações de acordo com os comportamentos de outros homens, e cada ação social, cada relação social constrói e reconstrói o próprio mundo social, produz e reproduz a própria cultura<sup>521</sup>. Esta intersubjetividade exige sempre de cada ser humano “um ato individual de religação; religação com outro, religação com uma comunidade, religação com uma sociedade e, no limite, religação com a espécie humana”<sup>522</sup>.

<sup>518</sup> Orientação-pelo-Eles é “a orientação segundo os outros, com quem não tenho relação direta e cuja existência conheço apenas a partir de noções vagas e muito gerais. Por exemplo, colocar uma carta no correio com a expectativa de que ‘alguém’ (o carteiro como um tipo geral) irá fazer com que ela chegue ao seu destino”. (WAGNER, Helmut T. R. Glossário de termos selecionados. In: SCHUTZ, Alfred. *Sobre fenomenologia e relações sociais*. Edição e organização de Helmut T. R. Wagner. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 348)

<sup>519</sup> SCHUTZ, Alfred. *Sobre fenomenologia e relações sociais*. Edição e organização de Helmut T. R. Wagner. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 247.

<sup>520</sup> Cf. SCHUTZ, Alfred. *Sobre fenomenologia e relações sociais*. Edição e organização de Helmut T. R. Wagner. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 253-254.

<sup>521</sup> “Uma cultura é um conjunto de saberes, saber fazer, regras, estratégias, hábitos, costumes, normas, interdições, crenças, ritos, valores, mitos, ideias, o adquirido, tudo aquilo que se perpetua de geração em geração, reproduz-se em cada indivíduo e alimenta, para geração e regeneração, a complexidade individual e social. A cultura constitui assim um capital cognitivo, técnico e mitológico não inato”. (MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. 4 ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 208)

<sup>522</sup> MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. 4 ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 21-22.

Esclarece Edgar Morin que “a noção de religação, inventada pelo sociólogo Marcel Bolle de Bal, preenche um vazio conceitual dando uma natureza substantiva ao que só era concebido de forma adjetiva e um caráter ativo a esse substantivo. ‘Religado’ é passivo, ‘religante’ é participante, ‘religação’ é ativante”. (2011, p. 214)

O ser humano imerso nesta intersubjetividade está assentado em três fontes: biológica, individual e social<sup>523</sup>. Estas fontes são geridas pelo egocentrismo, com cada ser humano afirmando-se como centro do mundo<sup>524</sup>. Este egocentrismo define-se pela constante dialética<sup>525</sup> entre princípio de inclusão e princípio de exclusão. Enquanto este zela pela singularidade do Eu e pela identidade individual, aquele garante a relação com o outro. O princípio de exclusão pode gerar o egoísmo; o princípio de inclusão nutre o amor e solidariedade<sup>526</sup>.

A religação do ser humano consigo mesmo e com o outro se torna, assim, imprescindível para a manutenção da intersubjetividade do mundo social, para a manutenção da própria humanidade, para um ressurgir fortalecido do princípio de inclusão<sup>527</sup>. E o caminho para esta religação é o amor.

É toda a nossa vida, privada ou pública, familiar ou profissional, que só vale proporcionalmente ao amor que nela pomos ou encontramos. (...) O amor

<sup>523</sup> Pontua Edgar Morin (1921- ) que “as três instâncias indivíduo-sociedade-espécie formam uma tríade inseparável. O indivíduo humano, mesmo na sua autonomia, é 100% biológico e 100% cultural. Apresenta-se como o ponto de um holograma que contém o todo (da espécie, da sociedade) mesmo sendo irredutivelmente singular. Carrega a herança genética e, ao mesmo tempo, o *imprinting* e a norma de uma cultura”. (MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. 4 ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 19)

<sup>524</sup> “Essas três fontes estão no coração do indivíduo, na sua própria qualidade de sujeito. Aqui, eu me refiro à concepção de sujeito, elaborada por mim, que vale para todo ser vivo. Ser sujeito é se autoafirmar situando-se no centro do seu mundo, o que é literalmente expresso pela noção de egocentrismo”. (MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. 4 ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 19)

<sup>525</sup> “Dialética era, na Grécia antiga, a arte do diálogo. Aos poucos, passou a ser a arte de, no diálogo, demonstrar uma tese por meio de uma argumentação capaz de definir e distinguir claramente os conceitos envolvidos na discussão. (...) Na acepção moderna, entretanto, dialética significa outra coisa: é o modo de pensarmos as contradições da realidade, o modo de compreendermos a realidade como essencialmente contraditória e em permanente transformação”. (KONDER, Leandro. *O que é dialética*. São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 7-8)

Dialética é “a arte do diálogo e da contradição, logo da controvérsia. É também uma lógica da aparência (no melhor dos casos) ou a aparência de uma lógica (no pior). Enfim - em Hegel ou Marx -, é certo método intelectual, baseado na unidade dos contrários e em sua superação numa síntese superior”. (COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário filosófico*. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 162)

<sup>526</sup> Cf. MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. 4 ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 19-21.

<sup>527</sup> Como salienta Luc Ferry, a história propriamente humana é a da relação com outro. (FERRY, Luc. *Aprender a viver: filosofia para os novos tempos*. Tradução Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 309)

não se comanda, pois é o amor que comanda. Isso também é válido, obviamente, em nossa vida moral ou ética<sup>528</sup>. Só necessitamos de moral em falta de amor, repitamos, e é por isso que temos tanta necessidade de moral<sup>529</sup>! É o amor que comanda, mas o amor faz falta: o amor comanda em sua ausência e por essa própria ausência. É o que o dever exprime ou revela, o dever que só nos constrange a fazer aquilo que o amor, se estivesse presente, bastaria, sem coerção, para suscitar. Como o amor poderia comandar outra coisa que não ele mesmo, que não se comanda, ou outra coisa pelo menos que não o que se assemelha a ele? Só se comanda a ação, e isso diz o essencial: não é o amor que a moral prescreve, é realizar, por dever, essa própria ação que o amor, se estivesse presente, já teria livremente consumado. Máxima do dever: *Age como se amasses*<sup>530</sup>.

*Eros, philia e ágape* são as três formas de amor que se complementam e permeiam toda nossa vida<sup>531</sup>. O *eros* ou amor-paixão é a carência, a

---

<sup>528</sup> Moral “é o conjunto dos meus deveres, em outras palavras, dos imperativos que reconheço legítimos - mesmo que, às vezes, como todo o mundo, eu os viole. É a lei que imponho a mim mesmo, ou que deveria me impor, independentemente do olhar do outro e de qualquer sanção ou recompensa esperada. (...) Quer dizer então que há tantas morais quantos são os indivíduos? De jeito nenhum. E aí está o paradoxo da moral: ela só vale na primeira pessoa mas universalmente, em outras palavras para todo ser humano (já que todo ser humano é um ‘eu’). (COMTE-SPONVILEE, André. *Apresentação da filosofia*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 20-21)

<sup>529</sup> “O amor é portanto primeiro, não em absoluto, sem dúvida (pois então seria Deus), mas em relação à moral, ao dever, à Lei. É o alfa e ômega de toda virtude”. (COMTE-SPONVILEE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 245)

<sup>530</sup> COMTE-SPONVILEE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 242-243.

<sup>531</sup> “Se cumpre distinguir, pelo menos intelectualmente, esses três tipos de amor, ou esses três graus no amor, é principalmente para compreender que todos os três são necessários, todos os três estão ligados, e para iluminar o processo que leva de um ao outro. Não são três essências, que se excluíam mutuamente; são antes três pólos de um mesmo campo, que é o campo de amar, ou três momentos de um mesmo processo, que é o de viver”. (COMTE-SPONVILEE, André. *Apresentação da filosofia*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43)

falta<sup>532</sup>, o desejo enquanto falta<sup>533</sup>, a cobiça, a possessividade *Philia* ou amor-ação é a amizade<sup>534</sup>, a

<sup>532</sup> O diálogo entre Sócrates e Agáton construído por Platão muito bem pontua este sentido de *eros* como falta, carência: “Sócrates: - Basta! Guarda para ti o ‘de que’ na memória; mas responde-me apenas a isto: Eros deseja ou não o objeto de que ele é amor? / Agáton: - Sem dúvida, deseja. / Sócrates: - Mas, quando deseja e ama, possui ou não a coisa que deseja e ama? / Agáton: - Parece que não possui. / Sócrates: - Pensa bem, e dize-me se não devemos afirmar, não que *parece*, mas que necessariamente não possui a coisa aquele que a deseja, e que se a tivesse não a desejaria? Creio ver aí algo que é necessário; e tu, que achas? / Agáton: - Sim, é necessário que não a possua. / Sócrates: - Pois bem; assim sendo, é possível que quem é grande deseja ser grande, ou quem é forte, ser forte? / Agáton: - Impossível, visto o que já deixamos afirmado. / Sócrates: - Portanto, quem possui tais qualidades não carece delas? / Agáton: - Evidentemente. / Sócrates: - Prossigamos. Se o forte desejasse ser forte, o veloz, veloz, e o saudável, saudável - muito bem poderia ir alguém a pensar que os possuidores dessas e de outras qualidades desejam ainda o que já possuem. Ora, é justamente para não cair nessa ilusão que insisto em afirmar: cada uma dessas pessoas, caro Agáton - examina - o bem! - deve possuir atualmente o que possui, sendo indiferente que o deseje ou não; pois, como poderiam desejá-lo? Vê, se alguém nos declarasse: ‘eu que sou são, quero ser são’, ‘eu que sou rico, quero ser rico’, ‘eu, que possuo isto ou aquilo, quero ter isto ou aquilo’ - haveríamos de responder-lhe: ‘Amigo, tu que possuis a saúde, a riqueza e mais isto ou aquilo, o que de fato desejas é continuar a possuir também no futuro a saúde e a riqueza e o mais, pois que atualmente já possuis todas essas qualidades, quer queiras ou não. Pensa, portanto, se, quando dizes que desejas o que já tens, não queres precisamente dizer isto: ‘Desejo possuir também no futuro os bens que atualmente possuo?’ Essa pessoa concordaria conosco, não achas?’ / Agáton: - Forçosamente. / Sócrates: - Ora, desejar que o que possuímos atualmente também possuamos nos tempos futuros não é, acaso, o mesmo que desejar alguma coisa que não se encontra ainda à nossa disposição, e que ainda não temos? / Agáton: - Sem dúvida. / Sócrates: - Portanto, a pessoa, e quem quer que deseje alguma coisa, deseja forçosamente o que não está à sua disposição, o que não possui, o que não tem, o que lhe falta; ora, não são esses justamente os objetos do desejo e do amor? / Agáton: - Sem dúvida”. (PLATÃO. Banquete. In: PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. Banquete. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 134-135)

<sup>533</sup> “A falta não é a essência do desejo; é seu acidente ou seu sonho, a privação que o irrita ou o fantasma que ele inventa para si”. (COMTE-SPONVILEE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 268)

<sup>534</sup> “As pessoas amam por três motivos. Para o amor dos objetos inanimados não empregamos a palavra ‘amizade’, visto que não ocorre neste caso reciprocidade de afeição, e tampouco um deseja bem ao outro (de fato, seria ridículo se desejássemos bem ao vinho; se desejamos alguma coisa a ele é que se conserve, para que possamos continuar a usufruí-lo); mas quanto aos amigos, dizemos que devemos desejar-lhes o bem no interesse deles próprios. Porém, aos que desejam o bem dessa maneira só atribuímos benevolência, se o desejo não é recíproco; quando recíproca, a benevolência torna-se amizade. Ou devemos acrescentar ‘quando é conhecida por quem é o objeto da benevolência’? De fato, muita gente deseja o bem a pessoas que nunca viu, e as julga boas e prestativas; e uma delas pode retribuir-lhe esse sentimento. Essas pessoas parecem desejar o bem umas às outras, todavia como chamá-las de amigas se elas ignoram os seus mútuos sentimentos? Assim, para serem amigas, as pessoas devem conhecer uma à outra, desejando-se reciprocamente o bem”. (ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 174)

alegria<sup>535</sup> e o desejo enquanto potência<sup>536</sup>, o “poder desfrutar alguma coisa ou se regozijar<sup>537</sup> dela”<sup>538</sup>. *Ágape* ou amor-caridade<sup>539</sup> é o amor

---

<sup>535</sup> “O amor é uma alegria acompanhada da ideia de uma causa exterior. *Explicação*. Esta definição explica muito claramente a essência do amor. Já a definição dada pelos autores que definem o amor como a vontade do amante de unir-se à coisa amada não exprime a sua essência, mas uma de suas propriedades. E como a essência do amor não foi suficientemente examinada por esses autores, tampouco puderam ter qualquer conceito claro dessa propriedade, o que fez com que todos julgassem a sua definição extremamente obscura. É preciso observar, entretanto, que, quando digo que se trata de uma propriedade, no amante, de unir-se, por vontade, à coisa amada, não compreendo por vontade um consentimento, nem uma deliberação do ânimo, nem uma livre decisão (...), nem tampouco o desejo de unir-se à coisa amada quando ela não está ali, nem de continuar em sua presença quando está ali, pois o amor pode ser concebido sem qualquer um desses desejos. Em vez disso, por vontade compreendo a satisfação que a presença da coisa amada produz no amante, satisfação que fortalece a alegria do amante ou, ao menos, intensifica-a”. (SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. 3 ed. bilíngue (latim/português). Tradução e notas de Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2010, p. 241, 243) (Grifo do autor)

<sup>536</sup> “Por afeto compreendo as afecções do corpo, pelas quais sua potência de agir é aumentada ou diminuída, estimulada ou refreada, e, ao mesmo tempo, as ideias dessas afecções. (...) Se uma coisa aumenta ou diminui, estimula ou refreia a potência de agir de nosso corpo, a ideia dessa coisa aumenta ou diminui, estimula ou refreia a potência de pesar de nossa mente. (...) Vemos, assim, que a mente pode padecer grandes mudanças, passando ora a uma perfeição maior, ora a uma menor, paixões essas que nos explicam os afetos da alegria e da tristeza. Assim, por alegria compreenderei, daqui por diante, uma paixão pela qual a mente passa a uma perfeição maior. (...) O amor nada mais é do que a alegria, acompanhada da ideia de uma causa exterior (...) Vemos, além disso, que aquele que ama esforça-se necessariamente, por ter presente e conservar a coisa que ama”. (SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. 3 ed. bilíngue (latim/português). Tradução e notas de Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2010, p. 163, p. 177, p. 181)

<sup>537</sup> “Regozijar-se é existir mais, é sentir aumentar sua potência, é perseverar triunfalmente no ser”. (COMTE-SPONVILEE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 292)

<sup>538</sup> COMTE-SPONVILEE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 269.

Afirma André Comte-Sponville: “desejar o que fazemos, o que temos ou o que existe chama-se querer, chama-se agir, chama-se gozar ou regozijar-se, e é nisso que a menor de nossas ações, o menor de nossos prazeres, a menor de nossas alegrias é uma refutação do platonismo. Pois quando há ação? Quando há prazer? Quando há alegria? A resposta é muito simples. Há ação, há prazer, há alegria cada vez que desejamos o que fazemos, o que temos, o que somos ou o que existe, em suma, cada vez que desejamos *aquilo que não nos falta*”. (2010, p. 264) (Grifos do autor)

<sup>539</sup> “(...) o grego das Escrituras (retomando, sem dúvida por estar disponível, uma palavra quase desconhecida da literatura profana, ao menos na forma nominal, mas derivada do verbo *agapan*, acolher com amizade, amar, querer bem, atestada em grego clássico, por exemplo em Homero ou Platão), é o que o grego das Escrituras, então, desde a Bíblia dos Setenta até as epístolas apostólicas, chama de *agapé* (como no Evangelho de São João: “Deus é amor, o *Theosagapéstin*”), que a Vulgata traduziu quase sempre por *caritas* (o amor, o afeto, o que torna *caro*), que dará de fato, e independentemente de suas perversões ulteriores, o francês *charité* [caridade]”. (COMTE-SPONVILEE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 290)

desinteressado, individual e universal<sup>540</sup>, divino<sup>541</sup>, o amor aos inimigos<sup>542</sup>.

*Eros, philia, ágape*: o amor que toma, que só sabe gozar ou sofrer, possuir ou perder; o amor que se regozija e compartilha, que quer bem a quem nos faz bem; enfim, o amor que aceita e protege, que dá e se entrega, que nem precisa mais ser amado...<sup>543</sup>

Amor e cuidado<sup>544</sup> estão em simbiose, com este sendo manifestação daquele. Assim, o cuidado de si e o cuidado com o outro constituem a essência da intersubjetividade no mundo social, propiciam a religação do ser humano consigo mesmo e com o outro.

<sup>540</sup> “*Quid* então do espírito de Cristo, como diz Spinoza, em outras palavras, desse amor ao mesmo tempo singular e universal, exigente e livre, espontâneo e respeitoso”. (COMTE-SPONVILEE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 289)

<sup>541</sup> “<sup>7</sup>Caríssimos, amemo-nos uns aos outros, porque o amor vem de Deus, e todo o que ama é nascido de Deus e conhece a Deus. (...) <sup>11</sup>Caríssimos, se Deus assim nos amou, também nós nos devemos amar uns aos outros. <sup>12</sup>Ninguém jamais viu a Deus. Se nos amarmos mutuamente, Deus permanece em nós e o seu amor em nós é perfeito. (...) <sup>20</sup>Se alguém disser: “Amo a Deus”, mas odeia seu irmão, é mentiroso. Porque aquele que não ama seu irmão, a quem vê, é incapaz de amar a Deus, a quem não vê. <sup>21</sup>Temos de Deus este mandamento: o que amar a Deus, ame também a seu irmão” (I JO, IV, 7, 11-12, 20-21). (*Bíblia Sagrada*. 160 ed. Tradução portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). São Paulo: Ave-Maria, 2004, p. 1552-1553) Afirma o filósofo francês André Comte-Sponville (1952- ) que “*agapé* é o amor divino, se Deus existe, e mais ainda, talvez, se Deus não existisse”. (COMTE-SPONVILEE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 291)

<sup>542</sup> “<sup>43</sup>Tendes ouvido o que foi dito: *Amarás o teu próximo* e poderás odiar teu inimigo. <sup>44</sup>Eu, porém, vos digo: amai vossos inimigos, fazei bem aos que vos odeiam, orai pelos que vos [maltratam e perseguem]”. (Mt, V, 43-44) (*Bíblia Sagrada*. 160 ed. Tradução portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). São Paulo: Ave-Maria, 2004, p. 1289)

<sup>543</sup> COMTE-SPONVILEE, André. *Apresentação da filosofia*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 45.

<sup>544</sup> Sobre a origem da palavra “cuidado”, leciona José Francisco de Faria Costa: “A palavra ‘cuidar’ proveniente do latim ‘cogitare’ (através de uma forma intermédia - ‘coidar’ - com a qual, aliás, coexistiu no séc. XIV) tem tendência a afastar-se, do ponto de vista semântico, do étimo latino que lhe deu origem, porquanto é cada vez menos usado com o sentido de ‘pensar’, ‘julgar’, ‘meditar’ e cada vez mais o é na acepção de ‘tratar de’, ‘interessar-se por’, ‘ocupar-se de’. Acepção que é, nem mais nem menos, a do étimo latino ‘cura’, presente em ‘curare’, e do qual provém o português ‘curar’, preferentemente ou, diríamos mesmo, quase exclusivamente usado com o sentido de ‘livrar de doença’, sentido esse, aliás, com que já os latinos o empregavam (‘*medicinae pars quae manu curat*’, assim definiu Celso a cirurgia)”. (COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 358)

Percorrendo toda a história da humanidade, desde Sócrates até o despontar do Cristianismo, o “cuidado de si mesmo” (*epiméleiaheautoû*)<sup>545</sup> envolve as noções de ocupar-se consigo mesmo, de preocupar-se consigo mesmo, sendo que a expressão tão famosa “conhece-te a ti mesmo” (*gnôthiseautón*) nada mais é do que um dos desdobramentos do “cuidado de si mesmo”. Segundo Michel Foucault (1926-1984), da ideia de “cuidado de si mesmo”, deve-se reter:

- Primeiramente, o tema de uma atitude geral, um certo modo de encarar as coisas, de estar no mundo, de praticar ações, de ter relações com o outro. A *epiméleiaheautoû* é uma atitude - para consigo, para com os outros, para com o mundo.
- Em segundo lugar, a *epiméleiaheautoû* é também uma certa forma de atenção, de olhar. Cuidar de si mesmo implica que se converta o olhar, que se o conduza do exterior para ... eu ia dizer “interior”: deixemos de lado esta palavra (que, como sabemos, coloca muitos problemas) e digamos simplesmente que é preciso converter o olhar, do exterior, dos outros, do mundo, etc. para “si mesmo”. O cuidado de si implica uma certa maneira de estar atento ao que pensa e ao que se passa no pensamento. Há um parentesco da palavra *epiméleia* com *meléte*, que quer dizer, ao mesmo tempo, exercício e meditação (...).
- Em terceiro lugar, a noção de *epiméleia* não designa simplesmente esta atitude geral ou esta forma de atenção voltada para si. Também designa sempre algumas ações, ações que são exercidas de si para consigo, ações pelas quais nos assumimos, nos modificamos, nos purificamos, nos transformamos e nos transfiguramos. Daí, uma série de práticas que são, na sua maioria, exercícios, cujo destino (na história da cultura, da filosofia, da moral, da espiritualidade ocidentais) será bem longo. São, por exemplo, as técnicas de meditação; as de memorização do passado; as de exame de consciência; as de verificação das representações na medida em que elas se apresentam ao espírito, etc.<sup>546</sup>.

Inicialmente restrito àqueles jovens aristocratas que deviam se preparar para governar os outros e as cidades, o “cuidado de si mesmo” tornou-se princípio geral e incondicionado: rompeu a diferenciação em *status* social, dirigindo-se a todos sem distinção e durante toda sua existência terrena, bem como tornou-se imperativo de toda conduta racional.

O “cuidado de si” propicia a configuração do ser humano verdadeiro: ser

<sup>545</sup> Sobre o cuidado de si e toda sua cadeia de conexões, cf. FOUCAULT, Paul-Michel. *A hermenêutica do sujeito*. Tradução de Márcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

<sup>546</sup> FOUCAULT, Paul-Michel. *A hermenêutica do sujeito*. Tradução de Márcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 14-15.

humano cômico de si e da necessidade de seus atos serem virtuosos<sup>547</sup>.

A prática de si impõe-se sobre o fundo de erros, de maus hábitos, de deformação e de dependência estabelecidas e incrustadas, e que se trata de abalar. Correção-liberação, bem mais que formação-saber: é neste eixo que se desenvolverá a prática de si, o que, evidentemente, é fundamental<sup>548</sup>.

Requer o cuidado de si que o ser humano exerça *philia* consigo mesmo, evitando com que o *eros* conduza ao egoísmo. Voltar-se para si com alegria, querer bem a si mesmo, não se deixar dominar pelo sofrimento, precedido de uma breve saciedade, da possessividade tão difundida hodiernamente com o *no limits, carpe diem*, individualismo, com o ser humano como mercadoria.

O cuidado com o outro relaciona-se com a humanização do divino e com a divinização do humano. A humanização do divino liga-se à secularização do cristianismo e à transcendência na imanência; a divinização do humano, ao pensamento alargado e à sabedoria do amor<sup>549</sup>.

Eugen Drewermann bem expressa esta secularização do Cristianismo ao defender a substituição da Cosmologia por uma Teologia escorreita e da Teologia

---

<sup>547</sup> “A virtude, repete-se desde Aristóteles, é uma disposição adquirida de fazer o bem. É preciso dizer mais, porém: ela é o próprio bem, em espírito e em verdade. Não o Bem absoluto, não o Bem em si, que bastaria conhecer e aplicar. O bem não é para se contemplar, é para se fazer. Assim é a virtude: é o esforço para se portar bem, que define o bem nesse próprio esforço”. (COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 9)

<sup>548</sup> FOUCAULT, Paul-Michel. *A hermenêutica do sujeito*. Tradução de Márcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 116.

Da análise de Sócrates e sua filosofia, Francesco Adorno explicita as características deste homem de verdade: “é necessário que cada qual faça bem, seja sério naquilo que faz; é necessário que cada qual empregue a maior competência possível naquilo que faz. (...) Para que o acto seja acto ele deve resultar. E não resulta se não tivermos em conta os dados, os limites, as situações em que nos encontramos, conhecendo aquilo que, em contrapartida, podemos ter: a capacidade (virtude) de coordenar esses dados, de orientá-los numa determinada direcção, construindo um novo mundo, uma nova relação humana, exactamente uma acção fecunda”. (ADORNO, Francesco. *Sócrates*. Tradução de António José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2002, p. 83-84)

<sup>549</sup> Cf. FERRY, Luc. *O homem-Deus, ou, o sentido da vida*. 3 ed. tradução de Jorge Bastos. Rio de Janeiro: DIFEL, 2007; FERRY, Luc. *A revolução do amor: por uma espiritualidade laica*. Tradução de Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012; FERRY, Luc. *Aprender a viver: filosofia para os novos tempos*. Tradução Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 271-316.

por uma Psicologia adequada<sup>550</sup>. O amor, essência da vida, é o único capaz de fazer com que cada ser humano entenda a si próprio e ao outro<sup>551</sup>. Pelo amor, encontrar a si é encontrar a Deus<sup>552</sup>, que habita o interior de cada ser humano e não advém de algo externo<sup>553</sup>. Assim, a linguagem do mito é essencial para o ser humano compreender Deus, os textos bíblicos e a religião, que são interpretações humanas

---

<sup>550</sup> “Aqui se percebe que estruturalmente toda a teologia cristã é falha, e isto está intimamente ligado à teologia da Criação. No âmbito do pensamento teológico, nos habituamos a projetar problemas humanos sobre Deus. O tempo todo ficamos falando de Deus em vez de nós próprios. Da mesma forma, em vez de falar sobre a Criação, acabamos falando sobre os planos de Deus, e isto confunde as coisas. Em vez de uma teologia escorreita, ficamos fazendo cosmologia, e em vez de psicologia adequada, fazemos teologia, e por isso não entendemos nem o mundo nem as pessoas, afirmando, porém, que Deus nós entendemos particularmente bem. Viramos tudo de cabeça para baixo”. (DREWERMANN, Eugen. *Religião para quê?: buscando sentido numa época de ganância e sede de poder*. Em diálogo com Jürgen Hoeren. Tradução de Walter Schlupp. São Leopoldo, RS: SINODAL, 2004, p. 50)

<sup>551</sup> “A verdadeira resposta à questão da nossa vida está no amor, cuja vil refutação é tão fácil para a natureza. Ela está na busca pela veracidade, fora dos truques da luta pela sobrevivência, do mimetismo e dos papéis forçados, ela está na integridade para conosco próprios. Quanto mais nos entendermos a nós mesmos, melhor entenderemos também as pessoas a nosso lado, as ligações que houve entre nós, os subterrâneos enleios entre destinos aparentemente tão distintos. Subitamente todas as nervuras da história entrarão em vibração. Assim imagino o céu”. (DREWERMANN, Eugen. *Religião para quê?: buscando sentido numa época de ganância e sede de poder*. Em diálogo com Jürgen Hoeren. Tradução de Walter Schlupp. São Leopoldo, RS: SINODAL, 2004, p. 60-61)

<sup>552</sup> “Assim, o encontro de si e o encontro de Deus são a mesma coisa. Trata-se do poder de uma confiança que nasce de um amor puro. Estes são os milagres de Jesus. E a este respeito Jesus pôde dizer: ‘Quem entendeu isto um pouquinho, no futuro nem conseguirá agir de outra forma’. (Jo 5. 20; 14.12)” (DREWERMANN, Eugen. *Religião para quê?: buscando sentido numa época de ganância e sede de poder*. Em diálogo com Jürgen Hoeren. Tradução de Walter Schlupp. São Leopoldo, RS: SINODAL, 2004, p. 150)

<sup>553</sup> “A verdadeira religião constitui-se, portanto, a partir da interioridade do ser humano. (...) Ou seja, a religião autêntica contribuirá para a individuação do ser humano, que implica, por sua vez, a religação com o próprio Deus, que habita o seu coração, desde a criação à sua imagem e semelhança. As consequências são um novo ser humano, que vive de forma transformada em seu interior e se relaciona de maneira amorosa e pacífica consigo mesmo, com os demais seres humanos, com os animais e plantas”. (NOÉ, Sidnei Vilmar. Introdução. In: DREWERMANN, Eugen. *Religião para quê?: buscando sentido numa época de ganância e sede de poder*. Em diálogo com Jürgen Hoeren. Tradução de Walter Schlupp. São Leopoldo, RS: SINODAL, 2004, p. 5-6)

que dão sentido à vida, que são noções humanas<sup>554</sup>.

Como o divino encontra-se no próprio ser humano, a transcendência na imanência implica que “tenho em mim (imanência) o sentimento impositivo do ‘fora de mim’ (transcendência)”<sup>555</sup>. O respeito ao outro é imposto ao ser humano exatamente pelo outro (transcendência) ter, como ele, Deus imanente, em seu interior. Cada ser humano possui uma essência de sagrado, de divino.

O pensamento alargado foi definido por Immanuel Kant (1724-1804) como “pensar colocando-se no lugar do outro”<sup>556</sup>. Ao compartilhar um mundo comum com outros homens, o ser humano deve ser capaz de compreender o outro, e, ao fazer isto, pode compreender melhor a si próprio. Com o pensamento alargado, o ser humano consegue “superar as condições subjetivas pessoais do juízo, em que tantos outros ficam como aprisionados, e refletir sobre seu próprio juízo partindo de um ponto de vista geral (que só pode determinar colocando-se no ponto de vista de

---

<sup>554</sup> “Neste caso, a crítica da religião de Feuerbach tem razão: ao falar de Deus, no fundo estamos falando sobre o ser humano, só que este não deve saber disso. Basicamente transferimos a psicologia humana para o lado de Deus, e isto aliena a pessoa. Ela ali não se reencontra mais, ela ali só encontra a sua alienação de si. Aí as pessoas acham que estamos destruindo a fé ao desfazermos essa projeção dizendo que precisamos primeiro falar sobre a pessoa humana, que tudo aquilo que dizemos a respeito de Deus são noções humanas. Deus não é mulher, Deus não é homem, Deus não é pai, nem mãe, etc. O mito de qualquer forma sabe que está falando na linguagem dos anseios humanos, fala de Deus em forma humana. Portanto, teríamos que interpretar as imagens e formas linguísticas do mito, em vez de dogmatizá-las ou declará-las históricas. (...) Em outras palavras, quando o cristianismo se isolou da natureza e dos mitos, ele truncou o próprio ser humano, em termos antropológicos, de uma maneira que não pode dar certo. (...) Por isto, está errado distinguir as imagens mitológicas das imagens bíblicas, ou declarar que seu teor está em oposição à teologia cristã. A questão da verdade dessas imagens não está em seu teor, mas na forma como são usadas. O importante é como elas são interpretadas, de que maneira elas atuam em prol da humanização ou da desumanização das pessoas”. (DREWERMANN, Eugen. *Religião para quê?: buscando sentido numa época de ganância e sede de poder. Em diálogo com Jürgen Hoeren. Tradução de Walter Schlupp. São Leopoldo, RS: SINODAL, 2004, p. 140-141, p. 144)*

<sup>555</sup> FERRY, Luc. *O homem-Deus, ou, o sentido da vida*. 3 ed. tradução de Jorge Bastos. Rio de Janeiro: DIFEL, 2007, p. 43.

Afirma Luc Ferry que hoje temos “formas novas de transcendências, transcendências ‘horizontais’ e não mais verticais: enraizadas em seres que estão no mesmo plano que nós, e não mais em entidades situadas acima de nossas cabeças”. (FERRY, Luc. *Aprender a viver: filosofia para os novos tempos. Tradução Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 293)*

<sup>556</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade de julgar*. Tradução de Daniela Botelho B. Guedes. São Paulo: Ícone, 2009, p. 144.

outros)<sup>557</sup>.

Compreender a si e compreender o outro significa conhecer a si, mesmo que seja em diferentes graus, e conhecer o outro. E como Luc Ferry (1951- ) salienta, biblicamente, conhecer significa amar: “se conhecer e amar são uma só coisa, então, o que acima de tudo dá sentido a nossas vidas, ao mesmo tempo orientação e significado, é exatamente o ideal do pensamento alargado<sup>558</sup>”.

Este entrelaçamento entre pensamento alargado e amor conduz a um novo Humanismo, em que o fio condutor é ocupado pela sabedoria do amor.

Ora, evidentemente, o princípio que substitui o *Cosmos* dos antigos, o Deus judaico-cristão, bem como o *cogito* racionalista de Descartes e das Luzes, é o amor entre humanos com suas variações em termos de amizade e fraternidade. (...) é ele que dá sentido não apenas à nossa vida, mas a todos os nossos comprometimentos. (...) amamos a relação com os outros quando ela se enquadra num horizonte de sentido. (...) É por isso que assistimos ao nascimento de um *segundo humanismo*, de um humanismo que a cada dia se afasta mais do das Luzes. (...) esse humanismo não é mais o de Voltaire ou de Kant, dos direitos do homem ou da razão, não é mais o humanismo do século XVIII, que certamente foi portador de um vasto projeto de emancipação, mas que também levou o imperialismo e à colonização. É, ao contrário, um humanismo pós-colonial e pós-metafísico, um humanismo da transcendência do outro e do amor (...)<sup>559</sup>.

Efetivamente, este segundo Humanismo deve ser aquele que agasalha tanto o cuidado de si como o cuidado com outro, que se pautam na harmonia entre

---

<sup>557</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade de julgar*: filosofia para os novos tempos. Tradução Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 144.

Luc Ferry, com base nesta concepção kantiana, afirma que “afastando-me de mim mesmo para compreender o outro, alargando o campo de minhas experiências, eu me singularizo, já que ultrapasso ao mesmo tempo o particular de minha condição de origem para aceder, se não à universalidade, pelo menos ao reconhecimento cada vez maior e mais rico das possibilidades que são da humanidade inteira”. (FERRY, Luc. *Aprender a viver*: filosofia para os novos tempos. Tradução Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 304)

<sup>558</sup> FERRY, Luc. *Aprender a viver*: filosofia para os novos tempos. Tradução Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 293.

<sup>559</sup> FERRY, Luc. *A revolução do amor*: por uma espiritualidade laica. Tradução de Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 24-25.

Segundo André Comte-Sponville, “ser humanista é considerar a humanidade um valor, o valor supremo, mesmo. Resta saber se esse valor é um absoluto, que se dá a conhecer, a reconhecer, a contemplar, ou se é relativo à nossa história, a nossos desejos, a certa sociedade ou civilização ... No primeiro caso, fala-se de *humanismo teórico*, o qual pode ser metafísico ou transcendental, mas tende sempre a se tornar uma religião do homem (v. *L’homme-Dieu*, de Luc Ferry); no segundo, de *humanismo prático*, que não aspira a nenhum absoluto, a nenhuma religião, a nenhuma transcendência: é tão-somente uma moral ou um guia para a ação. O primeiro é uma fé; o segundo, uma fidelidade. O primeiro faz da humanidade um princípio, uma essência ou um absoluto: o segundo vê nela apenas um resultado, uma história, uma exigência”. (COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário filosófico*. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 285) (Grifos do autor)

as três formas de amor<sup>560</sup>. Enquanto *philia* e *agapé* são constantemente requisitados pelo cuidado com o outro, *eros* e *philia* devem sempre acompanhar o cuidado de si. Isto propicia a religação do ser humano consigo mesmo e com o outro, o equilíbrio entre os princípios de inclusão e de exclusão do egocentrismo.

### 3.2.4 Sociedade: interação humana e reciprocidade

A sociedade “é o estar com um outro, para um outro, contra um outro que, através do veículo dos impulsos ou dos propósitos, forma e desenvolve os conteúdos e os interesses materiais ou individuais”<sup>561</sup>. Nesta concepção de sociedade, que tem o indivíduo como átomo social, o alemão Georg Simmel (1858-1918) estrutura toda sua construção acerca da Sociologia<sup>562</sup>.

Interação humana e reciprocidade são elementos fundantes da sociedade. Esta é a unidade social constituída pelas diversas interações (ações e reações), estabelecidas em nível de reciprocidade (influências mútuas), entre os indivíduos. Como estas interações possuem um fluxo incessante, a sociedade possui dinamicidade e estabelece-se de forma permanente<sup>563</sup>.

O processo básico de formação desta unidade social que é a sociedade denomina-se *sociação*<sup>564</sup>, que trata das motivações envolvidas nas interações

<sup>560</sup> Como adverte o filósofo grego Aristóteles (384 a.C. - 322 a.C.), o homem “se relaciona com o seu amigo de modo idêntico como se relaciona consigo mesmo (pois o amigo é um outro ‘eu’)”. (ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 201) Pode-se substituir tranquilamente o termo “amigo” por “outro”.

<sup>561</sup> SIMMEL, Georg. *Georg Simmel: sociologia*. Organizado por Evaristo de Moraes Filho, traduzido por Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983, p. 168.

<sup>562</sup> Sobre a construção teórico-sociológica de George Simmel, cf. SIMMEL, Georg. *Georg Simmel: sociologia*. Organizado por Evaristo de Moraes Filho, traduzido por Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983; LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. *Sociologia geral*. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999, p. 53-54; REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. Do Romantismo até nossos dias. v. 3. 7 ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 462-463.

<sup>563</sup> “Tudo quanto acontece no campo dos contínuos contatos físicos e espirituais, as mútuas excitações ao prazer e à dor, as conversações e os silêncios, os interesses comuns e antagônicos, é o que faz com que a sociedade seja irrompível; de tudo isso dependem as flutuações de sua vida, mediante as quais seus elementos ganham, perdem, se transformam incessantemente”. (SIMMEL, Georg. *Georg Simmel: sociologia*. Organizado por Evaristo de Moraes Filho, traduzido por Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983, p. 72)

<sup>564</sup> “Não há propriamente sociedade feita, mas antes o *fazer-se* sociedade. Através da interação, da relação recíproca, é que se constitui a *Vergesellschaftung*, que preferimos traduzir, à maneira dos simmelianos americanos, por *sociação*”. (MORAES FILHO, Evaristo. Introdução: formalismo sociológico e a teoria do conflito. In: SIMMEL, Georg. *Georg Simmel: sociologia*. Organizado por Evaristo de Moraes Filho, traduzido por Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983, p. 31)

humanas, isto é, possui como conteúdo “tudo quanto exista nos indivíduos (portadores concretos e imediatos de toda realidade histórica) - como instinto, interesse, fim, inclinação, estado ou movimento psíquico - tudo enfim capaz de originar ação sobre outros ou a recepção de suas influências”<sup>565</sup>.

A determinação quantitativa dos grupos, o processo dominação-subordinação e o conflito são algumas das formas de sociação, das condições formais de sociação.

Da formação de grupos sociais, decorrem três consequências singulares: a) o número de indivíduos sociados determina a necessidade de uma estrutura de manutenção do grupo social<sup>566</sup>, como a criação de órgãos<sup>567</sup>; b) a relevância normativa e moral nas ações recíprocas; c) a personalidade e a independência de um indivíduo são fortificadas pelo maior trânsito em grupos sociais diversos, já que

---

<sup>565</sup> SIMMEL, Georg. *Georg Simmel: sociologia*. Organizado por Evaristo de Moraes Filho, traduzido por Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983, p. 60.

Em outra oportunidade, reforça Georg Simmel: “Os instintos eróticos, os interesses objetivos, os impulsos religiosos e propósitos de defesa ou ataque, de ganho ou jogo, de auxílio ou instrução, e incontáveis outros, fazem com que o homem viva com outros homens, aja por eles, com eles, contra eles, organizando desse modo, reciprocamente, as suas condições - em resumo, para influenciar os outros e para ser influenciado por eles. A importância dessas interações está no fato de obrigar os indivíduos, que possuem aqueles instintos, interesses, etc., a formarem uma unidade - precisamente, uma ‘sociedade’. Tudo que está presente nos indivíduos (que são os dados concretos e imediatos de qualquer realidade histórica) sob a forma de impulso, interesse, propósito, inclinação, estado psíquico, movimento - tudo que está presente neles de maneira a engendrar ou mediar influências sobre os outros, ou que receba tais influências, designo como conteúdo, como matéria, por assim dizer, da sociação”. (1983, p. 165-166)

<sup>566</sup> “Esta determinação quantitativa do grupo, como pode ser chamada, tem uma dupla função. Num sentido negativo, certos desenvolvimentos - que são necessários, ou pelo menos possíveis, no que diz respeito ao teor ou condições de vida - só podem ser realizados acima ou abaixo de um determinado número de elementos. No sentido positivo, certos outros desenvolvimentos são impostos ao grupo por certas modificações puramente quantitativas, mas nem mesmo estes desenvolvimentos surgem automaticamente - pois dependem de outras características, além das numéricas. O ponto decisivo, entretanto, é que esses desenvolvimentos não são o resultado destas características somente, mas que eles só se produzem sob certas condições numéricas” (SIMMEL, Georg. *Georg Simmel: sociologia*. Organizado por Evaristo de Moraes Filho, traduzido por Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983, p. 90-91)

<sup>567</sup> “Os grupos grandes criam órgãos que canalizam e servem de mediadores para a interação de seus membros e operam, dessa maneira, como veículos de uma unidade social que já não resulta mais das relações diretas entre seus membros. Cargos e representações, leis e símbolos da vida de grupo, organizações e conceitos sociais genéricos são órgãos desse tipo”. (SIMMEL, Georg. *Georg Simmel: sociologia*. Organizado por Evaristo de Moraes Filho, traduzido por Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983, p. 98-99)

cada grupo social foca a coesão e a unidade<sup>568</sup>.

O processo dominação-subordinação, super-ordenação-subordinação não pode ser conduzido pelo pensamento de subjugação total, uma vez que, como forma de interação, traz consigo a ideia de um valor atribuído pelo subordinador ao subordinado<sup>569</sup> e de inexistência de uma dominação total, salvo em caso de violação física direta<sup>570</sup>. Desta forma, ganham importância neste processo, devido ao caráter de interação por meio de liderança, as noções de autoridade, vinculada a poder ou normas objetivos, e de prestígio, que depende exclusivamente da força do indivíduo que o possui<sup>571</sup>.

---

<sup>568</sup> “Um dos problemas constantes em Simmel é o da *formação da individualidade*. E tanto mais rica é a participação na vida social, tanto maior o número de *círculos sociais* a que pertença, quanto mais forte é a sua independência, quanto mais nítida se destaca a sua personalidade”. (MORAES FILHO, Evaristo. Introdução: formalismo sociológico e a teoria do conflito. In: SIMMEL, Georg. *Georg Simmel: sociologia*. Organizado por Evaristo de Moraes Filho, traduzido por Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983, p. 23-24) (Grifos do autor)

<sup>569</sup> “Geralmente, ninguém deseja que sua influência determine por completo um outro indivíduo. Mais desejável é que esta influência, esta determinação do outro, atue de volta sobre o próprio sujeito. Por conseguinte, mesmo uma vontade-de-dominar abstrata é um caso de interação. Tal vontade tira satisfação do fato de que a ação ou o sofrimento do outro, sua condição positiva ou negativa, se oferece ao dominador como produto de sua vontade. (...) Indubitavelmente, o desejo de dominação se propõe a quebrar a resistência interna do subjugado (enquanto o egoísmo usualmente pretende apenas a vitória sobre sua resistência externa). Ainda assim, mesmo no desejo de dominação existe algum interesse pela outra pessoa que, por isso, constitui um valor. Só quando o egoísmo não se importa nem mesmo com o desejo de dominação; só quando o outro é absolutamente indiferente e um simples meio para finalidades que estão além dele, é que foi eliminada a última sombra de qualquer processo de sociação”. (SIMMEL, Georg. *Georg Simmel: sociologia*. Organizado por Evaristo de Moraes Filho, traduzido por Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983, p. 107-108)

<sup>570</sup> “Num relacionamento de subordinação, a exclusão de toda e qualquer espontaneidade é efetivamente mais rara do que sugerem certas expressões populares amplamente usadas, tais como ‘coerção’, ‘não tem nenhuma escolha’, ‘absoluta necessidade’, etc. Mesmo nos casos de subordinação mais opressivos e cruéis, ainda existe uma considerável medida de liberdade pessoal. Não tomamos consciência disto simplesmente porque sua manifestação nos exigiria sacrifícios que usualmente nunca pensamos em nos impor. Na verdade, a coerção ‘absoluta’, a que mesmo o tirano mais cruel nos obriga, é sempre nitidamente relativa. Sua condição é nosso desejo de escapar de uma punição ameaçadora, ou de outras consequências de nossa desobediência. Uma análise mais precisa mostra que a relação de superordenação/subordinação só destrói a liberdade do subordinado em caso de violação física direta”. (SIMMEL, Georg. *Georg Simmel: sociologia*. Organizado por Evaristo de Moraes Filho, traduzido por Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983, p. 108)

<sup>571</sup> “O prestígio carece do elemento de importância subjetiva; carece da identificação da personalidade com um poder ou norma objetivo. A liderança por meio de prestígio é inteiramente determinada pela força do indivíduo. Essa força individual permanece sempre consciente de si mesma”. (SIMMEL, Georg. *Georg Simmel: sociologia*. Organizado por Evaristo de Moraes Filho, traduzido por Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983, p. 110)

Tanto o consenso quanto o conflito promovem a manutenção da vida social<sup>572</sup>. Ao contrário do apregoado pelo senso comum, o conflito permite a continuidade, coesão e dinamismo da vida social: ele está destinado “a resolver dualismos divergentes”, sendo “um modo de conseguir algum tipo de unidade, ainda que através da aniquilação de uma das partes conflitantes”<sup>573</sup>. A ratificação, mutação ou retificação de interesses, propósitos, fins depende de seu contraponto, seja em nível individual seja em nível grupal, com interesses, propósitos, fins díspares<sup>574</sup>. A competição é uma espécie de conflito, embora se refira a conflito indireto<sup>575</sup>. Em face da competição como forma de superação de conflitos internos, ou se adota uma solidariedade orgânica, com o todo compensando os conflitos individuais, ou o isolamento, com o todo, blindando-se de possíveis danos<sup>576</sup>.

Nesta dinâmica social, as instituições, os sistemas, as organizações supraindividuais são decorrências diretas das interações humanas, ou seja, “nada mais são que cristalizações - sob a forma de quadros permanentes e de formações independentes - de interações diretas entre os indivíduos de forma permanente, a todo instante e por toda vida”<sup>577</sup>.

---

<sup>572</sup> “As relações de conflito, por si mesmas, não produzem uma estrutura social, mas somente em cooperação com forças unificadoras”. (SIMMEL, Georg. *Georg Simmel: sociologia*. Organizado por Evaristo de Moraes Filho, traduzido por Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983, p. 128)

<sup>573</sup> SIMMEL, Georg. *Georg Simmel: sociologia*. Organizado por Evaristo de Moraes Filho, traduzido por Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983, p. 122.

Pode-se chamar unidade, além da concordância dos indivíduos, “a síntese total do grupo de pessoas, de energias e de formas, isto é, a totalidade suprema daquele grupo, uma totalidade que abrange tanto as relações estritamente unitárias quanto as relações duais”. (1983, p. 125)

<sup>574</sup> “A experiência cotidiana mostra quão facilmente um conflito entre dois indivíduos transforma cada um deles, não apenas em sua relação um com o outro, mas também consigo mesmo. Antes de mais nada, existem para o indivíduo as consequências desfiguradoras e purificadoras, enfraquecedoras ou fortalecedoras do conflito. Além do mais, existem as condições para o conflito, as mudanças e adaptações interiores que geram, pelo que significam de sua utilidade para efetivá-lo”. (SIMMEL, Georg. *Georg Simmel: sociologia*. Organizado por Evaristo de Moraes Filho, traduzido por Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983, p. 150)

<sup>575</sup> “Na medida em que alguém se livra de um adversário ou o prejudica diretamente, não está competindo com ele. Em geral, o uso linguístico reserva o termo somente para os conflitos que consistem em esforços paralelos de ambas as partes em relação ao mesmo prêmio”. (SIMMEL, Georg. *Georg Simmel: sociologia*. Organizado por Evaristo de Moraes Filho, traduzido por Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983, p. 135)

<sup>576</sup> Cf. SIMMEL, Georg. *Georg Simmel: sociologia*. Organizado por Evaristo de Moraes Filho, traduzido por Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983, p. 143.

<sup>577</sup> SIMMEL, Georg. *Georg Simmel: sociologia*. Organizado por Evaristo de Moraes Filho, traduzido por Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983, p. 83.

Concebendo o ser humano como ser social e a sociedade como “portadora de todos os acontecimentos históricos”<sup>578</sup>, a Sociologia simmeliana coloca-se como método das demais Ciências sociais<sup>579</sup>. De qualquer forma, o ser humano é o centro da Sociologia, já que “o homem é o mais condensado e o mais fartamente aproveitável dos fenômenos”<sup>580</sup> e, em sua totalidade, “um complexo dinâmico de idéias, forças e possibilidades”<sup>581</sup>.

### 3.2.5 Sociologia da ação e individualismo metodológico

O francês Raymond Boudon (1934-2013) desenvolveu a Sociologia da Ação<sup>582</sup>, igualmente conhecida como Sociologia Acionista ou Sociologia Interacionista<sup>583</sup>. Ela pode ser sintetizada com base na afirmação de que “a causalidade de um fenômeno reside nas ações individuais de que é resultado”<sup>584</sup>, o que remete a apreciação contextual, histórica e dinâmica dos fenômenos.

<sup>578</sup> SIMMEL, Georg. *Georg Simmel: sociologia*. Organizado por Evaristo de Moraes Filho, traduzido por Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983, p. 85.

<sup>579</sup> Afirma Georg Simmel que “a Sociologia não constitui somente uma ciência com objeto próprio e distinto, diante das outras ciências, em termos de divisão do trabalho, mas chega mesmo a constituir, por si, um *método* das ciências históricas e do espírito”. (SIMMEL, Georg. *Georg Simmel: sociologia*. Organizado por Evaristo de Moraes Filho, traduzido por Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983, p. 85)

<sup>580</sup> SIMMEL, Georg. *Georg Simmel: sociologia*. Organizado por Evaristo de Moraes Filho, traduzido por Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983, p. 141.

<sup>581</sup> SIMMEL, Georg. *Georg Simmel: sociologia*. Organizado por Evaristo de Moraes Filho, traduzido por Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983, p. 171.

<sup>582</sup> Sobre a sociologia da ação, cf. BOUDON, Raymond (dir.). *Tratado de sociologia*. Tradução de Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995.

<sup>583</sup> Sociologia interacionista não se confunde com interacionismo simbólico: “com efeito, designa-se por *interacionismo simbólico* um paradigma, ou melhor, um *estilo* de investigação sociológica que se caracteriza pela ênfase dada aos aspectos simbólicos das relações de interação social. Esse estilo de investigação, ilustrado, por exemplo, por E. Goffman (1956), é, por essência, microsociológico. Isso significa que está circunscrito, na prática, à análise de grupos concretos constituídos por pessoas em situação de interação direta. Ora, a sociologia em geral e a sociologia da ação em particular estão, tradicionalmente, interessados também e sobretudo em objetos que se situam em uma escala muito mais ampla. (...) De modo geral, interessam à sociologia não apenas as situações de *interação* direta caracterizadas por uma situação de face a face entre atores, mas também as situações de *interdependência*, em que os atores agem entre si sem se conhecerem e sem se verem”. (BOUDON, Raymond. *Ação*. In: BOUDON, Raymond (dir.). *Tratado de sociologia*. Tradução de Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995, p. 29)

<sup>584</sup> BOUDON, Raymond. *Ação*. In: BOUDON, Raymond (dir.). *Tratado de sociologia*. Tradução de Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995, p. 18.

Assentada nas construções teóricas de Max Weber e Georg Simmel, a Sociologia da ação pauta-se em dois princípios chaves: individualismo metodológico e racionalidade.

O primeiro princípio fundamental da sociologia da ação consiste em levar a sério o fato de que todo fenômeno social, qualquer que seja, é sempre o resultado de ações, de atitudes, de convicções, e em geral de comportamentos individuais. O segundo princípio, que completa o primeiro, afirma que o sociólogo que pretende explicar um fenômeno social deve procurar o *sentido* dos comportamentos individuais que estão em sua origem<sup>585</sup>.

Filosoficamente, individualismo é a eleição do indivíduo como valor supremo<sup>586</sup>. No campo sociológico, prenomina a associação de individualismo com autonomia do indivíduo<sup>587</sup>. Já o individualismo metodológico coloca-se no meio da querela existente entre Atomismo e Holismo. Enquanto o Holismo ou sociologismo lida com a ideia de totalidade, com o sistema social sendo maior que as partes individuais que o integram, o Atomismo ou psicologismo trabalha com a ideia de

---

<sup>585</sup> BOUDON, Raymond. Ação. In: BOUDON, Raymond (dir.). *Tratado de sociologia*. Tradução de Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995, p. 28.

<sup>586</sup> “Toda doutrina moral ou política que atribua ao indivíduo humano preponderante valor de fim em relação às comunidades de que faz parte”. (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 6 ed. Tradução da 1 ed. brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução de novos textos por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 638) Nas palavras de André Comte-Sponville, “ser individualista é pôr o indivíduo acima da espécie ou da sociedade, ou até acima de tudo (por exemplo, acima de Deus ou da justiça). Mas que indivíduo? Se se trata apenas do eu, o individualismo nada mais é que outro nome, menos pejorativo, do egoísmo. Se se trata de todo indivíduo, ou melhor, de todo ser humano, nada mais é do que outro nome, menos enfático, do humanismo”. (COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário filosófico*. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 311)

<sup>587</sup> Cf. BOUDON, Raymond. Ação. In: BOUDON, Raymond (dir.). *Tratado de sociologia*. Tradução de Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995, p. 33; BOUDON, Raymond, BOURRICAUD, François. *Dicionário crítico de sociologia*. 2 ed. Tradução de Maria Leticia Guedes Alcoforado e Durval Ártico. São Paulo: Ática, 2000, p. 285-292; JOHNSON, Allan G. *Dicionário de sociologia*. Guia prático da linguagem sociológica. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 129-130.

Émile Durkheim ressalta a ideia de autonomia ao afirmar que “não há ideal moral que não combine, em proporções relativas de acordo com as sociedades, o egoísmo, o altruísmo e certa anomia. Pois a vida social pressupõe de maneira simultânea que o indivíduo possua certa personalidade e que esteja disposto a abandoná-la se assim for exigido pela comunidade, e que seja de certa forma receptivo às idéias de progresso. (...) O individualismo não se identifica necessariamente com o egoísmo, mas está ligado a ele; não se pode estimular um sem simultaneamente espalhar o outro”. (DURKHEIM, Émile. *O suicídio*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 351, p. 400)

soma, sendo o sistema social exatamente um conjunto de indivíduos<sup>588</sup>. O individualismo metodológico edifica-se, por sua vez, em uma dimensão interacionista da sociedade, pressupondo que “o ator foi socializado, que está em relação com outros autores, os quais, tal como ele próprio, ocupam papéis sociais, têm convicções etc.”<sup>589</sup>

O princípio da Racionalidade consiste na compreensão<sup>590</sup> do sentido, das razões das ações, das convicções, dos comportamentos individuais dos quais o fenômeno social é efeito<sup>591</sup>.

Este princípio é regido pela teoria semântica da racionalidade, que pode ser sintetizada pelo enunciado “é racional todo comportamento Y, em relação ao qual se possa afirmar ‘X tinha razões válidas<sup>592</sup> para fazer Y,

---

<sup>588</sup> “O trabalho pioneiro de Émile Durkheim em sociologia durante o século XIX constituiu, de muitas maneiras, uma reação à perspectiva atomista predominante em sua época. Trata-se de um debate que continua ainda hoje dentro e fora da sociologia. Em um lado alinham-se os que argumentam que os sistemas sociais consistem de redes de status e papéis, que modelam e limitam a aparência, a experiência e o comportamento do indivíduo. No outro, figura certo número de interacionistas que sustentam que os sistemas sociais são meras abstrações e que não existem à parte de indivíduos que interagem entre si”. (JOHNSON, Allan G. *Dicionário de sociologia*. Guia prática da linguagem sociológica. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 21)

<sup>589</sup> BOUDON, Raymond. Ação. In: BOUDON, Raymond (dir.). *Tratado de sociologia*. Tradução de Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995, p. 34.

Acrescenta Raymond Boudon que “é necessário ir mesmo mais longe: uma vez que a sociologia da ação se interessa por fenômenos que são, em geral, resultado de inúmeras causas individuais, é indispensável, se não quisermos cair num impasse, agrupar os atores por grupos abstratos, reuni-los por tipos ou, como se pode afirmar na esteira de Weber, insistindo no caráter simplificador deste processo, por *tipos ideais*”. (Grifos do autor)

<sup>590</sup> Raymond Boudon posiciona-se acerca da querela que envolve compreensão e explicação como métodos. No que tange à compreensão, longe de “definir um método característico das ciências sociais, ela corresponde muito mais a um *momento* que se encontra praticamente em toda pesquisa sociológica. *Explicar* um fenômeno social qualquer é sempre fazer dele o resultado de ações e de comportamentos que é preciso *compreender*”. (BOUDON, Raymond. *Os métodos em sociologia*. Tradução de Lólio Lourenço de Oliveira. São Paulo: Ática, 1989, p. 17) (Grifos do autor)

O mesmo autor reforça que se fala de sociologia compreensiva “para designar o paradigma da sociologia da ação, e para acentuar o contraste com a sociologia de tradição positivista, que, como vimos, entendia dever prescindir desse momento da análise que consiste em *compreender* o sentido dos comportamentos individuais”. (BOUDON, Raymond. Ação. In: BOUDON, Raymond (dir.). *Tratado de sociologia*. Tradução de Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995, p. 37) (Grifo do autor)

<sup>591</sup> “Pois o fato dos estados de espírito do réu serem, em si mesmos, invisíveis não implica que não os possamos reconstituir, conjugando uma série de sintomas visíveis”. (BOUDON, Raymond. Ação. In: BOUDON, Raymond (dir.). *Tratado de sociologia*. Tradução de Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995, p. 41)

<sup>592</sup> Segundo Raymond Boudon, a expressão “razões válidas” é indispensável, porque “ela permite identificar os casos em que o ator se apóia, sem que por isso seja insensato, em relação às quais não tem certeza de que estejam fundamentadas objetivamente”. (BOUDON, Raymond. Ação. In: BOUDON, Raymond (dir.). *Tratado de sociologia*. Tradução de Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995, p. 48)

porque...<sup>593</sup>. Este enunciado permite construir uma tipologia de racionalidade<sup>594</sup>: a) racionalidade utilitária (“... porque Y correspondia aos interesses ou às preferências de X”); b) racionalidade teleológica (“... porque Y constituía o melhor meio de X atingir o objetivo a que se havia proposto”); c) racionalidade axiológica (“... porque Y decorria do princípio normativo Z; X acreditava em Z, e tinha razões válidas para tanto”); d) racionalidade tradicional (“... porque X sempre tinha feito Y e não tinha qualquer razão para questionar essa prática”); e) racionalidade cognitiva (“... porque Y decorria da teoria Z; X acreditava em Z e tinha razões válidas para tanto”). À tipologia de racionalidade já apresentada por Max Weber, Raymond Boudon acrescentou a Racionalidade cognitiva, única capaz de resolver enigmas e propor explicações claras<sup>595</sup>.

### 3.2.6 Interacionismo simbólico

O Interacionismo simbólico<sup>596</sup> recebeu influência indireta da construção sobre ação social de Max Weber. Desenvolveu-se com o Pragmatismo e consagrou-se com os estudos de George Herbert Mead.

O responsável pela denominação Interacionismo simbólico foi o norte-americano Herbert Blumer (1900-1987) em 1938. A reciprocidade imediata interpessoal e o caráter simbólico da ação social norteia toda sua construção. Os processos de interação exigem que as relações sociais sejam concebidas de

<sup>593</sup> BOUDON, Raymond. Ação. In: BOUDON, Raymond (dir.). *Tratado de sociologia*. Tradução de Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995, p. 44.

<sup>594</sup> Cf. BOUDON, Raymond. Ação. In: BOUDON, Raymond (dir.). *Tratado de sociologia*. Tradução de Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995, p. 44-45.

<sup>595</sup> “Por outro lado, se é certo que o vocábulo ‘sociologia’ abrange diversas atividades, as ciências sociais assumem, para nós, uma finalidade essencialmente *cognitiva*. Em outras palavras, sua legitimidade decorre, em primeiro lugar, e à semelhança das outras disciplinas científicas, de sua capacidade de criar um conhecimento suplementar, de resolver enigmas, isto é, de propor uma explicação clara e - em teoria - universalmente aceitável de fenômenos que se revelam, à primeira vista, opacos ao espírito”. (BOUDON, Raymond. Ação. In: BOUDON, Raymond (dir.). *Tratado de sociologia*. Tradução de Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995, p. 22)(Grifo do autor)

<sup>596</sup> Acerca do interacionismo simbólico, cf. MEAD, George Herbert. *Mind, self, & society*. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago: The University of Chicago Press, 1992; JOAS, Hans. Interacionismo simbólico. In: GIDDENS, Anthony, TURNER, Jonathan. *Teoria social hoje*. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Editora UNESP, 1999; GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 6 ed. Tradução de Sandra Regina Netz. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 35-36.

maneira aberta, exatamente por requererem o reconhecimento contínuo dos atores sociais, isto é, que fossem recíproca e conjuntamente estabelecidas<sup>597</sup>.

O Pragmatismo<sup>598</sup>, sobretudo por meio da Escola de Chicago<sup>599</sup>, possibilitou o aperfeiçoamento do Interacionismo simbólico. Como afirma Hans Joas, “na filosofia do pragmatismo podemos descobrir idéias fundamentais sobre as teorias da ação e da ordem social, bem mais relevantes para a tarefa teórica da sociologia contemporânea”<sup>600</sup>.

Do Inatismo de René Descartes (1596-1650) e Baruch Spinoza (1632-1677), no qual do conhecimento abstrato e universal da razão está excluído a contribuição das faculdades sensitivas, passa-se ao Empirismo de Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), George Berkeley (1685-1753) e David Hume (1711-1776), para o qual os fatos concretos particulares são verificados pelas ciências experimentais, tendo como escopo “ir além dos fatos, mediante a descoberta das relações constantes, de leis estáveis, de modo que tornem possível a antecipação de outras experiências”<sup>601</sup>, e chega-se ao Pragmatismo de Charles Sanders Peirce (1839-1914), William James (1842-1919) e George Herbert Mead (1863-1931), que atribui à ciência um valor prático e se foca no conhecimento como mero instrumento de ação<sup>602</sup>. Embora próximos, empirismo e pragmatismo apresentam diferença singular:

---

<sup>597</sup> Cf. JOAS, Hans. Interacionismo simbólico. In: GIDDENS, Anthony, TURNER, Jonathan. *Teoria social hoje*. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Editora UNESP, 1999, p. 130. Quanto a Herbert Blumer, Hans Joas enfatiza que “seus protestos e programas metodológicos tornaram-se um ponto de referência vital para todos os sociólogos que utilizavam os métodos interpretativos, a inclusão de experiências subjetivas na pesquisa sociológica e o emprego de conceitos teóricos que tornassem mais sensíveis à realidade empírica”. (1999, p. 157-158)

<sup>598</sup> “El término proviene de la palabra griega pragma, que quiere decir acción y de la que provienen las palabras ‘práctica’ y ‘práctico’”. (JAMES, William. *Pragmatismo y cuatro ensayos de “El significado de la verdad”*. Versión castellana por Salvador Elizondo. México: Editorial Roble, 1963, p. 29)

<sup>599</sup> A Escola de Chicago “pode ser descrita como combinação de uma filosofia pragmática, de uma orientação política reformista para as possibilidades da democracia num quadro de rápida industrialização e urbanização, e dos esforços para transformar a sociologia numa ciência empírica, sem deixar de atribuir grande importância às fontes pré-científicas do conhecimento experimental”. (JOAS, Hans. Interacionismo simbólico. In: GIDDENS, Anthony, TURNER, Jonathan. *Teoria social hoje*. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Editora UNESP, 1999, p. 131)

<sup>600</sup> JOAS, Hans. Interacionismo simbólico. In: GIDDENS, Anthony, TURNER, Jonathan. *Teoria social hoje*. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Editora UNESP, 1999, p. 132.

<sup>601</sup> MONDIN, Battista. *Curso de filosofia*. Os filósofos do ocidente. v. 2. 12 ed. Tradução de Benôni Lemos. São Paulo: Paulus, 2011, p. 112-113.

<sup>602</sup> Cf. MONDIN, Battista. *Curso de filosofia*. Os filósofos do ocidente. v. 3. 10 ed. Tradução de Benôni Lemos. São Paulo: Paulus, 2008, p. 174-175.

O pragmatismo é a forma que o empirismo tradicional assumiu nos Estados Unidos. Com efeito, enquanto o empirismo tradicional, de Bacon a Locke, de Berkeley a Hume, considerava válido o conhecimento baseado na *experiência* e a ela redutível - concebendo a experiência como a acumulação e organização progressiva de dados sensíveis passados ou presentes -, para o pragmatismo *a experiência é abertura para o futuro, é previsão, é norma de ação*<sup>603</sup>.

O norte-americano George Herbert Mead (1863-1931)<sup>604</sup>, cujos estudos solidificaram o Interacionismo simbólico, estruturou o Behaviorismo social em bases pragmáticas<sup>605</sup>.

O Behaviorismo ou Comportamentalismo ou Psicologia do comportamento foi fundado por John B. Watson (1878-1958), desenvolvido por Burrhus Frederic Skinner (1904-1990) e aperfeiçoado por George Herbert Mead. O foco central do Behaviorismo é a análise rigorosamente científica do comportamento

---

<sup>603</sup> REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. Do Romantismo até nossos dias. v. 3. 7 ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 485.

<sup>604</sup> Sobre o pragmatismo de George Herbert Mead, cf. MEAD, George Herbert. *Mind, self, & society*. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago: The University of Chicago Press, 1992; GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 6 ed. Tradução de Sandra Regina Netz. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 35-36; JOAS, Hans. Interacionismo simbólico. In: GIDDENS, Anthony, TURNER, Jonathan. *Teoria social hoje*. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Editora UNESP, 1999; MONDIN, Battista. *Curso de filosofia*. Os filósofos do ocidente. v. 3. 10 ed. Tradução de Benôni Lemos. São Paulo: Paulus, 2008, p. 189-190; REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. Do Romantismo até nossos dias. v. 3. 7 ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 498-499.

<sup>605</sup> "Philosophically, Mead was a pragmatist; scientifically, he was a social psychologist". (MORRIS, Charles W. *Introduction*. George H. Mead as social psychologist and social philosopher. In: MEAD, George Herbert. *Mind, self, & society*. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago: The University of Chicago Press, 1992, p. IX)

Assevera Hans Joas que "o problema de chegar a uma análise pragmática de situações de interação social e autorreflexão individual constituía o vínculo necessário para juntar filosofia pragmática com psicologia social antiutilitarista e sociologia. (...) George Herbert Mead, em sua análise da origem do gestual humano e da comunicação linguística, examinou minuciosamente o problema e, passo a passo, encontrou solução para ele. E, uma vez que lhe creditaram essa solução, Mead tornou-se a figura estrategicamente central da Escola de Chicago. Isso é verdade mesmo sem se considerar a irretocabilidade de sua solução e o grau de conhecimento que os sociólogos tinham dela". (JOAS, Hans. Interacionismo simbólico. In: GIDDENS, Anthony, TURNER, Jonathan. *Teoria social hoje*. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Editora UNESP, 1999, p. 138-139)

humano por meio de dados observáveis do exterior<sup>606</sup>.

O norte-americano John B. Watson<sup>607</sup> aplicou o método das Ciências naturais à Psicologia. Extraíndo a introspecção, a consciência e a substância espiritual (alma) da preocupação psicológica, estruturou o esquema estímulo/resposta: leis causais são capazes de explicar e prever as interações entre propriedades do ambiente (estímulos ambientais) e movimentos do organismo humano (comportamento-respostas)<sup>608</sup>.

A observação científica do comportamento foi reforçada pela construção teórica do norte-americano Burrhus Frederic Skinner<sup>609</sup>. Com o Behaviorismo e a atenção para os antecedentes genéticos e ambientais, tornou-se possível examinar o efeito do mundo dentro da pele e a natureza do autoconhecimento. A superação do mentalismo não conduz à negação de sentimentos, sensações, ideias e outros traços da vida mental, que passam apenas a ser tratados em diferente contexto.

A posição pode ser assim exposta: o que é sentido ou introspectivamente observado não é nenhum mundo imaterial da consciência, da mente ou da vida mental, mas o próprio corpo do observador. Isto não significa (...) que a

---

<sup>606</sup> “A concepção fundamental do behaviorismo era estratégica: ao invés de analisar consciência e estados mentais, os estudiosos faziam mais progressos em psicologia concentrando-se nos atos de homens e mulheres, bem como nos estados observáveis dos indivíduos e seus ambientes, aos quais os atos podiam ser legitimamente relacionados. (...) Às vezes, a psicologia behaviorista se distingue da psicologia cognitiva, ocupada com o pensamento e a percepção. Nenhuma linha nítida pode ser traçada entre ambas, já que ato e percepção são inseparáveis. Com efeito, perceber é agir”. (Homans, George C. Behaviorismo e pós-behaviorismo. In: GIDDENS, Anthony, TURNER, Jonathan. *Teoria social hoje*. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Editora UNESP, 1999, p. 91-92)

Afirma George Herbert Mead que “it is behavioristic where the approach to experience is made through conduct”. (MEAD, George Herbert. *Mind, self, & society*. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago: The University of Chicago Press, 1992, p. 41)

<sup>607</sup> Sobre o comportamentalismo de John B. Watson, cf. COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário filosófico*. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 113-114; MONDIN, Battista. *Curso de filosofia*. Os filósofos do ocidente. v. 3. 10 ed. Tradução de Benôni Lemos. São Paulo: Paulus, 2008, p. 189; REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. Do Romantismo até nossos dias. v. 3. 7 ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 875-877; SKINNER, Burrhus Frederic. *Sobre o behaviorismo*. 10 ed. Tradução de Maria da Penha Villalobos. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 8-10.

<sup>608</sup> Segundo Giovanni Reale e Dario Antiseri, a epistemologia que conduziu John B. Watson foi, substancialmente, o Pragmatismo. (REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. Do Romantismo até nossos dias. v. 3. 7 ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 877)

<sup>609</sup> Sobre o behaviorismo de Burrhus Frederic Skinner, cf. SKINNER, Burrhus Frederic. *Sobre o behaviorismo*. 10 ed. Tradução de Maria da Penha Villalobos. São Paulo: Cultrix, 2006; Homans, George C. Behaviorismo e pós-behaviorismo. In: GIDDENS, Anthony, TURNER, Jonathan. *Teoria social hoje*. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Editora UNESP, 1999, p. 92-94; REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. Do Romantismo até nossos dias. v. 3. 7 ed. São Paulo: Paulus, 2005, p. 878-879.

introspecção seja uma espécie de pesquisa fisiológica, nem tampouco (e este é o cerne do argumento) significa que o que é sentido ou introspectivamente observado seja a causa do comportamento. Um organismo comporta-se de determinada maneira devido à sua estrutura atual, mas a maior parte disso está fora do alcance da introspecção. De momento, devemos contentar-nos, como insiste o behaviorista metodológico, com a história genética e ambiental da pessoa. O que observamos introspectivamente são certos produtos colaterais dessas histórias<sup>610</sup>.

Burrhus Frederic Skinner elenca alguns tipos de comportamento: *a)* comportamento usual; *b)* comportamento provável; *c)* comportamento perceptivo; *d)* comportamento passado; *e)* comportamento encoberto; *f)* comportamento futuro. Estes comportamentos são passíveis de traduções múltiplas, uma vez que “as condições relevantes para o comportamento são relatadas de acordo com as circunstâncias em que foram adquiridas”<sup>611</sup>. Tanto o conhecimento quanto o autoconhecimento possuem origem social<sup>612</sup>.

A distinção entre comportamento respondente e comportamento operante é decisiva para o Behaviorismo skinneriano. O comportamento respondente é o comportamento reflexo, sendo involuntário, automático quando um estímulo é aplicado no sujeito. O comportamento operante é voluntário, “encarado como estando sob controle da pessoa que age”<sup>613</sup>. A ideia de reforço, ou seja, a própria consequência que fortalece o comportamento, acompanha o comportamento operante: o reforço positivo fortifica qualquer comportamento que o dê origem; o reforço negativo torna mais forte qualquer comportamento que o limite ou faça cessar<sup>614</sup>. Reforço negativo e punição não se confundem, uma vez que “uma pessoa

<sup>610</sup> SKINNER, Burrhus Frederic. *Sobre o behaviorismo*. 10 ed. Tradução de Maria da Penha Villalobos. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 19.

<sup>611</sup> SKINNER, Burrhus Frederic. *Sobre o behaviorismo*. 10 ed. Tradução de Maria da Penha Villalobos. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 29.

<sup>612</sup> “Só quando o mundo privado de uma pessoa se torna importante para as demais é que ele se torna importante para ela própria. Ele então ingressa no controle de comportamento chamado conhecimento. Mas o autoconhecimento tem um valor especial para o próprio indivíduo. Uma pessoa que se ‘tornou consciente de si mesma’ por meio de perguntas que lhe foram feitas está em melhor posição de prever e controlar seu próprio comportamento”. (SKINNER, Burrhus Frederic. *Sobre o behaviorismo*. 10 ed. Tradução de Maria da Penha Villalobos. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 31)

<sup>613</sup> SKINNER, Burrhus Frederic. *Sobre o behaviorismo*. 10 ed. Tradução de Maria da Penha Villalobos. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 38.

<sup>614</sup> “Assim, quando um organismo faminto apresenta comportamento que *produz* comida, o comportamento é reforçado por essa consequência e, por conseguinte, sua probabilidade de ocorrência é maior. O comportamento que *reduz* uma condição potencialmente prejudicial, como temperatura extremada, é reforçado por essa consequência e, portanto, tende a ocorrer novamente em condições parecidas”. (SKINNER, Burrhus Frederic. *Sobre o behaviorismo*. 10 ed. Tradução de Maria da Penha Villalobos. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 38)

punida continua 'inclinada' a comportar-se de forma punível, mas evita a punição fazendo alguma outra coisa, talvez apenas, mais do que teimosamente, não fazendo nada"<sup>615</sup>.

Para George Herbert Mead, o comportamento social direciona a construção do Behaviorismo, uma vez que "o próprio indivíduo pertence a uma estrutura social, uma ordem social"<sup>616</sup>. Assim, o Behaviorismo social pressupõe que os atos do indivíduo se desenvolvem na seara do grupo social ao qual pertence e que envolvem os membros deste grupo social<sup>617</sup>.

A linguagem incumbe-se de promover o enlace entre indivíduo e grupo social. Por meio de um número indefinido de signos e símbolos, permite a interação entre os indivíduos e a extração de sentido das condutas daqueles em interação.

A interação social é desenvolvida por meio do símbolo significativo, que permite ao indivíduo identificar de maneira consciente o significado de sua conduta por meio da resposta de outro indivíduo a esta mesma conduta<sup>618</sup>:

Estamos analisando o significado da conduta de outras pessoas mesmo quando, talvez, elas não estejam cientes disto. Há algo que nos revela qual é a finalidade - apenas um relance do olhar, a atitude do corpo, que nos conduz para a resposta. (...) Quando o gesto significa a ideia por detrás dele e desperta a ideia de ordem no indivíduo, estamos diante de um símbolo significativo. (...) Quando, em qualquer ato ou situação social, um indivíduo indica por gesto a outro indivíduo o que este outro indivíduo deve fazer, o primeiro indivíduo está consciente do significado de seu próprio gesto - ou o significado do seu gesto aparece em sua própria experiência - na medida em que ele toma a atitude do segundo indivíduo em relação a

---

<sup>615</sup> SKINNER, Burrhus Frederic. *Sobre o behaviorismo*. 10 ed. Tradução de Maria da Penha Villalobos. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 56.

<sup>616</sup> "(...) the individual himself belongs to a social structure, a social order". (MEAD, George Herbert. *Mind, self, & society*. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago: The University of Chicago Press, 1992, p. 1) (Tradução livre)

<sup>617</sup> "Social psychology studies the activity or behavior of the individual as it lies within the social process; the behavior of an individual can be understood only in terms of the behavior of the whole social group of which he is a member (...) We attempt, that is, to explain the conduct of the individual in terms of the organized conduct of the social group in terms of the conduct of the separate individuals belonging to it. For social psychology, the whole (society) is prior to the part (individual), not the part to the whole; and the part is explained in terms of the whole, not the whole in terms of the part or parts". (MEAD, George Herbert. *Mind, self, & society*. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago: The University of Chicago Press, 1992, p. 6-7)

<sup>618</sup> Por meio da experiência do indivíduo, uma fala, um gesto de mão, uma expressão do rosto, um movimento pode ser considerado símbolo significativo: "You are saying that calls out a specific response in anybody else provided that the symbol exists for him, in his experience as it does for you. There is the language of speech and the language of hands, and there may be the language of the expression of the countenance. One can register grief or joy and call out certain responses". (MEAD, George Herbert. *Mind, self, & society*. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago: The University of Chicago Press, 1992, p. 147)

esse gesto e tende a reagir a ela implicitamente da mesma maneira que o segundo indivíduo responde a ela explicitamente. Gestos tornam-se símbolos significativos quando provocam implicitamente no indivíduo as mesmas respostas que provocam explicitamente ou são supostamente capazes de gerar o mesmo em outros indivíduos a que são dirigidos; e, em todas as conversas por meio de gestos dentro do processo social, quer externos (entre indivíduos diferentes) ou internos (entre um determinado indivíduo e ele próprio), a consciência do indivíduo sobre o conteúdo e o fluxo de sentido envolvidos depende da atitude do outro em direção ao seu próprio gesto. Desta forma, cada gesto ocorrido em um determinado grupo social ou comunidade representa uma determinada ação ou resposta, ou seja, o ato ou a resposta que evoca explicitamente no indivíduo a quem é dirigida, e implicitamente no indivíduo que faz; e este ato ou resposta apresenta-se como símbolo significativo<sup>619</sup>.

Não se mostra decisivo que todos os envolvidos na interação atribuam o mesmo significado para as condutas ou que os significados sejam para estas universais. O determinante é o significado como resultante do processo social inerente à interação, ou seja, do “triplo ou tríplice relacionamento entre o gesto do primeiro organismo, o gesto do segundo organismo e o gesto para as subsequentes fases da interação social”<sup>620</sup>. A linguagem não engessa o processo social; ao

---

<sup>619</sup> “We are reading the meaning of the conduct of other people when, perhaps, they are not aware of it. There is something that reveals to us what the purpose is - just the glance of an eye, the attitude of the body which leads to the response. (...) When, now, that gesture means this idea behind it and it arouses that idea in the order individual, then we have a significant symbol. (...) When, in any given social act or situation, one individual indicates by a gesture to another individual what this other individual is to do, the first individual is conscious of the meaning of his own gesture - or the meaning of his gesture appears in his own experience - in so far as he takes the attitude of the second individual toward that gesture, and tends to respond to it implicitly in the same way that the second individual responds to it explicitly. Gestures become significant symbols when they implicitly arouse in an individual making them the same responses which they explicitly arouse, or are supposed to arouse, in other individuals, the individuals to whom they are addressed; and in all conversations of gestures within the social process, whether external (between different individuals) or internal (between a given individual and himself), the individual's consciousness of the content and flow of meaning involved depends on his thus taking the attitude of the other toward his own gesture. In this way every gesture comes within a given social group or community to stand for a particular act or response, namely, the act or response which it calls forth explicitly in the individual to whom it is addressed, and implicitly in the individual who makes it; and this particular act or response for which it stands is its meaning as a significant symbol”. (MEAD, George Herbert. *Mind, self, & society*. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago: The University of Chicago Press, 1992, p. 14, p. 45, p. 47) (Tradução livre)

<sup>620</sup> “(...) triple or there fold relationship of gesture to first organism, of gesture to second organism, and of gesture to subsequent phases of the given social act”. (MEAD, George Herbert. *Mind, self, & society*. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago: The University of Chicago Press, 1992, p. 76) (Tradução livre)

Assevera George Herbert Mead que “the relationship between a given stimulus - as a gesture - and the later phases of the social act of which it is an early (if not the initial) phase constitutes the field within which meaning originates and exists”.

contrário, atribui a ele dinamismo, permitindo o surgimento de novos significados a cada interação entre indivíduos<sup>621</sup>.

A razão, que é indissociável do processo social, é característica humana<sup>622</sup>. Por meio dela, o indivíduo deve selecionar em uma gama de estímulos aquele que se mostra dominante em relação ao contexto específico em que ele, indivíduo, se encontra e gerir sua ação. Para tanto, os estímulos devem ser submetidos pelo indivíduo a si próprio e a terceiro<sup>623</sup>.

Tanto a razão, responsável pela capacidade de seleção de estímulos, quanto a linguagem desenvolvida na interação social, que permite a conscientização do indivíduo de seus próprios atos, exigem do indivíduo uma autorreflexão. O indivíduo deve tomar consciência de si próprio, deve ser um objeto para si mesmo, deve exercer uma verdadeira comunicação.

A importância do termo “comunicação” reside no fato de proporcionar uma forma de comportamento no qual o organismo ou o indivíduo pode tornar-se um objeto para si mesmo. É este tipo de comunicação que discutimos - (...) comunicação no sentido de símbolos significativos, a comunicação que é dirigida não só para os outros, mas também para o próprio indivíduo<sup>624</sup>.

A razão, ou seja, a seleção e gestão de estímulos, fica a cargo da consciência; já a autoconsciência encarrega-se da autorreflexão: “a consciência

---

<sup>621</sup> “Language does not simply symbolize a situation or object which is already there in advance; it makes possible the existence or the appearance of that situation or object, for it is a part of the mechanism whereby that situation or object is created”. (MEAD, George Herbert. *Mind, self, & society*. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago: The University of Chicago Press, 1992, p. 78)

<sup>622</sup> “Through a social process, then, the biologic individual of proper organic stuff gets a mind and a self. Through society the impulsive animal becomes a rational animal, a man”. (MORRIS, Charles W. Introduction. In: MEAD, George Herbert. *Mind, self, & society*. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago: The University of Chicago Press, 1992, p. XXV)

<sup>623</sup> “Man is distinguished by that power of analysis of the field of stimulation which enables him to pick out one stimulus rather than another and so to hold on to the response that belongs to that stimulus, picking it out from others, and recombining it with other. You cannot get a lock to work. You notice certain elements, each of which brings out a certain sort of response; and what you are doing is holding on to these processes of response by giving attention to the stimuli”. (MEAD, George Herbert. *Mind, self, & society*. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago: The University of Chicago Press, 1992, p. 94)

<sup>624</sup> “The importance of what we term ‘communication’ lies in the fact that it provides a form of behavior in which the organism or the individual may become an object to himself. It is that sort of communication which we have been discussing - (...) communication in the sense of significant symbols, communication which is directed not only to others but also to the individual himself”. (MEAD, George Herbert. *Mind, self, & society*. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago: The University of Chicago Press, 1992, p. 138-139)

responde a certas experiências, como as de dor ou prazer e a autoconsciência reconhece o *self* como objeto”<sup>625</sup>.

O *self*, desenvolvido pela linguagem<sup>626</sup>, constituiu-se pela relação entre o *eu* e o *me*. O *eu*, comprometido com as ações e impulsos, determina a posição e a função do *self* na sociedade, responsabiliza-se pela autorreflexão e pela crítica e incumbe-se da possibilidade de dinamismo e criatividade do comportamento. O *me*, o *self* social, é responsável por introduzir no *self* os comportamentos externos, inserir no *self* a resposta de outro indivíduo ao comportamento próprio<sup>627</sup>.

O Interacionismo simbólico considera, pois, o ser humano imerso em um ambiente simbólico (linguagem/significado), dentro do qual as interações interpessoais ocorridas na vida cotidiana conformam a ordem social.

### 3.2.7 O ser humano como átomo social

O ser humano é o átomo social, o valor social supremo. Os fenômenos sociais, a cultura e a própria sociedade são constituídas pela interação que o ser humano estabelece com outros homens.

Na interação social, seja direta, seja indireta, o ser humano orienta suas ações conforme a conduta dos outros homens em interação e, por meio da linguagem, símbolo significativo<sup>628</sup>, atribui sentido a sua conduta e a dos outros e troca informações.

---

<sup>625</sup> “(...) consciousness answering to certain experiences such as those of pain or pleasure, self-consciousness referring to a recognition or appearance of a self as an object”. (MEAD, George Herbert. *Mind, self, & society*. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago: The University of Chicago Press, 1992, p. 169) (Tradução livre)

<sup>626</sup> “In our statement of the development of intelligence we have already suggested that the language process is essential for the development of the self. The self has a character which is different from that of the physiological organism proper. The self is something which has a development; it is not initially there, at birth, but arises in the process of social experience and activity, that is, develops in the given individual as a result of his relations to that process as a whole and to other individuals within that process” (MEAD, George Herbert. *Mind, self, & society*. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago: The University of Chicago Press, 1992, p. 135)

<sup>627</sup> “The ‘I’ reacts to the self which arises through the taking of the attitudes of others. Through taking those attitudes we have introduced the ‘me’ and we react to it as am ‘I’”. (MEAD, George Herbert. *Mind, self, & society*. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago: The University of Chicago Press, 1992, p. 174)

<sup>628</sup> Toda interação social tem como pressuposto um meio linguístico. (Cf. SOUZA, Jessé. *Patologias da modernidade: um diálogo entre Habermas e Weber*. São Paulo: Annablume, 1997, p. 36)

Seguir uma regra é o ponto comum existente entre interação social e linguagem<sup>629</sup>. Ela exige, para sua existência, a reação de outros homens diante de uma conduta de um ser humano em interação, o que torna possível identificá-la como pautada em uma regra<sup>630</sup>; conforma-se dentro de um contexto social no qual se possa verificar um compromisso do ser humano de comportar-se no futuro de determinada maneira<sup>631</sup>; envolve a possibilidade de não ser seguida corretamente<sup>632</sup>.

O ser humano, em suas interações sociais, deve coordenar suas ações pelo cuidado de si e pelo cuidado com o outro, deve seguir a regra determinada pela ética da responsabilidade.

O termo ética possui duas formas de grafia em sua origem grega: a) *éthos* escrito com eta (η), ou seja, “e” longo; b) *éthos* escrito com épsilon (ε), isto é, com “e” breve<sup>633</sup>.

*Éthos* escrito com eta (η) significa, etimologicamente, morada, lugar de residência; caráter, modo de ser adquirido, propriedade de caráter. Já *éthos* escrito com épsilon (ε) traz a ideia de hábito, costume.

Ambos os significados possuem importância singular. Como morada, ética aponta a indissociação entre humano e experiência dos valores racionalmente

---

<sup>629</sup> Cf. WINCH, Peter. *Ciencia social y filosofia*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1972, p. 29-36, p. 46-51. Assevera Peter Winch que, “por razones obvias, cuando Wittgenstein explica en qué consiste seguir una regla, lo hace principalmente com la intención de elucidar la naturaliza del lenguaje. Lo que (...) quiero mostrar es cómo esa explicación puede aclarar otras formas de interacción humana, además del lenguaje. Es lógico que las formas de actividad en cuestión sea naquellas a las que resulte posible aplicar categorías análogas; o sea, de las que podamos decir con sentido que poseen un *significado*, un carácter *simbólico*. En términos de Max Weber, nos interesa la conducta humana <<siempre que el sujeto o los sujetos en lacen a ella um *sentido* (*Sinn*) subjetivo>>”. (1972, p. 46)

<sup>630</sup> “Dicho de manera más específica, solo en una situación en la que tiene sentido suponer que alguien mas puede, en principio, descubrir la regla que estoy siguiendo, es posible decir inteligiblemente que estoy, de algún modo, siguiendo una regla”. (WINCH, Peter. *Ciencia social y filosofia*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1972, p. 34)

<sup>631</sup> “La acción com un sentido é simbólica: harmoniza con otras acciones, pues *compromete* al sujeto a comportarse en el futuro de una determinada manera, y no de otra”. (WINCH, Peter. *Ciencia social y filosofia*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1972, p. 50)

<sup>632</sup> Como pontua Peter Winch, “la noción de seguir una regla es logicamente inseparable de la noción de *cometer um error*. Si existe la posibilidad de decir que alguien está siguiendo una regla, esto significa que se puede preguntar si está haciendo las cosas correctamente o no”. (WINCH, Peter. *Ciencia social y filosofia*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1972, p. 35)

<sup>633</sup> Cf. FERRER, Jorge José, ÁLVAREZ, Juan Carlos. *Para fundamentar la bioética*. Teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporánea. Madrid: Universidad Pontificia Comillas e Editorial Desclée De Brouwer, 2003, p. 22-23; SAUWEN, Regina Fiuza, HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito in vitro*. Da bioética ao biodireito. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2000, p. 13.

apreciados e teorizados<sup>634</sup>. O caráter suscita “a disposição fundamental de uma pessoa perante a vida, seu modo de ser estável desde um ponto de vista dos hábitos morais (disposições, atitudes, virtudes e vícios) que a marcam - que a caracterizam - e lhe conferem um espírito único que a distingue”<sup>635</sup>. Os hábitos e os costumes permitem ao ser humano determinar racionalmente a tônica da observância de valores com o escopo da concretização do bem, do correto, da retidão.

Atribui-se ao jurisconsulto e filósofo romano Cícero (106-43 a.C.), com o escopo de neutralizar o uso do barbarismo grego em latim, a cunhagem do termo moral (*moralis*), com origem no latim *mos* e *mores* (plural de *mos*), significando, etimologicamente, costume, caráter, condução da vida, gênero de vida, regras de comportamento<sup>636</sup>.

Moral e ética possuem, destarte, a mesma etimologia e o mesmo

---

<sup>634</sup> “Daí Heidegger dar ao *éthos* o significado de ‘morada do ser’. Ao entrar em conflito com o *éthos* ou tentar abandoná-lo, o homem se sente perdido, fora de casa. O homem está, pois, mergulhado na experiência ética ou moral. Vive-a no meio de ambigüidades, conflitos. Poderá adotar esta ou aquela moral, mas jamais poderá viver sem ela. (...) Assim, o homem do mito, o homem das ciências, o homem da fé; o homem de ontem e o de hoje; o homem das civilizações mais desenvolvidas, não pode se desfazer do *éthos* sob pena de não ser mais homem”. (PESSINI, Léo, BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*. 3 ed. rev. e ampl.. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 76)

<sup>635</sup> “(...) la disposición fundamental de una persona ante la vida, su modo de ser estable desde el punto de vista de los hábitos morales (disposiciones, actitudes, virtudes y vicios) que la marcan - que la caracterizan - y le confieren el tal ante peculiar que la distingue”. (FERRER, Jorge José, ÁLVAREZ, Juan Carlos. *Para fundamentar la bioética*. Teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporánea. Madrid: Universidad Pontificia Comillas e Editorial Desclée De Brouwer, 2003, p. 23) (Tradução livre)

<sup>636</sup> Cf. DURAND, Guy. *Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos*. Tradução de Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo e Edições Loyola, 2003, p. 68; FERRER, Jorge José, ÁLVAREZ, Juan Carlos. *Para fundamentar la bioética*. Teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporánea. Madrid: Universidad Pontificia Comillas e Editorial Desclée De Brouwer, 2003, p. 25; SAUWEN, Regina Fiuza, HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito in vitro*. Da bioética ao biodireito. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 14.

significado semântico. Apesar de vários esforços para diferenciá-los<sup>637</sup>, os dois termos podem ser tomados seguramente como sinônimos.

Immanuel Kant contribui decisivamente para a ética ao estabelecer seus imperativos categóricos, reconhecendo que o ser humano é um ser imperfeito.

O imperativo é uma fórmula que denota a relação de uma lei objetiva determinada pela razão e a imperfeição subjetiva da vontade do ser humano e que se expressa pelo verbo dever (*sollen*)<sup>638</sup>.

O imperativo pode ser de duas espécies: hipotético e categórico. O imperativo hipotético refere-se à necessidade prática de uma ação que se mostre boa como meio de conseguir um propósito possível ou real<sup>639</sup>. O imperativo categórico, por sua vez, prescinde de qualquer relação de meio e fim e liga-se a uma ação objetivamente necessária por si mesma<sup>640</sup>.

---

<sup>637</sup> Jorge José Ferrer e Juan Carlos Alvarez distinguem entre vida moral (moral vivida) e saber moral (moral reflexionada): “La vida moral se da biográficamente en cada uno de los seres humanos. La vida moral es una realidad temporal, dinámica, donde las acciones pasadas permanecen de alguna manera en nosotros y no sólo en nuestra memoria. En realidad, quedamos modificados, remodelados, por lo que hemos hecho. La biografía moral de cada sujeto es el conjunto de acontecimientos que van dando forma a su núcleo moral, al ethos del sujeto. (...) El saber moral es el conocimiento fundamentado de la moralidad, que nosotros llamamos ética”. (FERRER, Jorge José, ÁLVAREZ, Juan Carlos. *Para fundamentar la bioética*. Teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporánea. Madrid: Universidad Pontificia Comillas e Editorial Desclée De Brouwer, 2003, p. 28) Para Regina Fiuza Sauwen e Severo Hryniewicz, “por *moral* (substantivo) entende-se a reunião de costumes ou hábitos de um indivíduo ou de um povo, orientada por um princípio genérico de ‘bem’ ou de ‘correto’ enquanto, por *ética*, entende-se também o conjunto de princípios ou regras avaliados com rigor e consciência crítica”. (SAUWEN, Regina Fiuza, HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito in vitro*. Da bioética ao biodireito. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 14)

Guy Durand destaca que “a palavra *moral* certamente tem um apelo popular, enquanto a palavra *ética* tem um ar mais acadêmico”, sendo que, “paradoxalmente, essa valorização da palavra *ética* provocou uma nova ambigüidade. Valorizada, priorizada, a palavra *ética* foi empregada em todos os tipos de domínio: ética dos negócios, ética da pesquisa, ética dos funcionários, ética da mídia, código de ética profissional etc. Ela frequentemente representou mais uma deontologia que um questionamento, e designou mais uma ética mínima (um compromisso) que a busca do melhor possível”. (DURAND, Guy. *Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos*. Tradução de Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo e Edições Loyola, 2003, p. 74-75)

<sup>638</sup> Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 43-45.

<sup>639</sup> Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 45. Joaquim Carlos Salgado assevera: “quando o princípio objetivo se condiciona a um fim, a guisa de uma relação de meio e fim, o imperativo chama-se hipotético. O fim a que se refere o imperativo pode ser ‘possivelmente’ almejado por alguém ou ‘naturalmente’ desejado por todos”. (SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995, p. 208)

<sup>640</sup> Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 45.

A razão humana deve sobrepor-se às inclinações e demais condições subjetivas do ser humano e ser capaz de tornar cada ação um modelo universalizável, válido para todos, de dever de agir, exatamente por ser necessária por si mesma. Assim, o imperativo categórico de Kant prescreve: “age só segundo máxima<sup>641</sup> tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”<sup>642</sup>.

Como legislador de si próprio, o ser humano, único ser racional, detém a capacidade de autodeterminação e possui valor absoluto. Por isso, nunca pode ser considerado ou tratado como um instrumento para atingir qualquer fim por ser ele um fim em si mesmo. Daí advém outro imperativo categórico, vinculado ao primeiro imperativo: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”<sup>643</sup>.

O ser humano é um ser imperfeito, dual, mas deve, pois, sempre utilizar sua razão para alcançar uma vontade absolutamente boa. É absolutamente boa, segundo Kant, “a vontade que não pode ser má e, portanto, quando a sua máxima, ao ser transformada em lei universal, não pode nunca se contradizer”<sup>644</sup>. Com a observância dos imperativos categóricos, o ser humano pode gozar a felicidade, entendida como a consciência do dever cumprido.

Uma associação entre os imperativos kantianos e as orientações da ação weberianas deve ser realizada. A ação racional referente a fins segue os imperativos hipotéticos, regras de prudência, máximas utilitárias, pertence ao domínio da ação técnico-prática e a liberdade do ser humano é limitada por leis naturais. Já a ação racional referente a valores segue os imperativos categóricos, máximas éticas,

---

<sup>641</sup> A “máxima” constitui o princípio subjetivo, ou seja, a ação que é determinada pela razão harmonizada com as condições subjetivas. Nas palavras de Immanuel Kant, “princípios práticos são proposições que encerram uma determinação geral da vontade, trazendo em si várias regras práticas. São subjetivos, ou *máximas*, quando a condição é considerada pelo sujeito como verdadeira unicamente para a sua vontade; são, por outro lado, objetivos ou *leis práticas* quando a condição é conhecida como objetiva, isto é, válida para a vontade de todo ser racional”. (KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 27)

<sup>642</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 51.

<sup>643</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 59.

<sup>644</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 67.

pertence ao domínio da ação normativo-prática e a liberdade do ser humano é limitada por leis normativas com sanções mais ou menos severas<sup>645</sup>.

A ética de responsabilidade promove exatamente uma interação, neste contexto, entre orientação racional referente a valor e orientação racional referente a fins.

A ética de responsabilidade implica uma convicção; e uma pessoa que age de acordo com uma ética de responsabilidade *também* tem de levar em conta o que se pode prever das consequências de sua ação. A combinação desses dois temas parece implicar que a ação que aspira ao estatuto moral segundo uma ética de responsabilidade tem de satisfazer duas condições. Primeira, resultar de uma convicção moral. Segunda, refletir o fato de estar presa nas malhas de um mundo eticamente irracional e, portanto, prestar homenagem à ideia de que o mal pode resultar do bem. Em outras palavras, tal ação tem de justificar-se não só segundo uma convicção moral, mas também segundo uma avaliação de consequências previsíveis. Ao determinarmos a nossa vontade, não podemos, como em Kant, abstrair todas as consequências; temos de levá-las em conta<sup>646</sup>.

A ética da responsabilidade, que exige acerto de contas dos resultados prováveis de uma ação<sup>647</sup>, deve ser a base da orientação da ética da ação<sup>648</sup>. O ser humano, guiado pelo cuidado de si e pelo cuidado com o outro, deve antecipar as consequências de suas ações e agir no mundo externo sempre com o escopo de não lesão ou ameaça de lesão a valores ligados ao ser humano.

Somente por meio da linguagem, que torna a intersubjetividade possível e acessível, que se pode constatar a orientação segundo a ética da responsabilidade do sentido subjetivo da ação<sup>649</sup>. Assim, a Filosofia da consciência ou do sujeito deve

<sup>645</sup> Cf. SCHLUCHTER, Wolfgang. *Paradoxos da modernidade: cultura e conduta na teoria de Max Weber*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora UNESP, 2011, p. 94-96.

<sup>646</sup> SCHLUCHTER, Wolfgang. *Paradoxos da modernidade: cultura e conduta na teoria de Max Weber*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora UNESP, 2011, p. 128.

<sup>647</sup> Cf. WEBER, Max. A política como vocação. In: WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. 5 ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1982, p. 144-151.

<sup>648</sup> “Toda ação social é teleológica, ou seja, está relacionada à forma na qual o ator realiza seu plano para a consumação da ação”. (SOUZA, Jessé. *Patologias da modernidade: um diálogo entre Habermas e Weber*. São Paulo: Annablume, 1997, p. 34)

<sup>649</sup> O sentido subjetivo weberiano não afasta o meio linguístico, apenas não o considera seu centro, como ocorre com a ação comunicativa de Jürgen Habermas. (Cf. SOUZA, Jessé. *Patologias da modernidade: um diálogo entre Habermas e Weber*. São Paulo: Annablume, 1997, p. 35-36)

Afirma Ludwig Wittgenstein que “não: ‘sem a linguagem não poderíamos fazer-nos entender’ - mas sim: sem a linguagem não podemos influenciar outras pessoas desta e daquela maneira; não podemos construir estradas e máquinas etc. E também: Sem o uso do discurso e da escrita as pessoas não poderiam fazer-se entender”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 185)

ceder lugar à Filosofia da linguagem<sup>650</sup> como reitora da Filosofia da ação<sup>651</sup> e da omissão penalmente relevante<sup>652</sup>.

### 3.3 Bem jurídico-penal

#### 3.3.1 Teoria personalista

A teoria personalista do bem jurídico-penal possui cunho antropocêntrico e humanista<sup>653</sup>.

Seu grande defensor é Winfried Hassemer, que afirma que perante uma sociedade dinâmica, com complexas relações sociais e instituições, o Direito Penal

---

<sup>650</sup> “Na filosofia da linguagem, trata-se da relação linguagem/mundo e não consciência/mundo. A consciência, o sujeito, é, agora, uma função da linguagem. ‘O significado do ‘Eu’ utilizado performativamente é uma função de qualquer ato ilocucionário’. Trata-se daquele que opera a linguagem. No paradigma da linguagem, no lugar da autoconsciência que se põe a si e depois constitui o mundo, a exemplo de Descartes, nós temos, agora, um ‘saber de regras’ pré-teórico de sujeitos que falam. Esta noção de ‘regra’ é muito importante, como já mostramos, porque os estudos de Wittgenstein sobre o conceito de ‘seguir uma regra’ nos levaram a ver que ‘seguir uma regra’ é uma práxis coletiva, não se segue uma regra privadamente”. (DUTRA, Delamar José Volpato. *Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2 ed. rev. e ampl. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005, p. 78)

<sup>651</sup> Cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 123 e ss.; RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 183 e ss.; HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Racionalidad de la acción y racionalización social. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999, p. 505-508; HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, II*. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Crítica da razón funcionalista. Madrid: Taurus, 1992, p. 193; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 165-167.

<sup>652</sup> “Tanto en la doctrina penal como en la filosofía de la acción podemos (...) estimar inviables las concepciones de la acción que realizan la distinción entre acciones y hechos a partir de que en aquellas (a través del *acto de voluntad* o mediante cualquier otro artificio psicológico) se manifiesta una interioridade substantiva del sujeto (sea su espíritu o, más sencillamente su cérebro) de la que brota el significado. Al respecto, se ha mostrado tanto que el *sentido* no se proyecta de dentro a fuera (de la mente a la vida social), sino de fuera a dentro (de la vida social a la mente), cuanto que la finalidad subjetiva (o la personalidad o el Yo) resulta, muchas veces, insuficiente o inservible para delimitar el significado que atribuíamos a las acciones”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 220) (Grifo do autor)

<sup>653</sup> Cf. BUTELER, José Antonio. Garantías y bien jurídico. *In: Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: AD-HOC, 1998, p. 411.

Segundo José Antonio Buteler, “concebida la noción de bien jurídico conforme a una concepción antropocéntrica y humanista, como bien o derecho de la persona humana, *en todos los casos el interes objeto de protección - bien jurídico - está referido al individuo como su titular*”.

deve fortalecer a proteção dos elementos pessoais<sup>654</sup>. A experiência social deve ter como fator reitor o ser humano<sup>655</sup>, o mesmo ocorrendo com os bens jurídico-penais supraindividuais, metaindividuais, transindividuais ou universais<sup>656</sup>.

Bens jurídico-penais são “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseie nestes objetivos”<sup>657</sup>. Para Claus Roxin, este seu conceito pessoal de bem jurídico é capaz de abranger os bens jurídico-penais universais, que só são “legítimos quando servem definitivamente ao cidadão do Estado em particular”<sup>658</sup>.

Juarez Tavares atribui um caráter personalista ao bem jurídico-penal ao atribuir-lhe a função de proteção da pessoa humana, com esta sendo o “objeto final de proteção de toda a ordem jurídica”<sup>659</sup>. Os bens jurídico-penais supraindividuais

---

<sup>654</sup> “Los tiempos de la alta complejización social, en el derecho penal, son los tiempos de las teorías con orientación personal”. (HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal*. Teoría y práctica en las Ciencias Penales. Buenos Aires: Depalma, a. 12, n. (45 a 48), 1989, p. 275-285)

<sup>655</sup> Segundo Winfried Hassemer, “la concepción personal insiste en un concepto de bien jurídico que se pronuncia claramente en el campo de tensión entre individuo, sociedad y Estado; los bienes jurídicos son intereses humanos que requieren protección penal. Esta indica, ante todo, que la protección de las instituciones solo pueden llegar hasta el punto en que es condición de la posibilidad de protección de la persona”. (HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal*. Teoría y práctica en las Ciencias Penales. Buenos Aires: Depalma, a. 12, n. (45 a 48), 1989, p. 275-285)

<sup>656</sup> “Con relación a esto, cabe aclarar, en primer lugar, que un concepto personal de bien jurídico no rechaza la posibilidad de bienes jurídicos generales o estatales, pero funcionaliza estos bienes desde la persona: solamente puede aceptarlos con la condición de que brinden la posibilidad de servir a intereses del hombre”. (HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal*. Teoría y práctica en las Ciencias Penales. Buenos Aires: Depalma, a. 12, n. (45 a 48), 1989, p. 275-285)

<sup>657</sup> ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 18-19. Cf., também, ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 56.

<sup>658</sup> ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 19.

Pontua Claus Roxin que “a definição que aqui se propõe distingue um conceito ‘pessoal’ de bem jurídico, como o que, de forma similar, foi desenvolvido primeiramente por *Rudolphi, Marx* e *Hassemer* há mais de trinta anos e de acordo com o projeto alternativo alemão do ocidente. Um conceito de bem jurídico semelhante não pode ser limitado, de nenhum modo, a bens jurídicos individuais; ele abrange também bens jurídicos da generalidade”. (2009, p. 19)

<sup>659</sup> “(...) objeto final de protección de todo el orden jurídico”. (TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en Derecho penal*. Traducción de Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 40) (Tradução livre)

não dispensam esta proteção, sendo que para ser reconhecido como bem jurídico “será preciso que determinado valor possa implicar, direta ou indiretamente, um interesse individual, independentemente de se esse interesse individual corresponde a uma pessoa determinada ou a um grupo de pessoas indistinguíveis”<sup>660</sup>.

### 3.3.2 Teoria constitucional

A teoria constitucional do bem jurídico-penal o reconhece como noção anterior à própria norma penal e torna-o obrigatório, vinculante para as tipificações penais, dando ampla vazão à sua função de garantia<sup>661</sup>.

No âmbito da teoria constitucional, primeiramente, somente poderiam ser consagrados pelo Direito Penal os bens jurídicos constitucionais explícitos; depois, houve um alargamento, incluindo-se os bens jurídicos constitucionais implícitos<sup>662</sup>.

Claus Roxin afirma que um conceito de bem jurídico só pode derivar-se da Constituição, uma vez que esta estabelece um Estado de Direito baseado na liberdade do indivíduo que limita o poder punitivo estatal. O conceito de bem jurídico é prévio à legislação penal, mas não à Constituição, submetendo aquela aos limites impostos por esta<sup>663</sup>. Assim, não protegem os bens jurídico-penais: a) motivações ideológicas ou que atentem contra os direitos humanos e fundamentais; b) imoralidades; c) atentado contra a própria dignidade humana; d) meros sentimentos; e) consciente autolesão; f) meros tabus<sup>664</sup>.

<sup>660</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 217.

<sup>661</sup> Cf. RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. *Nuevo pensamiento penal*. Revista de Derecho y Ciencias Penales. Buenos Aires, Ediciones Depalma, a. 4, n. 5 a 8, 1975, p. 329-347, p. 337, p. 341; SALES, Sheila Jorge Selim de. Sobre o objeto da tutela penal. In: SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2004, p. 108; PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 50-51.

<sup>662</sup> Cf. Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2004, p. 108-109; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 67.

<sup>663</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 55-56.

<sup>664</sup> Cf. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 20-25; ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 56-57.

Bens jurídicos, na lição de Hans Joachim Rudolphi, são “unidades funcionais valiosas para nossa sociedade regida constitucionalmente e, portanto, também para a existência e para a liberdade dos cidadãos individualmente considerados”<sup>665</sup>. O conceito de bem jurídico assentado na Constituição representa, pois, uma utilidade dogmática ao atribuir a todos os delitos um mínimo de conteúdo do injusto, oferecendo critérios materiais de tipificação para o legislador penal e indicando a interpretação correta dos tipos penais existentes<sup>666</sup>.

Luís Greco, por sua vez, chega a oferecer um conceito de bem jurídico com menção expressa ao ordenamento constitucional: bens jurídicos são os “dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional”<sup>667</sup>.

Consoante Jorge de Figueiredo Dias, os bens jurídicos só se tornam bens jurídicos dignos de tutela penal se referidos à ordenação axiológica jurídico-constitucional. Esta estabelece uma relação de mútua referência, de correspondência de sentido e de fins com a ordem legal dos bens jurídico-penais, constituindo o critério regulador do *ius puniendi* estatal<sup>668</sup>.

### 3.3.3 Teoria procedimental

Tomás Salvador Vives Antón desenvolve a concepção procedimental do bem jurídico-penal, que se estabelece em termos de justificação. O bem jurídico-penal é o “momento do processo de justificação racional da limitação da

---

<sup>665</sup> “(...) unidades funcionales valiosas para nuestra sociedad regida constitucionalmente, y por tanto, también para la posición y la libertad de los ciudadanos individualmente considerados”. (RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. *Nuevo pensamiento penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, a. 4, n. 5 a 8, 1975, p. 329-347) (Tradução livre)

<sup>666</sup> Cf. RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. *Nuevo pensamiento penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, a. 4, n. 5 a 8, 1975, p. 329-347.

<sup>667</sup> GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 49, p. 90-147, jul./ago. de 2004, p. 107.

<sup>668</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 66-67.

liberdade”<sup>669</sup>.

O bem jurídico-penal está adstrito ao Direito, com vínculos com a Constituição, mais precisamente com os direitos fundamentais. Assim, representa ele um limite ao legislador no processo de criminalização, exercendo uma função negativa, ou seja,

(...) esse limite não se expressa em um conceito, mas sim remete aos diversos preceitos constitucionais e a suas tradições interpretativas: a partir delas se traçam os limites que o legislador não pode exceder ao castigar e, por conseguinte, aqueles objetos e valores da vida social suscetíveis de serem protegidos penalmente e aqueles que não são<sup>670</sup>.

A noção de bem jurídico também está entrelaçada ao tipo penal. Contexto de justificação e contexto de sentido da norma penal estão em interrelação, sendo o primeiro um momento essencial do segundo. Assim, mais precisamente, o bem jurídico-penal tem como ponto de referência a Constituição e o Código Penal<sup>671</sup>.

### 3.3.4 O ser humano como núcleo mínimo de todo bem jurídico-penal

<sup>669</sup> “(...) momento del proceso de justificación racional de la limitación de la libertad”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 829) (Tradução livre)

Pontua Tomás Salvador que “lo característico de esa concepción no es que acepte, sin más, como bienes jurídicos dignos de protección los que el legislador, por el procedimiento democrático, tenga a bien escoger; sino que concibe el bien jurídico, no en términos de *objeto*, sino en términos de *justificación*”. Nas palavras de Enrique Orts Berenguer e José L. González Cussac, “bien jurídico será todo aquello cuya tutela legítima el castigo”. (ORTS BERENGUER, Enrique, GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de derecho penal*. Parte General. 3 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 221)

<sup>670</sup> “(...) ese limite no se halla expresado e nun concepto, sino que remite a los diversos preceptos constitucionales y a sus tradiciones interpretativas: a partir de ellas se trazan los limites que el legislador no puede rebasar a la hora del castigo y, por lo tanto, aquellos objetos y valores de la vida social susceptibles de ser protegidos penalmente y aquellos que no los son”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 831-832) (Tradução livre)

Reforça Tomás Salvador Vives Antón que uma concepção procedimental de bem jurídico remete-se “a la hora de determinar lo que pudiera considerarse o no un bien jurídico, al proceso de justificación constitucional y racional del castigo en cada figura de delito”. (2011, p. 1011)

<sup>671</sup> Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 831.

Os direitos fundamentais<sup>672</sup> são aqueles direitos que estão atrelados ao ser humano como valor supremo e possuem como núcleo mínimo<sup>673</sup> a dignidade humana<sup>674</sup> (CR/88, Art. 1º, inc. III)<sup>675</sup>, que se relaciona intimamente com o segundo imperativo categórico de Immanuel Kant e significa a não instrumentalização, a não coisificação do ser humano.

Devem eles ser concebidos em suas fundamentalidades formal e material, ou seja, em sua especial dignidade de proteção em um sentido formal e em um sentido material<sup>676</sup>.

Pela sua fundamentalidade formal, as normas constitucionais que agasalham os direitos fundamentais gozam de supremacia no ordenamento jurídico e “constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais”<sup>677</sup>.

A fundamentalidade material, por sua vez, diz respeito ao conteúdo dos direitos fundamentais, que está centrado no ser humano e nas estruturas básicas da sociedade e do Estado que de suas acções derivam.

---

<sup>672</sup> Os direitos fundamentais consistem na “incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo”, sendo sua constitucionalização “a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas fundamentais básicas”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. 11 reimp. Coimbra: Almedina, 2013, p. 378)

<sup>673</sup> Sobre o núcleo mínimo dos direitos humanos fundamentais, ou, na terminologia de Ingo Wolfgang Sarlet, núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev., atual e ampl Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 402-404.

<sup>674</sup> Sobre a dignidade humana como núcleo mínimo, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 8 ed. rev., atual e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 96-113, p. 135-142.

<sup>675</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2013)

<sup>676</sup> Sobre as fundamentalidades dos direitos fundamentais, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. 11 reimp. Coimbra: Almedina, 2013, p. 378-381; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev., atual e ampl Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 74-78; SARLET, Ingo Wolfgang. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 278-281.

<sup>677</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. 11 reimp. Coimbra: Almedina, 2013, p. 379.

Podem ser identificados direitos formal e materialmente fundamentais, que são aqueles previstos explícita ou implicitamente pela constituição, e os direitos apenas materialmente fundamentais, que são possíveis devido à abertura da constituição a novos direitos fundamentais<sup>678</sup> (CR/88, Art. 5º, §2º)<sup>679</sup>.

Os direitos fundamentais são a base e o limite do bem jurídico-penal. Este consiste nas razões, assentadas em valor extraído de um direito fundamental e envolvido em interação social<sup>680</sup>, que justificam a

---

<sup>678</sup> José Joaquim Gomes Canotilho pontua que, neste caso, pode-se falar “em *cláusula aberta* ou em *princípio da não tipicidade* dos direitos fundamentais. Preferimos chamar-lhe <<norma com *fattispecie* aberta>> (Baldassare) que, juntamente com uma *compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente* consagradoras de direitos fundamentais, possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. 11 reimp. Coimbra: Almedina, 2013, p. 379-380)

<sup>679</sup> “Art. 5º (...) §1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. §2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2013)

<sup>680</sup> Juan Bustos Ramírez e Hernán Hormazábal Malarée afirmam que “el bien jurídico constituye una síntesis concreta de una relación social dinámica, con lo cual se comprende la posición de los sujetos, sus formas de vinculación entre ellos y los objetos, sus interacciones y su curso dentro del desarrollo histórico del contexto social”. (BUSTOS RAMÍREZ, Juan. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Significación social y tipicidad. *Doctrina penal*. Teoría y práctica en las Ciencias Penales. Buenos Aires: Depalma. Año 3, n. 9 a 12, 1980, p. 542)

Gonzalo D. Fernández afirma que o bem jurídico-penal “protege un interés o bien esencial de la persona humana, vinculado a sus relaciones sociales de disponibilidad con ciertos entes, de las cuales resultan sus posibilidades de participación social y, en definitiva, su derecho a la autorrealización social concreta”. (FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Bien jurídico y sistema del delito. In: *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: AD-HOC, 1998, p. 424)

Para Luiz Regis Prado, o Estado Democrático e Social de Direito busca a justiça material e determina como valores fundamentais do ordenamento constitucional a liberdade e a dignidade das pessoas. Assim, o texto constitucional determina que o ponto de partida do Direito Penal seja exatamente o conceito de pessoa, mas não isolado e sim inserido numa realidade social<sup>680</sup>. “A noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano”. (PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 63-64)

criminalização<sup>681</sup>. Desta forma, o ser humano, como valor supremo, é o núcleo mínimo de todo bem jurídico-penal, o centro do processo de justificação, que, por considerar o ser humano em interação, deve pautar-se no cuidado de si e no cuidado com outro.

O sentido contido na norma penal relaciona-se com as razões que justificam a intervenção penal, ou seja, “ação típica e bem jurídico são, por assim dizer, noções inseparáveis”<sup>682</sup>. Desta forma, o bem jurídico só pode ser identificado por meio do tipo penal.

### 3.4 Norma penal

#### 3.4.1 Concepção imperativista da norma penal

A norma penal é uma regra de conduta contida na lei penal e expressada linguisticamente, que envolve uma decisão de poder e determinação pela razão<sup>683</sup>.

---

<sup>681</sup> “Hablar del bien jurídico como un algo, como un objeto ideal, no es desde esta perspectiva sino apuntar a las razones que pueden justificar inmediatamente el delito y la pena”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 829)

A doutrina penal costuma elaborar o conceito de bem jurídico a partir tanto da noção de interesse quanto da noção de valor, não havendo, como assevera José Cirilo de Vargas, corrente doutrinária vencedora ou vencida, sendo espaço de consenso e não de conflito. (Cf. VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 42)

Juarez Tavares defende uma interação entre interesse, valor e norma. Para ele, os interesses incorporam os valores sociais e só assim podem edificar a ordem jurídica: “os interesses não passam a fazer parte, direta e automaticamente, da norma como interesses juridicamente protegidos, mas como condensação de valores concretos, historicamente configurados, correspondentes a uma determinada formação social e incorporados à ordem jurídica por um procedimento que costuma ser chamado de racional”. (TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3 ed. integralmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 238)

<sup>682</sup> “(...) acción típica y bien jurídico son, por así decirlo, nociones inseparables”. (ORTS BERENGUER, Enrique, GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de derecho penal. Parte General*. 3 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 223) (Tradução livre)

Pontuam Enrique Orts Berenguer e José L. González Cussac que, na concepção procedimental, “que renuncia a categorías generales, lo que fundamenta la especificidad de cada delito no es el bien jurídico, sino la acción típica que lo lesiona”. (2011, p. 222-223)

<sup>683</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 351, 353.

Nas palavras de Tomás Salvador Vives Antón, “una norma es una *regla de conducta*, que puede hallarse expresada lingüísticamente o inferirse de lo que habitualmente se hace. Pero, en la medida en que aquí tratamos de las normas penales, podemos dejar de lado esa segunda opción: en virtud del sometimiento del Derecho Penal al principio de legalidad, las normas penal es han de hallar se contenidas en la ley”.

Tomás Salvador Vives Antón denomina imperativista esta sua concepção de norma jurídica:

Atendendo, pois, à questão de fundo, chamarei de *imperativista* a toda concepção das normas jurídicas que as entenda, basicamente, como *meios* de impulsionar a conduta de um ou outro sentido (se atenha ou não à idéia de como fonte deste impulso); que deixe, por conseguinte, fora do discurso jurídico (deixando a cargo da ética ou da política) a discussão racional acerca dos fins e valores e que, portanto, conceba a função valorativa das normas jurídicas como secundária, derivada da função diretiva, dependente de decisões sobre fins prévios ao direito e alheios a ele<sup>684</sup>.

A norma penal abrange um mandado e uma pretensão de validade<sup>685</sup>. Esta consiste em uma pretensão de justiça ou retidão ou correção que deve dirigir o processo de argumentação racional e abarcar uma razão prática<sup>686</sup>. A justiça é o valor central de todo o ordenamento jurídico e sua “materialização deve satisfazer outros requerimentos: segurança jurídica, liberdade, eficácia, utilidade etc.”<sup>687</sup>, que são seus aspectos parciais.

Existe, pois, uma relação entre Direito Penal e moral-justiça. A moral-virtude, focada em uma perfeição individual, não se adequa ao Direito Penal, que se

---

<sup>684</sup> “Atendiendo, pues, a la cuestión de fondo, llamaré *imperativista* a toda concepción de las normas jurídicas que las entienda, basicamente, como *medios* de impulsar la conducta en uno u otro sentido (se atenga o no a la idea de mandado como fuente de ese impulso); que deje, por conseguinte, fuera del discurso jurídico (residenciándola en la ética o en la política) la discusión racional acerca de los fines y valores y que, por tanto, conciba la función valorativa de las normas jurídicas como secundaria, derivada de la función directiva, dependiente de decisiones sobre fines previos al derecho y ajenos a él”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 353) (Tradução livre)

<sup>685</sup> Como afirma M. Jiménez Redondo, Tomás Salvador Vives Antón empreende uma “interpretación de WITTGENSTEIN orientada en HABERMAS”. (JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. Estudio preliminar. In: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 85)

<sup>686</sup> Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 488-489.

<sup>687</sup> “(...) materialización ha de satisfacer otros requerimientos: seguridad jurídica, libertad, eficacia, utilidad, etc.” (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 489) (Tradução livre)

destina à coexistência humana<sup>688</sup>.

### 3.4.2 Dignidade humana como pretensão de validade da norma penal

Ronald Dworkin (1931-2013) defende uma interdependência entre ética e moralidade guiada pelo princípio a que denominou Princípio Kant: “uma pessoa só pode alcançar a dignidade e o respeito próprio indispensáveis para uma vida bem sucedida se mostrar respeito pela própria humanidade em todas as suas formas”<sup>689</sup>.

O entrelaçamento entre Direito, moral e ética, por sua vez, ocorre em uma estrutura de árvore: o Direito é um ramo da moralidade política; esta, da moralidade pessoal mais geral, que é um ramo da ética<sup>690</sup>.

A ética reclama a dignidade humana<sup>691</sup>, que é constituída por dois princípios: respeito próprio, pelo qual o ser humano deve buscar viver bem<sup>692</sup>, e autenticidade, que determina que o ser humano deve reger sua vida por valores que considera adequados<sup>693</sup>.

<sup>688</sup> Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 372-374.

Carlos Martínez-Buján Pérez afirma que “en último término VIVES realiza una lectura de KANT a través de WITTGENSTEIN (o viceversa), porque, partiendo de la concepción del Derecho como un orden externo de convivencia, el fin que guía su construcción es el prevalecimiento del Derecho y eleje de esa construcción es la acción con un significado público (externo). Sobre ella versa una ley general (porque todos los ciudadanos prestan su consentimiento), y se assume la nítida separación entre Derecho y Moral (moral-virtude)”. (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte General. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 40)

<sup>689</sup> DWORKING, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 31.

<sup>690</sup> DWORKING, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 17.

<sup>691</sup> “Em particular, temos de acarinhar a nossa dignidade”. (DWORKING, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 25)

<sup>692</sup> O princípio do respeito próprio “descreve uma atitude que as pessoas devem ter relativamente às suas vidas: devem considerar importante viverem bem. O princípio do respeito próprio exige que cada um de nós trate a sua vida como tendo essa importância”. (DWORKING, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 213)

<sup>693</sup> “A autenticidade é o outro lado do respeito próprio. Como uma pessoa se leva a sério, pensa que viver bem significa exprimir-se na sua vida, procurando uma forma de vida que considere certa para si e para as suas circunstâncias. Isto não tem de ser um compromisso com uma única ambição prioritária ou com uma determinada hierarquia de valores. Pode, ao invés, resumir-se àquilo a que chamamos caráter ou àquilo a que Nietzsche denominava <<estilo>>: uma maneira de ser que uma pessoa pensa ser adequada à sua situação, e não despreocupadamente baseada em convenções, expectativas ou exigências dos outros. O fundamental não é ver a vida de maneira diferente dos outros, mas viver segundo, e não contra, a nossa situação e os valores que consideramos adequados”. (DWORKING, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 217)

Liga-se a moral pessoal ao primeiro Princípio da dignidade. O respeito próprio implica o respeito aos outros seres humanos, ou seja, “para me respeitar a mim próprio, tenho de considerar as vidas dos outros como tendo também importância objetiva”<sup>694</sup>.

Enquanto a ética e a moral são analisadas sob a ótica dos deveres do ser humano, a moral política parte da visão dos direitos, que exigem o respeito à dignidade do ser humano, o tratamento como ser humano<sup>695</sup>. Os direitos políticos são subdivididos em direitos legislativos, que se referem ao exercício dos poderes legislativos, e direitos legais, que podem ser exercitados pelo ser humano e impostos por instituições decisórias e coercivas<sup>696</sup>.

A dignidade é indivisível juntamente com a responsabilidade constituem as chaves para viver bem e ter uma vida boa.

Uma pessoa vive bem quando encontra e adota uma vida boa para si mesma e quando o faz com dignidade, com respeito pela importância das vidas das outras pessoas e pela responsabilidade ética tanto dos outros como da sua própria<sup>697</sup>.

A norma penal é uma norma ética que considera as interações sociais. Sua pretensão de validade deve ser a dignidade humana, tendo como norte o cuidado de si e o cuidado com o outro, que devem ser inerentes a todo ser humano, e não a justiça. Norma penal e ética da responsabilidade estão, portanto, em simbiose.

### 3.4.3 Norma penal incriminadora e norma penal permissiva

<sup>694</sup> DWORKING, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 263.

<sup>695</sup> “A ética estuda o modo como as pessoas gerem a sua responsabilidade de viver bem, e a moral pessoal concentra-se naquilo que cada indivíduo deve às outras pessoas. A moral política, pelo contrário, estuda aquilo que todos nós devemos aos outros enquanto indivíduos, quando agimos em nome dessa pessoa coletiva artificial”. (DWORKING, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 335)

<sup>696</sup> Cf. DWORKING, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 336, p. 345, p. 414-416.

<sup>697</sup> DWORKING, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 427.

A norma penal, como regra de conduta, é uma norma de determinação, proibindo ou ordenando (norma penal incriminadora) ou permitindo (norma penal permissiva) uma conduta.

Armin Kaufmann estabelece a diferença entre norma penal incriminadora proibitiva e norma penal incriminadora mandamental pelo dever que a elas estão associados: a primeira veda a realização de uma ação (não dever agir) e a segunda exige a realização de uma ação (dever agir). A omissão penalmente relevante está relacionada a este último<sup>698</sup>.

Para Eugenio Raul Zaffaroni, todas as normas penais incriminadoras são proibitivas e podem ser enunciadas de forma proibitiva ou de forma mandamental. Neste último caso, a proibição recai sobre o *aliudagere*, o outro fazer, o que é o caso da omissão penalmente relevante<sup>699</sup>.

Jesús María Silva Sánchez defende que um conteúdo material de mandado (prestação positiva) e um conteúdo material de proibição (respeitar os bens jurídicos alheios) podem ser expressos tanto por meio de forma mandamental quanto por meio de forma proibitiva. O conceito de omissão penalmente relevante está ligado a um conteúdo material mandamental<sup>700</sup>.

Uma relação dialética entre norma penal incriminadora proibitiva e norma penal incriminadora mandamental é defendida por Juarez Tavares. Elas, ao mesmo tempo, proíbem uma atividade e impõem outra<sup>701</sup>. A omissão própria se refere a uma norma mandamental e a omissão imprópria, a uma norma mandamental e proibitiva ao mesmo tempo<sup>702</sup>.

<sup>698</sup> Cf. KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción de la segunda edición alemana (Gotinga, 1980) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 25, p. 108-109, p. 282-288. Adverte Armin Kaufmann que “no es la redacción de la norma lo que determina lo que es omitir o actuar, sino que - como con razón destaca ENGISCH - <<a la inversa, el carácter de la norma como mandado o prohibición se determina en función de si tiene por contenido un hacer o un omitir>>. (2006, p. 25-26)

<sup>699</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*. Parte General. 2 ed. Buenos Aires, Ediar, 2010, p. 443; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Estructura básica Del derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 125.

<sup>700</sup> Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 187-198.

<sup>701</sup> “Quem se anime a conduzir um veículo, deve fazê-lo dentro das regras de direção; não o fazendo, estará se omitindo em face do cuidado que deve tomar neste ato de direção. Há, portanto, uma proibição associada a uma atividade condicionada a determinados atos positivos e também negativos”. (TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 295)

<sup>702</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 295, p. 309-310.

Como norma penal e bem jurídico estão interligados<sup>703</sup>, a norma penal incriminadora promove uma interação entre proibição e mandado com o escopo de não lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico-penal. O sentido das palavras do tipo ação deve refletir esta ligação<sup>704</sup>, permitindo a correta identificação da proibição e do mandado, que está diretamente relacionado com a omissão penalmente relevante, da norma penal incriminadora<sup>705</sup>.

A norma penal não-incriminadora permissiva identificada por meio do tipo permissivo, que expressa uma causa de justificação, está em íntima relação com a norma penal incriminadora. Enquanto esta se volta para a não lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico-penal, aquela especifica os casos nos quais a lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico-penal não possui relevância penal. Desta forma, a omissão penalmente relevante está presente somente se o sentido da ação praticada for exatamente o sentido final resultante da combinação do sentido do tipo de ação e do sentido do tipo permissivo.

#### 3.4.4 Princípio da legalidade

O Princípio da legalidade tem sede constitucional (CR/88, Art. 5º, XXXIX) e legal (CP, Art. 1º) e pode ser sintetizado como *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta*.

O abandono do Positivismo lógico<sup>706</sup> e a adoção da Filosofia da

<sup>703</sup> Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 831; ORTS BERENGUER, Enrique, GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de derecho penal*. Parte General. Parte General. 3 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 223.

<sup>704</sup> A lei penal é “el instrumento en que las normas penales se expresan o, dicho de otro modo, su fuente. La ley no es, sin más, la norma, sino que la norma se expresa en la ley y es lo que la ley significa o parte de lo que la ley significa”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 351)

<sup>705</sup> Apesar de percorrer caminho diverso da semântica do uso, Juarez Tavares pondera que “se a norma penal deve estar associada a um sentido, pelo qual se afere a lesão do bem jurídico, seu enunciado nem sempre pode se bastar com a mera proibição, mas também com algum comando”. (TAVARES, Juarez. *Teoría dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 295)

<sup>706</sup> Ludwig Wittgenstein, em sua primeira fase, afirma que “a realidade deve, por meio da proposição, ficar restrita a um sim ou não. Para isso, deve ser completamente descrita por ela. A proposição é a descrição de um estado de coisas”; “A realidade é comparada com a proposição”; “A proposição pode ser verdadeira ou falsa só por ser uma figuração da realidade”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. 3 ed. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008, p. 169, p. 173)

linguagem ordinária<sup>707</sup> requerem uma nova visão do Princípio da determinação taxativa (*nullum crimen sine lege stricta*).

As leis penais tratam das regras a serem seguidas pelas ações dos homens em interação e, portanto, devem basear-se nas práticas sociais<sup>708</sup>. As palavras da lei penal devem se aterem, portanto, à semântica do uso, o mesmo devendo ocorrer com os critérios de subsunção, possibilitando uma orientação de conduta pelo ser humano<sup>709</sup>. Assim, o tipo de ação estará determinado taxativamente<sup>710</sup>.

### 3.4.5 Situação de perigo para o bem jurídico-penal e atuação conforme o sentido esperado

A omissão penalmente relevante está sempre associada a uma situação de espera<sup>711</sup>. Nas palavras de Tomás Salvador Vives Antón, “a

<sup>707</sup> Em sua segunda fase, Ludwig Wittgenstein assevera que “o significado de uma palavra é seu uso na linguagem”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 3 ed. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008, p. 38)

<sup>708</sup> “Seguir una regla’ es, pues (en ello se insistirá más adelante), el momento esencial de la acción, lo que determina su sentido. Y las leyes, a las que el principio de legalidad remite, no son sino reglas que describen y regulan las acciones - determinados tipos de acciones - y, por lo tanto, se inscriben en el ámbito de la vida humana social, que no puede ser sino intersubjetiva y externa. En consecuencia, cabe afirmar que la legalidad opera, necesariamente, sobre comportamientos observables, determinados intersubjetivamente”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 729)

<sup>709</sup> Ressalta Tomás Salvador Vives Antón que “la garantía en que el principio de legalidade, a la vez, consiste se halla ligada al significado de las palabras en el uso común del lenguaje. Los derechos a la libertad y a la seguridad, que el principio de legalidad tutela, descansan sobre la base de que la ley penal se halle formulada con toda la claridad y exactitud que el lenguaje común permite”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 731)

<sup>710</sup> Após deixar claro que a teoria do delito aplicável à omissão envolve condições empíricas, proposições lógicas, construções simbólicas e questões linguísticas, Juarez Tavares afirma que “o que ressalta com evidência é que a equiparação da omissão à ação tem uma finalidade muito nítida: construir uma tipicidade flexível, que possibilite a punição de condutas social ou politicamente indesejáveis, sem violar o princípio da legalidade”. (TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Parte General. 3 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 140)

<sup>711</sup> Conforme Ludwig Wittgenstein, “uma expectativa está inserida na situação da qual se origina. A expectativa de uma explosão pode originar-se, por exemplo, de uma situação na qual se *deve esperar* por uma explosão”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 205)

omissão se define por uma *espera*, pela espera de algo que normalmente deveria ocorrer”<sup>712</sup>.

A íntima relação entre norma penal e bem jurídico-penal faz com que aquela oriente a ação do ser humano a seguir a regra de não lesão ou ameaça de lesão a este<sup>713</sup>. No caso específico da omissão penalmente relevante, o ser humano deve seguir a regra de evitar lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico-penal<sup>714</sup> atuando no sentido esperado delineado pelas palavras do tipo de ação.

Para que a omissão penalmente relevante esteja presente, imprescindível, portanto, é uma situação de perigo<sup>715</sup> para o bem jurídico-penal e

---

<sup>712</sup> “(...) la omisión se define por una *espera*, por la espera de algo que normalmente habría de ocurrir”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 290) (Tradução livre)

<sup>713</sup> No mesmo sentido, Tomás Salvador Vives Antón afirma que “relevantes para el Derecho penal son solo las acciones que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicamente protegidos”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 491)

Para Juarez Tavares, “toda conduta penalmente relevante deve estar orientada em função do bem jurídico”. (TAVARES, Juarez. *Teoría dos crimes omissivos*. Parte General. 3 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 269)

Consoante Jesús María Silva Sánchez, “la omisión surge como tal en el enunciado que expresa la *relación de discordancia* de la conducta efectiva con la pretensión que dimana del bien jurídico, critério rector del tipo”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 170)

<sup>714</sup> Como defende Jesús María Silva Sánchez, “carece de sentido la contraposición, en el seno de las omisiones, de un subgrupo de ellas que eventualmente infringiría *deberes de actuar* y otro que lesionaría *deberes de evitación del resultado*”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 361)

Apesar de manter esta diferenciação, Juarez Tavares pondera que “toda conduta penalmente relevante é uma conduta perlocucionária ou performática (conforme a terminologia que se adote), daí conter uma vinculação necessária a determinados efeitos que serão produzidos em outrem. Esses efeitos não deixam de integrar o conteúdo perlocucionário se não estiverem descritos”. (TAVARES, Juarez. *Teoría dos crimes omissivos*. Parte General. 3 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 351)

<sup>715</sup> Segundo Daniela de Freitas Marques, o temor relaciona-se a um mau presente ou futuro e avizinha-se ao perigo, cuja essência consiste na “proximidade do dano que pode ou não se concretizar”. (MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 34)

a atuação conforme o sentido esperado<sup>716</sup>.

Tanto situação de perigo para o bem jurídico-penal como atuação conforme o sentido esperado, exatamente por consistir a norma penal em uma regra de conduta, deve ser analisada em uma perspectiva *ex ante*. A situação de perigo é uma aparência *ex ante* do perigo ao bem jurídico-penal<sup>717</sup>. A atuação no sentido esperado deve se mostrar necessária<sup>718</sup> e possível, desde uma perspectiva *ex ante*, para evitar lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico-penal.

### 3.5 Liberdade de ação

#### 3.5.1 Liberdade como pressuposto da ação

Immanuel Kant demonstrou que razão, liberdade e autonomia são indissociáveis. Todos os seres racionais possuem liberdade e suas ações são nela

---

<sup>716</sup> Jesús María Silva Sánchez concebe a omissão penal como “no realización de la acción tipicamente indicada como prestación positiva de salvaguarda de um bien jurídico” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 352-353) e elege como seu elemento comum a situação de perigo para o bem jurídico e a não realização da ação indicada.

Juarez Cirino dos Santos também aponta a situação de perigo para o bem jurídico e a omissão da ação mandada como elementos comuns da omissão penalmente relevante. (Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Curitiba: Fórum, 2004, p. 132-134)

Para Enrique Gimbernat Ordeig, o “dato real fundamentador de la responsabilidad la omisión no puede ser otro que el del peligro”. (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión). *Revista Brasileira de Ciências Criminales*. São Paulo, Ano 11, n. 44, p. 34-62, jul./set. 2003, p. 44)

<sup>717</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 355.

<sup>718</sup> Jesús María Silva Sánchez ressalta que, desde um juízo objetivo *ex ante*, não há omissão no sentido jurídico-penal quando a conduta que “no se realiza no es apropiada para la evitación del resultado sino que, a lo más, puede *dificultar* su producción o *retrasarla* por un período de tempo de escasa consideración”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 362)

Juarez Cirino dos Santos coloca como sinônimas ação mandada, ação esperada e ação necessária (Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Curitiba: Fórum, 2004, p. 132)

estruturadas<sup>719</sup>. A autonomia, assentada na razão e na liberdade, é a capacidade de ser legislador de si próprio, de autodeterminar-se pela razão<sup>720</sup>.

Como esclarece Ludwig Wittgenstein, existem certas proposições que não estão submetidas a dúvidas<sup>721</sup>. Uma delas é a liberdade, que não pode ser afastada mesmo diante de alegações de determinismos (físico, lógico, genético etc.) ou de falta de comprovação empírica<sup>722</sup>. Ela é simplesmente fruto da razão prática<sup>723</sup> e a base do mundo social, de toda ação do ser humano.

Tomás Salvador Vives Antón elege a liberdade de ação como ponto de união entre a doutrina da ação e a da norma no Direito Penal<sup>724</sup>. É a liberdade que

<sup>719</sup> Nas palavras de Immanuel Kant, “a todo ser racional que tem uma vontade devemos lhe atribuir necessariamente também a idéia de liberdade, sob a qual ele age”. (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 81)

<sup>720</sup> A razão “deve considerar-se a si mesma como a autora dos seus princípios, independentemente de influências estranhas; por conseguinte, como razão prática ou como vontade de um ser racional, deve considerar-se a si mesma como livre”. (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 81)

<sup>721</sup> “Quem tentasse duvidar de tudo, não iria tão longe como se duvidasse de qualquer coisa. O próprio jogo da dúvida pressupõe a certeza”; “Isto é, as *perguntas* que formulamos e as nossas *dúvidas* dependem do facto de certas proposições estarem isentas de dúvida serem como que dobradiças em volta das quais as dúvidas giram”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Tradução de Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 47, p. 99)

<sup>722</sup> Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 325 e ss., p. 835 e ss.; RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 370 e ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *A concepção significativa da ação y teoría jurídica del delito*. T. S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do Direito. Tradução de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 24.

<sup>723</sup> Para Immanuel Kant, no uso prático da razão, esta “ocupa-se dos princípios da determinação da vontade, a qual é a faculdade ou de produzir objetos que correspondam às representações, ou de se determinar a si mesma na produção de tais objetos, (seja ou não suficiente para isso o poder físico), isto é, a de determinar a sua causalidade”. (KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 23)

Sobre a conexão entre liberdade e razão prática, afirma Immanuel Kant que “o conceito de liberdade, tendo em vista que sua realidade é demonstrada por meio de uma lei apodíctica da razão prática, constitui a *pedra angular* de todo o edifício de um sistema da razão pura, inclusive da razão especulativa, e todos os demais conceitos (os de Deus e da imortalidade) que, enquanto simples idéias, permanecem na razão especulativa sem apoio, conectam-se com este [conceito], e adquirem com ele e por meio dele consistência e realidade objetivas, isto é, a sua *possibilidade é demonstrada* pelo fato de ser liberdade efetiva, uma vez que tal idéia se manifesta por meio da lei moral. Entretanto, a liberdade também é a única entre todas as idéias da razão especulativa cuja possibilidade *a priori* é condição da lei moral - a lei que conhecemos. (...) a liberdade é, indubitavelmente, a *ratio essendi* da lei moral, mas a lei moral é a *ratio cognoscendi* da liberdade”. (2006, p. 11-12)

<sup>724</sup> Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 345.

permite ao ser humano seguir ou não a regra prescrita pela norma penal<sup>725</sup>. O poder de agir de outro modo, ou seja, a liberdade, é pressuposto da ação, e não problema da culpabilidade<sup>726</sup>.

A liberdade humana é pressuposto da omissão penalmente relevante, uma vez que, para se orientar pela norma penal, o ser humano deve ser capaz de autodeterminar-se, de ter razões para seguir ou não a regra de conduta nela disposta.

### 3.5.2 Liberdade, voluntariedade e possibilidade de agir

Os movimentos corporais são as formas que o ser humano possui para agir no mundo<sup>727</sup>. Aqueles que são voluntários são ações humanas; aqueles que não o são, simples fatos.

Os movimentos corporais voluntários não são definidos pela vontade<sup>728</sup>: esta é ação<sup>729</sup> e não acompanhamento mental da

<sup>725</sup> Como reforça Tomás Salvador Vives Antón, “sin libertad no hay acción, ni razones, ni manera alguna de concebir el mundo: o no hay lenguaje, ni reglas, ni significado ni acción”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 332)

<sup>726</sup> Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 325.

<sup>727</sup> “Eu não diria do movimento do meu braço, por exemplo, que ele vem quando vem etc. E aqui está a região, na qual dizemos significativamente, que algo não nos acontece simplesmente, mas que nós o fazemos. ‘Não é preciso aguardar até que meu braço se levante, - eu posso levantá-lo’. E aqui oponho o movimento do meu braço, por exemplo, ao fato de que as fortes batidas do meu coração vão se acalmar”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 213)

<sup>728</sup> “Ao movimentar o meu braço ‘voluntariamente’, não me sirvo de um meio para produzir o movimento. Mesmo o meu desejo não é um tal meio”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 214)

<sup>729</sup> “‘Querer, se não deve ser uma espécie de desejo, tem que ser a própria ação. Não deve ficar parado diante da ação’. Se é a ação, então o é no sentido usual da palavra; portanto: falar, escrever, ir, levantar algo, representar-se algo. Mas também: aspirar, tentar, esforçar-se para falar, para escrever, para levantar algo, para representar-se algo etc.”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 214)

ação<sup>730</sup>. A ausência de admiração é que caracteriza o movimento corporal voluntário<sup>731</sup>, com este sendo determinado pelo contexto e pela capacidade de agir nele apresentada pelo ser humano.

Wittgenstein menciona os seguintes aspectos da ação voluntária (Z §§577-99; PI §§611-628; BB 157): (a) a suscetibilidade a ordens, e a maneira dessa suscetibilidade - ordens não são, em geral, obedecidas automaticamente; (b) a possibilidade de decidir realizar ou não o ato de  $\theta$ ; (c) a natureza dos movimentos e suas relações com outros eventos e circunstâncias ao redor; (d) as diferentes conclusões que retiramos delas, principalmente as que dizem respeito à responsabilidade; (e) o fato de que, enquanto podemos desejar qualquer coisa, a volição é algo que se restringe ao que está ou acreditamos estar em nosso alcance<sup>732</sup>.

Para se determinar se um substrato conductual omissivo e voluntário, imprescindível é a análise da possibilidade de agir do ser humano, considerando sua capacidade corporal e aptidão para agir, sua capacidade físico-objetiva de seguir uma regra. Neste sentido, Georg Henrik von Wright, partindo de uma investigação lógica da ação<sup>733</sup>, diferencia entre não fazer e omitir pela capacidade

<sup>730</sup> “No sentido em que posso, afinal, produzir algo (p. ex., dores no estômago por excessos no comer), posso também produzir o querer. Neste sentido, ao pular na água, produzo o querer-nadar. Quero dizer: eu poderia não querer o querer; isto é, nem tem sentido falar de querer-querer. ‘Querer’ não é o nome de uma ação e, portanto, nem de uma ação voluntária. E minha expressão incorreta veio do fato de se querer imaginar o querer como uma provocação imediata, não causal. À base desta ideia está uma analogia desorientadora; o nexos causal parece produzido por um mecanismo que junta duas peças da máquina. A junção pode se soltar se o mecanismo for avariado. (Pensa-se somente nas avarias a que um mecanismo normalmente está exposto; não se pensa no fato de as rodas dentadas de repente se tornarem moles ou penetrarem umas nas outras etc.)”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 213-214)

<sup>731</sup> “Observe a seguinte descrição de uma ação voluntária: ‘Tomo a decisão de dar cordas no relógio às 5 horas; e quando der 5 horas, o meu braço fará então este movimento’. - É esta a descrição correta, e não essa: ‘... e quando der 5 horas, levanto o meu braço?’ - Poderíamos completar a primeira descrição deste modo: ‘E veja! meu braço se levanta quando dá 5 horas’. E este ‘veja’ é exatamente o que fica suprimido aqui. Não digo: ‘Veja, meu braço se levanta!’ quando eu o levanto”; “Poder-se-ia dizer, portanto: o movimento voluntário é caracterizado pela ausência de admiração. E não quero que me perguntem: ‘Mas *por que* é que aqui não se tem admiração?’”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 217) (Grifo do autor)

<sup>732</sup> GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Tradução de Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 382.

<sup>733</sup> Para Georg Henrik von Wright, o termo ação é “nombre común de actos y abstenciones. Actos e abstenciones, poderíamos decir, son dos *modos de acción*”. (von Wright, Georg Henrik. *Norma y acción: una investigación lógica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1970, p. 66)

de agir que é inerente a este último<sup>734</sup>. Esta envolve a noção de poder agir, que é saber como fazer, é dominar uma técnica determinada, e se verifica por sua prática na vida cotidiana<sup>735</sup>.

Imprescindível, ainda, para que o movimento corporal ou sua ausência seja voluntário, a capacidade do ser humano de coordenar os movimentos corporais por sentido, por uma regra, com liberdade.

A omissão penalmente relevante requer, pois, que, em uma situação determinada, o ser humano não tenha agido conforme o sentido esperado traçado pelo tipo de ação, apresentando possibilidade para tanto (capacidade de coordenar os movimentos corporais segundo uma regra, de autodeterminar-se pela razão, bem como habilidades e capacidade física<sup>736</sup> para seguir esta regra).

### 3.5.3 Liberdade *versus* causalidade

Ludwig Wittgenstein diferencia causa de razão<sup>737</sup>. A pergunta “que mecanismo levou o ser humano de x para y?” refere-se à causa, que é determinada pela evidência e pode se estender indefinidamente enquanto integrante de uma

---

<sup>734</sup> “Abstenerse no es lo mismo que no hacer *simpliciter*. (...) Un agente, en una ocasión dada, se abstiene de hacer una determinada cosa si, y sólo si, *puede hacer* esta cosa, pero de hecho *no lo hace*”. (von Wright, Georg Henrik. *Norma y acción: una investigación lógica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1970, p. 62) (Grifo do autor)

<sup>735</sup> “El mero hecho de que por determinados movimientos fortuitos de mis manos y dedos consiga abrir una puerta con un complicado mecanismo de cerradura no me autoriza decir que *puedo* abrir una puerta con este tipo de cerradura. Pero si normalmente, es decir, en la mayoría de las ocasiones en que me pongo a ello consigo abrir la puerta sin probar demasiado, entonces puede decirse que soy capaz de hacer este tipo de cosa. Entonces *sé como* hacerlo. Domino también una técnica determinada”. (von Wright, Georg Henrik. *Norma y acción: una investigación lógica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1970, p. 66)

<sup>736</sup> Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach sustenta que falta imputação da culpabilidade na omissão “cuando a la persona por impedimentos externos no culpables o por falta de la fuerza física necesaria le hubiese sido imposible el hacer ordenado”. (FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Traducción al castellano de la 14 ed. alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 88) Para Gustav Radbruch, a possibilidade física de agir é um elemento da omissão (Cf. item 2.3). Segundo Armin Kaufmann, a possibilidade física da ação é requisito da capacidade de ação (Cf. item 2.4). Eduardo Novoa Monreal afirma que a omissão envolve a possibilidade de realizar um ou vários movimentos, o que requer uma capacidade ou aptidão do ser humano para realizar referidos movimentos: “la omisión es ausencia de un movimiento determinado *de parte de quien puede realizarlo*”. (NOVOA MONREAL, Eduardo. *Fundamentos de los delitos de omisión*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1984, p. 70-71)

<sup>737</sup> Cf. GLOCK, Hans-Johann. *Diccionario Wittgenstein*. Tradução de Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 71-72.

cadeia causal. A razão, por sua vez, liga-se à pergunta “que trajeto o ser humano percorreu de x para y?”, envolve a ideia de justificação<sup>738</sup> e possui um término<sup>739</sup>.

Seguir uma regra refere-se a uma razão, a uma justificação<sup>740</sup>, bem como é a razão que permite a explicação do comportamento intencional<sup>741</sup>. Liberdade e razão estão, pois, em íntima relação: somente podendo o ser humano agir de outro modo, autodeterminar-se pela razão, em uma situação determinada é que se pode afirmar que nela ele seguiu uma regra.

Na concepção significativa da ação, a liberdade ocupa o lugar da causalidade como ponto central da estrutura conceitual do sistema penal<sup>742</sup>.

O seguimento de regras implica *captação de sentido* e, por conseguinte, determinação conforme a sentido, não determinação causal. As regras são muito distintas das leis da natureza: pois uma regra pode seguir-se corretamente ou resultar infringida enquanto que uma lei da natureza deixa de ser tal se os fatos não se adaptam a ela. A pergunta acerca de como posso seguir uma regra não é uma pergunta pelas causas, sim pelas razões que guiam minha conduta e pressupõe que posso me determinar por elas -

<sup>738</sup> “Pergunte-se: Em que oportunidade, com que finalidade, dizemos isso? Que modos de agir acompanham estas palavras? (Pense na saudação!) Em que cenas são usadas; e para quê?”; “Como sei que este *curso de pensamento* me conduziu a esta ação? - Bem, trata-se de uma imagem determinada: por exemplo, numa investigação experimental, ser conduzido por cálculo para um outro experimento. Parece que é *assim* - e agora eu poderia descrever um exemplo”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 185)

<sup>739</sup> “A justificação pela experiência tem um fim. Se não tivesse fim, não seria justificação”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 184)

<sup>740</sup> “‘Como posso seguir uma regra’ - se esta não é uma pergunta pelas causas, então é uma pergunta para justificar *minha maneira de agir* de acordo com a regra. Se esgotei as justificativas, cheguei então à rocha dura, e minha pá se entorta. Estou inclinado a dizer então: ‘É assim mesmo que ajo’. (Lembre-se de que às vezes exigimos explicações não por causa de seu conteúdo mas por causa da forma da explicação. Nossa exigência é uma exigência arquetônica; a explicação é uma espécie de moldura fictícia sem conteúdo)”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 118) (Grifos do autor)

<sup>741</sup> Ludwig Wittgenstein sustenta que “o comportamento intencional explica-se teleologicamente, por referência às razões de um agente (crenças, intenções, vontades). Distinguindo-se das causas eficientes, as razões não compelem a ação: se o agente não pudesse fazer outra coisa, não estaria agindo intencionalmente”. (GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Tradução de Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 72)

<sup>742</sup> Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 344; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *A concepção significativa da ação y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 23; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte General. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 55.

isto é, pressupõe a liberdade de ação que realizo ao falar<sup>743</sup>.

Seguir uma regra implica certa indeterminação causal dos movimentos corporais, de forma a permitir que o ser humano os coordene por razões, por sentido. Deve ele ser capaz de autodeterminar-se por razão<sup>744</sup>, gozar de liberdade.

### 3.6 Individualização da omissão penalmente relevante

#### 3.6.1 Etnometodologia

A Etnometodologia<sup>745</sup> é a Ciência dos etnométodos<sup>746</sup>, ou seja, pela Etnometodologia as próprias atividades cotidianas são métodos que as tornam

<sup>743</sup> “El seguimiento de reglas implica *captación del sentido* y, por consiguiente, determinación conforme a sentido, no determinación causal. Las reglas son muy distintas de las leyes de la naturaleza: pues una regla puede seguirse correctamente o resultar infringida mientras que una ley de la naturaleza deja de ser tal si los hechos no se adaptan a ella. La pregunta acerca de cómo puedo seguir una regla no es una pregunta por las causas, sino por las razones que guían mi conducta y presupone que puedo determinarme por ellas - es decir, presupone la libertad de la acción que realizo al hablar.” (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 331)

<sup>744</sup> Immanuel Kant diferencia entendimento de razão. O entendimento é “a capacidade de produzir representações ou a espontaneidade do conhecimento”, é “a faculdade das regras”. (KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 89-90, p. 271)

Desta forma, “caso o entendimento possa ser definido como a faculdade de unificar os fenômenos por meio de regras, a razão é a faculdade de unificar as regras do entendimento por meio de princípios. Portanto, nunca se dirige imediatamente à experiência, nem a nenhum objeto, mas apenas ao entendimento, para conferir à diversidade dos conhecimentos desta faculdade uma unidade *a priori*, mercê de conceitos”. (2003, p. 272)

<sup>745</sup> Sobre a construção de Harold Garfinkel acerca da etnometodologia, cf. GARFINKEL, Harold. *Estudios en etnometodología*. Traducción de Hugo Antonio Pérez Hernáiz. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: UNAM. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades; Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006; COULON, Alain. *Etnometodologia e educação*. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995; GIDDENS, Anthony. *Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo*. Tradução de Cibele Saliba Rizek. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998, p. 283-296; HERITAGE, John C. Etnometodologia. In: GIDDENS, Anthony, TURNER, Jonathan. *Teoria social hoje*. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

<sup>746</sup> Harold Garfinkel explica que “por *etno* queria expressar, de alguma u outra maneira, que los miembros de una sociedad tiene disponibles para su uso ciertos conocimientos que son del sentido común de esa sociedade, conocimientos sobre ‘cualquier cosa’”. (Richard J. Hill y Katheleen Stones Crittendens (editores), *Proceedings of the Purdue Symposium on Ethnometodology*, Institute Monograph Series n. 1, Institute for the Study of Social Change, Purdue University, 1968, p. 8 *apud* PÉREZ HERNÁIZ, Hugo Antonio. Presentación del traductor. In: GARFINKEL, Harold. *Estudios en etnometodología*. Traducción de Hugo Antonio Pérez Hernáiz. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: UNAM. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades; Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. IX.

explicáveis. Os etnométodos envolvem ações e circunstâncias práticas, conhecimento do sentido comum de estruturas sociais, contexto e raciocínio sociológico prático<sup>747</sup>.

Harold Garfinkel, responsável por seu desenvolvimento, define a etnometodologia como “a investigação das propriedades racionais das expressões contextuais e de outras ações práticas como realizações contínuas e contingentes das práticas habilmente organizadas da vida cotidiana”<sup>748</sup>.

A “indiferença etnometodológica”, resultado da aplicação do método fenomenológico de parentetização, coloca entre parênteses as estruturas sociais e centra-se na explicação das ações como uma contínua construção prática dos atores sociais<sup>749</sup>.

Ao refutar a racionalidade científica<sup>750</sup>, a Etnometodologia enfatiza a racionalidade sociológica prática. Esta deve ser vista como dado, caracteriza-se

---

<sup>747</sup> Cf. GARFINKEL, Harold. *Estudios en etnometodología*. Traducción de Hugo Antonio Pérez Hernáiz. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: UNAM. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades; Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 2.

<sup>748</sup> “(...) la investigación de las propiedades racionales de las expresiones contextuales y de otras acciones prácticas como logros continuos y contingentes de las prácticas ingeniosamente organizadas de la vida cotidiana” (GARFINKEL, Harold. *Estudios en etnometodología*. Traducción de Hugo Antonio Pérez Hernáiz. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: UNAM. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades; Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 20) (Tradução livre)

<sup>749</sup> Edmund Husserl, fundador e principal expoente da fenomenologia, desenvolve o método fenomenológico, que abrange a *epoché* (palavra grega para abstenção) ou redução fenomenológico-transcendental. Ela consiste em “tirar de circuito”, “por entre parênteses”, “colocar fora de ação” a “tese geral de orientação natural”. Este método de parentetização coloca entre parênteses, sem análise ou refutação, todas as ciências ligadas ao mundo natural. A redução fenomenológico-transcendental consiste em contemplação desinteressada, em colocar o mundo e as crenças entre parênteses para revelar a essência das coisas, em fazer uma análise rigorosa e pura do fenômeno. (Cf. HUSSERL, Edmund. *Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica*. Introdução geral à fenomenologia pura. Tradução de Márcio Suzuki. Aparecida, SP: Idéias& Letras, 2006, p. 73-82)

<sup>750</sup> Enfático, Harold Garfinkel pontua que “las racionalidades científicas pueden ser empleadas sólo como ideales nos efectivo sen las acciones gobernadas por las presuposiciones de la vida cotidiana. Las racionalidades científicas no constituyen ni características estables ni ideales sancionables de las rutinas diarias, y cualquier intento por estabilizar estas propiedades o por forzar cierta conformidad a ella sen la conducta de los asuntos cotidianos, puede magnificar el carácter sin sentido del ambiente que rodea la conducta de la persona y multiplicarlas características desorganizadas del sistema de interacción”. (GARFINKEL, Harold. *Estudios en etnometodología*. Traducción de Hugo Antonio Pérez Hernáiz. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: UNAM. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades; Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 318)

pela contingência<sup>751</sup> e assenta-se no sentido das atividades da vida cotidiana, em um raciocínio do senso comum<sup>752</sup>.

Todas as ações práticas devem ser analisadas dentro de seus contextos, que permitem que elas sejam devidamente reconhecidas, explicadas. Esta contextualidade da ação exige a aplicação do método documental de interpretação, um método de compreensão e interpretação geral que considera que todas as ações práticas são *accountable*, explicáveis<sup>753</sup>. O método documental de interpretação é fundamental para traçar a história de vida ou história natural dos atores sociais.

Colocando-se contrário ao Mentalismo<sup>754</sup>, Harold Garfinkel apresenta o traço singular do Método documental de interpretação: “o método consiste em tratar a aparência específica como ‘documento’, ‘o que aponta para’, ‘o que está no lugar de’, um padrão base pressuposto”<sup>755</sup>.

---

<sup>751</sup> Assevera Harold Garfinkel que “las racionalidades científicas, de hecho, ocurren como propiedades estables de las acciones y como ideas sancionables, solo en el caso de acciones gobernadas por la actitud de la teorización científica. Por contraste, las acciones gobernadas por las actitudes de la vida cotidiana están marcadas por la ausencia específica de estas racionalidades, como propiedades estables o como ideas sancionables”. (GARFINKEL, Harold. *Estudios en etnometodología*. Traducción de Hugo Antonio Pérez Hernáiz. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: UNAM. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades; Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 303-304)

<sup>752</sup> “Para los miembros involucrados en razonamiento sociológico práctico la principal preocupación es lo que debe decidir ‘para propósitos prácticos’, ‘a la luz de esta situación’, ‘dada la naturaliza de las circunstancias concretas’, y otras cosas similares”. (GARFINKEL, Harold. *Estudios en etnometodología*. Traducción de Hugo Antonio Pérez Hernáiz. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: UNAM. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades; Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 15-16)

<sup>753</sup> “Los estudios etnometodológicos analizan las actividades cotidianas como métodos que sus miembros usan para hacer que esas actividades sean racionalmente-visibles-y-reportables-para-todos-los-efectos-prácticos, es decir, “explicables” (*accountable*), como organizaciones de actividades cotidianas corrientes”. (GARFINKEL, Harold. *Estudios en etnometodología*. Traducción de Hugo Antonio Pérez Hernáiz. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: UNAM. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades; Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 1-2)

<sup>754</sup> “Vou exercitar uma preferência de teórico e afirmar que os eventos significativos são inteira e exclusivamente eventos no ambiente comportamental de uma pessoa ... Daí não haver razão alguma para se olhar debaixo do crânio, já que nada de interessante pode ser encontrado ali exceto o cérebro. A ‘pele’ da pessoa será deixada intacta. Ao contrário, as questões serão confinadas às operações que podem ser executadas sobre eventos que são ‘cênicos’ para a pessoa”. (GARFINKEL, Harold. A conception of and experiments with, “trust” as a condition of stable concerted actions. In: HARVEY, O. J. (Org.). *Motivation and social interaction*. New York: Ronald Press, 1963, p. 190 *apud* HERITAGE, John C. *Etnometodologia*. In: GIDDENS, Anthony, TURNER, Jonathan. *Teoria social hoje*. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Editora UNESP, 1999, p. 334)

<sup>755</sup> “El método consiste en tratar a la apariencia concreta como ‘el documento de’, ‘aquello que apunta a’, ‘lo que está en lugar de’, un patrón base presupuesto”. (GARFINKEL, Harold. *Estudios en etnometodología*. Traducción de Hugo Antonio Pérez Hernáiz. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: UNAM. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades; Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 93)

### 3.6.2 Forma de vida e contexto

Como significado social pautado na linguagem comum, a omissão penalmente relevante requer o reconhecimento da forma de vida dos envolvidos na interação social<sup>756</sup>. É a forma de vida por eles compartilhada que permite o alcance do significado de suas ações, que lhes confere “uma capacidade *natural* para formular e capacitar códigos pré-linguísticos, mediante os quais *expressam* e *atribuem* as atitudes intencionais das que dependem o significado”<sup>757</sup>. (Grifos do autor)

Forma de vida é “uma formação cultural ou social, a totalidade das atividades comunitárias em que estão imersos os nossos jogos de linguagem”<sup>758</sup>. Ela requer que o ser humano seja visto como: *a) homo socialis*, em contínua interação social; *b) homo culturalis*, imerso em um sistema de símbolos culturais (linguagem, valores, crenças e normas)<sup>759</sup>.

O contexto da omissão deve ser impresso pela forma de vida. Desta

<sup>756</sup> Para Ludwig Wittgenstein, “representar uma linguagem equivale a representar uma forma de vida”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 23)

<sup>757</sup> “(...) una capacidad *natural* para formular y captar códigos prelingüísticos, mediante los cual es *expresany atribuyen* las actitudes intencionales de las que depende el significado”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 228) (Tradução livre)

Para Ludwig Wittgenstein, “os homens estão concordes na *linguagem*. Isto não é uma concordância de opiniões mas da forma de vida”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 123)

<sup>758</sup> GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Tradução de Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 174.

<sup>759</sup> O ser humano é um ser complexo, multidimensional, uma unidade antropológica que deve ser entendida em sua diversidade de dimensões. Só pode ser compreendido por meio de uma visão de globalidade, na qual os componentes do todo “são inseparáveis e existe um tecido interdependente, interativo e interretroativo entre as partes e o todo, o todo e as partes”. (MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. 18 ed. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 14)

Ao mesmo tempo, o ser humano é *homo somaticus* (dimensão corpórea), *homo vivens* (vida humana), *homo sapiens* (conhecer sensitivo e intelectual), *homo volens* (vontade, liberdade e amor), *homo loquens* (linguagem), *homo socialis* (dimensão social e política), *homo culturalis* (cultura), *homo ludens* (jogo e divertimento), *homo faber* (trabalho) e *homo religiosus* (religião).

maneira, não considera uma omissão isolada, mas o acontecimento global<sup>760</sup>, e constitui-se pelas capacidades do ser humano, por toda história do acontecimento e pelo contexto social<sup>761</sup>.

### 3.6.3 Identificação da omissão penalmente relevante

A identificação da omissão penalmente relevante deve se ater ao sentido das palavras contidas no tipo de ação e ao sentido social da conduta.

Quanto ao sentido das palavras contidas no tipo de ação, deve ele ser alcançado com base na semântica do uso, considerar a justificação da criminalização e a pretensão de validade da norma penal<sup>762</sup>. A regra a ser seguida pelo ser humano, o sentido esperado para evitar lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico-penal é assim delineado.

Quanto ao sentido social da conduta, também pautado na semântica do uso, o ser humano deve ser concretamente considerado em sua forma de vida e em suas interações sociais e a conduta deve ser analisada globalmente em seu contexto social.

O ser humano deve ser capaz de autodeterminar-se pela razão e possuir a capacidade de coordenar seus movimentos corporais mediante sentido, capacidade esta que deve ser verificada considerando seu estoque de

---

<sup>760</sup> “Se me envergonho do incidente, envergonho-me de tudo: das palavras, do tom venenoso etc.”; “Não me envergonho do que fiz naquela ocasião, mas da intenção que tive”. - E a intenção não se achava *também* naquilo que eu fazia? O que é que justifica a vergonha? Toda a história do incidente”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 221)

<sup>761</sup> Cf. GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Tradução de Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 178.

Esclarece Hans-Johann Glock que contexto social é “a existência de certos jogos de linguagem na comunidade linguística do sujeito”.

<sup>762</sup> “Las normas jurídicas son defendidas, atacadas e interpretadas, en los distintos lugares institucionales en que se produce su aprobación, interpretación o aplicación, como si de máximas éticas se tratase; es decir, que la discusión gira en torno a una pretensión - la de que la comunidad puede racionalmente querer adoptar la regla como ley universal y que, conforme a esa pretensión, há de entenderse y aplicarse la norma -”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 412)

conhecimento<sup>763</sup> de regras a serem seguidas, obtido em sua forma de vida e por meio das interações sociais cotidianas por ele desenvolvidas. Também deve o ser humano possuir habilidades e capacidade física de agir conforme o sentido determinado para seus movimentos corporais.

Com seu estoque de conhecimento, o ser humano deve ser capaz de, em uma perspectiva *ex ante*, verificar uma situação de perigo ao bem jurídico-penal e determinar sua conduta conforme o sentido esperado traçado pelas palavras do tipo de ação.

Cada um destes pontos deve ser analisado sob o crivo da indiferença etnometodológica, impedindo uma situação de projeção<sup>764</sup> por parte de quem executa a análise ou a influência midiática<sup>765</sup>.

Somente assim será obtida uma aparência de ação<sup>766</sup>, será identificada uma regra seguida pelo ser humano em sua interação social de não evitar uma lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico-penal.

A omissão será penalmente relevante apenas se a regra seguida concretamente pelo ser humano for a regra determinada pelo tipo de ação, se o sentido social da conduta for o sentido expressado pelas palavras do tipo de ação<sup>767</sup> e não houver incidência de regras contidas em tipo permissivo.

---

<sup>763</sup> Anthony Giddens denomina consciência prática este estoque de conhecimento. Para ele, a consciência prática constitui-se do conhecimento de regras e táticas que integram a vida social diária no fluxo contínuo no tempo e no espaço e reúne o que “os atores sabem (crêem) acerca das condições sociais, incluindo especialmente as de sua própria ação”. (GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. 3 ed. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 440)

<sup>764</sup> “No sentido propriamente psicanalítico, operação pela qual o sujeito expulsa de si e localiza no outro - pessoa ou coisa - qualidades, sentimentos, desejos e mesmo ‘objetos’ que ele desconhece ou recusa nele”. (LAPLANCHE, Jean, PONTALIS, Jean-Bertrand Lefebvre. *Vocabulário da psicanálise*. 4 ed. Tradução de Pedro Tamen. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 374)

<sup>765</sup> Perspicaz, a mídia, entendida como a diversidade de meios de comunicação existentes, toma as rédeas de um dos grandes poderes da sociedade contemporânea: a informação. Como assevera Antoine Garapon, “a mídia constitui mais do que um contrapoder e até mesmo um poder. Seu registro é o da autoridade compreendida como o poder de representar a realidade”. (GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: O guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 104-105)

<sup>766</sup> “Ao invés de indicar algo que seja comum a tudo o que chamamos de linguagem, digo que não há uma coisa sequer que seja comum a estas manifestações, motivo pelo qual empregamos a mesma palavra para todas, - mas são *aparentadas* entre si de muitas maneiras diferentes. Por causa deste parentesco, ou destes parentescos, chamamos a todas de ‘linguagens’”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012, p. 51)

<sup>767</sup> Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 224-231, p. 289-291.

## 4 CLASSIFICAÇÃO DA OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE

### 4.1 Espécies de omissão penalmente relevante

O primeiro a empreender uma classificação da omissão penalmente relevante foi Heinrich Luden, ao diferenciar delitos de omissão em sentido próprio (*Unterlassungsdelikte im eigentlichen Sinne*), no qual se viola um mandamento, um dever baseado na lei, e delitos que se cometem por ações omissivas (*Verbrechen welche durch Unterlassungshandlungen begangen werden*), que possui a direção de outro delito, lesa direito subjetivo de terceiro<sup>768</sup>.

A partir daí, vários critérios foram sendo desenvolvidos para pontuar a diferença entre omissão própria, omissão pura ou omissão simples e omissão imprópria, omissão impura, omissão qualificada, comissão por omissão ou comissão modificada<sup>769</sup>:

- 1) a infração de mandados ou proibições; 2) a tipificação legal expressa ou não; 3) a infração de deveres de atividade ou deveres de evitar o resultado; 4) o paralelismo com delitos de mera atividade ou delitos de resultado; 5) a ostentação por um sujeito de uma posição de garante ou não, e 6) a equivalência com a comissão ou não<sup>770</sup>.

<sup>768</sup> Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 392-393; LEITE, André Lamas. *As <<posições de garantia>> na omissão impura*. Em especial, a questão da determinabilidade penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 47-48; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. 7 ed. 3 reimpression corregida. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 312-313.

<sup>769</sup> Não existe unanimidade na adoção destas denominações. Tradicionalmente, omissão própria e omissão imprópria são as que prevalecem. Usualmente, no Brasil, utiliza-se omissão imprópria ou comissão por omissão; na Espanha, prefere-se comissão por omissão, mas também se emprega omissão imprópria; na Alemanha, são manejadas as denominações omissão própria e omissão imprópria. (Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. 7 ed. 3 reimpression corregida. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 312; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 270; ROMEO CASABONA, Carlos Maria. Limites de los delitos de comisión por omisión. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo, Ano 2, n. 7, p. 28-42, jul./set. de 1994; BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. *Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do código penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 23)

<sup>770</sup> "(...) 1) la infracción de mandatos o prohibiciones; 2) la tipificación legal expresa o no; 3) la infracción de deberes de actividad o deberes de evitación del resultado; 4) el paralelismo com los delitos de mera actividad o los delitos de resultado; 5) ostentación por el sujeto de una posición de garante o no, y 6) la equivalência con la comisión o no". (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 400) (Tradução livre)

Pelo critério normológico, a omissão própria viola norma penal incriminadora mandamental e a omissão imprópria, norma penal incriminadora proibitiva. O critério formal, positivista ou tipológico diferencia omissão própria e omissão imprópria pela expressa previsão legal, que ocorre na primeira e está ausente na segunda, que requer vinculação a um tipo comissivo. No critério teórico-normativo ou tradicional, que se assenta no resultado, a diferença entre omissão própria e omissão imprópria está em que a primeira refere-se a crimes de mera conduta e requer apenas o dever de agir; a segunda, a crimes de resultado e exige o dever de agir para evitar o resultado. Pelo critério do sujeito, na omissão própria não há individualização dos sujeitos e a omissão imprópria somente pode ser efetivada por quem está na posição de garante. Por último, as omissões impróprias são aquelas omissões equiparáveis à comissão, o que não ocorre com a omissão própria<sup>771</sup>.

Hans Welzel e Francisco Muñoz Conde apresentam uma classificação tripartida dos crimes omissivos, tendo o critério tipológico de diferenciação da omissão como base<sup>772</sup>. Os crimes de omissão pura ou própria exigem um dever de agir e são crimes de mera conduta. Os crimes de omissão pura e resultado tratam tanto da ação que produz um resultado como da omissão de evitar o

---

<sup>771</sup> Sobre estes critérios, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 389 e ss.; LEITE, André Lamas. *As <<posições de garantia>> na omissão impura*. Em especial, a questão da determinabilidade penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 49 e ss.; TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 306 e ss; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, arts. 1º a 120. v. 1. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 356-357; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión). *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo, Ano 11, n. 44, p. 34-62, jul./set. de 2003, p. 34-42.

<sup>772</sup> Cf. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11 ed. e 4 ed. castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 239-240; MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8 ed. revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 239-240.

resultado<sup>773</sup>. Os crimes de omissão imprópria ou de comissão por omissão exigem o dever de agir para evitar o resultado e não estão previstos expressamente no tipo penal.

Apresenta Gonzalo Rodriguez Mourullo uma classificação tripartida dos crimes omissivos semelhante à efetuada por Hans Welzel e Francisco Muñoz Conde: crimes de pura omissão, crimes de omissão e resultado e crimes de comissão por omissão. No entanto, os crimes de comissão por omissão podem ou não estar previstos expressamente no tipo penal<sup>774</sup>.

Uma classificação tripartida é igualmente defendida por Jesús María Silva Sánchez<sup>775</sup>. Como categoria intermediária entre os crimes omissivos próprios e os crimes comissivos por omissão estão os crimes de omissão qualificada, agravada ou crimes de omissão de garante. São eles formas qualificadas das omissões puras, não há identidade com a comissão ativa e referem-se a “deveres qualificados de solidariedade por parte de sujeitos especialmente obrigados”<sup>776</sup>. Enquanto os crimes

---

<sup>773</sup> Francisco Muñoz Conde cita como exemplo o Art. 305 (1. El que por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de quince millones de pesetas, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía) e 432 (1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años), ambos do Código Penal espanhol. (Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8 ed. revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 240; *Código Penal espanhol*. Disponível em: <<http://www.juareztares.com/textos/codigospanhol.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2013)

<sup>774</sup> Cf. RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *La omision de socorro en el código penal*. Madrid: Editorial Tecnos, 1966, p. 77-78.

Para ele, enquanto o crime de omissão e resultado requer uma descrição expressa da omissão no tipo penal e não pode ser praticado por um fazer positivo, o crime comissivo por omissão pode ou não possuir uma regulação expressa no tipo penal e pode ser praticado por uma ação ou omissão. Desta forma, “parece conveniente superar la dicotomía tradicional - delitos de pura omisión o propios delitos de omisión e improprios delitos de omisión o de comisión por omisión - y manejar la clasificación tripartida”. (1966, p. 77)

<sup>775</sup> Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 467-480.

<sup>776</sup> “(...) deberes qualificados de solidariedad por parte de sujetos especialmente obligados”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 477) (Tradução livre)

Como exemplo, Jesús María Silva Sánchez cita “las omisiones de socorro en el matrimonio, en la familia o en la función pública, cuando el miembro de la correspondiente institución no há extendido su propia esfera de organización a los riesgos concretos de que se trate y que ponen en peligro la esfera jurídica del cónyuge, de padres o hijos, parientes, etc”.

de omissão simples ligam-se a deveres de solidariedade mínima, os crimes de omissão qualificada são afeitos a deveres derivados de instituições concretas e os crimes comissivos por omissão, que abrange as omissões idênticas à comissão ativa, estruturam-se pela responsabilidade por organização.

Sustenta Enrique Gimbernat Ordeig uma classificação tripartida eclética, na qual a omissão penalmente relevante pode ser omissão própria, sempre tipificada e com o omitente podendo ser qualquer pessoa, e omissão imprópria em sentido amplo, que remete à posição de garante. Esta divide-se em omissão imprópria em sentido estrito, que corresponde à comissão por omissão, e omissão imprópria expressamente tipificada, na qual o legislador fez constar expressamente suas características. Enquanto a omissão própria e a omissão imprópria expressamente tipificada são pertinentes à Parte Especial do Código Penal, a omissão imprópria em sentido estrito é objeto da Parte Geral<sup>777</sup>.

Luis Gracia Martín apresenta uma classificação tetrapartida da omissão penalmente relevante<sup>778</sup>. A comissão por omissão adequa-se diretamente aos tipos penais por possuir uma identidade normativa com a ação e requer que o ser humano, de forma livre e voluntária, tenha o domínio social<sup>779</sup> da situação de perigo ao bem jurídico-penal, ou seja, com sua capacidade de ação assuma, por um ato

---

<sup>777</sup> Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión). *Revista Brasileira de Ciências Criminales*. São Paulo, Ano 11, n. 44, p. 34-62, jul./set. de 2003, p. 53-58.

<sup>778</sup> Cf. GRACIA MARTIN, Luis. La comision por omision en el derecho penal español. *Actualidad Penal*. Madrid, La Ley-Actualidad, n. 38, p. 683-715, 22 octubre 1995, p. 713-715.

<sup>779</sup> Entende Luis Gracia Martín como domínio social “el conjunto de condiciones, acotadas por el tipo de lo injusto, que fundamentan una relación específica de dependência del bien jurídico con respecto a un sujeto o a una clase de sujetos y que son determinantes de la posibilidad de actualización del domínio finalista del hecho típico”. (GRACIA MARTIN, Luis. La comision por omision en el derecho penal español. *Actualidad Penal*. Madrid, La Ley-Actualidad, n. 38, p. 683-715, 22 octubre 1995, p. 701)

peçoal, o domínio da causa fundamental do resultado<sup>780</sup>. A omissão de garante genérico<sup>781</sup> referida ao resultado alcança os seres humanos que possuem a capacidade de ação de domínio da causa fundamental do resultado, mas não assume efetivamente o domínio pessoal sobre a situação de perigo, e, por não apresentar identidade normativa com a ação, deve constar expressamente em tipo penal. Na omissão pura de garante, o ser humano não possui capacidade de ação de domínio da causa fundamental do resultado, devendo ela constar em tipo de omissão pura agravado. A omissão pura, por sua vez, fundamenta-se em deveres gerais de solidariedade, não requer relação pessoal entre o ser humano e o bem jurídico e deve estar expressa em tipos penais.

#### 4.2 Critério de diferenciação: especial vinculação com a proteção do bem jurídico-penal

Os critérios normológico, teórico-normativo e tipológico receberam contrapontos decisivos que enfraqueceram sua utilização para a diferenciação entre omissão própria e omissão imprópria.

O critério normológico perdeu força diante da constatação da interação entre proibição e mandado na norma penal incriminadora<sup>782</sup>.

---

<sup>780</sup> Luis Gracia Martín referia-se a esta configuração como posição específica de garantia do tipo de comissão por omissão. (Cf. GRACIA MARTIN, Luis. La comisión por omisión en el derecho penal español. *Actualidad Penal*. Madrid, La Ley-Actualidad, n. 38, p. 683-715, 22 octubre 1995, p. 702)

No entanto, posteriormente, afirma que “la posición de garante no desempeña ya ningún papel en el fundamento por el que una omisión alcanza la categoría de la comisión por omisión. (...) Ahora bien, si la posición de garante no desempeña ningún papel en la constitución de una omisión en comisión por omisión, entonces la razón habrá que encontrarla en otro lugar. Y este lugar no puede ser otro que el de la *omisión* misma en cuanto *conducta*. Son, entonces, las características de la propia *omisión*, y en absoluto la posición de garante en cuanto característica de *autor*, lo que determina que una omisión que una omisión alcance la categoría de la comisión por omisión. (...) Y, como resulta que las acciones que tengan las características necesarias para que su omisión constituya comisión por omisión, no constituyen en modo un monopolio de los garantes, sino que se trata de acciones que puede realizar cualquiera, con tal que tenga - simplemente - capacidad de realización, de ahí que la posición de garante no pueda ser en absoluto un elemento *constitutivo* y *fundamentador* de lo injusto de la auténtica comisión por omisión”. (GRACIA MARTIN, Luis. Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante). In: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, p. 481-482)

<sup>781</sup> A posição de garantia genérica ocorre quando “al sujeto le falte la capacidad específica de la acción de dominio sobre la causa fundamental del resultado o cuando aun teniendo esta capacidad no haya realizado el acto de asunción personal efectiva del dominio”. (GRACIA MARTIN, Luis. La comisión por omisión en el derecho penal español. *Actualidad Penal*. Madrid, La Ley-Actualidad, n. 38, p. 683-715, 22 octubre 1995, p. 714)

<sup>782</sup> Cf. item 3.4.3.

Quanto ao critério teórico-normativo, o resultado não está adstrito somente aos crimes de resultado, mas presente igualmente nos crimes de mera conduta. Nestes, o resultado é inerente à própria ação, produz-se simultaneamente com ela<sup>783</sup>. Desta forma, tanto na omissão própria quanto na omissão imprópria existe um dever de agir para evitar o resultado.

Omissão própria e omissão imprópria não podem ser diferenciadas, como determina o critério tipológico, por ser somente a primeira expressamente tipificada<sup>784</sup>.

Santiago Mir Puig reserva a terminologia omissão própria para a omissão prevista pela lei, que abrange a omissão pura, crime de mera atividade, e a comissão por omissão, crime de resultado<sup>785</sup>, e a terminologia omissão imprópria para a omissão não expressamente prevista pela lei, que se refere somente à comissão por omissão<sup>786</sup>.

O critério tipológico também é descartado por Jesús María Silva Sánchez. Primeiramente, ele coloca nas mãos do legislador o poder de definir omissão própria

---

<sup>783</sup> Para Enrique Gimbernat Ordeig, “la distinción entre delitos de resultado y delitos de actividad, tal como a entiende la doctrina dominante, há de ser rechazada. Todos los delitos tienen como objeto la protección de un bien jurídico, por lo que es imposible que sin una modificación de un bien jurídico, por lo que es imposible que sin una modificación en el mundo exterior (sin un resultado) dicho bien pueda ser amenazado (delito de peligro) o lesionado (delito de lesión)”. (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Ano 11, n. 44, p. 34-62, jul./set. de 2003, p. 41)

<sup>784</sup> “Y es que nuestra concepción hace a los delitos de omisión impropia delitos *sui generis*, situándolos *junto* a los tipos comisivos, y vinculados con ellos unicamente por la referencia al mismo bien jurídico y por la misma conminación penal. (...) el delito de omisión impropia *no* realiza el tipo del delito comisivo, sino que, en cuanto a tipo, injusto y culpabilidad, discurre por vías propias, no tipificadas legalmente”. (KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción de la segunda edición alemana (Gotinga, 1980) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 287)

<sup>785</sup> É o caso do Art. 382, 2º, do Código Penal espanhol (Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a ocho meses el que origine un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas: (...) 2º. No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo). (*Código Penal espanhol*. Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/codigospanhol.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2013)

<sup>786</sup> Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. 7 ed. 3 reimpressão corregida. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 312-313.

e omissão imprópria<sup>787</sup>. Em segundo lugar, não pode haver responsabilidade por omissão penalmente relevante sem realização de tipificação expressa<sup>788</sup>.

Para Luis Gracia Martin, as omissões impróprias, por si mesmas, realizam os tipos penais são comportamentos diretamente subsumíveis a eles, desde que sejam “portadoras de um conteúdo de injusto *idêntico* ao da ação típica”<sup>789</sup>, ou seja, que o ser humano possua o domínio social da situação de perigo ao bem jurídico-penal.

Igualmente para Tomás Salvador Vives Antón, a omissão imprópria possui tipificação expressa. A ação é um sentido de um substrato, que pode ser extraído seja de um movimento corporal seja da ausência dele. O sentido de uma omissão imprópria, mesmo tendo um substrato naturalmente omissivo, é o sentido de uma ação, que se subsume ao tipo de ação, mesmo que este esteja enunciado de forma comissiva.

(...) ao analisar os problemas dogmáticos da comissão por omissão, foi pontuado que, se desde a perspectiva do substrato conductual cabe falar de omissão, desde o ponto de vista do sentido, que é o determinante, estamos diante de *uma ação positiva mais*, subsumível, portanto, diretamente nos tipos de ação da Parte Especial<sup>790</sup>.

<sup>787</sup> Nas palavras de Jesús María Silva Sánchez, “en efecto, dado tal carácter, un delito de omisión puede pasar de impropio a propio por un mero cambio legislativo”. (SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 406)

<sup>788</sup> Argumenta Jesús María Silva Sánchez que “no es posible hablar de tipificaciones no expresas y, en cualquier caso, afirmar que no se hallan tipificadas implica estimar que en su punición inciden consideraciones de analogía contra reo, lo que no resulta admisible”. (SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 405)

<sup>789</sup> “(...) portadoras de un contenido de injusto *idêntico* al de la acción típica”. (GRACIA MARTIN, Luis. La comisión por omisión en el derecho penal español. *Actualidad Penal*. Madrid, La Ley-Actualidad, n. 38, p. 683-715, 22 octubre 1995, p. 695) (Tradução livre)

Segundo Luis Gracia Martin, “varias constelaciones de casos que sean distintas en sus elementos naturalísticos serán, sin embargo, *idênticas en valor* si todas ellas tienen de común, al menos, los elementos esenciales sobre los que recae una y la misma valoración, es decir: el juicio de específica relevância penal, que se expresa en la tipicidad”.

<sup>790</sup> “(...) al analizar los problemas dogmáticos de la comisión por omisión se há puesto de manifiesto que, si bien desde la perspectiva del sustrato conductual caba hablar de omisión, desde el punto de vista del sentido, que es el determinante, nos hallamos ante *una acción positiva más*, subsumible, por tanto, diretamente en los tipos de acción de la Parte Especial”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 609) (Tradução livre)

O critério que possibilita a diferenciação entre omissão própria e omissão imprópria é o critério do sujeito, da presença ou não na interação social de um ser humano em posição de garante<sup>791</sup>.

Na omissão imprópria, a característica essencial é a posição de garante, a especial vinculação com a proteção de bem jurídico-penal estabelecida pelo ser humano em uma interação social.

A posição de garante pode estar ou não descrita no tipo de ação<sup>792</sup>.

No primeiro caso, a posição de garante está textualmente presente no tipo de ação e integra o contexto do substrato conductual. É o caso, por exemplo, dos crimes de abandono de incapaz (CP, Art. 133)<sup>793</sup>, de abandono material

---

<sup>791</sup> A posição de garante tem origem na teoria de Nagler. Para este autor, “hay omisiones que son <<absolutamente autónomas>>, que representan <<meramente manifestaciones del delito comisivo fundamentado sustancialmente por una prohibición determinada>>. Por otra parte, también para Nagler es evidente que <<no todo omitir equivale a la actividad>>, sino que <<ha de existir una relación de deber especial>>, en virtud de la cual el obligado se convierte <<en instancia de protección para el valor jurídico protegido, en el contexto social>>. Según ello, <<al obligado a evitar el resultado>> há de cualificársele como <<garante jurídico de la intangibilidad del valor protegido>>”. (KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción de la segunda edición alemana (Gotinga, 1980) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 258)

<sup>792</sup> Adverte-se que, com base na semântica do uso, todas as omissões penalmente relevantes estão devidamente tipificadas, uma vez que se pautam no significado social. Existe, portanto, uma diferença entre estar tipificada e estar descrita.

<sup>793</sup> “Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de seis meses a três anos. §1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de um a cinco anos. §2º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de quatro a doze anos. §3º - As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço: I - se o abandono ocorre em lugar ermo; II - se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima. III - se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos”. (BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal, com redação da parte geral dada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2013)

(CP, Art. 244)<sup>794</sup> e de abandono intelectual (CP, Art. 246)<sup>795</sup>.

Já no segundo caso, o tipo de ação é enunciado de forma exclusivamente comissiva e a posição de garante no contexto social no qual o substrato conductual naturalmente omissivo está inserido faz com que ele possua um sentido de ação<sup>796</sup>. Esta posição de garante é a responsável pela identidade da omissão com a ação, podendo-se, desta forma, denominar esta omissão de comissão por omissão. Seu exemplo clássico é o da mãe que deixa de amamentar o filho menor, vindo este a falecer.

Os crimes omissivos impróprios são, portanto, crimes especiais. Os crimes omissivos próprios também o podem ser, desde que exijam, para sua prática, autores devidamente caracterizados ou deveres diversos dos deveres de garante<sup>797</sup>.

---

<sup>794</sup> “Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada”. (BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal, com redação da parte geral dada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2013)

<sup>795</sup> “Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa”. (BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal, com redação da parte geral dada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2013)

<sup>796</sup> Não se considera aqui, como o faz Nagler, que a posição de garante é um elemento adicional do tipo e sim que é integrante do contexto social no qual o substrato natural omissivo se integra e que possibilita o alcance de seu sentido como ação. Para Nagler, a posição de garante “significa <<no tanto una extensión del tipo como una corrección de éste por vía de interpretación extensiva, teleológica, de su tenor literal>>. Del mismo modo que en los supuestos en que ya la ley penal equipara expresamente en el tipo el omitir impedir el resultado a la comisión, se menciona expresamente la <<especial relación de deber>> del <<garante>>, en todos los demás supuestos la posición de garante se convierte en <<elemento implícito del tipo>>”. (KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción de la segunda edición alemana (Gotinga, 1980) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 259)

<sup>797</sup> Hans Welzel nega a possibilidade de coautoria e participação na omissão penalmente relevante. (Cf. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11 ed. e 4 ed. castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 244-245, p. 263) Nilo batista também entende o mesmo. (Cf. BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 84-94) Claus Roxin não admite a coautoria, o que não ocorre com a autoria mediata em casos específicos e com a participação. (Cf. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 497-567)

É o que ocorre, por exemplo, no crime de prevaricação (CP, Art. 319)<sup>798</sup> e no crime de omissão de dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar (CP, Art. 319-A)<sup>799</sup>.

Tendo como critério de diferenciação a posição de garante, a terminologia mais adequada para a classificação da omissão penalmente relevante é omissão simples e omissão qualificada, abarcando esta a comissão por omissão. No entanto, como as expressões omissão própria e omissão imprópria estão tradicionalmente assentadas na seara jurídica e judiciária, utilizar-se-á indistintamente omissão simples ou omissão própria e omissão qualificada ou omissão imprópria - ressaltando que esta não é sinônima de comissão por omissão, mas a abrange.

#### 4.3 Fundamento da responsabilidade penal pela omissão simples e pela omissão qualificada: o binômio liberdade/responsabilidade

Jesús María Silva Sánchez atribui fundamento, título de imputação de responsabilidade, diferente para a comissão por omissão e para a omissão própria e omissão qualificada. A comissão por omissão tem como fundamento da responsabilidade penal a organização da própria esfera jurídica de liberdade, o que ocorre igualmente com a comissão<sup>800</sup>, e liga-se aos princípios *neminem laedere*, pelo qual todo ser humano deve organizar sua própria esfera jurídica a não causar com ela lesão ou ameaça de lesão a bens jurídico-penais dos demais em interação, e *casum sentit dominus*, segundo o qual lesão ou ameaça de lesão não imputável objetivamente a organização lesiva de terceiro deve ser suportada pelo ser humano<sup>801</sup>. O fundamento da responsabilidade da omissão própria é a

<sup>798</sup> “Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa”. (BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal, com redação da parte geral dada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2013)

<sup>799</sup> “Art. 319-A. Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo: Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano”. (BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal, com redação da parte geral dada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2013)

<sup>800</sup> Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p.472-473.

<sup>801</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 478.

solidariedade<sup>802</sup> mínima interpessoal por pertencer a uma comunidade e o da omissão qualificada é uma solidariedade qualificada por laços institucionais<sup>803</sup>.

Também Günther Jakobs fundamenta a responsabilidade penal pela omissão na esfera de organização e na solidariedade. Nos crimes omissivos semelhantes à comissão, há a responsabilidade por organização, deve-se “ter consideração pelos outros ao configurar seu próprio âmbito de organização”<sup>804</sup>. Já nos crimes omissivos em que há infração de deveres vinculados a instituições, a solidariedade é o fundamento.

Ferrando Mantovani apresenta como fundamento da omissão a solidariedade, que é um dever constitucional previsto no artigo 2º da Constituição

---

<sup>802</sup> Solidariedade é a “assistência recíproca entre os membros de um mesmo grupo (p. ex.: solidariedade familiar, solidariedade humana etc.). Neste sentido, fala-se de *solidarismo* para indicar a doutrina moral e jurídica fundamentada na solidariedade”. (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 6 ed. Tradução da 1 ed. brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução de novos textos por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 1086)

<sup>803</sup> Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 480.

<sup>804</sup> “(...) tener consideración por los otros al configurar el propio ámbito de organización”. (JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. Parte general - fundamentos y teoría de la imputación. 2 ed. corregida. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 949 ) (Tradução livre)

Ressalta Günther Jakobs que este fundamento de responsabilidade “rige en general, cuando alguien, al configurar su vida, da lugar a peligros para otro, o aparta a outro del dominio de peligros ya criados”. (1997, p. 948) Como Günther Jakobs bebe em fonte hegeliana, cabe ressaltar que a liberdade é entendida não em termos individuais, mas em termos universais: “o Estado, como realidade em ato da vontade substancial, realidade que esta adquire na consciência particular de si universalizada, é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever”. (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 217) A vontade concilia, ao mesmo tempo, universalidade, particularidade e individualidade: “a vontade é a unidade destes dois momentos: é a particularidade refletida sobre si e que assim se ergue ao universal, quer dizer, a individualidade. A autodeterminação do Eu consiste em situar-se a si mesmo num estado que é a negação do Eu, pois que determinado o ilimitado, e não deixar de ser ele mesmo, isto é, deixar de estar na sua identidade consigo e na sua universalidade, enfim, em não estar ligado senão a si mesmo na determinação”. (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 16) E o Direito é o reino da liberdade: “o domínio do direito é o espírito em geral; aí, a sua base própria, o seu ponto de partida está na vontade livre, de tal modo que a liberdade constitui a sua substância e o seu destino e que o sistema do direito é o império da liberdade realizada, o mundo do espírito produzido como uma segunda natureza a partir de si mesmo”. (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 12)

italiana<sup>805</sup>. No entanto, na reconstrução que propõe para a obrigação de garantia, utiliza o Princípio da Solidariedade para determinar seus beneficiários, que só podem ser aqueles incapazes de suficiente autotutela, e o Princípio da Liberdade para determinar seus destinatários, que devem ser aqueles que ocupam uma posição jurídica de garantia<sup>806</sup>.

Todos os crimes, para Yván Figueroa Ortega, possuem como fundamento de responsabilidade a solidariedade. É dela que origina a sociedade, é ela “a norma ética básica, o pressuposto essencial de toda norma tanto moral como jurídica”<sup>807</sup>. Assim, inclusive o princípio *neminem laedere* resulta da solidariedade.

Eugenio Raul Zaffaroni, após deixar claro que as normas mandamentais não fomentam a solidariedade<sup>808</sup>, assenta a omissão própria em um dever geral de solidariedade<sup>809</sup>. Jorge de Figueiredo Dias, por sua vez, funda o dever de garante também na solidariedade<sup>810</sup>.

---

<sup>805</sup> “Art. 2. La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”. (ITÁLIA. La costituzione della Repubblica Italiana. Disponível em: <<http://governo.it/Governo/Costituzione/principi.html>>. Acesso em: 05 nov. 2013)

<sup>806</sup> Cf. MANTOVANI, Ferrando. La obligación de garantía reconstruida a luz de los principios de la legalidad, de solidaridad, de libertad y de responsabilidad personal. In: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, p. 486-488.

<sup>807</sup> “(...) la norma ética básica, el presupuesto esencial de toda norma tanto moral como jurídica”. (FIGUEROA ORTEGA, Yván. *Delitos de infracción de deber*. Madrid: Dykinson, 2008, p. 163) (Tradução livre)

Consoante Yván Figueroa Ortega, “la sociedad es la consecuencia de una experiencia de solidaridad entre los seres humanos, de una actitud racional de unión, de apoyo, de adhesión por el logro de objetivos comunes”.

<sup>808</sup> “Si bien puede sostenerse que el predominio de normas enunciadas preceptivamente configurarían un derecho más solidario, esto no es válido para el caso de la ley penal, donde un imaginario predominio de tipos omisivos lesionaría a legalidad estricta y, además, conduciría a una ampliación del poder punitivo por efecto de la selectividad propia del ejercicio de éste”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Estructura básica del derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 125)

<sup>809</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Estructura básica del derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 125, p. 128.

<sup>810</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Parte Geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1 ed. brasileira e 2 ed. portuguesa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 938.

Assevera Jorge de Figueiredo Dias que “será ‘a proximidade existencial do ‘eu’ e do ‘outro’, o princípio dialógico do ‘ser-com-os-outros’ e ‘ser-para-os-outros’, o exercício da virtude cristã da ‘caridade’ e do ‘amor do próximo’ (ou como quer que prefiramos exprimir-nos) que *criam* os deveres e as posições de garantia”.

Todos os seres humanos são dotados de liberdade<sup>811</sup>, com cada um devendo sempre orientar sua conduta de forma a conformar sua liberdade a liberdade alheia.

O Direito, segundo Immanuel Kant, está assentado na interação social, uma vez que se refere “somente com a relação externa e, na verdade, prática de uma pessoa com outra, na medida em que suas ações, como fatos<sup>812</sup>, possam ter influência (direta ou indireta) entre si”<sup>813</sup>, e é a “soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade”<sup>814</sup>.

A liberdade de cada ser humano em sua conformação com a liberdade dos outros seres humanos é orientada pela ética da responsabilidade, que se alicerça na dignidade humana. Esta, por sua vez, é a pretensão de validade da norma penal<sup>815</sup>.

O tema da dignidade humana exerce fascínio desde os primórdios da humanidade.

O Antigo e o Novo Testamento tratam da dignidade humana quando enfatizam que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus<sup>816</sup>. Dotado desta condição, o ser humano merece respeito absoluto, não podendo ser coisificado.

---

<sup>811</sup> “Não basta atribuir liberdade à nossa vontade, seja com o fundamento que for, se não tivermos razão suficiente para atribuí-la também a todos os seres racionais”. (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 80)

<sup>812</sup> Uma ação é um fato quando estiver “sujeita a leis obrigatórias e, conseqüentemente, na medida em que o sujeito, ao executá-lo, é considerado em termos da liberdade de sua escolha”. (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 76)

<sup>813</sup> KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 76.

<sup>814</sup> KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 76.

<sup>815</sup> Cf. item 3.4.2.

<sup>816</sup> “Então Deus disse: ‘Façamos o homem à nossa imagem e semelhança. Que ele reine sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus, sobre os animais domésticos e sobre toda a terra, e sobre todos os répteis que se arrastam sobre a terra’. Deus criou o homem à sua imagem; criou-o à imagem de Deus, criou o homem e a mulher” (GEN. 1, 26-27) (*Bíblia Sagrada*. 160 ed. Tradução portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). São Paulo: Ave-Maria, 2004, p. 49)

Na Antiguidade Clássica, a expressão dignidade (*dignitas*) da pessoa humana relacionava-se com a posição social, com o encargo ou com o título conferido a uma pessoa ou simplesmente com o grau de reconhecimento que ela possuía no seio da comunidade. Assim, uma pessoa podia ser reputada mais digna que a outra<sup>817</sup>.

O pensamento estóico<sup>818</sup> já considerava a dignidade como uma qualidade inerente ao ser humano e responsável pela singularidade deste em relação às demais criaturas existentes. Pregava essa linha de pensamento que “todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção de liberdade pessoal de cada indivíduo (o Homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino)”<sup>819</sup>.

Giovanni Pico, Conde de Miràndola, em seu texto “Oração sobre a dignidade do homem”, considerado o fundador do humanismo renascentista<sup>820</sup>, concebe o homem como um ser dotado de dignidade, liberdade e capaz de se tornar por suas escolhas: “o homem, na verdade, é reconhecido e consagrado, com

---

<sup>817</sup> Neste caso, conforme reforça Luís Roberto Barroso, “da dignidade decorria um dever geral de respeito, honra e deferência, devido àqueles indivíduos e instituições merecedores de tais distinções, uma obrigação cujo desrespeito poderia ser sancionado com medidas civis e penais”. (BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 13)

<sup>818</sup> “Os fundamentos do ensinamento estóico podem ser resumidos da seguinte forma: (...) divisão da filosofia em três partes: lógica, física e ética. (...) doutrina segundo a qual, assim como o animal é guiado infalivelmente pelo instinto, o homem é guiado infalivelmente pela razão, e a razão lhe fornece normas infalíveis de ação que constituem o direito natural. (...) *cosmopolitismo*, ou seja, doutrina de que o homem não é cidadão de um país, mas do mundo. (...) Ao lado do aristotelismo, o estoicismo foi a doutrina que maior influência exerceu na história do pensamento ocidental. Muitos dos fundamentos enunciados ainda integram doutrinas modernas e contemporâneas”. (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 6 ed. Tradução da 1 ed. brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução de novos textos por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 437-438)

<sup>819</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 8 ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 32.

<sup>820</sup> O humanismo renascentista conduziu à busca do máximo individualismo, ao desenvolvimento da personalidade, à livre representação do espírito humano, ao interesse pela descrição da vida real e movimentada do cotidiano, à valorização do corpo humano e de sua plástica, à não demonização dos prazeres sensuais, aos grandes índices de prostituição e à prevalência do escárnio, do sarcasmo e da espirosidade modernos. (Cf. BURCKHARDT, Jacob. *A cultura do renascimento na Itália: Um ensaio*. Traduzido por Sérgio Tellarli. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 163, p. 282, p. 283, p. 318, p. 382, p. 390; MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 2 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p.143)

plenitude de direitos, por ser, efetivamente, um portentoso milagre”<sup>821</sup>.

Para Immanuel Kant, todo ser humano é um fim em si mesmo, não podendo ser encarado como objeto ou utilizado como instrumento, como meio<sup>822</sup>. Aí reside a essência da dignidade humana<sup>823</sup>, em clara alusão ao segundo imperativo categórico<sup>824</sup>.

---

<sup>821</sup> MIRÀNDOLA, Pico Della. *A dignidade do homem*. Tradução, comentários e notas de Luiz Feracine. São Paulo: Escala, 2005, p. 38.

Deus disse ao homem que “eu te coloquei no centro do mundo, a fim de poderes inspecionar, daí, todos os lados, da maneira mais cômoda, tudo que existe. Não te fizemos nem celeste nem terreno, mortal ou imortal, de modo que assim, tu por ti mesmo, qual modelador e escultor da própria imagem segundo tua preferência e, por conseguinte, para tua glória, possas retratar a forma que gostarias de ostentar. Poderás descer ao nível dos seres baixos e embrutecidos; poderás, ao invés, por livre escolha tua alma, subir aos patamares superiores, que são divinos. Ó suprema liberalidade de Deus Pai, ó suma e maravilhosa beatitude do homem! A ele foi dado possuir o que escolhesse; ser o que quisesse. (...) Oxalá nossa alma se deixe conduzir pela santa ambição de superar a mediocridade e anele por coisa mais sublimes, envidando esforços para consegui-las e anele por coisas mais sublimes, envidando esforços para consegui-las, dado que, se realmente, quisermos, haveremos de concretizar. (...) É a isso, antes de mais nada, que devemos ambicionar, atingir e aprender de sorte a sermos elevados aos fastígios do amor e de lá retornarmos para os encargos da vida, bem instruídos e devidamente aparelhados. Na verdade, para tanto há um preço a pagar. Se nossa vida deve ser plasmada de acordo com o modelo dos Querubins, cumpre atentar, minuciosamente, para o seu viver e para a qualidade do mesmo bem como para seu modo de agir e de operar. Posto que isso não nos é dado conseguir apenas com nosso empenho, por quanto somos carnis e afeitos ao terreno, socorremo-nos então dos antigos mestres que de tudo nos podem fornecer informações fartas e seguras”. (p. 40, p. 42, p. 44)

<sup>822</sup> Segundo Immanuel Kant, “aquilo que serve à vontade como princípio de sua autodeterminação é o fim [*Zweck*], e este, se é posto pela só razão, deve valer igualmente para todos os seres racionais. O que, pelo contrário, constitui apenas o princípio da possibilidade de ação, cujo efeito é o fim, chama-se *meio*. O princípio subjetivo do desejar é o impulso [*Triebfeder*], o princípio objetivo do querer é o motivo [*Bewegungsgrund*]; daí a distinção entre fins subjetivos, que se assentam em impulsos, e objetivos, que dependem de motivos válidos para todo ser racional”. (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 58)

<sup>823</sup> Apesar de Immanuel Kant considerar os seres racionais, enquanto fins em si mesmo, pessoas (Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 59), opta-se pela expressão “dignidade humana” e não “dignidade da pessoa humana” em razão da variabilidade de concepções associadas ao termo pessoa (Cf. item 2.12.1). O próprio Immanuel Kant, em outra passagem, utiliza a expressão ser humano: “todos os progressos na civilização, pelos quais o homem se educa, têm como fim que os conhecimentos e habilidades adquiridos sirvam para o uso do mundo, mas no mundo o objeto mais importante ao qual o homem pode aplicá-los é o *ser humano*, porque ele é seu próprio fim último. (...) Uma doutrina do conhecimento do ser humano sistematicamente composta (antropologia) pode ser tal do ponto de vista *fisiológico* ou *pragmático*. - O conhecimento fisiológico do ser humano trata de investigar o que a *natureza* faz do homem; o pragmático, o que *ele* faz de si mesmo, ou pode e deve fazer como ser que age livremente.- ” (KANT, Immanuel. *Antropologia de um ponto de vista pragmático*. Tradução de Clélia Aparecida Martins. São Paulo: Iluminuras, 2009, p. 21)

<sup>824</sup> Cf. item 3.2.7.

A dignidade humana possui uma face relacional, intersubjetiva. O ser humano, enquanto ser racional, deve considerar a si mesmo e os outros seres racionais com os quais estiver em relação sempre como um fim em si mesmo<sup>825</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, inspirada nas construções kantianas, reconhece claramente a face intersubjetiva da dignidade humana ao considerar que o ser humano está imerso em interações sociais. Neste sentido, seu artigo 1º prescreve: “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”<sup>826</sup>.

Os seres humanos relacionam-se por meio da ação comunicativa, que requer deles, na interação social, um reconhecimento recíproco. Com base nesta intersubjetividade, Jürgen Habermas concebe a dignidade humana como simetria de relações, como “algo que timbra essa ‘inviolabilidade’ que só nas relações interpessoais de reconhecimento mútuo, ou seja, no relacionamento igualitário das pessoas umas com as outras, se pode tornar significativa”<sup>827</sup>.

---

<sup>825</sup> Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 58.

Esclarece Immanuel Kant essa dimensão intersubjetiva da dignidade humana: “no que se refere ao dever necessário ou estrito para com os demais, aquele que tem a intenção de fazer a outrem uma promessa mentirosa reconhecerá imediatamente até que ponto pretende se servir de outro homem *como simples meio*, sem que esse meio contenha ao mesmo tempo o fim em si. Pois aquele que eu pretendo utilizar para os meus propósitos mediante tal promessa não há de concordar com a minha maneira de proceder a seu respeito. De maneira ainda mais clara se apresenta essa colisão quanto tomamos como exemplo os ataques à liberdade ou à propriedade alheias, pois é, então, evidente que o violador dos direitos dos homens tenciona servir-se das outras pessoas como simples meios, deixando de considerar que elas, como seres racionais que são, devem sempre ser tratadas simultaneamente como fins, isto é, somente como seres que devem poder conter em si o fim dessa mesma ação”.

<sup>826</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 247.

<sup>827</sup> HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Tradução de Maria Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2006, p. 76.

Ressalta Jürgen Habermas, “a ‘fórmula dos fins’ do imperativo categórico contém a exigência de que cada pessoa seja ‘sempre, simultaneamente’ considerada ‘como um fim em si mesma’ e ‘jamais’ usada ‘como um simples meio’. Mesmo em casos de conflito, os indivíduos envolvidos devem continuar a interagir no sentido da ação comunicativa. Devem, partindo da sua perspectiva participante de primeira pessoa, dirigir-se ao outro como a uma segunda pessoa com quem tencionam pôr-se de acordo sobre algo, em lugar de, assumindo a perspectiva observatória de uma terceira, o reificarem e instrumentalizarem para os seus próprios fins”. (2006, p. 99)

Ronald Dworkin igualmente não se olvida da face intersubjetiva da dignidade humana. Com base no princípio Kant, ele a liga tanto ao respeito próprio quanto ao respeito aos outros seres humanos<sup>828</sup>.

Desta forma, a dignidade humana é um atributo intrínseco do ser humano, a expressão máxima da natureza humana. Como valor absoluto que acompanha o ser humano em toda sua existência, ela é um dado preexistente, originário de sua realidade singular, única e irrepetível<sup>829</sup>. É, portanto, imprescritível (presente durante toda existência do ser humano), inalienável (não pode ser transferida, pois cada ser humano possui condição humana, possui natureza humana), irrenunciável (está impregnada no ser humano, faz parte de sua essência, não podendo nunca ser dele destacada) e insubstituível (constitui valor absoluto, que prefere a qualquer outro, determinando sempre a não instrumentalização e a não coisificação do ser humano)<sup>830</sup>.

Dignidade humana e liberdade estão em simbiose<sup>831</sup>. A liberdade, a

---

<sup>828</sup> Cf. item 3.4.2.

<sup>829</sup> Segundo José Afonso da Silva, a dignidade da pessoa humana é “um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana” (SILVA, José Afonso. *A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun de 1998, p. 91)

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, “vale lembrar que a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida em que este a reconhece, já que constitui um dado prévio” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8 ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 50)

<sup>830</sup> Sobre as características da dignidade humana: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8 ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 49-50 (“a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente”); LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. Os Genes de nosso (Des)contentamento (Dignidade Humana e Genética: Notas de um Roteiro). In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, v. LXXVII, p. 163-210, 2001, p. 188; LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. O Direito à Identidade Genética do Ser Humano. In: Portugal-Brasil Ano 2000, *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, p. 263-389, 2000, p. 280 (“a *dignidade* expressa-se como sendo o reconhecimento do *valor absoluto de cada ser humano* que, não sendo indispensável, é insubstituível).

<sup>831</sup> Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 61, p. 68.

natureza racional é fim em si mesmo<sup>832</sup>. A liberdade é propriedade da vontade<sup>833</sup> de todos os seres racionais, e toda lei da vontade deve derivar do princípio prático supremo insculpido no segundo imperativo categórico de Immanuel Kant: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”<sup>834</sup>.

Assim como a dignidade, a liberdade é uma nota singular do ser humano.

Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) difere animalidade e humanidade pela liberdade. Enquanto o instinto direciona o animal, o ser humano determina sua escolha pela liberdade: “a natureza manda em todo animal, e a besta obedece. O homem experimenta a mesma impressão, mas se reconhece livre de aquiescer ou de resistir”<sup>835</sup>. A liberdade possibilita ao homem a perfectibilidade, ou seja, “a faculdade de se aperfeiçoar, a qual, com o auxílio das circunstâncias, desenvolve sucessivamente todas as outras e reside, entre nós, tanto na espécie como no indivíduo”<sup>836</sup>.

---

<sup>832</sup> Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 59; DWORKING, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 274.

<sup>833</sup> “Concebe-se a vontade como uma faculdade de se determinar a si mesmo agindo em conformidade com a representação de certas leis”. (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 57-58)

<sup>834</sup> Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 59, p. 80-81.

Adverte Immanuel Kant que como “a moralidade nos serve de lei somente enquanto seres racionais, ela tem de valer também para todos os seres racionais; e como não pode se derivar senão da propriedade da liberdade, a liberdade tem de ser demonstrada como propriedade da vontade de todos os seres racionais”. (2006, p. 80)

<sup>835</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 41.

Pontua Jean-Jacques Rousseau que “a natureza faz tudo nas operações do animal, ao passo que o homem concorre para as suas por um ato de liberdade. Um escolhe ou rejeita por instinto, o outro por um ato de liberdade, o que faz com que o animal não possa afastar-se da regra que lhe é prescrita, mesmo quando lhe fosse vantajoso fazê-lo, o que o homem dela se afaste frequentemente em seu prejuízo”.

<sup>836</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 42.

Immanuel Kant, por sua vez, atrela liberdade e autonomia<sup>837</sup>, concebendo-a como capacidade de autodeterminar-se pela razão<sup>838</sup>. Está ela presente em todos os seres humanos<sup>839</sup>, que são seres morais<sup>840</sup>.

Na esteira kantiana, Rainer Zaczyk sustenta que a liberdade não está inclusa na dicotomia determinismo/indeterminismo, já que o ser humano é um ser racional com sua subjetividade integrada pela autonomia<sup>841</sup>. Bernardo José Feijoo

---

<sup>837</sup> “Como ser racional e, portanto, pertencente ao mundo inteligível, o homem não pode jamais intuir a causalidade de sua própria vontade senão sob a idéia da liberdade, pois a independência das causas determinantes do mundo sensível (independência que a razão tem sempre de se atribuir) é a liberdade. Ora, à idéia da liberdade está inseparavelmente ligado o conceito de autonomia, e a este, o princípio universal da moralidade, que serve de fundamento à idéia de todas as ações de seres racionais, tal como a lei natural está na base de todos os fenômenos”. (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 85)

<sup>838</sup> Pontua Immanuel Kant que “o caminho da liberdade é o único porque é possível fazer uso da razão em nossas ações e omissões”. (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 88)

O livre arbítrio é a “escolha que pode ser determinada pela razão pura”; o arbítrio humano, “uma escolha que, embora possa ser realmente afetada por impulsos, não pode ser determinada por estes, sendo, portanto, de *per si* (à parte de uma competência da razão) não pura, podendo, não obstante isso, ser determinada às ações pela vontade pura”. A liberdade pode ser entendida em sentido positivo - “capacidade da razão pura de ser, por si mesma, prática” - e em sentido negativo - liberdade de escolha, “independência do ser determinado por impulsos sensíveis” -. (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 63)

<sup>839</sup> “Não há ninguém, nem mesmo o pior facinora, se está habituado a usar a razão, que não deseje, quando se lhe apresentam exemplos de retidão nas intenções, de perseverança na obediência a boas máximas, de compaixão e universal benevolência (ainda que por cima unidas essas virtudes a grandes sacrifícios de interesses e de bem-estar), que não deseje, digo, ter também esses bons sentimentos. Mas não pode consegui-lo em virtude de suas inclinações e apetites, desejando, todavia, ao mesmo tempo, libertar-se de tais tendências que a ele mesmo o oprimem”. (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 87)

<sup>840</sup> “A moralidade é, pois, a relação das ações com a autonomia da vontade, isto é, com a possível legislação universal por meio de suas máximas. (...) Acabamos de referir, afinal, o conceito determinado da moralidade à idéia da liberdade”. (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 70, p. 81)

<sup>841</sup> Em suas próprias palavras, “el ser-determinado del ser humano en su subjetividad, la cual también está condicionada por la naturaleza, en la comprensión, directamente unida a tal subjetividad, de una capacidad racional que impregna esta condicionalidad como una forma especial de determinación personal que no deja a los individuos a la merced de su ser-así sino que les capacita para la autodeterminación racional y les estimula a ella”. (ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Compilado por Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 261)

Sánchez, igualmente à luz de Immanuel Kant<sup>842</sup>, concebe a liberdade como capacidade de autodeterminação, de auto-organização, sendo o ser livre a própria causa de sua ação<sup>843</sup>. Assinala que esta liberdade é uma construção social, que “pertence exclusivamente ao mundo social”<sup>844</sup>.

---

<sup>842</sup> “Las personas son unidades de imputación en la medida en la que tienen adscrita por el sistema jurídico un haz de libertades. Las ideas de KANT sobre la persona como unidad de imputación basadas en su filosofía moral se pueden traducir en términos de filosofía social”. (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Derecho penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa? In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Madrid: Civitas, 2012, p. 144-145)

<sup>843</sup> “A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e liberdade seria a propriedade dessa causalidade (...) Como o conceito de uma causalidade traz consigo o de leis segundo as quais, por meio de algo a que chamamos *causa*, há de ser posta outra coisa chamada *efeito*, do que resulta que a liberdade, ainda que não seja uma propriedade da vontade segundo leis naturais, nem por isso é desprovida de lei, sendo antes uma causalidade segundo leis imutáveis, se bem que de uma espécie particular; pois de outro modo uma vontade livre seria um absurdo”. (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 79)

<sup>844</sup> “(...) pertenece exclusivamente al mundo social”. (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Derecho penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa? In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Madrid: Civitas, 2012, p. 147) (Tradução livre)

Ficam superados, assim, os determinismos afeitos ao materialismo<sup>845</sup>.

---

<sup>845</sup> Materialismo é a “posição que consiste em postular que a vida do espírito é ao mesmo tempo produzida e determinada pela matéria isto é, no essencial, pela natureza e pela história”. (FERRY, Luc, VINCENT, Jean-Didier. *O que é o ser humano? Sobre os princípios fundamentais da filosofia e da biologia*. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 16) (Grifos do autor) Nas palavras de um materialista, o materialismo é “a concepção do mundo ou do ser que afirma o papel primordial da matéria, quando não sua existência exclusiva. Ser materialista, nesse sentido filosófico, é afirmar que tudo é matéria ou produto da matéria, e que, por conseguinte, não existe nenhuma realidade espiritual ou ideal autônomo - nem Deus criador, nem alma imaterial, nem valores absolutos ou em si. (...) É um monismo físico, um imanentismo absoluto e um naturalismo radical”. (COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário filosófico*. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 370-371)

O materialismo naturalista considera que o ser humano possui um código genético. Francisco J. Rubia defende que o ser humano está vivendo uma quarta humilhação. A primeira humilhação consistiu na derrocada do geocentrismo efetuada por Nicolás Copérnico (1473-1543); a segunda, na teoria da evolução de Charles Darwin (1809-1882); a terceira, na descoberta do inconsciente consolidada por Sigmund Freud (1856-1939); finalmente a quarta é centrada nos avanços da neurociência. A liberdade de vontade é uma ilusão: “no existen datos definitivos en ciencia, pero parece lógico pensar que si hemos aceptado que la mente es producto del cerebro y éste es pura materia, logicamente el cerebro tendrá que estar sometido a las leyes deterministas de la naturaleza como todo lo demás. (...) Una interacción con la materia exige un intercambio de energía; para movilizar energía, cualquier ente inmaterial tendría que disponer de ella, pero para ello tendría que dejar de ser inmaterial. (RUBIA, Francisco J. Comentarios introductorios. In: RUBIA, Francisco J. (ed). *The brain: recent advances in neuroscience*. El cérebro: avances recientes en neurociencia. Madrid: Editorial Complutense: 2009, p. 99-100)

O materialismo histórico-sociológico centra-se no contexto social-histórico no qual o ser humano foi educado. Conforme salienta Luc Ferry, o primeiro materialismo pode se conciliar com o segundo. (Cf. FERRY, Luc, VINCENT, Jean-Didier. *O que é o ser humano? Sobre os princípios fundamentais da filosofia e da biologia*. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 17) Neste sentido, Gerhard Roth afirma que a vontade do ser humano “está completamente determinada por factores neurobiológicos, genéticos y del entorno, así como por las experiencias psicológicas y sociales positivas e negativas, en particular las que se producen en etapas tempranas de la vida, que dan lugar a cambios estructurales y fisiológicos en el cerebro”. (ROTH, Gerhard. La relación entre la razón y la emoción y su impacto sobre el concepto de libre albedrío. In: RUBIA, Francisco J. (ed). *The brain: recent advances in neuroscience*. El cérebro: avances recientes en neurociencia. Madrid: Editorial Complutense: 2009, p. 114) Ao contrário de Francisco J. Rubia, Gerhard Roth admite a liberdade de vontade, só que em sentido débil, conformada que está a ação voluntária ao complexo neural do ser humano. Assim como Bernardo José Feijoo Sánchez, não vislumbra comprometimento da liberdade na seara penal Winfried Hassemer (HASSEMER, Winfried. Neurociencias y culpabilidad en Derecho Penal. In *Dret*. Revista para el análisis del derecho. Barcelona, abril de 2011, p. 10, p. 12. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/821.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2011), Wolfgang Frisch (FRISCH, Wolfgang. Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Madrid: Civitas, 2012, p. 69), Günther Jakobs (JAKOBS, Günther. *Individuo y persona*. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Madrid: Civitas, 2012, p. 195-196), Manuel Cancio Meliá (CANCIO MELIÁ, Manuel. Psicopatía y derecho penal: algunas consideraciones introductorias. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Madrid: Civitas, 2012, p. 263-264) e Paulo Queiroz (QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. Parte Geral. 9 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 381-382)

Fazendo alusão a Tomás Salvador Vives Antón, Eduardo Demetrio-Crespo sustenta que os conhecimentos trazidos pela neurociência devem ser incorporados aos jogos de linguagem do universo conceitual. (DEMETRIO-CRESPO, Eduardo. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y derecho penal. In *Dret*. Revista para el análisis del derecho. Barcelona, abril de 2011, p. 31. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/807.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2011)

A liberdade é o fundamento do Direito, com este sendo “um sistema de regras que guiam ações e, com isto, um ordenamento do dever ser”<sup>846</sup>. O Direito não visa o consenso, a estabilidade ou a eliminação do conflito<sup>847</sup>, focando-se na coexistência da liberdade dos seres humanos. Estes são, portanto, os destinatários das normas jurídicas.

As normas penais são regras de condutas afeitas à interação social<sup>848</sup> e voltadas para a conformação da liberdade dos seres humanos. Refere-se à liberdade externa do ser humano, reforçando que seu limite é a liberdade dos outros seres humanos<sup>849</sup>. As normas penais promovem, assim, uma interação entre liberdade e coação, permitindo esta somente quando há abuso daquela.

A resistência que frustra o impedimento de um efeito promove este efeito e é conforme ele. Ora, tudo que é injusto é um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais. Mas a coerção é um obstáculo ou resistência à liberdade. Conseqüentemente, se um certo uso da liberdade é ele próprio um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais (isto é, injusto), a coerção que a isso se opõe (como um *impedimento de um obstáculo à liberdade*) é conforme à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é justa). Portanto, ligada ao direito pelo princípio de contradição há uma competência de exercer coerção sobre alguém que o viola<sup>850</sup>.

<sup>846</sup> “(...) un sistema de reglas que guían acciones y, con ello, un ordenamiento del deber ser”. (ZACZYK, Rainer. Sobre la fundamentación en el derecho. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Compilado por Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 74) (Tradução livre)

Considerando o ser humano como dotado de impulsos, sentimentos e sensibilidade, dever, para Immanuel Kant, é a necessidade objetiva de uma ação. (Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 70, 82)

Esta necessidade objetiva é determinada pela obrigação, que é “a dependência em que uma vontade não absolutamente boa se acha em relação ao princípio da autonomia (a necessidade moral)”. (2006, p. 70)

<sup>847</sup> Cf. itens 2.8 e 3.2.4.

<sup>848</sup> A interação social como eixo reitor do Direito Penal, e, no caso específico aqui tratado, da omissão penalmente relevante, é corroborada pela interligação da concepção de Max Weber acerca da relação social - “o comportamento reciprocamente *referido* quanto a seu conteúdo de sentido por uma pluralidade de agentes e que se orienta por essa referência” (WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p. 16; cf. item 3.2.1) - e da concepção de Direito de Immanuel Kant - “o conceito de direito (...) tem a ver somente com a relação externa e, na verdade, prática de uma pessoa com outra, na medida em que suas ações, como fatos, possam ter influência (direta ou indireta) entre si” (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 76)

<sup>849</sup> Cf. KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 239-240.

<sup>850</sup> KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 77-78.

O Direito Penal não está assentado na prevenção de crimes<sup>851</sup> ou na motivação das condutas dos seres humanos<sup>852</sup> e sim em uma retribuição, uma vez que “a pena é fundamentada a partir do delito e o mandado da razão jurídico-prática de compensar justamente o delito”<sup>853</sup>. A compreensão da pena e da retribuição deve ser empreendida na seara jurídica, bem como estar associada ao *status* jurídico do ser humano. O ser humano possui uma liberdade jurídica que está limitada pela liberdade jurídica dos outros seres humanos. Quando o ser humano obstaculiza a liberdade jurídica alheia, justifica-se a diminuição de seu *status* jurídico com a infligência de uma pena<sup>854</sup>.

---

<sup>851</sup> O Direito Penal não pode estar vinculado a fins preventivos por constituir uma violação da dignidade humana. Segundo Immanuel Kant, uma pena precisa ser infligida ao ser humano sempre “somente porque *elecometeu um crime*, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direitos a coisas: sua personalidade inata o protege disso”. (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 174-175)

Na opinião de Wolfgang Frisch, hodiernamente, não se pode olvidar a ameaça que representa o Direito Penal preventivo, requerendo-se “mayor cuidado que hasta elo momento de que el Derecho Penal preventivo orientado al futuro frente a un pequeño grupo de autores muy peligrosos no bloquee el ulterior desarrollo de un Derecho Penal de la culpabilidad que reaccione con mesura o tal vez lo haga retroceder. A las deformaciones del proceso penal hace ya tempo, lamentablemente, que hemos llegado”. (FRISCH, Wolfgang. Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Madrid: Civitas, 2012, p. 69-70)

<sup>852</sup> Francisco Muñoz Conde alia função motivadora da norma penal e controle social. O Direito Penal exerce um controle social, um “disciplinamiento del comportamiento humano en sociedad”. (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Santa Fe de Bogotá: Temios, 1999, p. 25)

As normas penais, ao serem interiorizadas pelo ser humano que vive em sociedade, cooperam com a estruturação de sua consciência e com a formação do superego: “para conseguir la protección de bienes jurídicos que la norma penal persigue, se desencadenan en los individuos determinados procesos psicológicos que les inducen a respetar dichos bienes jurídicos. Estos mecanismos psicológicos no se presentan aislados, sino formando parte de un complejo proceso llamado ‘motivación’”. (1999, p. 19)

Não é o Direito Penal que conforma o ser humano, mas o inverso. (Cf. item 3.2; KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 153, 155)

<sup>853</sup> “(...) la pena queda fundamentada a partir del delito y el mandato de la razón jurídico-práctica de compensar justamente el delito”. (ZACZYK, Rainer. Sobre la justicia de la imposición de penas a los seres humanos. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Compilado por Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 106) (Tradução livre)

<sup>854</sup> “Sin embargo, la pena no se define adecuadamente en cuanto concepto jurídico cuando se interpreta como ‘mal’ o como algo ‘malo’ que se añade simplemente a otro mal. La pena se define como concepto jurídico cuando aparece en el primer plano la reducción que hay en ella del estatus jurídico de una persona, que se presenta como coacción que *jurídica* (en un sentido de la ley de la libertad). Que esto se perciba como ‘mal’ es una consecuencia de ello, pero no fundamento”. (ZACZYK, Rainer. Sobre la justicia de la imposición de penas a los seres humanos. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Compilado por Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 102)

O fundamento retributivo do Direito Penal não elide a observância dos direitos fundamentais<sup>855</sup>; ao contrário, a requer, uma vez que o ser humano constitui o átomo social e a base do ordenamento jurídico-penal. Como a pretensão de validade da norma penal é a dignidade humana, que, por sua vez, é o núcleo mínimo de todo direito fundamental, Direito Penal e constituição devem sempre estar

---

<sup>855</sup> Apesar de Immanuel Kant defender a aplicação da Lei de Talião (cf. KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 175) e refutar a crítica a ele dirigida por Cesare Bonesana, Marquês de Baccaria, a quem atribui um “sentimento de afetada humanidade”, afirmando que o contrato social não contém nenhuma vedação à pena de morte (cf. KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 178-179), suas concepções de dignidade e liberdade colocam o ser humano como centro e fundamentam os direitos humanos, o que refletiu na normativa da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

entrelaçados<sup>856</sup>.

Liberdade e responsabilidade formam, pois, um binômio. A responsabilidade exige que o ser humano responda pelas consequências de suas

---

<sup>856</sup> O que se trata aqui é de uma visão diversa da apregoada pelo garantismo penal desenvolvida por Luigi Ferrajoli. Para ele, o garantismo “es la otra cara del constitucionalismo, en tanto le corresponde la elaboración y la implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos”. (FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 72) Nesta seara, desenvolve-se o direito penal mínimo: “não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminoso, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face de defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. Traduzido por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 83) Apesar de ser uma superação do neoclassicismo, por prever, além de limites formais, limites materiais para a intervenção penal (cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2002, p. 34-41), assim como ele defende uma postura preventiva geral para o Direito Penal. Este, segundo Luigi Ferrajoli, possui um caráter preventivo duplo: prevenção geral de crimes e prevenção geral de penas arbitrárias ou desmedidas. (Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. Traduzido por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 268) Outro ponto crítico deste garantismo penal é a separação entre direito e ética, própria do positivismo jurídico: “é precisamente porque o constitucionalismo significa a posituação dos princípios de justiça e dos direitos humanos historicamente afirmados nas cartas constitucionais que, para ele, também vale - ao contrário daquilo que entende Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, Atienza e Ruiz Manero - o princípio juspositivista da separação entre direito e moral contra aquela enésima insidiosa versão do legalismo ético, que é o constitucionalismo ético (...) O constitucionalismo juspositivista e garantista, mesmo teorizando a dimensão estática inserida no positivismo jurídico pelas normas substanciais das Constituições, rejeita a tentação de voltar a confundir direito e moral, inclusive na forma do *constitucionalismo ético*. Admitirá sempre, como ponto de vista autônomo do direito e sobre o direito, o ponto de vista a ele externo da moral e da política, que é, portanto, o ponto de vista crítico, também nos confrontos das normas constitucionais, de cada um de nós”. (FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio, TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 27, 31-32) Por final, em descompasso com a semântica do uso e com a pragmática formal, o garantismo penal de Luigi Ferrajoli funda-se em uma semântica formal ou da verdade afeita ao positivismo lógico: a dogmática jurídica exige “que el ‘rigor’ como coherencia interna al lenguaje jurídico, que Bobbio defendiera en su ensayo de 1950, sea perseguido no sólo en la teoría en la ciencia sino también, y sobre todo, en el ordenamiento y en la práctica jurídica, a través de constantes transformaciones del derecho vigente y sin que podamos hacernos ilusiones de que éste pueda llegar a realizarse plenamente”. (FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Traducción de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 64) (Grifos do autor)

ações, omissões em uma interação social<sup>857</sup>.

Para tanto, deve ele ter a capacidade de controle de suas ações e omissões, ou seja, capacidade de tomar decisão e coordenar suas ações e omissões conforme o sentido por ela determinado. A capacidade de controle envolve uma capacidade epistêmica, capacidade de formar um estoque de conhecimento, e a capacidade reguladora, capacidade de autodeterminar-se pela razão<sup>858</sup>.

A norma penal, enquanto regra de conduta, deve possuir um caráter vinculante, o que é conseguido por meio do ser humano, em pleno exercício de sua capacidade de controle, ao mesmo tempo co-legislador e destinatário da norma<sup>859</sup>.

Enquanto a coordenação da ação, e com ela o entrelaçamento de interações, transcorrer pela via de processos de entendimento, as convicções compartilhadas intersubjetivamente formam o *médium* da integração social. (...) A positividade do direito significa que, ao se criar conscientemente uma estrutura de normas, surge um fragmento de realidade social produzida artificialmente, a qual só existe até segunda ordem, porque ela pode ser modificada ou colocada fora de ação em qualquer um de seus componentes singulares. Sob o aspecto da mobilidade, a validade do direito positivo aparece como a expressão pura de uma vontade, a qual empresta duração a determinadas normas para que se oponham à possibilidade presente de virem a ser declaradas sem efeito. Como iremos ver, o *pathos* do positivismo jurídico alimenta-se desse voluntarismo da pura criação. De outro lado, a positividade do direito não

---

<sup>857</sup> Aqui é relevante somente a responsabilidade como uma relação entre pessoas. Ronald Dworkin diferencia responsabilidade como virtude da responsabilidade como relação entre pessoas e acontecimentos: “dizemos, no sentido da virtude, que uma pessoa se comportou responsabilmente ou irresponsabilmente ao agir como agiu em determinada ocasião (agiu responsabilmente ao recusar uma oferta), ou que é característico ou não característico dela comportar-se responsabilmente (é, de um modo geral, uma pessoa altamente responsável ou irresponsável). No caso relacional, dizemos que alguém é ou não responsável por algum acontecimento ou consequência (é o único responsável pelo facto de a empresa ter começado a dar lucro)”. (DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 110)

<sup>858</sup> Para Ronald Dworkin, a capacidade epistêmica corresponde à capacidade do ser humano de formar crenças acerca do mundo e a capacidade reguladora à capacidade de tomar decisões: “um agente está em situação de controlo quando tem consciência de que enfrenta ou toma uma decisão, quando mais ninguém toma essa decisão por ele, e quando tem a capacidade de formar crenças verdadeiras sobre o mundo e de fazer as suas decisões corresponderem à sua personalidade normativa - aos seus desejos, ambições e convicções. Este é o sentido de <<capacidade>> de controlo”. (DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 236)

<sup>859</sup> Klaus Günther define este ser humano como pessoa deliberativa, ou seja, aquela que dispõe “da capacidade de posicionar-se criticamente em relação a ações e proferimentos próprios e alheios”, que é dotada de autonomia por ser “a *fonte geradora* de suas ações e proferimentos. Ela é fonte de seus proferimentos e ações não apenas no sentido causal, mas também no sentido de que *depende* de seu posicionamento autocrítico se e como ela se expressa, se e como ela age”. (GÜNTHER, Klaus. Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito? Reflexões sobre a conexão interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa de direito. In: PÜSCHEL, Flavia Portella, MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (org.). *Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito*: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34-35)

pode fundar-se somente na contingência de decisões arbitrárias, sem correr o risco de perder seu poder de integração. O direito extrai a sua força muito mais da aliança que a positividade do direito estabelece com a pretensão à legitimidade. Nessa ligação reflete-se o entrelaçamento estrutural entre a aceitação, que fundamenta os fatos, e a aceitabilidade exigida por pretensões de validade, que já estava introduzida no agir comunicativo e na ordem social mais ou menos natural, na forma de tensão entre facticidade e validade. Essa tensão ideal retorna intensificada no nível do direito, mais precisamente na relação entre a coerção do direito, que garante um nível médio de aceitação da regra, e a idéia da autolegislação - ou da suposição de autonomia política dos cidadãos associados - que resgata a pretensão de legitimidade das próprias regras, ou seja, aquilo que as torna racionalmente aceitáveis<sup>860</sup>.

Para Immanuel Kant, os direitos se classificam em direito natural, submetidos a princípios *a priori*<sup>861</sup>, e direito positivo, advindo da vontade do legislador. O direito natural, direito racional, por sua vez, pode ser direito natural privado, que precede o Estado e se refere ao estado de natureza da sociedade natural, e direito natural público ou civil, o Estado<sup>862</sup>. Os direitos também podem ser direito inato<sup>863</sup> e direito adquirido. O único direito inato é a liberdade, entendida como

<sup>860</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 56, 60-61.

<sup>861</sup> *A priori* diz respeito a conhecimentos, proposições, princípios, conceitos que independem da experiência. Existe *a priori* puro, no qual há independência da experiência e de impressões do sentido, e *a priori* misturado com o empírico, ou, nas palavras de Immanuel Kant, “alguns conhecimentos, oriundos de vivências experienciais, que deles somos capazes ou os possuímos *a priori*, porque não se derivam imediatamente da experiência, mas de uma regra geral que, todavia, fomos buscar à experiência. Nesse sentido, diz-se de alguém, que minou os alicerces de sua casa, que podia saber *a priori* que ela havia de ruir, quer dizer, que não deveria esperar pela queda, para saber pela experiência. Entretanto, não poderia sabê-lo totalmente *a priori*, já que lhe era necessário saber anteriormente, pela experiência, que os corpos são pesados e caem quando lhes é retirada a base que o sustenta”. (KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 44-45)

Como ressalta Nicola Abbagnano, esta noção kantiana de *a priori* foi agasalhada pela filosofia moderna, sendo defendida inclusive no interior da filosofia analítica contemporânea. (Cf. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 6 ed. Tradução da 1 ed. brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução de novos textos por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 85-86)

<sup>862</sup> “A divisão superior do direito natural não pode ser a divisão (por vezes feita) em direito *natural* e direito *social*; em lugar disso, tem que ser a divisão em *direito natural* e *direito civil*, o primeiro sendo chamado de *direito privado* e o segundo, de *direito público*, pois o estado de natureza não se opõe à condição *social*, mas sim à condição *civil*, visto ser certamente possível haver sociedade no estado de natureza, mas não sociedade *civil* (a qual garante o que é meu e teu mediante leis públicas). Esta é a razão porque o direito num estado de natureza é chamado de direito privado”. (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 83)

<sup>863</sup> “O que é *inatamente* meu ou teu também pode ser qualificado como o que é *internamente* meu ou teu (*meum vel tuum internum*), pois o que é externamente meu ou teu tem sempre que ser adquirido”. (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 83)

autodeterminação pela razão e, desta forma, atrelada a não instrumentalidade do ser humano<sup>864</sup>.

Leis morais são leis da liberdade, que podem ser leis jurídicas e leis éticas<sup>865</sup>. Estas são fundamentos determinantes da própria ação, referem-se ao uso interno e externo da escolha<sup>866</sup>, a legislação não pode ser externa e vincula o dever<sup>867</sup> à ação e ao motivo. Aquelas são direcionadas a ações externas, referem-se ao uso externo da escolha, são leis positivas e aceitam motivo desvinculado da ideia do próprio dever. A conformidade às leis éticas é denominada moralidade; já a conformidade às leis jurídicas, legalidade<sup>868</sup>.

“Uma lei (moralmente prática) é uma proposição que contém um imperativo categórico (um comando)”<sup>869</sup>. E a lei penal, como lei jurídica, é uma lei

<sup>864</sup> Cf. KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 83-88.

<sup>865</sup> A ética também é chamada de moral em sentido estrito. Como enfatizado no item 3.2.7., as palavras moral e ética são utilizadas como sinônimas ou com significados díspares pelos autores. Destarte, a diferença estabelecida por Immanuel Kant entre ética e moral não rechaça a diferença estabelecida por Ronald Dworkin entre os mesmos termos, sobretudo, por este ter inspiração kantiana, tratando da dimensão individual e relacional da dignidade humana partindo do que denomina princípio Kant (cf. item 3.4.2). Além do mais, como sustenta Immanuel Kant, “constitui um dever para consigo mesmo, bem como para com os outros, não se *isolar (separatistam agere)*, mas usar as próprias perfeições morais na convivência social (*officium commercii, sociabilitas*). Ao fazer de si mesmo um centro fixo dos próprios princípios, deve-se considerar esse círculo traçado em torno de si como também formando parte de um círculo que tudo inclui daqueles que, em sua disposição, são cidadãos do mundo, não exatamente para fomentar, na qualidade de fim, o que é melhor para o mundo, mas para cultivar o que conduz indiretamente esse fim: o cultivo de uma disposição de reciprocidade - comodidade, concórdia, amor mútuo e respeito (*afabilidade e decoro, humanitas aesthetica, et decorum*) -, e assim associar as graças com a virtude”. (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 317)

<sup>866</sup> A faculdade do desejo “é denominada faculdade de *fazer ou deixar de fazer conforme aprouva a cada um*. Na medida em que está unida à consciência de cada um a capacidade de realizar seu objeto mediante ação própria chama-se *escolha*”. (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 62)

<sup>867</sup> Reforça-se que dever “é a ação à qual alguém está obrigado”; obrigação, “a necessidade de uma ação livre sob um imperativo categórico da razão”. (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 65)

<sup>868</sup> Cf. KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 63-73.

<sup>869</sup> KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 70. Immanuel Kant concebe o imperativo “como regra cuja representação torna necessária uma ação que é subjetivamente contingente e assim representa o sujeito como aquele que tem que ser *constrangido* (compelido) a conformar-se à regra. Um *imperativo categórico* (incondicional) é aquele que representa uma ação como objetivamente necessária e a torna necessária não indiretamente através de representação de algum fim que pode ser atingido pela ação, mas através da mera representação dessa própria ação (sua forma) e, por conseguinte, diretamente. (...) Um imperativo categórico, porque impõe uma obrigação com respeito a certas ações, é uma lei moralmente prática”. (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 65) (Grifos do autor)

moral que abarca o imperativo categórico ou lei prática. Ela é possível graças ao direito público<sup>870</sup>, ao Estado<sup>871</sup>. É, portanto, um imperativo jurídico-categórico determinado pela razão jurídico-prática, pautada em conceitos<sup>872</sup> de entendimento<sup>873</sup>. Fica a cargo da justiça penal que, por ter autoridade, realiza a vinculação entre ação violadora de liberdade externa<sup>874</sup>

---

<sup>870</sup> “Do direito privado no estado de natureza procede o postulado do direito público: quando não podes te furtar a viver lado a lado com os outros, debes abandonar o estado de natureza e ingressar com eles num estado jurídico, isto é, uma condição de justiça distributiva. O fundamento deste postulado pode ser desenvolvido analiticamente a partir do conceito de direito nas relações externas, no confronto com a violência (*violentia*)”. (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 151)

A lei penal não pode sofrer um retrocesso, não pode consistir em uma vingança: “onde os crimes são determinados e punidos, não como *crimina publica*, mas como *privata*, (...) , tem a lei em si mesma algo dos caracteres da vingança”. (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 93)

<sup>871</sup> O Estado (*civitas*) consiste no “conjunto dos indivíduos numa condição jurídica, em relação aos seus próprios membros” ou “a união de uma multidão de seres humanos submetida a leis de direito” (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 153, 155)

<sup>872</sup> Immanuel Kant oferece, em sua “Crítica da razão pura”, uma escala de denominações: “o termo genérico é a representação em geral (*repraesentatio*). Subordinado a este, situa-se a representação com consciência (*perceptio*). Uma percepção que se refere simplesmente ao sujeito, como modificação do seu estado, é sensação (*sensatio*). Uma percepção objetiva é conhecimento (cognição). O conhecimento, por sua vez, é intuição ou conceito (*intuitus vel conceptus*). A primeira refere-se imediatamente ao objeto e é singular, o segundo refere-se imediatamente, por meio de um sinal que pode ser comum a várias coisas. O conceito é empírico ou puro e ao conceito puro, na medida em que tem origem no simples entendimento - não numa imagem pura da sensibilidade -, denomina-se noção (*notio*). Um conceito extraído de noções e que transcende a possibilidade da experiência é idéia ou conceito da razão”. (KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. p. 282)

<sup>873</sup> Ao tratar da posse, Immanuel Kant explicita no que consiste a razão jurídico-prática: “ora, a razão prática exige de mim, por força de sua lei do direito, que eu aplique *meu* ou *teu* aos objetos, não de acordo com condições sensíveis, mas as abstraindo, visto que tem a ver com uma determinação de escolha de acordo com leis da liberdade e também de mim exige que pense na posse deles dessa forma, posto que somente um *conceitudo entendimentopode* ser incluído sob conceitos de direito. Direi, portanto, que possuo um campo, ainda que esteja num lugar completamente diferente de onde estou realmente, pois estamos falando aqui somente de uma relação intelectual com um objeto, na medida em que o tenho *sob meu controle* (o *conceito de posse* do entendimento *independentemente* de determinações espaciais) e o objeto é *meu* porque minha vontade para usá-lo como me agrada não entre em conflito com a lei da liberdade externa”. (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 98-99) Immanuel Kant também diferencia sensibilidade de entendimento: “se denominarmos sensibilidade a receptividade de nosso espírito para receber representações na medida em que de algum modo é atingido, o entendimento é, então, a capacidade de produzir representações ou a espontaneidade do conhecimento”. (KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 89-90)

<sup>874</sup> Rayner Zaczyk, pautado em Immanuel Kant, reforça o entendimento de crime como lesão da liberdade jurídica. (Cf. ZACZYK, Rainer. Sobre la justicia de la imposición de penas a los seres humanos. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Compilado por Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 100-106)

e pena<sup>875</sup>.

Em respeito a sua liberdade<sup>876</sup>, o ser humano somente se submete a leis penais em que for possibilitada sua participação, enquanto dotado de capacidade de controle, nos procedimentos democráticos de sua elaboração, que são pautados em processos de entendimento entre os seres

---

<sup>875</sup> “A mera idéia de constituição civil entre *seres humanos* traz consigo o conceito de justiça punitiva pertencente à autoridade suprema”. (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 205) (Grifos do autor)

<sup>876</sup> Para Immanuel Kant, a pergunta “como é possível um imperativo categórico?” só pode ser respondida “à medida que se pode indicar o único pressuposto de que depende a sua possibilidade, quer dizer, a idéia da liberdade e, ao mesmo tempo, à medida que se pode perceber a necessidade desse pressuposto, o que é suficiente para o uso prático da razão, isto é, para a convicção da validade desse imperativo e, portanto, também da lei moral (...) Mas, pressupondo a liberdade da vontade de uma inteligência, a consequência necessária é a autonomia dessa vontade como condição formal, sob a qual tão-somente pode ser determinada”. (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 93)

humanos<sup>877</sup>. Estes processos estão limitados pela dignidade humana<sup>878</sup> e devem abarcar seus reflexos nos contextos sociais, nas regras sociais, de forma a permitir a justificação racional da liberdade externa. E as regras contidas nas leis penais

---

<sup>877</sup> Conforme assevera Immanuel Kant, “somente a vontade concorrente e unida de todos, na medida em que cada um decide o mesmo para todos e todos para cada um, e assim somente a vontade geral unida do povo pode legislar”. (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 86)

Em outra passagem, chama de cidadão o co-legislador, que possui liberdade geral e igualdade civil: “os membros dessa sociedade, que se acham unidos para legislar (*societas civilis*), ou seja, os membros de um Estado são chamados cidadãos (*cives*). Do ponto de vista dos direitos, os atributos de um cidadão, inseparáveis de sua essência (como cidadão), são: *liberdade geral*, o atributo de obedecer unicamente à lei à qual deu seu assentimento, *igualdade civil*, o atributo que lhe permite não reconhecer entre os membros do povo ninguém que lhe seja superior dotado da faculdade moral de obrigá-lo juridicamente de um modo que o impossibilite, por sua vez, de obrigar o outro”. (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 156) (Grifos do autor)

Jürgen Habermas, com base em sua pragmática formal, afirma que “os direitos de comunicação e de participação política são constitutivos para um processo de legislação eficiente do ponto de vista da legitimação, esses direitos subjetivos não podem ser tidos *como* os de sujeitos jurídicos privados e isolados: eles têm que ser apreendidos no enfoque de participantes orientados pelo entendimento, que se encontram numa prática intersubjetiva de entendimento. É por isso que o conceito do direito moderno - que intensifica e, ao mesmo tempo, operacionaliza a tensão entre facticidade e validade na área do comportamento - absorve o *pensamento democrático*, desenvolvido por Kant e Rousseau, segundo o qual a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora da ‘vontade unida e coincidente de todos’ os cidadãos livres e iguais”. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 53) (Grifos do autor)

Klaus Günther, com base habermasiana, chama de cidadão o ser humano enquanto co-legislador e adverte que “o dever de obediência externa à norma funda-se exclusivamente sobre o direito e a possibilidade fática que cada indivíduo possui de tomar parte no processo de formação da vontade, e não sobre o ‘como’ e o ‘se’ do exercício individual desse direito”. (GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. In: PÜSCHEL, Flavia Portella, MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (org.). *Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito: textos de Klaus Günther*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 19) Desta forma, se o cidadão não toma diretamente parte do processo de entendimento inerente à lei penal, deve ele “ser informado sobre as normas” para que ele esteja “em condições de alterar seus planos em razão de uma tomada de posição crítica informada”. (GÜNTHER, Klaus. Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito? Reflexões sobre a conexão interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa de direito. In: PÜSCHEL, Flavia Portella, MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (org.). *Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito: textos de Klaus Günther*. São Paulo: Saraiva, 2009) Somente desta forma, o ser humano pode orientar-se por uma norma: “Ilamos *regula por normas* a una acción cuando S, en actitud de conformidad con la expectativa de los demás, se orienta por una norma vigente. Las acciones reguladas por normas no tienen por qué ser conformes a la norma de que se trate, pueden también transgredir normas vigentes; pero también la transgresión de una norma presupone la orientación por una norma vigente”. (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Cátedra, 2001, p. 239)

<sup>878</sup> Cf. item 3.3.

devem ser determinadas e expressadas com base na semântica do uso<sup>879</sup>.

Compreender o ser humano como destinatário da lei penal<sup>880</sup> exige que se alcance o significado de *homo phaenomenon* e de *homo noumenon*. O primeiro é o ser humano como integrante do mundo sensível, enquanto ser empírico ou fenomênico; o segundo, como integrante do mundo inteligível, enquanto ser noumênico, enquanto sujeito do imperativo categórico.

Ora, o homem encontra realmente em si mesmo uma faculdade pela qual se distingue de todas as outras coisas e até de si mesmo, à medida que é afetado por objetos; essa faculdade é a razão [*Vernunft*]. E a razão, como pura atividade própria, está ainda acima do entendimento [*Verstand*] porque, embora este seja também atividade própria, não se limitando a conter, como o sentido, representações que só se originam quando somos afetados por coisas (portanto passivos), ele não pode, contudo, extrair de sua atividade outros conceitos a não ser aqueles que servem apenas para submeter a regras as representações sensíveis e assim reuni-las em uma consciência, não podendo pensar em absoluto sem esse uso da sensibilidade. A razão, de modo diverso, mostra sob o nome das idéias uma espontaneidade tão pura que por ela excede em muito tudo o que a sensibilidade possa fornecer ao entendimento; e mostra a sua mais elevada função na distinção que estabelece entre mundo sensível e mundo inteligível, assinalando assim os limites ao próprio entendimento<sup>881</sup>.

Por tudo isso é que um ser racional deve considerar-se a si mesmo como inteligência (isto é, não pela parte de suas forças inferiores), não como pertencendo ao mundo sensível, mas ao inteligível; ter, portanto, dois pontos de vista dos quais pode considerar-se a si próprio e reconhecer leis do uso de suas forças e, por conseguinte, de todas as suas ações: o primeiro, enquanto pertencente ao mundo sensível, sob leis naturais

<sup>879</sup> Como forma de reforçar o respeito ao princípio da legalidade (cf. item 3.4.6), singular é a afirmação de Carlos Martínez-Buján Pérez: “se consegue ofrecer una base sólida sobre la que edificar la teoría jurídica del delito, a saber, la base que proporciona el lenguaje ordinario, de tal manera que la ‘práctica habla por sí misma’ de cara a conseguir *significados estables*. Ni que decir tiene que, merced a este firme anclaje, el principio de legalidad queda plenamente salvaguardado”. (MARÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Prólogo. In: RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 66)

<sup>880</sup> Klaus Günther denomina pessoa de direito o ser humano enquanto destinatário da norma jurídica. (Cf. GÜNTHER, Klaus. Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito? Reflexões sobre a conexão interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa de direito. In: PÜSCHEL, Flavia Portella, MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (org.). *Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito: textos de Klaus Günther*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31)

<sup>881</sup> Immanuel Kant deixa clara a distinção entre entendimento, juízo e razão: “se o entendimento é a faculdade das regras, e o juízo, a faculdade de descobrir o particular como um caso dessas regras, então a *razão* é a faculdade de deduzir, do universal, o particular e de representar este último como necessário e segundo princípios - Pode-se, portanto, explicá-la também mediante a faculdade de *julgar* e (em sentido prático) de *agir* segundo princípios. Para todos os juízos morais (por conseguinte, também para a religião) o ser humano necessita da razão e não pode basear nos dogmas e hábitos introduzidos. - *Idéias* são conceitos da razão, aos quais não pode ser dado adequadamente nenhum objeto na experiência. Não são nem intuições (como as do espaço e do tempo) nem sentimentos (como os busca a doutrina da felicidade), pois que ambos pertencem à sensibilidade, mas conceitos de uma perfeição que sempre se pode aproximar, mas nunca alcançar completamente”. (KANT, Immanuel. *Antropologia de um ponto de vista pragmático*. Tradução de Clélia Aparecida Martins. São Paulo: Iluminuras, 2009, p. 97-98)

(heteronomia)<sup>882</sup>; o segundo, como pertencente ao mundo inteligível, sob o domínio de leis que, independentemente da natureza, não são empíricas, mas se fundamentam unicamente na razão<sup>883</sup>.

A liberdade, como autodeterminação pela razão, refere-se à fundamentação da ação e não à ação em si mesma ou a seu motivo, a seu objeto<sup>884</sup>. A razão faz uso de seus comandos como fiel da balança<sup>885</sup> entre dois pesos, egoísmo e pluralismo.

O egoísmo, associado ao *homo phaenomenon*, diz respeito aos móveis<sup>886</sup>, inclinações, impulsos sensíveis e consiste na união de todas as inclinações, no “*amor de si [Selbstliebe]*”, na “*benevolência [Wohlwollen]* acima de tudo para consigo (*philautia*)”, na “*complacência [Wohlgefallen]* de si próprio

<sup>882</sup> “Quando a vontade busca a lei, que deve determiná-la, em qualquer outro ponto que não na aptidão de suas máximas para sua própria legislação universal, quando, portanto, passando além de si mesma, busca essa lei na natureza de qualquer dos seus objetos, o resultado é sempre a heteronomia. Não é, pois, a vontade que dá a esta a lei. Essa relação, assente na inclinação ou em representantes da razão, não pode tornar possíveis senão imperativos hipotéticos: ‘devo fazer alguma coisa porque quero outra coisa’”. (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 71)

<sup>883</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 85.

<sup>884</sup> Neste sentido, enfatiza Immanuel Kant que “a razão ordena como cabe aos homens agir, mesmo que nenhum exemplo disso possa ser encontrado, e não leva em consideração as vantagens que pudéssemos com isso granjear, o que somente a experiência poderia nos ensinar, pois embora a razão nos permita buscar nossa vantagem de todas as formas possíveis a nós, e possa, inclusive, nos prometer, com o testemunho da experiência, que provavelmente nos será mais vantajoso no conjunto obedecer aos seus comandos do que transgredi-los, especialmente se a obediência for acompanhada de prudência, ainda assim a autoridade de seus preceitos na qualidade de comandos não é baseada nessas considerações”. (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 59)

Em outra passagem, assevera que “se um ser racional deve conceber as suas máximas como leis práticas universais, somente pode concebê-las como princípios que encerram um princípio de determinação da vontade, não segundo a matéria, mas tão-só segundo a forma”. (KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 36)

<sup>885</sup> Nas palavras de Immanuel Kant, os comandos da razão, como conselhos, servem “somente como um contrapeso contra induzimentos para o contrário, a fim de compensar antecipadamente o erro de pesagens tendenciosas na avaliação prática, e somente então assegurar que o peso de fundamentos *a priori* de uma razão pura fará os pratos da balança oscilarem a favor da autoridade de seus preceitos”. (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 59)

<sup>886</sup> Entende-se por móbil (*elater animi*) “o movimento subjetivo determinante da vontade de um ser, cuja razão, em virtude de uma disposição natural, não é necessariamente conforme à lei objetiva”. (KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 82)

(*arrogantia*)<sup>887</sup>. O pluralismo, associado ao *homo noumenon*, é regido pela objetividade e universalidade<sup>888</sup>, é a antítese do egoísmo, é o ser humano enquanto “simples cidadão do mundo”<sup>889</sup>.

O egoísmo pode se ligar somente ao imperativo hipotético<sup>890</sup>, que constitui regras de habilidade, técnicas ou pertencentes às artes (trata dos meios necessários para se alcançar determinado fim, independente deste ser razoável ou bom - é o caso das regras médicas, de trânsito, de envenenamento etc.) ou regras de prudência, pragmáticas ou pertencentes ao bem-estar (trata dos fins de persecução geral pelo ser humano, da busca da felicidade - como é o caso da saúde). Os imperativos hipotéticos possuem certo grau de subjetividade e são contingentes quanto a sua adoção pelos seres humanos<sup>891</sup>.

O pluralismo, por sua vez, liga-se ao imperativo categórico, que possui um mandado (lei) absoluto (regras morais, que pertencem à livre conduta em geral,

---

<sup>887</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 83.

<sup>888</sup> Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 61.

O pluralismo está ligado à liberdade. Como pontua Luc Ferry, “para pensar realmente a moral, é necessário abrir espaço à ideia de liberdade, à noção de escolha, à possibilidade para o ser humano de subtrair-se à lógica natural dos egoísmos! E eis por que, simplesmente, a virtude só poderia residir na vontade boa, ou seja, ao mesmo tempo numa vontade *desinteressada* (o que significa apenas ‘antinatural’: se faço um favor a alguém para receber sua herança, minha ação nada tem de virtuosa) e voltada a um *universal* (ou seja, para o bem comum, o interesse geral, em suma, para o aquilo que só vale para meu caro eu, definido de maneira egoísta ou, o que é a mesma coisa, naturalista). Com essas duas ideias, ambas simples depois que tomamos consciência da revolução rousseauiana (mas incompreensíveis fora dela), recusam-se ao mesmo tempo o eudemonismo antigo (aristocrático, que confunde a virtude com os ‘talentos naturais’) e o eudemonismo moderno (segundo o qual a busca da felicidade é a finalidade da moral)”. (FERRY, Luc. *Kant: uma leitura das três “Críticas”*. 3 ed. Tradução de Karina Jannini. Rio de Janeiro: DIFEL, 2012, p. 100-101)

<sup>889</sup> KANT, Immanuel. *Antropologia de um ponto de vista pragmático*. Tradução de Clélia Aparecida Martins. São Paulo: Iluminuras, 2009, p. 30.

Para Immanuel Kant, o ser humano deve distanciar-se do egoísta *moral*, ou seja, “aquele que reduz todos os fins a si mesmo, que não vê utilidade senão naquilo que lhe serve, e também como eudemonista coloca simplesmente na utilidade e na própria felicidade, e não na representação do dever, o fundamento-de-determinação supremo de sua vontade”. (2009, p. 29-30)

<sup>890</sup> Cf. item 3.2.7.

<sup>891</sup> Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 44-47.

aos costumes<sup>892</sup>), dotado de necessidade, objetividade e universalidade, e que proíbe, determina ou permite determinadas ações<sup>893</sup>.

A ética da responsabilidade considera que no ser humano convivem *homo phaenomenon* e *homo noumenon*. Desta forma, ela visa conduzir exatamente o triunfo do pluralismo sobre o egoísmo, com a razão sendo efetivamente o fiel da balança<sup>894</sup>.

Na ética da responsabilidade, a orientação referente a valor ou axiológico-racional guia-se pelo imperativo categórico, havendo uma identidade entre o primeiro (“age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”) e o segundo (“age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”) imperativos categóricos<sup>895</sup>. A dignidade humana, a humanidade, o ser humano como um fim em si mesmo, limita, restringe a liberdade de ação de cada ser

---

<sup>892</sup> Immanuel Kant esclarece a distinção entre ética, direito e virtude. Segundo ele, “na Antiguidade, ‘ética’ significava a *teoria dos costumes* (*filosofia moralis*) em geral, que também era chamada de *teoria dos deveres*. Mais tarde, pareceu melhor reservar a denominação ‘ética’ a uma parte da teoria dos costumes, nomeadamente à doutrina daqueles deveres que não se enquadram em leis externas (pensou-se ser apropriado chamar isso em alemão de *Tugendlehre*). Por conseguinte, o sistema da doutrina dos deveres em geral é agora dividido no sistema da *doutrina do direito* (*ius*), que se ocupa dos deveres passíveis de serem apresentados por leis externas e no sistema da *doutrina da virtude* (*ethica*), que trata de deveres que não podem ser apresentados assim”. (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 223)

<sup>893</sup> Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 44-47, p. 61, p. 64-65.

<sup>894</sup> Isto é possível devido à liberdade interior do ser humano. Por ela, o ser humano é capaz de “ser o seu próprio senhor num dado caso (*animus sui compos*) e reger a si mesmo (*imperium in semetipsum*), ou seja, submeter os próprios afetos e governar as próprias paixões”. (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 250)

<sup>895</sup> Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 52, p. 59, p. 68.

humano<sup>896</sup>. Exige dele cuidado de si (que exerça *philia* consigo mesmo, evitando com que o *eros* conduza ao egoísmo) e cuidado com o outro (que exerça *philia* e *agapé* com os outros seres humanos), o que promove a ligação do ser humano consigo mesmo e com os outros seres humanos, com a razão gerindo a dialética entre princípio de inclusão e princípio de exclusão<sup>897</sup>.

Como o Direito trata da coexistência das liberdades externas e estas encontram limite na dignidade humana, a lei geral do Direito (“age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal”<sup>898</sup>) integra esta identidade entre o primeiro e segundo imperativos kantianos. Como fruto desta integração, a norma penal é um imperativo categórico e tem como pretensão de validade a dignidade humana<sup>899</sup>.

Já a ação racional referente a fins ou instrumental-racional, na ética da responsabilidade, orienta-se pelo imperativo hipotético. Ela requer, pois, a análise dos meios, fins e consequências da ação ou omissão, que deve ser dirigida pelas regras estipuladas pela razão, pela unificação do primeiro e segundo imperativos categóricos e da lei geral do Direito, ou seja, pela interação com a orientação referente a valor. Exige do ser humano, portanto, que exerça, ao mesmo tempo, reflexividade e reflexão.

A reflexividade deve ser entendida como monitoração do fluxo contínuo de condutas, de interações sociais na vida cotidiana. Mais precisamente, a

---

<sup>896</sup> Cf. KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 61, p. 68.

Ao contrário do que sustentava Giovanni Pico, Conde de Mirândola (“Ó suprema liberalidade de Deus Pai, ó suma e maravilhosa beatitude do homem! A ele foi dado possuir o que escolhesse; ser o que quisesse”) a liberdade possui limite na liberdade, que condiciona o porvir do homem.

<sup>897</sup> Cf. item 3.2.3.

<sup>898</sup> KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 77.

Quanto à lei geral do Direito, Immanuel Kant deixa claro que “a razão diz apenas que a liberdade está limitada àquelas condições em conformidade com sua idéia e que ela pode também ser ativamente limitada por outros; e ela o diz como um postulado não suscetível de prova adicional”. (2008, p. 77)

<sup>899</sup> O preceito primário da norma penal incriminadora contém um imperativo categórico ao proibir ou impor certas ações (cf. KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 64), bem como o contém o preceito secundário da norma penal incriminadora (cf. KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 174-175). Afirma Immanuel Kant, ao tratar da *poena forenses*, que “a lei da punição é um imperativo categórico”. O mesmo ocorre, desta forma, com as normas penais não-incriminadoras permissivas, por o imperativo categórico também tratar da permissão de certas ações, e com as normas penais não-incriminadoras complementares, por referirem-se à aplicação da *poena forenses*.

reflexividade é a “monitoração contínua da ação que os seres humanos exibem, esperando o mesmo dos outros”<sup>900</sup>, sendo que, por meio da linguagem, pode ele alcançar situações não vivenciadas diretamente<sup>901</sup>. A reflexividade, portanto, possibilita o estoque de conhecimento do ser humano de regras a serem seguidas<sup>902</sup>, que deve considerar a face hodierna da sociedade contemporânea.

A sociedade contemporânea, ao mesmo tempo sociedade de risco e sociedade da informação<sup>903</sup>, ao abarcar uma cadeia global, permite que várias culturas<sup>904</sup> convivam em um mesmo espaço, o que não impede a identificação de pontos culturais comuns. Estes consistem na contingência e no leque de possibilidades de escolha.

A contingência é proporcionada pela rapidez na transmissão de informações, pelos rápidos e contínuos avanços científicos e tecnológicos e pelo triunfo do mercado. Desta forma, um leque de possibilidades de escolha no que se refere a um único objeto de decisão é por ela proporcionado. Ao abordar a cultura, Zygmunt Bauman assevera:

(...) “dominar uma cultura” significa dominar uma matriz de permutações possíveis, um conjunto jamais implementado de modo definitivo e sempre inconcluso - e não uma coletânea finita de significações e a arte de reconhecer seus portadores. O que reúne os fenômenos culturais numa “cultura” é a presença dessa matriz, um convite constante à mudança, e não

<sup>900</sup> GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. 3 ed. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 3.

Anthony Giddens desenvolve a teoria da estruturação, isto é, uma teoria social que, com explicação de natureza contextual, se ocupa com as conexões mútuas entre caráter reflexivo da conduta humana, linguagem e interpretação de significado. (Cf. GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. 3 ed. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. XVI-XVII) Nela, os agentes ou atores humanos possuem cognoscitividade, o que significa que “todos os atores sociais possuem um considerável conhecimento das condições e consequências do que fazem em suas vidas cotidianas” (2009, p. 331). Por isto, são agentes intencionais, capazes de alcançar uma racionalização da ação<sup>900</sup>. Esta é concebida por Anthony Giddens como “a capacidade que atores competentes têm de se ‘manterem em contato’ com as bases do que fazem, da forma como o fazem, de tal modo que, se interrogados por outros, podem fornecer razões para suas atividades”. (2009, p. 443) Em outra oportunidade, neste mesmo sentido, afirma que os atores humanos “- também rotineiramente e, na maioria dos casos, sem qualquer alarde - mantêm um contínuo ‘entendimento teórico’ das bases de sua atividade”. (2009, p. 6)

<sup>901</sup> Cf. GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. 3 ed. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 107. Cf., também, item 3.2.6.

<sup>902</sup> Cf. item 3.6.3.

<sup>903</sup> Cf. capítulo I.

<sup>904</sup> Quanto à cultura, “um de seus significados originais é ‘lavoura’ ou ‘cultivo agrícola’, o cultivo do que cresce naturalmente. (...) A partir do idealismo alemão, a cultura assume algo do seu significado moderno de um modo de vida característico”. (EAGLETON, Terry. *A ideia de cultura*. Tradução de Sandra Castello Branco. São Paulo: Editora UNESP, 2005, p. 9, 23)

sua “sistematicidade” - ou seja, não a natureza da petrificação de algumas escolhas (“normais”) e a eliminação de outras (“desviantes”)<sup>905</sup>.

Esta contingência exerce influência na determinação do perigo e do risco. Delineia o perigo a ameaça aos bens jurídico-penais, que pode redundar ou não em um dano (perda) imediato ou em um dano (perda) que se potrai no tempo ou em um dano (perda) projetado no futuro, constatada e factível externamente a cada indivíduo e pertencente ao seu mundo exterior, sejam externas ou internas ao mundo social. O risco, no entanto, pressupõe o perigo, edifica sua essência em uma avaliação das ameaças aos resultados desejados por meio da análise da probabilidade e improbabilidade de dano (perda) que envolve as várias escolhas referentes à contingência das ameaças<sup>906</sup>.

O conhecimento do ser humano do perigo e do risco pauta-se em seu estoque de conhecimento, nas regras extraídas das práticas sociais que possibilitam o alcance do sentido das ações e omissões dos seres humanos em interação social,

---

<sup>905</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Ensaio sobre o conceito de cultura*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 43.

<sup>906</sup> Na concepção de Anthony Giddens, embora estejam intrinsecamente ligados, risco e perigo possuem significados diferentes. Perigo é a “ameaça aos resultados desejados” (GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 42), sendo um pressuposto do risco. Este, por sua vez, alude à maximização, neutralização ou minimização do perigo e lida com a contingência da modernidade. (Cf. 1991, p. 40-43)

Daniela de Freitas Marques, ao diferenciar risco e perigo, trabalha os binômios temor/perigo e angústia/risco. O temor relaciona-se a um mal presente ou futuro e avizinha-se ao perigo, cuja essência consiste na “proximidade do dano que pode ou não se concretizar”. (MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 34) Já o risco aproxima-se da angústia que subentende um despertar da pessoa humana para as escolhas possíveis, e volta-se para a inerência e permanência destas escolhas humanas. Por fim, conclui que “incipiente e genericamente, o perigo concerne ao proibido e o risco, ao permitido”. (2008, p. 34)

Risco e perigo são abordados por Niklas Luhmann em seu livro “*Risk: a sociological theory*”. (Cf. LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. Translated by Rhodes Barrett. New York: Aldine de Gruyter, 1993, p. 1-31) A contingência, que envolve a ideia de perda futura, exerce importância singular na concepção de risco e coloca em realce o papel da decisão humana. No caso do perigo, a potencial perda futura relaciona-se a causas externas atribuídas ao ambiente. No que tange ao risco, a potencial perda futura é consequência da decisão humana, que deve ser pautada em alternativas “claramente distinguíveis a respeito da possibilidade de ocorrência da perda” (p. 23)<sup>906</sup>. É irrelevante, por sua vez, a visão subjetiva dos observadores quanto à perda. (Cf. 1993, p. 16)

Raffaele De Giorgi nega todas estas vinculações<sup>906</sup> e atrela a concepção de risco à noção de construção do futuro. O risco, em seu entendimento, é como “uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidade/improbabilidade”. (DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 197) Acrescenta o autor que “o risco é modalidade de distribuição dos ‘bads’ e não dos ‘goods’”. O risco baseia-se na suportabilidade, na aceitação ou não, na certeza das próprias expectativas”. (1998, p. 198)

considerando que a contingência da sociedade contemporânea sepultou a tradição e a rotinização<sup>907</sup>. O estoque de conhecimento é determinado pela forma de vida do ser humano, pelos contextos sociais em que esteve e está imerso e pela cognoscitividade<sup>908</sup> que neles foi tornada possível<sup>909</sup>.

O leque de possibilidades de escolha exige que o ser humano efetue, com base no seu estoque de conhecimento, uma reflexão acerca do risco (risco permitido e risco proibido<sup>910</sup>) que envolve sua ação ou omissão em face da lesividade (lesão ou ameaça de lesão) a bens jurídico-penais.

A reflexão é “o estado de espírito em que nos dispomos a descobrir as condições subjetivas pelas quais podemos chegar a conceitos”<sup>911</sup>. Ela permite a interação das representações fornecidas ao entendimento e à razão e está

---

<sup>907</sup> A rotinização é “o caráter habitual e assente da maior parte das atividades da vida social cotidiana; a preponderância de estilos e formas de condutas familiares”. (GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. 3 ed. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 444)

Anthony Giddens deixa claro que “a rotina funda-se na tradição, costume ou hábito”. (2009, p. 101)

<sup>908</sup> Cognoscitividade é “tudo que os atores sabem (crêem) acerca das circunstâncias de sua ação e da de outros, apoiados na produção e reprodução dessa ação incluindo tanto o conhecimento tácito quanto o discursivamente disponível”. (GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. 3 ed. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 440)

<sup>909</sup> José Francisco de Faria Costa alia perigo com juízo de experiência e interação social: “o que torna possível dizer-se que há perigo sempre que, através de um juízo de experiência, se possa afirmar que a situação em causa comportava uma forte probabilidade de o resultado desvalioso se vir a desencadear ou a acontecer. (...) Toda e qualquer situação é perigosa em relação a um referencial: pressupõe, irrefragavelmente, um outro elemento. O perigo é também nesta medida um juízo essencialmente relacional. O que determina que a noção de perigo tenha sempre de ser apreciada na contextualidade situacional”. (COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 600-601) Cabe ressaltar que para Immanuel Kant, a experiência tem “seu território na natureza como conjunto de todos os objetos dos sentidos”. (KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade de julgar*. Tradução de Daniela Botelho B. Guedes. São Paulo: Ícone, 2009, p. 18)

Daniela de Freitas Marques afirma que “o perigo, como construção cognitiva e social, alia a vivência à observação” e que “o risco é tecido na sociedade e, portanto, tão cambiante quanto as necessidades, os interesses e os desejos humanos”. (MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 34, 360)

<sup>910</sup> O risco é inerente à sociedade contemporânea, como sociedade de risco e sociedade da informação. Somente a prática social é capaz de identificar aqueles que são riscos permitidos e aqueles riscos que são proibidos, sempre tendo como norte os bens jurídico-penais. Como ressalta Daniela de Freitas Marques, “o risco assenta-se na cultura e na história de cada comunidade e de cada sociedade e, portanto, é mutável porque agregado a valores”. (MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 360)

<sup>911</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 248. O conhecimento de um objeto possui dois elementos: a intuição é o elemento pelo qual o objeto é dado; o pensamento, o elemento pelo qual o objeto é pensado. (Cf. 2003, p. 136, p. 237). O conceito, que deve estar presente em todo conhecimento, é “algo universal e que serve de regra”. (2003, p. 136)

associada à faculdade de julgar<sup>912</sup>. Esta é “a faculdade de conceber o particular como contido no universal”<sup>913</sup>. A faculdade de julgar reflexionante é aquela pela qual do particular previamente dado alcança-se o universal (regra, princípio, lei)<sup>914</sup>.

O entendimento, graças à possibilidade de suas leis *a priori* para a natureza, nos dá uma prova de que esta só é conhecida por nós como fenômeno, com o qual alude ao mesmo tempo a um substrato suprassensível da mesma, mas deixando-o totalmente indeterminado. A faculdade de julgar, graças ao seu princípio *a priori* do juízo da natureza, segundo possíveis leis especiais da mesma, proporciona ao seu substrato suprassensível (o mesmo dentro que fora de nós) uma possibilidade de determinação por meio da faculdade intelectual; em contrapartida, a razão, graças à sua lei prática *a priori*, dá-lhe a determinação, e desse modo a faculdade de julgar torna possível a passagem da jurisdição do conceito de natureza à do conceito de liberdade<sup>915</sup>.

A reflexão está também interconectada com o pensamento ampliado e com o senso comum<sup>916</sup>. Para Immanuel Kant, o pensamento alargado (“pensar colocando-se no lugar do outro”<sup>917</sup>) deve dirigir a faculdade de julgar reflexionante. O resultado da faculdade de julgar reflexionante que, guiado pelo pensamento alargado, submete o egoísmo ao pluralismo é o senso comum<sup>918</sup>.

<sup>912</sup> A faculdade de conhecer é gerida pelo entendimento, que a provém de leis, e aplica-se à natureza; a faculdade de desejar tem suas leis prescritas pela razão e aplica-se à liberdade; a faculdade de julgar, por sua vez, é um membro intermediário entre estas faculdades, permitindo sua ligação (Cf. KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade de julgar*. Tradução de Daniela Botelho B. Guedes. São Paulo: Ícone, 2009, p. 12, p. 21, p. 43) Nas palavras de Immanuel Kant, a faculdade de julgar permite “uma passagem da pura faculdade de conhecer, isto é, da jurisdição dos conceitos da natureza, para a jurisdição do conceito de liberdade, assim como no uso lógico torna possível a passagem do entendimento para a razão”. (2009, p. 23)

<sup>913</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade de julgar*. Tradução de Daniela Botelho B. Guedes. São Paulo: Ícone, 2009, p. 24.

<sup>914</sup> Cf. KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade de julgar*. Tradução de Daniela Botelho B. Guedes. São Paulo: Ícone, 2009, p. 24.

<sup>915</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade de julgar*. Tradução de Daniela Botelho B. Guedes. São Paulo: Ícone, 2009, p. 42.

<sup>916</sup> Cf. FERRY, Luc. *Kant: uma leitura das três “Críticas”*. 3 ed. Tradução de Karina Jannini. Rio de Janeiro: DIFEL, 2012, p. 160-167.

<sup>917</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade de julgar*. Tradução de Daniela Botelho B. Guedes. São Paulo: Ícone, 2009, p. 144. (Cf. item 3.2.3)

<sup>918</sup> Atrela Immanuel Kant sentido e senso comum. Sentido é a “faculdade de julgar quando, mais que sua reflexão, é observável o resultado desta”. Senso Comum (*sensus communis*), por sua vez, é “a ideia de um sentido comunitário, quer dizer, de uma faculdade de julgar que em ideia (*a priori*) se atém em sua reflexão ao modo de representação dos demais, com o objeto de ajustar, por assim dizer, à razão humana total seu juízo, subtraindo-se assim à ilusão que, procedente de condições pessoais subjetivas, facilmente confundíveis com as objetivas, poderia ter sobre o juízo uma influência perniciososa”. (KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade de julgar*. Tradução de Daniela Botelho B. Guedes. São Paulo: Ícone, 2009, p. 143)

A ética<sup>919</sup> da responsabilidade, assim, exige que a razão determinante da ação ou omissão do ser humano seja a dignidade humana, o cuidado de si e o cuidado com o outro<sup>920</sup>, com o ser humano, com base em sua reflexividade e reflexão, antecipando as consequências de suas ações ou omissões, cujo risco é a esta inerente na sociedade contemporânea, com o desiderato de não lesão ou ameaça de lesão a bens jurídico-penais. Afeita à liberdade externa e à ação externa em uma perspectiva relacional, a ética da responsabilidade aplicada ao Direito, assim como ocorre com a moral em sentido amplo, implica o amor, referente ao fim do outro, e o respeito, relacionado com o direito do outro<sup>921</sup>.

Esta antecipação das consequências deve ser pautada na probabilidade, ou seja, as consequências podem ocorrer, isoladamente ou pela conjunção de circunstâncias a elas favoráveis, em face de regras sociais passíveis de incorporação no estoque de conhecimento pela reflexividade. Como assevera Ludwig Wittgenstein, o conhecimento está assentado na experiência<sup>922</sup> e no reconhecimento<sup>923</sup>, envolve regras

---

<sup>919</sup> A expressão “ética” utilizada por Max Weber (Cf. WEBER, Max. A política como vocação. In: WEBER, Max. *Ensaios de Sociologia*. 5 ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1982, p. 144-151, e item 3.2.7) coincide com a “moral em sentido amplo” de Immanuel Kant. (Cf. KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 63-64)

<sup>920</sup> Cf. itens 3.2.3, 3.2.7, 3.3.4, 3.4.2. Não se pode olvidar a identidade entre o primeiro e segundo imperativos e a lei geral do Direito kantianos.

<sup>921</sup> Consoante Immanuel Kant, “todas as relações morais de seres racionais que envolvem um princípio de harmonia da vontade de um com a de outro são reduzíveis a *amor e respeito*; e, na medida em que este princípio seja prático, no caso do amor, a base para determinar a vontade de um é reduzível ao *fim* do outro, e no caso do respeito, ao *direito* do outro”. (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 330) (Grifos do autor)

Como já afirmado, amor e cuidado estão em simbiose (cf. item 3.2.3). Daniela de Freitas Marques, por sua vez, sustenta que o cuidado implica responsabilidade: “A *teia de cuidados*, fundada no saber jurídico e no saber ético tradicionais, somente encontra significação caso seja fundamentada na responsabilidade. A *responsabilidade* é o *cuidado*, reconhecido como *dever*”. (MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 40) (Grifos do autor)

<sup>922</sup> “Assim, o propósito da frase <<Eu sei>> poderia ser indicado aquilo em que podem confiar em mim; porém a utilidade deste sinal deve brotar da *experiência*”; “É como se <<Eu sei>> não tolerasse qualquer ênfase metafísica”; “Com efeito, como é que uma criança pode duvidar imediatamente daquilo que lhe ensinam? Isso só pode significar que ela era incapaz de aprender certos tipos de jogos de linguagem”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Tradução de Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 161, p. 137, p. 85) (Grifo do autor)

<sup>923</sup> “O conhecimento é, em última instância, baseado no reconhecimento”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Tradução de Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 109)

sociais<sup>924</sup>, exige jogos de linguagem<sup>925</sup>, não conduz à certeza<sup>926</sup> e requer julgamento<sup>927</sup>. Logo, considerando a capacidade de controle do ser humano, que requer que ele seja encarado como *homo phaenomenon* e *homo noumenon* simultaneamente, no que tange à omissão penalmente relevante, a situação de perigo, o sentido esperado e a evitação do resultado devem ser apreciados em uma perspectiva *ex ante*<sup>928</sup>.

A intersubjetividade está presente, portanto, seja no ser humano como co-legislador das normas penais, ao requerer que elas sejam oriundas de um processo de entendimento e paute-se em práticas sociais, seja no ser humano como

---

<sup>924</sup> “Assim como, no respeitante à escrita, aprendemos uma certa forma básica das letras e depois fazêmo-lo variar mais tarde, também aprendemos primeiro a estabilidade das coisas como sendo a norma que depois está sujeita a alterações”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Tradução de Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 135)

<sup>925</sup> “<<Uma proposição empírica pode ser *testada*>> (dizemos nós). Mas como? E através de que?”; “Realmente pretendo dizer que um jogo de linguagem só é possível se confiarmos nalguma coisa (não disse <<podemos confiar nalguma coisa>>”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Tradução de Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 45; p. 143) (Grifo do autor)

<sup>926</sup> “Por outro lado, o jogo de linguagem muda com o tempo”; “<<Saber>> e <<certeza>> pertencem a diferentes *categorias*. Não são dois <<estados mentais>> como, por exemplo, <<supor>> e <<estar seguro>> (aqui, parto do princípio de que é significativo para mim dizer <<eu sei o que, por exemplo, significa a palavra <<dúvida>> e que esta frase indica que a palavra <<dúvida>> desempenha um papel lógico). Aquilo que nos interessa agora não é estar seguro mas saber. Isto é, interessa-nos o facto de que não pode existir qualquer dúvida acerca de certas proposições empíricas, se é de facto possível formular juízos. Ou ainda: estou inclinado a crer que nem tudo que tem a forma de uma proposição empírica o é”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Tradução de Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 79, p. 89) (Grifo do autor)

<sup>927</sup> “Aprendi uma enorme quantidade de coisas e aceitei-as na base de autoridade de homens; depois achei que algumas dessas coisas se confirmavam e outras não, de acordo com a minha própria experiência”; “Como é que alguém decide qual é a sua mão direita e a sua mão esquerda? Como é que sei que o meu juízo estará de acordo com o de outra pessoa? Como sei que esta cor é azul? Se não confio *em mim próprio* nisto, porque confiaria na capacidade de julgar de outra pessoa? Há um por quê? Não deverei eu começar a confiar nalgum ponto? Isto é: num certo ponto tenho de começar a não duvidar; e isso não é, por assim dizer, apressado ainda que desculpável: faz parte do acto de julgar”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Tradução de Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 57, p.55) (Grifos do autor)

<sup>928</sup> Cf. itens 3.4.5 e 3.6.3.

destinatário da norma, em razão da ética da responsabilidade<sup>929</sup>. E esta intersubjetividade é alcançada pela linguagem, mais precisamente pela linguagem ordinária.

Immanuel Kant e Ludwig Wittgenstein possibilitam a remissão à linguagem ordinária ao entenderem ações e omissões e o que a elas está ligado por meio de regras<sup>930</sup>. O primeiro liga a regra ao entendimento, juízo, conceito, *a priori*, princípios, imperativos (hipotéticos e categóricos) e faculdade de julgar reflexionante<sup>931</sup>. Para o segundo, o sentido, o significado só pode ser alcançado considerando o “seguir uma regra”<sup>932</sup>. Além do mais, Immanuel Kant concebe o

---

<sup>929</sup> Luc Ferry, ao tratar da conexão entre reflexão, senso comum e pensamento alargado, também reflete esta intersubjetividade: o ponto central é “*a ligação de um sentimento particular e de uma ideia universal realizada pela reflexão, tendo em vista estabelecer uma comunicação direta entre os indivíduos, um senso comum não conceitualmente fundado*”. (FERRY, Luc. *Kant: uma leitura das três “Críticas*”. 3 ed. Tradução de Karina Jannini. Rio de Janeiro: DIFEL, 2012, p. 162) (Grifos do autor)

Esta intersubjetividade não está vinculada ao entendimento, conforme entende Jürgen Habermas ao sustentar que “los agentes, al seguir normas, adoptan una actividad realizativa (*performative*) y se orientan por el entendimiento obtenido con los otros”. (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Cátedra, 2001, p. 238)

Assiste razão a Rainer Zaczky ao pontuar que “mediante el derecho se proporcionan las formas en las que se desarrolla la vida social mediante acciones individuales” (ZACZYK, Rainer. *Sobre a posición de garante de los funcionarios*. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Compilado por Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 333), sendo a afirmação válida mesmo diante da imprescindibilidade de entender a ação individual em termos de interação social.

<sup>930</sup> Maria Clara Dias também estabelece uma compatibilidade entre Immanuel Kant e Ludwig Wittgenstein. Para ela, “nossas sensações ou experiências subjetivas em geral devem envolver critérios públicos de discriminação, o que elimina o suposto caráter privado a nossa linguagem acerca das mesmas. (...) Nosso argumento poderia ser então resumido nas seguintes etapas: Premissa: Capacidade de discriminar estados subjetivos ou sensações. Qualquer discriminação supõe critérios públicos. Critérios públicos devem ser ao menos potencialmente comunicáveis. Logo: Nossa linguagem acerca de estados subjetivos ou sensações deve ser ao menos potencialmente comunicável. Torna-se, portanto, implausível a defesa de uma linguagem privada”. (DIAS, Maria Clara. *Kant e Wittgenstein - Os limites da linguagem*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000, p. 120-121)

<sup>931</sup> Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 44-47, p. 85; KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 44-45, 136; KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 27; KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 65; KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade de julgar*. Tradução de Daniela Botelho B. Guedes. São Paulo: Ícone, 2009, p. 24; KANT, Immanuel. *Antropologia de um ponto de vista pragmático*. Tradução de Clélia Aparecida Martins. São Paulo: Iluminuras, 2009, p. 97-98.

<sup>932</sup> Cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. p. 113-114, p. 173, p. 179; GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Tradução de Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 313.

Direito em perspectiva interacional<sup>933</sup>, perspectiva esta identificada com a concepção de relação social de Max Weber<sup>934</sup> que, por sua vez, se liga à linguagem pelo “seguir uma regra”<sup>935</sup>.

A máxima é um princípio subjetivo, uma regra de conduta resultante da confrontação dos fundamentos, condições subjetivas do ser humano com o princípio objetivo ou lei prática, que converte ações em deveres válidos para todo ser racional<sup>936</sup>. Logo, a máxima do ser humano pode ser consoante à lei penal ou consistir em sua transgressão, com o crime sendo sua regra<sup>937</sup>. O Direito Penal, partindo da ação externa que lesiona liberdade externa, incumbe-se de, por meio da análise do fim (observância ou inobservância da ética da responsabilidade), atingir a máxima da omissão do ser humano para verificar se ela é contrária ao dever imposto pela lei penal<sup>938</sup>. Uma máxima com observância da lei penal é um mérito; já uma máxima com sua inobservância, um demérito que implica infligência de uma

---

<sup>933</sup> Cf. KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 77.

<sup>934</sup> Cf. WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p. 16; item 3.2.1.

<sup>935</sup> Cf. WINCH, Peter. *Ciência social y filosofía*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1972, p. 29-36, p. 46-51; item 3.2.7.

<sup>936</sup> Cf. KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 67; KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 27.

<sup>937</sup> Salienta Immanuel Kant que “o criminoso pode cometer sua má ação ou com fundamento numa máxima que tenha assumido como regra objetiva (de validade universal), ou apenas como uma exceção à regra (isentando ele mesmo dela ocasionalmente). Neste último caso, *ele apenas se desvia* da lei (ainda que intencionalmente); pode simultaneamente abominar sua transgressão e, sem formalmente renunciar à obediência da lei, apenas desejar contorná-la. No *primeiro* caso, contudo, ele rejeita a própria autoridade da lei, cuja validade não pode ainda negar diante de sua própria razão, e torna sua regra o agir contrariamente à lei”. (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 164) (Grifos do autor)

<sup>938</sup> Sobre a relação entre fim e dever, cf. KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 226.

pena<sup>939</sup>.

O fundamento da responsabilidade penal pela omissão penalmente relevante seja omissão simples seja omissão qualificada é, portanto, a liberdade - entendida por meio da identidade entre o primeiro imperativo (lei universal), segundo imperativo (dignidade humana) categóricos e a lei geral do Direito (coexistência das liberdades externas) kantianos, que redundam na ética da responsabilidade.

#### 4.4 Omissão simples ou omissão própria

Não há, na omissão simples ou omissão própria, ser humano na posição de garante, ou seja, não há uma especial vinculação com a proteção de bem jurídico-penal estabelecida pelo ser humano em uma interação social.

A omissão simples pode ocorrer seja em uma interação social direta seja em uma interação social indireta entre omitente e vítima<sup>940</sup>.

No primeiro caso, a ética da responsabilidade considera uma orientação-pelo-Tu, na qual um ser humano reconhece o outro como

---

<sup>939</sup> Fernando Miró LLinares, ao tratar da incorporação da doutrina da imputação à teoria do delito na esteira de Joachim Hruschka e de Pablo Sánchez-Ostiz, pontua a imputação de mérito e demérito no Direito Penal, sendo o efeito jurídico do demérito a pena. (Cf. MIRÓ LLINARES, Fernando. *La imputación penal*. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva. In: MIRÓ LLINARES, Fernando, POLAINO-ORTS, Miguel. *La imputación penal a debate*. Uma confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs. Lima: Ara Editores, 2010, p. 39)

Luc Ferry sustenta que, apesar das tentativas de se abandonar a noção de mérito, de Spinoza a Nietzsche, tal escopo não foi alcançado: “qual é o spinozista ou o nietzschiano que nunca fez um julgamento moral sobre o outro? Gostaria que me apresentassem, pois pessoalmente nunca encontrei um e duvido sinceramente que ele exista... (...) Querendo ou não, a noção de mérito só tem sentido numa ótica moderna, antinaturalista e presa à idéia de livre-arbítrio. Pensando bem, veremos, com efeito, que ela sempre supõe a liberdade como poder de resistir à natureza em nós, como faculdade de agir de maneira desinteressada”. (FERRY, Luc. *Kant: uma leitura das três “Críticas”*. 3 ed. Tradução de Karina Jannini. Rio de Janeiro: DIFEL, 2012, p. 105)

Nas próprias palavras de Immanuel Kant, “se alguém realiza *mais* em matéria de dever do que o que pode ser constrangido pela lei a realizar, o que realiza é *meritório* (*meritum*); se o que realiza é precisamente o que a lei exige, ele realiza o *que é devido* (*debitum*); finalmente, se o que realiza é *menos* do que aquilo que a lei exige, é moralmente *culpável* (*demeritum*). O efeito *legal* do que é culpável é a *punição* (*poena*)”. (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 70) (Grifos do autor)

<sup>940</sup> Cf. itens 3.2.1 e 3.2.2. Não se pode olvidar que o ser humano é o núcleo mínimo de todo bem jurídico-penal. (Cf. item 3.3)

semelhante<sup>941</sup>, com a liberdade externa de um coexistindo com a liberdade externa do outro ao não considerar seu semelhante como coisa e sim dotado da mesma dignidade<sup>942</sup>, empreendo um cuidado com o outro, sobretudo, com o uso do pensamento alargado. Neste caso, a omissão simples é um crime comum e tutela bem jurídico-penal individual. Seu caso clássico é o crime de omissão de socorro (CP, Art. 135)<sup>943</sup>.

Já no segundo caso, a ética da responsabilidade abarca uma orientação-pelo-Eles, que se insere em uma interação social entre contemporâneos, em uma interação social mediata<sup>944</sup>. A omissão simples está relacionada com bem jurídico-

---

<sup>941</sup> A orientação-pelo-Tu pode ser “unilateral ou recíproca. Ela será unilateral se apenas um de nós perceber a presença do outro. Ela será recíproca se estivermos mutuamente conscientes um em relação ao outro. Desse modo está constituída uma relação face a face orientado-pelo-Tu (ou relações sociais diretamente experienciadas)”. (SCHUTZ, Alfred. *Sobre fenomenologia e relações sociais*. Edição e organização de Helmut T. R. Wagner. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 203)

<sup>942</sup> Adverte Alfred Schutz que “uma ‘orientação-pelo-Tu’ é o modo puro segundo o qual eu estou consciente de outro ser humano enquanto uma pessoa. Eu já passo a estar ‘orientado-pelo-Tu’ a partir do momento em que eu reconheço uma entidade que experiencio diretamente como um semelhante (como um Tu), atribuindo-lhe vida e consciência. Entretanto, é preciso dizer que não se trata de um *juízo* consciente. Trata-se de uma experiência pré-predicativa na qual eu me torno consciente em relação a um semelhante *enquanto uma pessoa*. A orientação-pelo-Tu pode, portanto, ser definida como a intencionalidade daqueles Atos mediante os quais o Ego apreende a existência da outra pessoa no modo do *self* original. Cada uma dessas experiências externas no modo do *self* original pressupõe a presença real da outra pessoa e a minha percepção dela estando ali”. (SCHUTZ, Alfred. *Sobre fenomenologia e relações sociais*. Edição e organização de Helmut T. R. Wagner. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 202) (Grifos do autor)

<sup>943</sup> “Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte”. (BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal, com redação da parte geral dada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2013)

<sup>944</sup> Relações sociais mediatas ou derivadas “são aquelas em que o eu do outro nunca se torna acessível ao parceiro enquanto unidade. O outro aparece somente como um eu parcial, como o originador desses ou daqueles atos, com quem eu não compartilho um presente vivido. (...) Fazemos a transição da experiência social direta para a indireta apenas seguindo esse espectro de vivacidade decrescente. Os primeiros passos além do domínio da imediatez são marcados por uma diminuição no número de percepções que eu tenho da outra pessoa e um estreitamento das perspectivas a partir das quais eu a percebo”. (SCHUTZ, Alfred. *Sobre fenomenologia e relações sociais*. Edição e organização de Helmut T. R. Wagner. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 236-237)

penal supraindividual<sup>945</sup> e requer que o omitente seja devidamente caracterizado ou possua deveres diversos dos deveres de garante, sendo, portanto, crime especial.

Apoiado em Immanuel Kant e sua noção de Estado, Rainer Zaczyk afirma que o papel deste está adstrito ao desenvolvimento da liberdade dos cidadãos, o que não configura um dever de proteção e vigilância paternalista<sup>946</sup>. O Estado é um reforço da liberdade de cada cidadão, fundado na razão e constituído pelo Poder Legislativo, incumbido da elaboração de leis, pelo Poder Executivo, responsável pela configuração da realidade, e pelo Poder Judiciário, competente da aplicação concreta do Direito. Na vida cotidiana, estes três poderes estão voltados para a garantia da liberdade do cidadão, de seus direitos<sup>947</sup>. Enquanto os funcionários públicos estão dirigidos para a proteção e vigilância de bem jurídico-penal supraindividual, não ocupam eles uma posição de garante, já que estão voltados para contemporâneos e focados em tipos ideais

---

<sup>945</sup> Diante da teoria do bem jurídico-penal aqui adotada (cf. item 3.3), salutar é a afirmação de Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde quanto à teoria personalista: “para esta teoría, los bienes jurídicos de la comunidad sólo se pueden reconocer en la medida en que - mediatamente - sean también intereses de la persona. Así, por ej., reconoce: - las falsedades documentales no como delitos contra la seguridad del tráfico jurídico, sino como delitos contra la totalidad de los participantes en esse tráfico y, por tanto, de los interesados en los médios probatorios. - el falso testimonio o la acusación y denuncia falsas como delitos contra una Administración de Justicia concebida como una función para investigar ordenadamente los asuntos que incumben a las personas relacionadas con ella; - el medio ambiente en el delito ecológico como el conjunto de las condiciones vitales de las personas y no como la pureza del agua o del aire como tales, etc, etc”. (HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 109)

<sup>946</sup> Cf. ZACZYK, Rainer. Sobre a posición de garante de los funcionarios. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Compilado por Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 326.

<sup>947</sup> Cf. KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008, p.153-158.

Segundo Rainer Zaczyk, “el planteamiento de Kant, la fuerza conceptual de esta ‘trias política’ se consigue al deducirla este autor de un paralelismo con la deducción práctica racional del mismo sujeto, esto es, de la manera en que un individuo llega a la comprensión de lo correcto para su próprio actuar: volviéndose hacia la realidad de su vida, elevando esta última a lo general y llegando, entonces, a una resolución. Así pues, los poderes del Estado y su división no se derivan de una definición funcional en um sentido simple, ni tampoco se han de considerar simplemente como un equilibrio de poder sino que están fundados en la razón. Así, también se puede decir entonces que el derecho del individuo recibe su forma solamente de la vinculación de los tres poderes. En cambio, el contenido o la materia de este derecho (por ejemplo, vida, integridad física, propiedad em todas sus distinciones) se concreta y hace realidad em las ejecuciones de acciones de la vida cotidiana” (ZACZYK, Rainer. Sobre a posición de garante de los funcionarios. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Compilado por Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 330)

pessoais<sup>948</sup>. Em caso de inobservância do dever de proteção e vigilância, responderão por omissão simples. É o caso, por exemplo, do crime de prevaricação (CP, Art. 319), do crime de omissão de dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar (CP, Art. 319-A) e do crime de fuga de pessoa presa ou submetida à medida de segurança (CP, Art. 351)<sup>949</sup>.

#### 4.5 Omissão qualificada ou omissão imprópria

##### 4.5.1 Omissão qualificada descrita no tipo de ação e comissão por omissão

O que diferencia a omissão qualificada ou omissão imprópria da omissão simples ou omissão própria é precisamente a posição de garante.

Giovanni Fiandaca e Enzo Musco definem a posição de garante, com referência a um nexo de dependência na proteção de um bem jurídico-penal, como “um especial vínculo de tutela entre um sujeito garante e um bem jurídico, determinado pela incapacidade (total ou parcial) do titular de protegê-lo autonomamente”<sup>950</sup>.

<sup>948</sup> Aqui se contrasta com Rainer Zaczyk. Apesar de considerar que “el actuar de un funcionario se nutre de la pretensión de hacer realidad la generalidad objetiva”, admite ele posição de garante de um funcionário, nos limites de sua função, no caso da omissão está diretamente relacionada com um bem estatal: “existen ámbitos que solamente se constituyen mediante el contexto estatal y cuya conservación y garantía incumbe al mismo Estado, por ejemplo, la actividad de castigo, la jurisprudencia, el poder ejecutivo considerado en sí mismo. (...) Entre estos ámbitos se podría contar también la conservación del medioambiente”. (ZACZYK, Rainer. *Sobre a posición de garante de los funcionarios*. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Compilado por Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 330-331, p. 335-336)

<sup>949</sup> “Art. 351 - Promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida a medida de segurança detentiva: Pena - detenção, de seis meses a dois anos. §1º - Se o crime é praticado a mão armada, ou por mais de uma pessoa, ou mediante arrombamento, a pena é de reclusão, de dois a seis anos. §2º - Se há emprego de violência contra pessoa, aplica-se também a pena correspondente à violência. §3º - A pena é de reclusão, de um a quatro anos, se o crime é praticado por pessoa sob cuja custódia ou guarda está o preso ou o internado. §4º - No caso de culpa do funcionário incumbido da custódia ou guarda, aplica-se a pena de detenção, de três meses a um ano, ou multa”. (BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal, com redação da parte geral dada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2013)

<sup>950</sup> “(...) uno speciale vincolo di tutela tra un soggetto garante ed un bene giuridico, determinato dall'incapacità (totale o parziale) del titolare a proteggerlo autonomamente”. (FIANDACA, Giovanni, MUSCO, Enzo. *Diritto penale*. Parte generale. Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1990, p. 336) Acrescentam Giovanni Fiandaca e Enzo Musco que “la funzione specifica della posizione di garante è rivolta a riequilibrare la situazione di inferiorità (in senso lato) di determinati soggetti, attraverso l'instaurazione di um <<rapporto di dipendenza>> a scopo protetivo”. (1990, p. 336)

Fica claro que deve existir uma interação social entre o ser humano e o titular do bem jurídico-penal a ser protegido. Esta interação social pode ser direta, face a face, como é o caso de mãe e filho, ou indireta, estabelecida por meio de um tipo ideal, como é o caso do fabricante de um produto e seus consumidores.

O bem jurídico-penal a ser protegido deve ser bem jurídico-penal individual (vida, integridade física, liberdade individual, honra, patrimônio, dignidade sexual etc.)<sup>951</sup>. Desta forma, quando o funcionário público, geralmente, associado com a proteção de bem jurídico-penal supraindividual, está incumbido, nos limites de sua função, da proteção de bem jurídico-penal individual, ocupa uma posição de garante<sup>952</sup>.

---

<sup>951</sup> Günther Stratenwerth, Ferrando Mantovani, Alcides Munhoz Netto e Juarez Tavares são mais restritivos. Consoante Günther Stratenwerth, “parece adecuado limitar el deber de garante a la defensa ante graves peligros para la vida, la salud u otros bienes jurídicos personales, en tanto, en el caso concreto, no se haya asumido de modo expreso o concluyente un cuidado más amplio”. (STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*. Parte general I. El hecho punible. 4 ed. totalmente reelaborada. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 472)

Segundo Ferrando Mantovani, “certa doctrina italiana há considerado que tal obligación debía limitarse unicamente a la tutela de los bienes *vida e integridade individual*. Sin embargo, no parece que pueda ser compartida esta tesis debido a los inaceptables resultados que produce al excluir de la obligación de garantía la tutela de todos los bienes distintos a los mencionados, aunque se trate: a) de bienes fundamentales personales (por ejemplo, libertad, integridad sexual) o de bienes patrimoniales; b) *obligaciones* de garantía *ex lege* (de los padres, de los miembros de las fuerzas de policía, de los administradores de sociedades) o *ex contracto*, por lo que no deberían responder por haber participado en los delitos, no impedidos, del secuestro del empresario sus guardas de seguridad, del hurto el vigilante de la casa o del banco y del delito de daños el encargado de la alimentación del ganado que provoca la muerte del mismo al no alimentarlo”. MANTOVANI, Ferrando. La obligación de garantía reconstruida a luz de los principios de la legalidad, de solidaridad, de libertad y de responsabilidad personal. In: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, p. 487-488)

Para Alcides Munhoz Netto, “a jurisprudência e a doutrina, cada vez que se referem aos delitos impróprios de omissão, tem em mente bens jurídicos de considerável valor, como a vida e a integridade física. Quanto aos demais é raro apelar-se à mesma construção, sempre que seja possível enquadrar-se a conduta outra tipicidade”. (MUNHOZ NETTO, Alcides. *Os crimes omissivos no Brasil*. Comunicação ao XIII Congresso Internacional de Direito Penal. Curitiba: Fundação da Universidade Federal do Paraná, 1983, p. 30)

Juarez Tavares afirma, por sua vez, que “afora os *casos de responsabilidade expressa*, ou de deveres legais, só terá sentido uma incriminação da omissão imprópria, quando se tratar de *delitos contra a vida, a integridade corporal e a liberdade* (incluída a liberdade sexual), cujos objetos jurídicos, por sua natureza e pelas consequências, necessitam de uma imediata e oportuna intervenção protetiva por parte do sujeito, que não pode ser postergada para não se tornar inócua”. (TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 346)

<sup>952</sup> Assevera Rainer Zaczyk que “en la medida en que los funcionarios han asumido una especial función de protección (maestros en una excursión de la clase, agentes de protección personal de la policía), se insertan en la posición de proximidad y confianza que fundamenta una posición de garante”. (ZACZYK, Rainer. Sobre la posición de garante de los funcionarios. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Compilado por Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 335)

O nexu de dependência exige uma proximidade entre os seres humanos, ditada pela necessidade de proteção de bem jurídico-penal e estabelecida por causas naturais (como é o caso de uma mãe incumbida de proteger o filho menor de uma enxurrada inesperada) ou por interações sociais (como é o caso do instrutor de asa delta - interação social pontual - e do fabricante de automóvel com o proprietário do carro, em face de um perigo gerado por uma peça com defeito, perigo este que chegou a seu conhecimento - interação social duradoura)<sup>953</sup>.

A proteção do bem jurídico-penal torna-se necessária quando, em uma situação determinada, em face de uma situação de perigo, preexistente ou não<sup>954</sup>, o ser humano encontra-se incapacitado total (por exemplo, recém-nascido em interação social com sua mãe) ou parcialmente (por exemplo, ser humano sem habilidades especiais para nadar em interação social com um campeão de natação), de empreender sua proteção de forma autônoma. Quanto a esta incapacidade, deve-se considerar o âmbito de liberdade de cada ser humano que, sempre dotado de capacidade de controle e capacidade de coordenar seus movimentos corporais mediante sentido, está apto a empreender a proteção de seus próprios bens jurídico-penais nos limites por elas traçados<sup>955</sup>. Entretanto, mesmo o ser humano dotado destas capacidades pode, em situações específicas, como exemplificadas, não possuir a capacidade de autoproteção ou possui-la de maneira

---

<sup>953</sup> Rainer Zaczyk, após defender esta relação de proximidade entre seres humanos, corretamente enfatiza que “el fundamento de esta relación de proximidad es personal-preestatal y se encuentra en el ámbito del actuar jurídico-responsável del individuo mismo”. (ZACZYK, Rainer. Sobre la posición de garante de los funcionarios. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Compilado por Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 332)

<sup>954</sup> Enrique Gimbernat Ordeig reduz a posição de garante aos casos de vigilância de um foco de perigo preexistente. (Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Ensayos penales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1999, p. 248-249)

Em sentido contrário, Claus Roxin admite a posição de garante tanto em face de uma situação de perigo pré-existente ou não. (Cf. ROXIN, Claus. Causalidad y posición de garante en los delitos de omisión impropia. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos, CUERDA RIEZU, Antonio, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, ALCÁCER GUIRAO, Rafael, MARISCAL DE GANTE, Margarita Valle (coord.). *Estudios em homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II. Madrid: EDISOFER, 2008, p. 1554-1555)

<sup>955</sup> Adverte Rainer Zaczyk que os deveres de garante são “consecuencia del hecho de que en derecho no se puede - por así decirlo - hacer trabajar a cualquier otro por la conservación del próprio círculo jurídico”. (ZACZYK, Rainer. Sobre la posición de garante de los funcionarios. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Compilado por Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 332)

reduzida<sup>956</sup>.

A posição de garante requer, portanto, dependência do atuar de outro ser humano, em uma interação social, na proteção do bem jurídico-penal e a confiança neste atuar, determinada pelas capacidades de controle e de coordenação de movimentos corporais mediante sentido deste ser humano.

Uma posição de garante somente está fundamentada quando se pode afirmar que existe uma verdadeira dependência do atuar do garante, de tal maneira que seu atuar possa ser tido como seguro na prática da vida. Em tal caso, existe também uma pretensão jurídica a sua atividade e o indivíduo não está somente em sua necessidade, como pode confiar no atuar do outro<sup>957</sup>.

Como o Direito possui como função permitir a coexistência das liberdades

---

<sup>956</sup> Enfatiza Claus Roxin que “el que en muchos casos cada uno sea capaz de autoprotegerse, no impede que puedan necesitar ayuda urgente cuando no puedan ayudarse a sí mismos (por ejemplo en caso de un ataque de apoplejía, un infarto o un accidente peligroso para la vida)”. (ROXIN, Claus. Causalidad y posición de garante en los delitos de omisión impropia. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos, CUERDA RIEZU, Antonio, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, ALCÁCER GUIRAO, Rafael, MARISCAL DE GANTE, Margarita Valle (coord.). *Estudios em homenagem a Enrique Gimbernat*. Tomo II. Madrid: EDISOFER, 2008, p. 1553)

<sup>957</sup> “Una posición de garante solamente está fundamentada cuando se puede afirmar que existe una verdadera dependencia del actuar del garante, de tal manera que su actuar se puede tener en cuenta como seguro en la puesta en práctica de la vida. En tal caso, también existe una pretensión jurídica a su actividad y el individuo no está solo en su necesidad, sino que puede confiar en el actuar del otro”. (ZACZYK, Rainer. Sobre la posición de garante de los funcionarios. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Compilado por Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 332) (Tradução livre)

externas e o crime é uma lesão ou ameaça de lesão à liberdade externa<sup>958</sup>, a necessidade de proteção de bem jurídico-penal por um garante requer, igualmente, a análise da autorresponsabilidade do ser humano titular deste bem jurídico-penal. Mediante sua capacidade de controle, deve ser ele capaz de identificar uma situação de perigo a seu bem jurídico-penal, seja ou não por ele provocada. Caso assuma a probabilidade de lesão ou ameaça de lesão de seu bem jurídico-penal resultante desta situação de perigo, restringe esta a sua liberdade e não ofende liberdade externa alheia, o que exclui qualquer responsabilidade penal, inclusive, daquele ser humano que está na posição de garante do bem jurídico-penal

---

<sup>958</sup> Para Rainer Zaczyk, “el injusto doloso es aquella supresión de libertad ajena concretizada que el autor pone por obra conscientemente; el injusto imprudente es la degradación da libertad ajena concretizada a una existencia casual, pese a que el autor podría haber dominado el peligro comportándose conforme a deber. De este modo, el injusto está caracterizado, al igual que el derecho, de manera interpersonal”. (ZACZYK, Rainer. Injusto jurídico-penal y la autorresponsabilidad del lesionado. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Compilado por Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 312). Esta visão de dolo e culpa ligados à liberdade alheia é complementada por sua normatização empreendida por Tomás Salvador Vives Antón: “definida la intención (el dolo), normativamente, se restablece la simetría y el esquema conceptual se torna congruente. Simplificando, pudiera decirse que, definido el dolo como compromiso con la acción antinormativa, la imprudencia queda delimitada por una doble ausencia de compromiso: por la ausencia de ese “compromiso con el resultado típico”, en que el dolo consiste, y por la ausencia de un compromiso normativamente exigido con la evitación de la lesión (la infracción del deber de cuidado). El tema de la imprudencia no es - no puede ser, como no puede ser el del dolo - el de si hubo o no representación - algo que no podemos saber - ; sino, más bien, el de determinar la gravedad de la infracción del deber de cuidado cometida por el autor, para lo que resultará decisivo determinar sus competencias teóricas y prácticas y sus capacidades de autodirección y autocontrol”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 258-259)

Liberdade e linguagem requerem “seguir uma regra” e esta envolve um compromisso.

envolvido<sup>959</sup>.

A “omissão qualificada descrita no tipo de ação” tem lugar quando a posição de garante integra textualmente o tipo de ação, ou seja, a posição de garante está descrita textualmente no tipo de ação. Além dos crimes de abandono de incapaz (CP, Art. 133), de abandono material (CP, Art. 244) e de abandono intelectual (CP, Art. 246)<sup>960</sup>, pode-se citar como exemplos o crime de maus tratos

---

<sup>959</sup> Aquelle que não respeitar a ética da responsabilidade no que tange à proteção de seu próprio bem jurídico-penal não está abarcado pela tutela jurídico-penal. A autorresponsabilidade é fruto do desrespeito da ética da responsabilidade, restringindo-se ao cuidado de si no caso de autolesão, por tratar a si próprio como objeto, ou alcançando o cuidado de si e o cuidado com o outro no caso de heterocolocação em perigo, por não tratar a si e ao outro como fim. Como defende Rainer Zaczyk, com base kantiana, “autorresponsabilidad en el sentido del derecho es solamente un segmento, basado en la libertad, de un amplio espacio de autodeterminación y ser-uno-mismo [*Selbstsein*]. (...) Para nuestro tema es importante mostrar el significado de la autorresponsabilidad en la relación interpersonal: la libertad del otro se constituye mediante el comportamiento práctico-correcto. (...) La unidad de la persona en derecho, que es la base indisoluble de todo derecho (y que, en consecuencia, el mismo derecho no puede dividir) sería destruida si la persona concreta se le opusieran sus propios bienes como algo separado de ella y, de este modo, se contemplara una lesión de los bienes por su propio titular como injusto (¿inferido él?)”. (ZACZYK, Rainer. *Injusto jurídico-penal y la autorresponsabilidad del lesionado*. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Compilado por Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 262-263, p. 267)

Já advertia Jesús-María Silva Sánchez, que, pela autorresponsabilidade, o ser humano tem o dever de adotar medidas possíveis, razoáveis, usuais e exigíveis na proteção de seus bens jurídicos. Uma vez não adotadas estas medidas pelo próprio titular do bem jurídico, desaparece a necessidade e merecimento de tutela penal, não existindo, igualmente, necessidade ou merecimento de pena (Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la “víctimo-dogmática”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Ano 9, nº 34, p. 163-194, abril/junho de 2001, p. 172-174)

<sup>960</sup> Cf. item 4.2.

(CP, Art. 136)<sup>961</sup> e o crime de tortura (Lei 9455/97, Art. 1º, §2º)<sup>962</sup>.

Já na comissão por omissão, a posição de garante presente no contexto do substrato conductual possibilita a identidade entre ação e omissão no tipo de ação enunciado de forma exclusivamente comissiva. Em face da ação e omissão serem significado social, interpretação do comportamento humano determinada por regras sociais, torna-se dispensável a previsão em cada tipo de ação enunciado de forma comissiva da possibilidade de sua prática por meio de omissão<sup>963</sup>.

As legislações penais, por não se filiarem à semântica do uso, trabalham em nível de equiparação entre ação e omissão. Assim é o §13 do Código Penal

<sup>961</sup> “Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa. §1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de um a quatro anos. §2º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de quatro a doze anos. §3º - Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos”. (BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal, com redação da parte geral dada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2013)

<sup>962</sup> “Art. 1º Constitui crime de tortura: I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena - reclusão, de dois a oito anos. §1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal. §2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos. §3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos. §4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço: I - se o crime é cometido por agente público; II - se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos; III - se o crime é cometido mediante sequestro. §5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada. §6º O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. §7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do §2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”. (BRASIL. Lei 9.455, de 7 de abril de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9455.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2013)

<sup>963</sup> Apesar de reconhecer a importância do sentido social para a omissão penalmente relevante, Juarez Tavares considera indispensável que o legislador indique, com absoluta precisão, os elementos que permitem a equiparação entre ação e omissão. (Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 342, p. 344)

Esta mesma exigência de previsão em cada crime de resultado da possibilidade de comissão por omissão é apresentada por José Cerezo Mir (Cf. CEREZO MIR, José. *Derecho penal*. Parte general. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Lima, PE: ARA Editores, 2007, p. 1141)

alemão<sup>964</sup>, o Art. 40 do Código Penal italiano<sup>965</sup>, o Art. 11 do Código Penal espanhol<sup>966</sup>, o Art. 10 do Código Penal português<sup>967</sup> e o Art. 13, §2º, do Código Penal brasileiro<sup>968</sup>. Estas cláusulas de equiparação, no entanto, representam apenas cláusulas-limite na determinação da posição de garante por não serem capazes de abarcar a realidade social em sua complexidade

<sup>964</sup> “§13. **Comisión por omisión.** (1) Quien omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produjera, y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una acción. (2) La pena puede disminuirse conforme al §49, inciso 1”; “§49. **Causas legales especiales de atenuación.** (1) Si se prescribe una atenuación conforme a este precepto o se autoriza, entonces para la atenuación rige lo siguiente: 1. En lugar de pena privativa de la libertad perpetua entra se aplica una pena privativa de la libertad no menor de tres años. 2. En los casos de pena privativa de la libertad temporal se permite imponer como máximo tres cuartos del máximo impuesto. En los casos de multa rige lo mismo que para el número máximo de los importes diarios. 3. El aumento del mínimo de una pena privativa de la libertad se disminuye - en los casos de un mínimo de diez o de cinco años a dos años, - en los casos de un mínimo de tres o de dos años a seis meses - en los casos de un mínimo de un año a tres meses, - en los restantes casos al mínimo legal. (2) Si el tribunal permite, conforme a una ley que a este precepto remita, atenuar la pena según su criterio, entonces el tribunal puede reducir hasta el mínimo de la pena conminada o en vez de pena privativa de la libertad imponer una multa”. (LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Código penal alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 8, p. 15-16. Disponível em: <[http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp\\_de\\_es.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf)>. Acesso em: 05 nov. 2013)

<sup>965</sup> “Art. 40 - **Rapporto di causalità** - Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione. Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”. (*Código Penal italiano*. Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/codigoitaliano.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2013)

<sup>966</sup> “**Artículo 11.** Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”. (*Código Penal espanhol*. Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/codigospanhol.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2013)

<sup>967</sup> “**Artigo 10º. Comissão por acção e por omissão.** 1 - Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei. 2 - A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado. 3 - No caso previsto no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada”. (*Código Penal português*. Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/codigoportugues.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2013)

<sup>968</sup> “Art. 13. (...) **Relevância da omissão.** §2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal, com redação da parte geral dada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2013)

e contingência<sup>969</sup>.

Inadmissível, em face da identidade entre ação e omissão, a previsão de atenuação da pena prevista no §13 do Código Penal alemão e Art. 10.1 do Código Penal português ou a aplicação de atenuante inominada prevista no Art. 66 do Código Penal brasileiro<sup>970 971</sup> na comissão por omissão. Como adverte Jesús-María Silva Sánchez, a comissão por omissão possui uma identidade estrutural e normativa com a comissão por omissão alcançada por meio do garante como uma barreira de contenção de riscos a bem jurídico-penal<sup>972</sup>.

#### 4.5.2 Evolução da posição de garante

<sup>969</sup> Também consideram estas cláusulas de equiparação previstas na legislação penal como cláusulas-limite Alcides Munhoz Netto (MUNHOZ NETTO, Alcides. *Os crimes omissivos no Brasil*. Comunicação ao XIII Congresso Internacional de Direito Penal. Curitiba: Fundação da Universidade Federal do Paraná, 1983, p. 29), Juarez Tavares (Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 344-345) e Tomás Salvador Vives Antón (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 618)

Jacobo Dopico Gómez-Aller considera o Art. 11 do Código Penal espanhol uma cláusula interpretativa autêntica. Para ele, “la omisión comisiva es subsumible directamente en el tipo, y la cláusula del artículo 11 establece restricciones adicionales en el caso de delitos de resultado. (...) La llamada postura <<normativista>>, *unicamente entendida como posición dialéctica* ante una errónea <<ontologización>> de conceptos penales (lo que es decir: ante la falacia naturalista, que es una errónea derivación de consecuencias jurídicas desde meros hechos de la naturaleza) parece la opción más razonable: el <<matarse>>, el <<produjere>> o el <<causare>> del tipo penal deben interpretarse como estructuras normativas de imputación (<<irrogare>>, <<infligiere>>), y no como <<el que estableciere entre los tejidos de su cuerpo y el resultado una relación físico-natural de causalidad en sentido newtoniano>>. (DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. <<Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica>>. *Revista de derecho penal y criminología*. Madrid: Facultad de Derecho Universidad Nacional de Educación a Distancia, Marcial Pons. 2ª Época, n. extraordinario 2, p. 279-315, Diciembre 2004, p. 309, p. 313)

<sup>970</sup> “Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei” (BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal, com redação da parte geral dada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2013)

<sup>971</sup> Defende esta proposta Juarez Tavares, “independentemente da cláusula da equivalência e tendo em vista a diversidade de conteúdo de injusto entre os delitos omissivos e comissivos, é de se adotar também a proposta de Nitze, que é céptico quanto aos efeitos da cláusula da equivalência, mas que postula por uma necessária separação entre omissão e ação no âmbito da punibilidade, no sentido de agregar àquela uma obrigatória diminuição de pena, quando se tratar de omissão dolosa, e uma facultativa diminuição para fatos omissivos culposos. Essas formas de atenuação, obrigatória nos fatos dolosos e facultativa nos fatos culposos, correspondem ao princípio da culpabilidade e podem ser inseridas nos elementos do art. 66 do Código Penal”. (TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 349)

<sup>972</sup> Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 471-473.

Segundo Jesús-María Silva Sánchez, “si los delitos de comisión por omisión han de ser castigados de modo igual que los de comisión activa, entonces tienen que mostrar la misma estructura”. (2006, p. 471)

#### 4.5.2.1 Teoria clássica, tradicional ou formal

A teoria clássica, tradicional ou formal da posição de garante se atém às fontes do dever de garante.

Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach é o precursor desta teoria. Para ele, a omissão está ligada a uma obrigação originária do cidadão, sendo que “o crime omissivo sempre pressupõe um especial fundamento jurídico (lei ou contrato), que dá base à obrigatoriedade da comissão. Sem isto, não pode haver nenhum crime por omissão”<sup>973</sup>. A estas duas fontes do dever de garante, lei e contrato, foi acrescentada a ingerência, situação de perigo criada por ação precedente, por Stübel<sup>974</sup>. Coube a Westphal ligar aos deveres de garante (lei, contrato e ingerência) o dever de agir para evitar o resultado<sup>975</sup>.

Franz von Liszt considera a omissão penalmente relevante quando a omissão é antijurídica, ou seja, quando não há obediência ao dever jurídico de agir. Este resulta, na omissão imprópria, de preceito positivo, penal ou extrapenal, de ordem jurídica e de ação precedente que indica a atividade posterior como esperada<sup>976</sup>.

Edmund Mezger também adere à teoria formal da posição de garante. O dever de garante possui fundamentação: a) de preceito jurídico, ordem de superior hierárquico e direito consuetudinário<sup>977</sup>; b) de especial aceitação por negócio

<sup>973</sup> “(...) el crimen omisivo siempre presupone un especial fundamento jurídico (ley o contrato), que da base a la obligatoriedad de la comisión. Sin esto no puede haber ningún crimen por omisión”. (FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Traducción al castellano de la 14 ed. alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 57) (Tradução livre)

<sup>974</sup> Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Parte Geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1 ed. brasileira e 2 ed. portuguesa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 934.

<sup>975</sup> Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 313.

<sup>976</sup> Cf. LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899 (LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Prefácio de Edson Carvalho Vidigal. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial e Superior Tribunal de Justiça, 2006. Coleção história do direito brasileiro. Direito Penal), p. 208-209.

<sup>977</sup> “FRANK considera fundamentado consuetudinariamente el deber del conductor de detenerse o desviarse en los casos de inminente peligro, así como el principio, con frecuencia sustentado en la práctica de los Tribunales, de que el poseedor de un automóvil está en la obligación de intervenir cuando el chofer conduzca el vehículo a velocidad excesiva”. (MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Nueva edición, revisada y puesta al día por Jose Arturo Rodrigues Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 303)

jurídico, contrato, conduta conclusiva ou gestão de negócio sem encargo prévio<sup>978</sup>; c) de um fazer precedente que origina o perigo de produção do resultado<sup>979</sup>.

A preocupação com as fontes do dever de garante resulta da obediência estrita ao princípio da legalidade<sup>980</sup>. A equiparação da omissão à ação na omissão imprópria só pode ocorrer mediante uma cláusula de equiparação que remeta às fontes do dever de garante. É o que justificativa a redação do Art. 11 do Código Penal espanhol e do Art. 13, §2º, do Código Penal brasileiro.

Alcides Munhoz Netto, comentando o Art. 13, §2º, do Anteprojeto de Código Penal de 1981, que, mais tarde, se transformou em lei (Lei 7.209, de 11 de julho de 1984), alterando a Parte Geral do Código Penal, afirma que, apesar de sua imperfeição, “constituindo-se em simples indicação genérica orientadora”<sup>981</sup>, conduz ele a um respeito ao princípio da legalidade e à segurança jurídica. A alínea *a* abarca lei em sentido estrito, com o direito consuetudinário podendo ser utilizado somente se por ela confirmado, e as instituições do matrimônio, família, pátrio poder, tutela e curador, bem como agentes policiais<sup>982</sup>. A alínea *b* abrange, inclusive, as situações em que o contrato seja nulo. A alínea *c*, por sua vez, consagra o princípio do *neminem laedere*, não requer que o comportamento anterior seja antijurídico e torna-se efetivo quando “o autor toma conhecimento do risco decorrente de seu comportamento anterior”<sup>983</sup>.

<sup>978</sup> Por exemplo, “el comienzo de una operación quirúrgica sobre una persona privada ya del conocimiento fundamenta el deber del médico de continuarla, siendo responsable criminalmente de las consecuencias de la omisión”. (MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Nueva edición, revisada y puesta al día por Jose Arturo Rodrigues Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 309-310)

<sup>979</sup> Cf. MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Nueva edición, revisada y puesta al día por Jose Arturo Rodrigues Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 302-316.

<sup>980</sup> Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Parte Geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1 ed. brasileira e 2 ed. portuguesa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 934-935; MUNHOZ NETTO, Alcides. *Os crimes omissivos no Brasil*. Comunicação ao XIII Congresso Internacional de Direito Penal. Curitiba: Fundação da Universidade Federal do Paraná, 1983, p. 25-27.

<sup>981</sup> MUNHOZ NETTO, Alcides. *Os crimes omissivos no Brasil*. Comunicação ao XIII Congresso Internacional de Direito Penal. Curitiba: Fundação da Universidade Federal do Paraná, 1983, p. 29.

<sup>982</sup> Defende Alcides Munhoz Netto que “a consolidação jurídica é indispensável, a fim de que se evite perigosa ampliação dos deveres, através de fórmulas vagas, como a da estreita comunhão de vida”. (MUNHOZ NETTO, Alcides. *Os crimes omissivos no Brasil*. Comunicação ao XIII Congresso Internacional de Direito Penal. Curitiba: Fundação da Universidade Federal do Paraná, 1983, p. 28)

<sup>983</sup> MUNHOZ NETTO, Alcides. *Os crimes omissivos no Brasil*. Comunicação ao XIII Congresso Internacional de Direito Penal. Curitiba: Fundação da Universidade Federal do Paraná, 1983, p. 29.

#### 4.5.2.2 Teoria moderna, material ou material-funcional

A teoria moderna ou material da posição de garante liga-se a concepções materiais do dever de garante.

Armin Kaufmann foi o responsável pelo desenvolvimento da teoria material da posição de garante por meio de sua teoria das funções<sup>984</sup>. Ao garante cabe a proteção de bem jurídico, com deveres de proteção e assistência ou deveres de segurança e controle. Aos primeiros, corresponde a função de proteção de bem jurídico concreto contra lesão ou ameaça de lesão proveniente de ataque de todo gênero, com destaque para as posições de garante pautadas em lei e contrato. Aos segundos, a função de supervisão de fontes de perigo determinadas de forma a proteger bem jurídico que pelo perigo possa ser alcançado, o que ocorre “quase sempre nos casos de ingerência e para os perigos que surgem no âmbito social de domínio de uma pessoa, assim como nas posições de garante derivadas de relações de confiança especiais”<sup>985</sup>.

Quanto ao tipo penal, Claus Roxin classifica os crimes em crime de ação, no qual há uma descrição da ação e suas características, e crime de dever, em que o imprescindível é a infração das exigências de um papel social<sup>986</sup>. Esta bipartição, com ponto de partida normativo,

(...) consegue trazer à tona a realidade social, que subjaz a toda diferenciação dogmática, de forma surpreendente. Nos delitos de dever, há esferas de vida já organizadas (as relações entre gestor de patrimônio e mandante, vigia e preso, advogado e cliente) cuja funcionalidade deve ser protegida pelos tipos; nos delitos de ação, o autor, vindo de fora (por ex.,

<sup>984</sup> Cf. KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción de la segunda edición alemana (Gotinga, 1980) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 289-290.

Fazendo referência específica a Claus Roxin, Günther Jakobs e Bernd Schünemann, Jorge de Figueiredo Dias afirma que “a doutrina alemã mais recente apresenta diversas variantes desta teoria central de Armin Kaufmann, as quais, todavia, em nosso entender, não a modificam no essencial”. (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Parte Geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1 ed. brasileira e 2 ed. portuguesa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 937)

<sup>985</sup> (...) casi siempre en los supuestos de injerencia y para los peligros que surgen en el ámbito social de dominio de una persona, así como en las posiciones de garante derivadas de relaciones de confianza especiales”. (KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción de la segunda edición alemana (Gotinga, 1980) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 290) (Tradução livre)

<sup>986</sup> Sobre papel social, cf. item 2.8.

através de um homicídio, roubo, violação de correspondência, gravações secretas em fita etc.) irrompe em esferas que ele deveria deixar intocadas<sup>987</sup>.

Tanto o crime de ação quanto o crime de dever podem ser praticados por meio de ação e omissão. No crime de dever, basta a infração de um dever oriundo de um papel social<sup>988</sup>. Já no crime de ação, a equivalência entre ação e omissão requer que crime de dever esteja introduzido no tipo de crime de ação, o que dá lugar ao crime de dever oculto ou crime de ação impróprio. Neste, o dever é extrapenal e o “significado de fazer ou não fazer é definido unicamente pelas relações sociais, e é através delas que obtém a sua relevância para o tipo”<sup>989</sup>.

Günther Jakobs divide o dever de garante em dever em virtude de reponsabilidade por organização, afeito ao crime de domínio, e dever em virtude de responsabilidade institucional, que está presente no crime de infração de dever<sup>990</sup>. O primeiro é dever negativo; o segundo, dever positivo<sup>991</sup>.

O dever negativo engloba: a) o dever de asseguramento de trânsito, que determina que “a zona de atrito da organização própria com a organização alheia deve estar configurada de forma socialmente

<sup>987</sup> ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 35.

<sup>988</sup> Sobre o papel social, cf. item 2.8. Exemplifica Claus Roxin: “se o vigia que deseja ajudar o preso a libertar-se abre a porta da cela violando o seu dever por uma ação positiva, ou se em oposição às regras ele deixa de trancá-la, não faz diferença alguma para o tipo do §346 do StGB. Da mesma forma, pouco importa se o advogado pratica seu patrocínio infiel através de manobras ativas ou de omissão de medidas necessárias”. (ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 36-37)

<sup>989</sup> ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 38.

No caso de crime de dever oculto, há a realização do tipo, por exemplo, “se o médico mata pela injeção de uma dose exagerada ou por sua total omissão, se o agulheiro provoca a colisão dos trens pela errônea modificação das agulhas ou por as manter intocadas”. (2002, p. 37-38)

Juarez Tavares, com referência ao tomo II do “Derecho penal. Parte General” (2003) de Claus Roxin, afirma que para este “a equiparação da omissão à ação só pode ser afirmada quando um agir, desde o início, esteja implantado no desdobramento de uma norma social”. (TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 139)

<sup>990</sup> Cf. JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. Parte general - fundamentos y teoría de la imputación. 2 ed. corregida. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 970-971.

<sup>991</sup> Sobre dever negativo e positivo, cf. item 2.8.2.

adequada”<sup>992</sup>; b) o dever procedente de assunção, que ocorre quando a organização do outro diminui sua proteção, sua segurança<sup>993</sup>; c) dever de salvamento, que tem lugar nos casos de ingerência em esfera alheia, tendo como regra “quem dá causa a um risco especial tem de arcar também com deveres de salvamento”<sup>994</sup> e não somente quando alguém dá causa a uma ação precedente antijurídica.

A construção de um mundo comum é a essência do dever positivo. Este é derivado das instituições<sup>995</sup> e abrange: a) relação pai e filho e seus substitutos, em um padrão mínimo de cuidado; b) matrimônio<sup>996</sup>; c) confiança especial, como no caso de comunidade de perigo; d) relações estatais de poder, como sistema prisional; e) fins estatais, como a função policial e a administração da justiça<sup>997</sup>.

Para Bernd Schünemann, a pessoa possui domínio absoluto sobre seu corpo, o que possibilita uma relação entre este e o movimento corporal com relevância penal. A equiparação entre ação e omissão ocorre nos delitos de resultado, com a imputação objetiva da ação e da omissão obedecendo ao princípio geral de imputação do domínio, real e atual, sobre o fundamento do resultado. O fundamento do resultado subdivide-se em fundamento sobre uma causa essencial

---

<sup>992</sup> JAKOBS, Günther. *Ação e omissão no direito penal*. Dois estudos de Günther Jakobs. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 9.

Adverte Günther Jakobs que “o dever de asseguramento do trânsito como posição de garantidor se estende no âmbito dos crimes de omissão desde o dever de controlar o próprio corpo, passando pelos deveres de controle de máquinas que se usem, dos automóveis, moradias, animais, etc, até o dever de controle de instalações fabris, vias férreas, linhas de alta tensão e outros”. (2003, p. 9-10)

<sup>993</sup> “Pense, por exemplo, nas hipóteses nas quais se leva uma pessoa de idade de uma calçada pouco movimentada a outra com muitos passantes, ou de prometer que se vai chamar um veículo de resgate que se não fosse por essa promessa teria sido chamado por outra pessoa”. (JAKOBS, Günther. *Ação e omissão no direito penal*. Dois estudos de Günther Jakobs. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 10)

<sup>994</sup> JAKOBS, Günther. *Ação e omissão no direito penal*. Dois estudos de Günther Jakobs. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 14.

<sup>995</sup> Sobre as instituições, cf. item 2.8.

<sup>996</sup> Incluem os deveres de “evitar aquellos peligros para la vida, la integridade, la libertad, el honor y otros bienes personalísimos que no han sido queridos responsablemente por el cónyuge”. (JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. Parte general - fundamentos y teoría de la imputación. 2 ed. corregida. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 997)

<sup>997</sup> Cf. JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. Parte general - fundamentos y teoría de la imputación. 2 ed. corregida. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 994.

do resultado, que se refere ao controle de uma fonte de perigo, e fundamento sobre a desproteção da vítima, ligada à proteção de um bem jurídico<sup>998</sup>.

Enrique Gimbernat Ordeig sustenta que está na posição de garante quem possui uma especial vinculação com os bens jurídico-penais que podem ser lesionados ou ameaçados de lesão. Como o perigo é o fundamento da responsabilidade na omissão, ocorre a omissão imprópria quando a omissão de quem está na posição de garante tenha como consequência a transformação de uma fonte de perigo de permitida em ilícita ou a “não redução dos níveis juridicamente tolerados quando dito foco (por ação de um terceiro ou de uma causa material) os tiver excedido”<sup>999</sup>. As medidas protetivas devem ser destinadas a focos de perigo preexistentes, o que reduz o campo de incidência da expressão posição de garante<sup>1000</sup>.

#### 4.5.2.3 Teoria material-formal ou mista

<sup>998</sup> Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Traducción de la edición alemana (Gotinga, 1971) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, catedráticos de Derecho Penal de la Universidad de Extremadura (Cáceres). Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 277-285, p. 287-291, p. 326-328.

Adverte Bernd Schünemann que a estruturação do fundamento sobre uma causa especial do resultado e fundamento sobre desproteção da vítima “coincide en alguna medida con la clasificación de las posiciones de garante, hoy en auge, en las de control de una fuente de peligro y las de protección de un bien jurídico, y pone de manifiesto su justificación lógica-objetiva; pero en comparación con ella presenta la ventaja de que con el elemento del dominio ya se ha resultado un fundamento de la posición de garante que reside na naturaleza de las cosas. ¡El deber de garante juridicopenal no es más que una consecuencia de esta relación pre-juridico-penal!” (2009, p. 288)

<sup>999</sup> “(...) la no reconducción a los niveles juridicamente tolerados cuando dicho foco (por la acción de un tercero o de una causa material) los hubiera desbordado”. (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión). *Revista Brasileira de Ciências Criminales*. São Paulo, Ano 11, n. 44, p. 34-62, jul./set. de 2003, p. 51) (Tradução livre) Afirma Enrique Gimbernat Ordeig que sua concepção de foco de perigo não coincide exatamente com a sustentada por Armin Kaufmann: “considero que existe una de peligro capaz de generar una comisión por omisión si el vigilante (o garante) no aplica las medidas de precaución preceptivas, tanto cuando se trata de una fuente que puede menoscabar bienes jurídicos *en principio indeterminados* (la no bajada de las barreras en un passo a nivel puede suponer la muerte o lesiones de *cualquier* ocupante de un automóvil que vaya a cruzar cuando pasa *cualquier* ocupante de un automóvil que vaya a cruzar cuando pasa el tren), como cuando se trata de un *bien jurídico determinado* - aquí discrepo del concepto de KAUFMANN de fuente de peligro - que, por su desamparo, se ha convertido en una fuente de peligro que exige protección (un niño pequeño es una fuente de peligro *para sí mismo* que debe ser vigilada, por ejemplo, dándole de comer, ya que él es incapaz de alimentarse)”. (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Ensayos penales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1999, p. 249) (Grifos do autor)

<sup>1000</sup> Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Ensayos penales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1999, p. 248-249.

A teoria material-formal da posição de garante consiste na combinação das fontes e concepções materiais dos deveres de garante<sup>1001</sup>.

Para Hans Welzel, a posição de garante, parte extralegal do tipo, “é uma especial e estreita relação vital unida intimamente com o bem jurídico lesionado”<sup>1002</sup>. Seus fundamentos são construídos doutrinária e jurisprudencialmente, podendo-se identificar, ao lado da lei, contrato e ingerência, a especial relação de lealdade<sup>1003</sup>, que engloba comunidade de vida, comunidade de perigo e dever de esclarecimento<sup>1004</sup>.

Günter Stratenwerth também considera, como complementar as fontes (lei, contrato e ingerência), uma concepção material do dever de garante (dever de proteção e dever de controle ou asseguramento), que se assenta em comunidade de perigo assumida voluntariamente, âmbito de domínio do indivíduo (responsabilidade pelo estado de coisas, responsabilidade devido à uma posição de autoridade exercida em uma empresa e responsabilidade pelo produto) e estreita comunidade de vida<sup>1005</sup>.

---

<sup>1001</sup> Pontua Ferrando Mantovani que a teoria formal foi adotada tradicionalmente na Itália, que a teoria material surgiu na Alemanha no pós-Primeira Guerra Mundial e nela continua prevalecendo e que a teoria material-formal é a que prepondera atualmente na doutrina italiana. (Cf. MANTOVANI, Ferrando. La obligación de garantía reconstruida a luz de los principios de la legalidad, de solidaridad, de libertad y de reponsabilidad personal. In: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, p. 484-486)

<sup>1002</sup> “(...) es una especial y estrecha relación vital, unida intimamente con el bien jurídico lesionado”. (WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11 ed. e 4 ed. castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 251) (Tradução livre)

<sup>1003</sup> Cf. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11 ed. e 4 ed. castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 251-259.

<sup>1004</sup> Os deveres de esclarecimento ocorrem, por exemplo, em negócios bancários e de seguros, e são “deberes de aclaración desarrollados por la jurisprudência en el ámbito de relaciones comerciales estrechas, en los cuales una parte depende en especial de la honradez de la otra”. (WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11 ed. e 4 ed. castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 258)

<sup>1005</sup> Cf. STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*. Parte general I. El hecho punible. 4 ed. totalmente reelaborada. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 459-475.

Quanto à estreita comunidade de vida, Günter Stratenwerth defende que só pode ser aceita como fundamento de um dever de garante se conciliada com outro causa dever de garante. (2008, p. 472)

Ferrando Mantovani restringe as fontes do dever de garante à lei extrapenal<sup>1006</sup> e ao contrato, sendo que estas devem ser associadas às obrigações de proteção, de controle e impedimento de delitos como espécies de obrigações de garantia<sup>1007</sup>.

A teoria material-formal é igualmente defendida por Jorge de Figueiredo Dias<sup>1008</sup>, André Lamas Leite<sup>1009</sup> e Juarez Estevam Xavier Tavares<sup>1010</sup>, que aliam a função de proteção de bem jurídico concreto e de supervisão de fontes de perigo com as fontes do dever de garante (lei, contrato e ingerência).

Para Juarez Estevam Xavier Tavares, a lei como fonte do dever de garantidor (CP, Art. 13, §2º, alínea a) inclui norma extrapenal (por exemplo, a Constituição, o Código Civil e as leis profissionais) e norma penal (por exemplo, o dever de garantidor presente no crime de maus tratos), bem como se refere a deveres de vigilância em caso de subordinados, deveres de cuidado, proteção e vigilância na relação de ascendentes e descendentes (CC, Art. 932<sup>1011</sup>; CR/88, Art.

<sup>1006</sup> Para ele, a lei penal é excluída por restringir-se a impor a obrigação de atuar e por possuírem “una función meramente sancionadora de obligaciones de garantia originariamente previstas ya por leyes extrapenales”. (MANTOVANI, Ferrando. La obligación de garantia reconstruida a luz de los principios de la legalidad, de solidaridad, de libertad y de reponsabilidad personal. In: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminologia*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, p. 490)

<sup>1007</sup> Cf. MANTOVANI, Ferrando. La obligación de garantia reconstruida a luz de los principios de la legalidad, de solidaridad, de libertad y de reponsabilidad personal. In: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminologia*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, p. 490-498.

Em seu manual, Ferrando Mantovani apenas remete os crimes omissivos impróprios ao artigo 40 do Código Penal italiano. (Cf. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Parte generale. 3 ed. Pádova: CEDAM, 1992, p. 168-169)

<sup>1008</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Parte Geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1 ed. brasileira e 2 ed. portuguesa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 938 e ss.

<sup>1009</sup> LEITE, André Lamas. *As <<posições de garantia>> na omissão impura*. Em especial, a questão da determinabilidade penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 192 e ss.

<sup>1010</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 319.

<sup>1011</sup> “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia”. (BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2013)

227, §6<sup>o1012</sup>) e na relação entre cônjuges (CC, Art. 1.566, inc. III<sup>1013</sup>; CC, Art. 1.571, inc. III; CR/88, Art. 226, §§ 3<sup>o</sup> e 6<sup>o1014</sup>)<sup>1015</sup>. O contrato e a assunção fática de responsabilidade como fontes do dever de garantidor (CP, Art. 13, §2<sup>o</sup>, alínea *b*) requerem a manifestação efetiva de proteção e o início do exercício desta função. A assunção fática de responsabilidade abarca a vida em comunidades fechadas (por exemplo, convivência íntima de pessoas), o exercício comum de atividades (por exemplo, alpinismo, rali não competitivos), a relação médico-paciente (bastando que o médico concorde com o tratamento do paciente), a assunção de posições de proteção (por exemplo, ajudar um cego em sua travessia da rua) e o exercício de funções ou serviços públicos em razão da aceitação de suas incumbências (como é o caso de agentes policiais e funcionários encarregados da proteção ambiental). Finalmente, a ingerência (CP, Art. 13, §2<sup>o</sup>, alínea *c*), na qual o comportamento anterior deve ser antijurídico, com tolerância dos riscos habituais e das ações justificadas e limitação pelo princípio da autorresponsabilidade (CR/88, Art. 1<sup>o</sup>, inc. II

---

<sup>1012</sup> “Art. 227. (...) §6<sup>o</sup> - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2013)

<sup>1013</sup> “Art. 1.571. A sociedade conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges; II - pela nulidade ou anulação do casamento; III - pela separação judicial; IV - pelo divórcio”. (BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2013)

<sup>1014</sup> “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) §3<sup>o</sup> - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (...) §6<sup>o</sup> O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acessado em: 05 nov. 2013)

<sup>1015</sup> Adverte Juarez Tavares que “a *mútua assistência* implica, inicialmente, a proteção frente a *perigos à vida* do outro cônjuge, bem como a lesões a seus bens jurídicos pessoais (integridade corporal, liberdade, honra, liberdade sexual etc.) e, excepcionalmente, patrimoniais, quando vinculados àqueles. Não se deve admitir, porém, uma exagerada extensão desses bens jurídicos, nem a fiscalização de atos do próprio cônjuge frente a terceiros ou a si mesmo”. (TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 324-325) (Grifo do autor)

e IV<sup>1016</sup>; CR/88, Art. 4º, inc. III<sup>1017</sup>)<sup>1018</sup>.

#### 4.5.3 Interação social e posição de garante

Claus Roxin reforça sua visão de conexão entre a realidade social e a posição de garante ao afirmar que, “na realidade, só pode ter lugar uma completa equiparação linguística entre omissão e ação quando o princípio da ação devida está planejado no desenvolvimento usual da vida social”<sup>1019</sup>.

Diferentemente do que se possa inferir apressadamente, na linguagem pautada na Semântica do uso convivem, simultaneamente, uma perspectiva material e uma perspectiva formal.

A linguagem significa porque ressoa, em um determinado contexto de uso ao qual pertence como momentos especialmente relevantes, os valores materiais em jogo. Assim, as palavras da lei expressam as valorações materiais do povo: prescindir delas só poderia conduzir a confusões, isto é, a não entender ou malentender a mensagem normativa que as palavras incorporam<sup>1020</sup>.

<sup>1016</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2013)

<sup>1017</sup> “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) III - autodeterminação dos povos; (...)” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2013)

<sup>1018</sup> Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 319-342.

<sup>1019</sup> “(...) en realidad sólo puede tener lugar una completa equiparación linguística entre omitir y hacer cuando, desde el principio el hacer debido estaba planificado en el desarrollo usual de la vida social”. (ROXIN, Claus. Causalidad y posición de garante en los delitos de omisión impropia. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos, CUERDA RIEZU, Antonio, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, ALCÁCER GUIRAO, Rafael, MARISCAL DE GANTE, Margarita Valle (coord.). *Estudios em homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II. Madrid: EDISOFER, 2008, p. 1555) (Tradução livre)

A título de exemplo, Claus Roxin afirma que “esto sucede con la alimentación del lactante mediante la persona que le cuida, en el caso del tratamiento médico necesario para manter la vida del paciente, pero también en el caso del guardagujas empleado en el ferrocarril, quien omitiendo el cambio de agujas produjo intencionadamente un choque de trenes”. (2008, p. 1555)

<sup>1020</sup> “El lenguaje significa porque resuena en un determinado contexto de uso, al que pertenecen, como momentos especialmente relevantes, los valores materiales en liza. Así, las palabras de la ley expresan las valoraciones materiales del Pueblo: prescindir de ellas sólo podría conducir a confusiones; esto es, a no entender o a malentender el mensaje normativo que las palabras incorporan”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 614)

Para Tomás Salvador Vives Antón, um conceito geral de posição de garante é, assim, impossível. A posição de garante deve ser apurada em cada tipo de ação lançando mão da Semântica do uso. O decisivo “para determinar se um substrato conductual omissivo é subsumível na fórmula típica é a fórmula mesma e seu significado nesta especial prática linguística que é a lei penal”<sup>1021</sup>. Além do mais, esta é a exigência de equivalência entre ação e omissão segundo o sentido do texto da lei prevista no Art. 11 do Código Penal espanhol.

Assim, pois, não basta, como se disse, a infração de um dever especial, nem a posição de garante, nem resulta possível formular um critério material genérico que fixe os pressupostos aplicativos válidos para todas e cada uma das distintas tipificações: o “domínio sobre a origem do resultado”, a “assunção do compromisso de atuar como barreira de contenção do risco”, a “criação ou incremento do risco para o bem jurídico” e as demais ideias gerais que se propôs para conceituar a equivalência são insuficientes e imprecisas. Em outras palavras: não alcançam fixar um conceito porque não há um conceito comum às distintas ações de que aqui se trata (matar, causar dano, lesionar, etc.). E isto não quer dizer que sejam falsas ou inúteis. Ao contrário: proporcionam imagens com as quais se pode abordar as distintas formulações típicas, momentos de uma “*metaforología*”<sup>1022</sup> jurídica, que só resultam enganosas enquanto procuram ser formulações científicas, que expressam, exatamente, a verdade<sup>1023</sup>.

Pautadas em cada tipo de ação, linguagem ordinária, interação social e ilicitude material são os eixos reitores

<sup>1021</sup> “(...) para determinar si un substrato conductual omisivo es subsumible en una fórmula típica es la fórmula misma y su significado en esa especial práctica lingüística que es la ley penal”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 615) (Tradução livre)

<sup>1022</sup> Para Tomás Salvador Vives Antón, a expressão “metaforología” refere-se à utilização de metáforas. (Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 615)

<sup>1023</sup> “Así, pues, ni basta, como se ha dicho, la infracción de un deber especial, ni la posición de garante, ni resulta posible formular un criterio material genérico que fije los presupuestos aplicativos válidos para todas y cada una de las distintas tipicidades: el <<dominio sobre el origen del resultado>>, la <<asunción del compromiso de actuar como barrera de contención del riesgo>>, la <<creación o incremento del riesgo para el bien jurídico>> y las demás ideas generales que se han propuesto para intentar conceptualizar la equivalencia son insuficientes e imprecisas. En otras palabras: no logran fijar un concepto, porque no hay un concepto común a las distintas acciones de que aquí se trata (matar, causar dano, lesionar, etc.). Y ello no quiere decir que sean falsas o inútiles. Al contrario: proporcionan imágenes con las que acercarse a las distintas formulaciones típicas, momentos de una <<metaforología>> jurídica que sólo resultan enganosos em tanto intentan cursar como fórmulas científicas, que expresan, exactamente, la verdad”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 614-615) (Tradução livre)

da posição de garante<sup>1024</sup>.

<sup>1024</sup> Não se justifica, desta forma, a distinção entre erro quanto a posição de garante, que seria erro de tipo (CP, Art. 20, *caput*), e erro sobre o dever de garantidor, que seria erro de mandamento ou erro de proibição (CP, Art. 21). Ambos os casos estão circunscritos à tipicidade e devem ser tratados como erro de tipo. Não seria outra a solução em face da adoção da Teoria dos elementos negativos do tipo aqui apenas sugerida (cf. item 3.4.3). Como ressalta Paulo Queiroz, “erro de proibição e erro de tipo permissivo são, por conseguinte, variações do erro sobre o próprio tipo e a proibição que o tipo encerra, direta ou indiretamente, razão pela qual cumpre superar a distinção e conferir-lhes tratamento penal único”. (QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. Parte Geral. 9 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 286) A teoria dos elementos negativos do tipo (cf. LOPES, Luciano Santos. *Injusto penal: a relação entre o tipo e a ilicitude*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012) foi cunhada por Adolf Merkel na metade do século XIX. Em sua obra ‘Derecho Penal’, Adolf Merkel esboça sua teoria em uma passagem contida no §30, quando trata do dolo e do erro, momento em que afirma que não há delito cometido dolosamente, “cuando el agente no tiene en cuenta, en el momento de la comisión del hecho, circunstancias que pertenecen á los elementos constitutivos del delito, según la ley, como por ejemplo, ciertas propiedades esenciales de las personas sobre quien recae a aquél (supongamos, v. g., las ofensas al monarca), ó de la materia objeto del ataque en la especie de delitos de que se trate (ejemplo: en el daño sobre las cosas, que la cosa perjurificada es ajena), ó de su acción misma (como en la estafa la inexactitud de las afirmaciones hechas). (...) Cuando el agente presupone la existencia de relaciones cuya no existencia pertenece á los caracteres señalados por la ley al delito (caracteres negativos de éste), como, por ejemplo, relaciones que si hubieran existido habrían servido para justificar la comisión del hecho por causa de legítima defensa”. (MERKEL, Adolf. *Derecho penal*. Traducción del alemán por P. Dorado. Madrid: La España Moderna, 195-. p. 118-119) O tipo e a antijuridicidade estão interligados e formam o tipo total de injusto. O injusto penal é a ação típica e ilícita, isto é, “el objeto de valoración de la antijuridicidad junto con su predicado de valor. Así, pues, en el concepto del injusto se reúnen las tres categorías delictivas de la acción, tipicidad y antijuridicidad”. (ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Dirego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 558) O tipo total de injusto possui uma parte positiva, que equivale ao tipo tradicional, ou seja, modelo de conduta previsto na normal penal, com seus elementos objetivos e subjetivos, e uma parte negativa, que se refere à ausência de causa de justificação. A tipicidade é a base, a *ratio essendi* da antijuridicidade: afirmada a tipicidade pela ausência de causa de justificação temos um juízo de valor definitivo da antijuridicidade. (Cf. VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 3 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2008, p. 62; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Fundamentos e teoria do delito. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 135) Nas palavras de Miguel Reale Júnior, “a antijuridicidade seria a constatação de que a ação é típica pela ausência de causas de justificação, ou seja, o que já se contém na compreensão do fato típico, pois só é típico o que for lesivo de um valor por não se realizar a ação iluminada pelo sinal positivo do valor presente em uma causa de justificação”. (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Parte geral. v. 1. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 147) O tipo total de injusto requer, por sua vez, um desvalor de resultado, lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico, e um desvalor da conduta, dolo e culpa, forma de praticar o delito. A norma jurídica deve ser concebida, simultaneamente, como norma de determinação e norma de valorização. As primeiras são formas do legislador ordenar a convivência humana por meio da seleção de normas de cultura para tutela jurídica, sendo que “toda norma jurídica es norma objetiva de valoración que permite enjuiciar el actuar del hombre desde la perspectiva del orden comunitario”<sup>1024</sup>. As normas de determinação contêm proibições e mandamentos, imperativos, que se dirigem a todos que possam ser afetados por seu conteúdo. Assim, “no cabe duda de que para la antijuridicidad de una acción *no solo* es decisiva la voluntad de la acción, sino también lo que ha producido, pues há de influir en la gravedad del injusto el modo en que hace aparación la voluntad contraria a Derecho y, en especial, si há resultado lesionado o no el objeto de acción protegido por el precepto penal. La norma jurídica, por tanto, no ha de concebirse sólo como **norma de determinação**, sino **al mismo tiempo** también como **norma de valoración**: “la norma vincula el mundo del pensar al mundo del actuar”. (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. v. I. Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, p. 320-321) Fica claro que a antijuridicidade exige a ocorrência do desvalor do resultado e do desvalor da conduta. (Grifos do autor)

É com base nelas que se deve apurar o nexo de dependência na proteção de um bem jurídico-penal, a necessidade de sua proteção, as situações específicas nas quais o ser humano não possui a capacidade de autoproteção ou possui-la de maneira reduzida em razão de interferência em sua esfera de liberdade, a confiança no atuar do outro ser humano e a influência da autorresponsabilidade do ser humano titular do bem jurídico-penal neste atuar.

Interação social e linguagem exigem “seguir uma regra”. E “seguir uma regra” envolve um compromisso do ser humano de comportar-se no futuro de determinada maneira. Este compromisso integra a reciprocidade inerente à interação social<sup>1025</sup> e deve ser guiado pela ética da responsabilidade.

Na posição de garante, mediante uma interação social direta ou indireta, na qual se estabelece uma confiança recíproca<sup>1026</sup>, ou em razão de regra enraizada na sociedade no que atine a interações sociais, desde que atento à contingência daquela<sup>1027</sup>, deveres de proteção e assistência ou de segurança e controle são assumidos por um ser humano com o escopo de não lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico-penal de outro ser humano com o qual está em interação.

No caso da “omissão qualificada descrita no tipo de ação”, o próprio legislador deve considerar o trinômio linguagem ordinária/interação social/ilicitude material ao determinar a posição de garante que deve ser descrita no tipo de ação.

Já no que se refere à comissão por omissão, em razão do Art. 13, §2º, do Código Penal brasileiro, é forçoso a adoção da teoria material-formal ou mista da posição de garante. O tipo de ação e o substrato conductual devem ser analisados com base na linguagem ordinária, na interação social e na ilicitude material para depois ser realizado o confronto com os limites impostos pelo dispositivo

---

<sup>1025</sup> Cf. itens 3.2 e 4.3.

<sup>1026</sup> Na omissão qualificada ou imprópria, o ser humano, em sua liberdade, organiza sua esfera jurídica colocando-se na posição de garante, na posição de barreira de contenção de riscos a bem jurídico-penal de quem está com ele em interação. Esta organização de sua esfera jurídica influencia as escolhas, as liberdades dos outros em interação ou que possam interagir. Nas palavras de Jesús María Silva Sánchez, na omissão imprópria, el sujeto ha asumido previamente el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos concretos que amenazan bienes jurídicos determinados. Este compromiso provoca un efecto de confianza y de abandono, tanto en el sujeto potencialmente afectado, como en terceros potenciales intervinientes”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 471)

<sup>1027</sup> É o caso, por exemplo, da interação social estabelecida entre pais e filhos. Pode-se enquadrar aqui também o caso do médico plantonista que nega atendimento a um ser humano que dele necessita. Aqui é uma regra enraizada na sociedade (tratada pelos funcionalistas a título de papel social) que determina a posição de garante.

legal<sup>1028</sup>.

#### 4.6 Causalidade, omissão simples e omissão qualificada

Filippo Grispigni considera que da mesma forma que a própria omissão, sua causalidade é normativa<sup>1029</sup>. Everardo da Cunha Luna, por sua vez, afirma que “causa é a ação, causa é a omissão. Também a omissão é causa do resultado”<sup>1030</sup>.

Todo crime deve gerar uma modificação no mundo exterior, deve ocasionar uma lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico-penal<sup>1031</sup>. Tanto que a velha dicotomia entre crime de resultado e crime de mera conduta foi reformulada. Segundo Claus Roxin, nos crimes de resultado, a ação está separada espacial e temporalmente do resultado. Já nos crimes de mera conduta, não há esta separação<sup>1032</sup>. A comissão por omissão é sempre um crime de resultado. A omissão simples e a omissão qualificada descrita no tipo de ação podem ser crime de resultado ou crime de mera conduta.

Desta forma, a omissão penalmente relevante requer o dever de agir para evitar o resultado. Há causalidade na omissão, seja ela omissão simples seja ela

<sup>1028</sup> Tomás Salvador Vives Antón defende o mesmo no que se refere ao Art. 11 do Código Penal espanhol: “se concluye, pues, en una sugerencia al intérprete: que analice primero el tipo aplicable, determinando el sentido propio de las palabras de la ley y que, tras verificar que el sustrato conductual omisivo de que se trate es reconducible a la acción positiva descrita por la Ley, compruebe que se dan todas y cada una de las exigencias que, con mayor o menor fortuna, establece el artículo 11. Sólo si una y otra operación concluyen con resultado positivo será válido el castigo de la comisión por omisión”. (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 619)

<sup>1029</sup> “Per determinare cioè con precisione se ed in qual senso possa parlarsi di una causalità dell’omissione occorre porsi sul terreno normativo e riconoscere che <<saltando dal punto di vista normativo>> può l’omissione essere considerata come causa dell’evento stesso, e cioè che l’omissione è soltanto una <<causa normativa>> (e non naturale) dell’evento”. (GRISPIGNI, Filippo. *Diritto penale italiano*. Volume secondo - La struttura della fattispecie legale oggettiva. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1950, p. 46) (Grifos do autor)

<sup>1030</sup> LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura jurídica do crime*. 4 ed., acrescida de anotações. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 81.

<sup>1031</sup> Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión). *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo, Ano 11, n. 44, p. 34-62, jul./set. de 2003, p. 41; ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 329. Para Claus Roxin, nos crimes de resultado, a ação está separada espacial e temporalmente do resultado. Já nos crimes de mera conduta, não há esta separação (cf. 2006, p. 328-329).

<sup>1032</sup> Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 328-329.

omissão qualificada<sup>1033</sup>. Em todo caso, a causalidade deve ser apurada com referência ao sentido esperado e com base na teoria da equivalência dos antecedentes causais (CP, Art. 13)<sup>1034</sup>.

#### 4.7 Omissão por comissão?

Apesar de negada por considerável setor doutrinário, que enquadra seus casos ou na comissão ou na omissão<sup>1035</sup>, a omissão por comissão ou omissão através do fazer, na qual uma ação anterior interfere na omissão posterior, é tratada por Claus Roxin<sup>1036</sup>.

O primeiro caso consiste em aquele ser humano que ocupa a posição de garante dar início à ação com o sentido esperado, interrompendo-a em seguida. É o exemplo do tutor que lança uma corda no rio com o fim de salvar seu tutelando que

<sup>1033</sup> A ausência de causalidade na omissão própria, por ser crime de mera conduta, não pode ser mais fundamento para negar a possibilidade de sua tentativa. Assiste razão a Paulo César Busato, ao sustentar a impossibilidade da tentativa omissiva. Segundo ele, “no Direito penal brasileiro parece impossível tanto a tentativa em omissão própria quanto imprópria. Isso porque a previsão legal do art. 14, II, do Código Penal é configurada precisamente para o tipo doloso de ação. Qualquer punição de omissão tentada feriria o princípio de legalidade. O Código fala em *início da execução* e, *executar*, presume um agir positivo. A omissão se estrutura sobre um dever de agir e, como tal, dificilmente se pode configurar como ‘execução’”. (BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 670-671)

<sup>1034</sup> “Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. (BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal, com redação da parte geral dada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2013)

<sup>1035</sup> Cf. KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción de la segunda edición alemana (Gotinga, 1980) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 208-216; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Direito penal. Parte Geral*. Tradução de André Estefam. Revisão, prólogo e notas de Edilson Mougenot Bonfim. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 516-517; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Concepto e sistema. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006, p. 247 e ss; TAVARES, Juarez. *Teoría dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 298-306. Segundo Armin Kaufmann, “*está ya echada la suerte de los <<delitos omissivos por comisión>>: ¡No existen!* (...) Queda abordar brevemente el enfoque sistemático, la correspondencia inversa entre el <<delito comisivo por omisión>> y el <<delito omisivo por comisión>>. (...) Con el delito de omisión impropia se castigan por el marco penal del delito comisivo supuestos que, si no, tendrían quedar impunes (o castigarse con la pena inadecuadamente leve de un delito de omisión propia). Tal laguna de punibilidad no puede aparecer en los casos denominados de <<delitos omisivos por comisión>>, como hemos visto. (Antes al contrario, es construcción del <<delito omisivo por comisión>> la que da lugar a notables lagunas de punibilidad)”. (2006, p. 215-216)

<sup>1036</sup> Cf. ROXIN, Claus. Do limite entre comissão e omissão. In: ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Veja, 1998.

Adverte Claus Roxin que “a figura jurídica da omissão <<através de fazer>>, ainda que até hoje a maioria dos tratados não a mencione, encontra cada vez mais partidários nos últimos tempos”. (1998, p. 170)

está se afogando, retomando-a antes que a este alcance ou do salva-vidas que, perante um afogamento, entra no mar, mas desiste logo depois, voltando para a praia. Neste caso, a regra seguida pelo tutor e pelo salva-vidas é exatamente a da não prática da ação com o sentido esperado, devendo responder por comissão por omissão<sup>1037</sup>. Para Claus Roxin, caso diverso seria se o processo salvador já tivesse alcançado a esfera da vítima (no primeiro exemplo, a corda já tivesse alcançado a mão da vítima; no segundo, o salva-vidas já tivesse aproximado da vítima em afogamento), o que daria lugar a um crime comissivo<sup>1038</sup>.

O segundo caso é o da *omissio libera in causa*, ou seja, aquele que está na posição de garante elimina, por si mesmo e mediante ação, a possibilidade de prática da ação com o sentido esperado. É o que ocorre se um segurança de banco que, avisado por um telefonema anônimo de um plano de roubo a sua agência, embriagar-se para não oferecer a ele resistência. Novamente fica claro que a regra seguida pelo segurança de banco é a da não prática da ação com o sentido esperado, devendo responder por comissão por omissão<sup>1039</sup>.

O terceiro caso é o da participação ativa em um crime de omissão. É o exemplo do ser humano que instiga um médico a não prestar socorro a um ser humano que o necessita por estarem jogando buraco em um clube. A regra seguida por ambos é a da omissão de socorro.

O último caso consiste no desligamento de aparelhos de reanimação<sup>1040</sup>. O médico que desligar estes aparelhos quando os tiver sob sua responsabilidade, praticará um crime omissivo impunível. Esta afirmação de Claus Roxin merece uma melhor ponderação. Quanto à regra seguida pelo médico, esta efetivamente é a da comissão por omissão, estando o médico na posição de garante. Já no que tange à

<sup>1037</sup> O próprio Claus Roxin conclui que “a situação consiste na anulação da intenção de salvar pela própria pessoa que actua, originando uma situação semelhante à que existiria se a pessoa estivesse inactiva desde o princípio”. (ROXIN, Claus. Do limite entre comissão e omissão. In: ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Veja, 1998, p. 172)

<sup>1038</sup> Em suas palavras, “se pretendermos formular a ideia de modo abstracto, poderemos dizer que o omitir através de fazer se transforma num crime comissivo logo que o cumprimento do imperativo passou do estágio da tentativa para o da consumação, ou seja, logo que o processo causal salvador alcançou a esfera da vítima”. (ROXIN, Claus. Do limite entre comissão e omissão. In: ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Veja, 1998, p. 176)

<sup>1039</sup> Adverte Claus Roxin que “todo o omitir imaginável pode realizar-se <<através de fazer>> do modo atrás descrito”. (ROXIN, Claus. Do limite entre comissão e omissão. In: ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Veja, 1998, p. 174)

<sup>1040</sup> Este quarto caso é noticiado por Juarez Tavares com base no Tomo II do *Derecho penal*. Parte General de Claus Roxin. (Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 298, p. 302-302)

punibilidade, necessário se faz diferenciar entre eutanásia, ortotanásia e distanásia, com a primeira gerando a devida responsabilidade penal.

De toda forma, como salienta Claus Roxin, “a sujeição aos tipos comissivos ou omissivos depende de critérios normativos”<sup>1041</sup>. Para ser mais preciso, a linguagem ordinária, a semântica do uso, é que deve nortear toda a subsunção aos tipos comissivos e aos tipos omissivos.

---

<sup>1041</sup> ROXIN, Claus. Do limite entre comissão e omissão. In: ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Veja, 1998, p. 182.

## 5 CONCLUSÕES<sup>1042</sup>

1. O estudo da omissão penalmente relevante requer um diálogo entre Filosofia, Sociologia e Direito Penal.
2. Este diálogo, empreendido por meio da Filosofia da liberdade de Immanuel Kant, pela Teoria da ação significativa de Max Weber, pela Filosofia da linguagem ordinária de Ludwig Wittgenstein, pela Concepção significativa da ação de Tomás Salvador Vives Antón e pelo Liberalismo racionalista de Rainer Zaczky, explicita que o ser humano é o alicerce sobre o qual é construído o Direito Penal, sendo, por conseguinte, o alicerce da concepção de omissão penalmente relevante.
3. O correto entendimento do ser humano exige que seja ele considerado:
  - em sua forma de vida, nos contextos sociais nos quais esteve e está imerso e em suas interações sociais;
  - como ser livre, entendida a liberdade como autodeterminação pela razão;
  - como capaz de linguagem e mergulhado em jogos de linguagem.
4. O Direito Penal centra-se na coexistência da liberdade externa dos seres humanos. O crime consiste na lesão ou ameaça de lesão efetivada por um ser humano à liberdade externa de terceiro. A pena é uma retribuição ao ser humano pelo desrespeito a esta coexistência por ele empreendida. O sistema penal é o sistema normativo que ordena os preceitos penais e os determina por meio da semântica do uso, da linguagem ordinária.
5. A interação social é um ponto decisivo para o Direito Penal, o que ocorre com o Direito como um todo. Isto é corroborado pela interligação da concepção de Max Weber acerca da relação social e da concepção de Direito de Immanuel Kant.
6. A lei penal é uma lei moral que abarca um imperativo categórico. Assim, o ser humano é, simultaneamente, seu co-legislador e seu destinatário, com a dignidade humana sendo a pretensão de validade da norma penal.

---

<sup>1042</sup> Apesar de ser mais natural o uso de texto em prosa na 'Conclusão', nesta tese, opta-se pelo acompanhamento da prática difundida pelo Direito, ou seja, redigir esta seção em tópicos, mas obedecendo aos critérios estabelecidos pela Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT.

7. A dignidade humana deve ser entendida em seu aspecto relacional, intersubjetivo e por meio da identidade entre o primeiro e segundo imperativos categóricos e a lei geral do Direito de Immanuel Kant.
8. Implica a dignidade humana o cuidado de si e o cuidado com outro, a religação do ser humano consigo mesmo e com o outro. No cuidado de si, há uma dialética entre *philia* e *eros*, e, no cuidado com outro, uma dialética entre *philia* e *agapé*, sempre, em ambos os casos, com o escopo de refreamento do egoísmo e da instrumentalização do ser humano.
9. A ética da responsabilidade consagra a dignidade humana e representa uma reação ao individualismo exacerbado, à bandeira “sem limites”, ao narcisismo, à ideologia do ser humano como mercadoria e ao utilitarismo inerentes à sociedade contemporânea.
10. Na ética da responsabilidade, há uma relação entre orientação axiológico-racional, ligada ao imperativo categórico, e orientação instrumental-racional, ligada ao imperativo hipotético. Ela exige que a razão determinante da ação ou omissão do ser humano seja o cuidado de si e o cuidado com o outro, com o ser humano, com base em sua reflexividade e reflexão, antecipando as consequências de suas ações ou omissões, com o escopo de não lesão ou ameaça de lesão a bens jurídico-penais. A dignidade humana é, pois, o limite da liberdade de cada ser humano.
11. “Seguir uma regra” é o que possibilita a interconexão entre linguagem ordinária, imperativos e ação significativa.
12. Ação e omissão penalmente relevantes são coincidentes, são sentidos sociais que se identificam com o tipo de ação.
13. A omissão penalmente relevante é a interpretação do comportamento humano determinada por regras sociais cujo sentido permite sua identificação com o tipo de ação. Possui, assim, um caráter normativo.
14. São eixos reitores da omissão penalmente relevante:
  - Interação social - envolve intersubjetividade, reciprocidade e símbolos culturais, dos quais se destaca a linguagem;
  - bem jurídico-penal - entendido em termos de justificação, possui como base e limite os direitos fundamentais;
  - norma penal - é uma regra de conduta contida na lei penal e que deve ser apreciada conforme a semântica do uso;

- liberdade de ação - entendida como autodeterminação pela razão, como capacidade de seguir ou não a regra prescrita pela norma penal, é pressuposto da ação.
15. A omissão penalmente relevante requer uma situação de perigo para o bem jurídico-penal e atuação do ser humano conforme o sentido esperado, com ambas devendo ser apreciadas em uma perspectiva *ex ante*.
  16. Para que a omissão penalmente relevante esteja presente, o ser humano deve possuir capacidade de controle e capacidade física de agir conforme o sentido determinado para seus movimentos corporais.
  17. Com fulcro na semântica do uso, a identificação da omissão penalmente relevante deve se ater ao sentido das palavras contidas no tipo de ação e ao sentido social da conduta. Para tanto, deve-se analisar, sob o crivo da indiferença etnometodológica, os contextos sociais, os estoques de conhecimentos, as formas de vida, as interações sociais, os jogos de linguagem e a conduta em sua globalidade.
  18. A omissão penalmente relevante pode ser omissão simples ou própria e omissão qualificada ou imprópria. O critério de diferenciação entre elas é a posição de garante presente na última.
  19. O fundamento da responsabilidade penal em ambas espécies de omissão penalmente relevante é a liberdade, concebida pela identidade entre o primeiro e segundo imperativos categóricos e a lei geral do Direito de Immanuel Kant. A relação liberdade e responsabilidade é orientada pela ética da responsabilidade, o que reforça que os crimes omissivos não são uma ingerência na esfera de liberdade dos seres humanos e sim constitui um reforço desta esfera.
  20. A omissão simples refere-se a interações sociais diretas e indiretas e a bens jurídico-penais individuais e supraindividuais.
  21. A omissão qualificada que requer uma posição de garante, ocorre em interações sociais diretas e indiretas e tutela bens jurídico-penais individuais.
  22. Linguagem ordinária, interação social e ilicitude material são os eixos reitores da posição de garante. A ligação entre linguagem ordinária e interação social é possibilitada pelo “seguir uma regra”. Esta ocorre quando, em uma interação social, o ser humano compromete-se em “seguir uma regra” de proteção e assistência ou de segurança e controle de forma a evitar lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico-penal de outro ser humano.

23. A omissão qualificada pode ser omissão qualificada descrita no tipo de ação e comissão por omissão. Na primeira, a posição de garante integra textualmente o tipo de ação; na segunda, mesmo não prevista textualmente no tipo de ação enunciado de forma exclusivamente comissiva, ela efetiva a identidade entre ação e omissão.
24. O Art. 13, §2º, do Código Penal, aplicável somente à comissão por omissão, é apenas uma cláusula-limite à determinação da posição de garante por meio do trinômio linguagem ordinária/interação social/ilicitude material.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 6 ed. Tradução da 1 ed. brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução de novos textos por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ADORNO, Francesco. *Sócrates*. Tradução de António José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2002.

ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. 5 ed. Tradução de Sérgio Bath. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Delitos improprios de omision*. (Con un estudio analítico del tema en la jurisprudencia argentina referente a los delitos de homicidio, lesiones, estupro y estafa). Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Direito penal*. Parte Geral. Tradução de André Estefam. Revisão, prólogo e notas de Edilson Mougenot Bonfim. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARAQUIN, Noëlla; LAFFITTE, Jacqueline. *Dicionário universitário dos filósofos*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Ensaio sobre o conceito de cultura*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001.

BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal*. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos. Buenos Aires: Depalma, 1981.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich, GIDDENS, Anthony, LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. La doctrina del delito-tipo. Traducción del alemán por Sebastian Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1955.

BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: Fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. 6 ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Tradução brasileira e notas de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. v. I. 2 ed. rev. e atual. da 8 ed. italiana. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

BÍBLIA SAGRADA. 160 ed. Tradução portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico, traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). São Paulo: Ave-Maria, 2004.

BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. *Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do código penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. 17 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito penal: parte geral*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BOUDON, Raymond (dir.). *Tratado de sociologia*. Tradução de Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995.

BOUDON, Raymond; BOURRICAUD, François. *Dicionário crítico de sociologia*. 2 ed. Tradução de Maria Letícia Guedes Alcoforado e Durval Ártico. São Paulo: Ática, 2000.

BOUDON, Raymond. Ação. In: BOUDON, Raymond (dir.). *Tratado de sociologia*. Tradução de Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2013.

BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*, com redação da parte geral dada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2013.

BRASIL. *Lei 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2013.

BRASIL. *Lei 9.455*, de 7 de abril de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9455.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2013.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Funcionalismo redutor*: perspectiva funcional para superação do finalismo. Disponível em: <[www.ibccrim.com.br](http://www.ibccrim.com.br)>. Acesso em 01 set.2013.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte geral. Tomo I: introdução, norma penal, fato punível. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BURCKHARDT, Jacob. *A cultura do renascimento na Itália*: Um ensaio. Traduzido por Sérgio Tellarli. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa*. Uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Significación social y tipicidad*. Doctrina penal. Teoría y práctica en las Ciencias Penales. Buenos Aires: Depalma. Ano 3, n. 9 a 12, p. 533-554, 1980.

BUTELER, José Antonio. Garantías y bien jurídico. In: *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: AD-HOC, 1998.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Psicopatía y derecho penal: algunas consideraciones introductorias. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Madrid: Civitas, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. 11 reimp. Coimbra: Almedina, 2013.

CEREZO MIR, José. *Derecho penal*. Parte general. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Lima, PE: ARA Editores, 2007.

CEREZO MIR, José. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. Ciências Penais. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. Número 00, Ano 1, p. 9-23, 2004.

COBO DEL ROSAL, Manuel. Prólogo. In: MARINUCCI, Giorgio. *El delito como 'acción'*. Crítica de un dogma. Traducción de José Eduardo Sáinz-Cantero Caparrós. Madrid: Marcial Pons, 1998.

CÓDIGO PENAL ESPANHOL. Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/codigospanhol.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

COHN, Gabriel. Alguns problemas conceituais e de tradução em Economia e sociedade. In: WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMTE, Auguste. *Discurso preliminar sobre o espírito positivo*. Tradução de Renato Barbosa Rodrigues Pereira. Centaur Editions, 2012 - ebook.

COMTE, Augusto. *Reorganizar a sociedade*. 4 ed. Lisboa: Guimarães Editores, 2002.

COMTE-SPONVILEE, André. *Apresentação da filosofia*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário filosófico*. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

COMTE-SPONVILEE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. *Wttgenstein: linguagem e mundo*. São Paulo: Annablume, 1998.

COOPER, David E. *As filosofias do mundo*. Uma introdução histórica. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

COSTA, Claudio. *Filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002 - ebook.

COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. (Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

COSTA JR., Paulo José da. *Curso de direito penal*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

COULON, Alain. *Etnometodologia e educação*. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Apresentação. In: BOCKELMANN, Paul, VOLK, Klaus. *Direito penal: parte geral*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

DELITALA, Giacomo. *El "hecho" en la teoría general del delito*. Traducción y estudio preliminar de Pietro Sferrazza Taibi. Montevideo: Editorial B de F, 2009.

DEMETRIO-CRESPO, Eduardo. Liberdade de vontade, investigação sobre o cérebro e responsabilidade penal. Aproximação a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y derecho penal. InDret. *Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, abril de 2011. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/807.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2011.

DEMO, Pedro. *Sociologia*. Uma introdução crítica: São Paulo: Atlas, 1985.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Parte Geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1 ed. brasileira e 2 ed. portuguesa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Maria Clara. *Kant e Wittgenstein - Os limites da linguagem*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. <<Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica>>. *Revista de derecho penal y criminología*. Madrid: Facultad de Derecho Universidad Nacional de Educación a Distancia, Marcial Pons. 2ª Época, n. extraordinario 2, p. 279-315, Diciembre 2004.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Parte geral. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DREWERMANN, Eugen. *Religião para quê?: buscando sentido numa época de ganância e sede de poder*. Em diálogo com Jürgen Hoeren. Tradução de Walter Schlupp. São Leopoldo, RS: SINODAL, 2004.

DURAND, Guy. *Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos*. Tradução de Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo e Edições Loyola, 2003.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. 2 ed. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1999

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. 2 ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DURKHEIM, Émile. *O suicídio*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005.

DURKHEIM, Émile. *Sociologia*. 9 ed. Organizado por José Albertino Rodrigues. São Paulo: Ática, 2005.

DUTRA, Delamar José Volpato. *Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2 ed. rev. e ampl. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005.

DWORKING, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

EAGLETON, Terry. *A ideia de cultura*. Tradução de Sandra Castello Branco. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

ENGRÁCIA ANTUNES, José. Prefácio. In: TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

EPICURO. *Pensamentos*. Texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2006.

FABRA, Pere. *Habermas: lenguaje, razón y verdad - los fundamentos del cognitivismo en Jürgen Habermas*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Madrid: Civitas, 2012.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Derecho penal y neurociencias. ¿Una relación tormentosa? In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Madrid: Civitas, 2012.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Bien jurídico y sistema del delito. In: *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: AD-HOC, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio, TRINDADE, André Karam (org.).

*Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão.* Teoria do garantismo penal. Traduzido por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho.* Traducción de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos.* Madrid: Trotta, 2007.

FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. *Para fundamentar la bioética.* Teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporánea. Madrid: Universidad Pontificia Comillas e Editorial Desclée de Brouwer, 2003.

FERRY, Luc; VINCENT, Jean-Didier. *O que é o ser humano?* Sobre os princípios fundamentais da filosofia e da biologia. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

FERRY, Luc. *A revolução do amor: por uma espiritualidade laica.* Tradução de Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

FERRY, Luc. *Aprender a viver: filosofia para os novos tempos.* Tradução Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

FERRY, Luc. *Kant: uma leitura das três "Críticas".* 3 ed. Tradução de Karina Jannini. Rio de Janeiro: DIFEL, 2012.

FERRY, Luc. *O homem-Deus, ou, o sentido da vida.* 3 ed. tradução de Jorge Bastos. Rio de Janeiro: DIFEL, 2007.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania.* Traducción al castellano de la 14 ed. alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FIANDACA, Giovanni, MUSCO, Enzo. *Diritto penale.* Parte generale. Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1990.

FIGUEROA ORTEGA, Yván. *Delitos de infracción de deber.* Madrid: Dykinson, 2008.

FOUCAULT, Paul-Michel. *A hermenêutica do sujeito.* Tradução de Márcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1961.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal*. Parte geral. 17 ed. atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. Parte geral. v. 1. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FRISCH, Wolfgang. Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Madrid: Civitas, 2012.

FUKUYAMA, Francis. *A grande ruptura: a natureza humana e a reconstituição da ordem social*. Tradução de Nivaldo Montingelli Júnior. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*. Traducido por Juan Cordoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal*. Parte geral. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: O guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARFINKEL, Harold. *Estudios en etnometodología*. Traducción de Hugo Antonio Pérez Hernáiz. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: UNAM. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades; Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006.

GIDDENS, Anthony, TURNER, Jonathan. *Teoria social hoje*. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. 3 ed. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002, p. 104.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GIDDENS, Anthony. *Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo*. Tradução de Cibele Saliba Rizek. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 6 ed. Tradução de Sandra Regina Netz. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Ensayos penales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Ano 11, n. 44, p. 34-62, jul./set. de 2003.

GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Tradução de Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

GOMES, Luiz Flávio, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal. Parte Geral*. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRACIA MARTIN, Luis. *La comision por omision en el derecho penal español*. Actualidad Penal. Madrid, La Ley-Actualidad, n. 38, p. 683-715, 22 octubre 1995.

GRACIA MARTIN, Luis. Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante). In: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000.

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 49, p. 90-147, jul./ago. de 2004.

GRISPIGNI, Filippo. *Diritto penale italiano*. Volume secóndo - La struttura dellia fattispecie legale oggettiva. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1950.

GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GÜNTHER, Klaus. Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito? Reflexões sobre a conexão interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa de direito. In: PÜSCHEL, Flavia Portella, MACHADO, Marta rodriguez de Assis (org.). *Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito: textos de Klaus Günther*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. In: PÜSCHEL, Flavia Portella, MACHADO, Marta rodriguez de Assis (org.). *Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito: textos de Klaus Günther*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: Doze lições*. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Tradução de Maria Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, I. Racionalidad de la acción y racionalización social. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, II. Traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo. Crítica da razão funcionalista. Madrid: Taurus, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Cátedra, 2001.

HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HASSEMER, Winfried. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. Doctrina Penal. Teoría y práctica em las Ciencias Penales. Buenos Aires: Depalma, a. 12, n. (45 a 48), p. 275-285, 1989.

HASSEMER, Winfried. Neurociencias y culpabilidad en Derecho Penal. InDret. *Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, abril de 2011. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/821.pdf>>. Acessado em: 6 jun. 2011.

HASSEMER, Winfried. Prefácio. In: TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HERITAGE, John C. Etnometodologia. In: GIDDENS, Anthony, TURNER, Jonathan. *Teoria social hoje*. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

HERZBERG, Rolf Dietrich. El delito comisivo doloso consumado como un delito cualificado respecto del delito omisivo, imprudente y em tentativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, janeiro-fevereiro de 2005.

HOMANS, George C. Behaviorismo e pós-behaviorismo. In: GIDDENS, Anthony, TURNER, Jonathan. *Teoria social hoje*. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

HUSSERL, Edmund. Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica. *Introdução geral à fenomenologia pura*. Tradução de Márcio Suzuki. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2006.

ITÁLIA. *La costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <<http://governo.it/Governo/Costituzione/principi.html>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

IZUZQUIZA, Ignacio. Introducción: la urgencia de una nueva lógica. In: LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Traducción de Santiago López Petit y Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós, 1997.

IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo. Barcelona: Anthropos, 1990.

JAKOBS, Günther. *Ação e omissão no direito penal*. Dois estudos de Günther Jakobs. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. Parte general - fundamentos y teoría de la imputación. 2 ed. corregida. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedade*. Recopilación Jacobo López Barja de Quiroga. Madrid: Civitas, 2004.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. Colaboração de Lúcia Kalil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

JAKOBS, Günther. Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Madrid: Civitas, 2012.

JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís et. al. *Direito Penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: Teoria do injusto penal e culpabilidade*. Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, tradutores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JAMES, William. *Pragmatismo y cuatro ensayos de "El significado de la verdad"*. Versión castellana por Salvador Elizondo. México: Editorial Roble, 1963.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte General. v. I*. Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.

JIMÉNEZ REDONDO, Manuel Estudio preliminar. In: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

JOAS, Hans. Interacionismo simbólico. In: GIDDENS, Anthony, TURNER, Jonathan. *Teoria social hoje*. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

JOHNSON, Allan G. Dicionário de sociologia. *Guia prático da linguagem sociológica*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad*. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Editorial Herder, 1995.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. rev. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2008.

KANT, Immanuel. *Antropologia de um ponto de vista pragmático*. Tradução de Clélia Aparecida Martins. São Paulo: Iluminuras, 2009.

KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade de julgar*. Tradução de Daniela Botelho B. Guedes. São Paulo: Ícone, 2009.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción de la segunda edición alemana (Gotinga, 1980) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid: Marcial Pons, 2006.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5 ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1997.

LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. *Sociologia geral*. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999.

LAPLANCHE, Jean, PONTALIS, Jean-Bertrand Lefebvre. *Vocabulário da psicanálise*. 4 ed. Tradução de Pedro Tamen. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, André Lamas. *As <<posições de garantia>> na omissão impura*. Em especial, a questão da determinabilidade penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. 3 ed. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2010.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899. (LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Prefácio de Edson Carvalho Vidigal. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial e Superior Tribunal de Justiça, 2006. Coleção história do direito brasileiro. Direito Penal).

LOPES, Luciano Santos. *Injusto penal: a relação entre o tipo e a ilicitude*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. O direito à identidade genética do ser humano. In: Portugal-Brasil Ano 2000, *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, p. 263-389, 2000.

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. Os Genes de nosso (Des)contentamento (Dignidade Humana e Genética: Notas de um Roteiro). In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, v. LXXVII, p. 163-210, 2001.

LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). *Teoría de sistemas y derecho penal*. Fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Editorial Comares, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. Translated by Rhodes Barrett. New York: Aldine de Gruyter, 1993.

LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura jurídica do crime*. 4 ed., acrescida de anotações. São Paulo: Saraiva, 1993.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia jurídica*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Parte generale. 3 ed. Pádova: CEDAM, 1992.

MANTOVANI, Ferrando. La obligación de garantía reconstruida a luz de los principios de la legalidad, de solidaridad, de libertad y de reponsabilidad personal. In: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000.

MARCONDES, Danilo. *Filosofia analítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004 - ebook.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 2 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

MARÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Prólogo. In: RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

MARINUCCI, Giorgio. *El delito como 'acción'*. Crítica de un dogma. Traducción de José Eduardo Sáinz-Cantero Caparrós. Madrid: Marcial Pons, 1998.

MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *A concepção significativa da ação*. T. S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do Direito. Tradução de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte General. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

MAURACH, Reinhart. *Derecho penal*. Parte general. v. 1 - Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Actualizada por Heinz Zipf. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsck y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*. Parte General. Traducción directa del alemán por el profesor Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo: Editorial B de F, 2007.

MAYER, Max Ernst. *Filosofia del derecho*. Traducción de la 2 ed. original por Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1937.

MEAD, George Herbert. *Mind, self, & society*. From the standpoint of a social behaviorist. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.

MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Nueva edición, revisada y puesta al día por Jose Arturo Rodrigues Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

MEWALDT, Johannes. Introdução. In: EPICURO. *Pensamentos*. Texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MILL, John Stuart. *A Liberdade. Utilitarismo*. Tradução de Eunice Ostrensky São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. 7 ed. 3 reimpressão corregida. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006.

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

MIRÓ LLINARES, Fernando. La imputación penal. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva. In: MIRÓ LLINARES, Fernando, POLAINO-ORTS, Miguel. *La imputación penal a debate*. Uma confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs. Lima: Ara Editores, 2010.

MERKEL, Adolf. *Derecho penal*. Traducción del alemán por P. Dorado. Madrid: La España Moderna, 195-.

MONDIN, Battista. *Curso de filosofia*. Os filósofos do ocidente. v. 3. 10 ed. Tradução de Benôni Lemos. São Paul: Paulus, 2008.

MONDIN, Battista. *Curso de filosofia*. Os filósofos do ocidente. v. 2. 12 ed. Tradução de Benôni Lemos. São Paul: Paulus, 2011.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Presentación. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Compilado por Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Marin Claret, 2010.

MORAES FILHO, Evaristo. Introdução: formalismo sociológico e a teoria do conflito. In: SIMMEL, Georg. *Georg Simmel: sociologia*. Organizado por Evaristo de Moraes Filho, traduzido por Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983.

MORENO, Arley Ramos. *Introdução a uma pragmática filosófica: de uma concepção de filosofia como atividade terapêutica a uma filosofia da linguagem*. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 2005.

MORENO, Arley Ramos. *Wittgenstein: os labirintos da linguagem - ensaio introdutório*. São Paulo: Moderna; Campinas, SP: Editora da Universidade de Campinas, 2000.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Construcción y demolición de la teoría de la acción. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos, CUERDA RIEZU, Antonio, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, ALCÁCER GUIRAO, Rafael, MARISCAL DE GANTE, Margarita Valle (coord.). *Estudios em homenagem a Enrique Gimbernat*. Tomo II. Madrid: EDISOFER, 2008.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. 18 ed. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. 4 ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011.

MORRIS, Charle W. Introduction. In: MEAD, George Herbert. *Mind, self, & society. From the standpoint of a social behaviorist*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.

MUNHOZ NETTO, Alcides. *Os crimes omissivos no Brasil*. Comunicação ao XIII Congresso Internacional de Direito Penal. Curitiba: Fundação da Universidade Federal do Paraná, 1983.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Santa Fe de Bogotá: Temios, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8 ed. revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

NOÉ, Sidnei Vilmar. Introdução. In: DREWERMANN, Eugen. *Religião para quê?: buscando sentido numa época de ganância e sede de poder*. Em diálogo com Jürgen Hoeren. Tradução de Walter Schlupp. São Leopoldo, RS: SINODAL, 2004.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *Fundamentos de los delitos de omisión*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1984.

ORTS BERENQUER, Enrique, GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de derecho penal*. Parte General. 3 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

PADOVANI, Umberto, CASTAGNOLA, Luís. *História da filosofia*. 18 ed. São Paulo: Melhoramentos, 1993.

PARSONS, Talcott. *El sistema social*. Tradução de José Jiménez Blanco e José Cazorla Pérez. Madrid: Revista de Occidente, 1966.

PARSONS, Talcott. *Ensayos de teoría sociológica*. Tradução de Rubén Maserá. Buenos Aires: Paidós, 1967.

PARSONS, Talcott. *Hacia una teoría general de la acción*. Traduzido por Rubén Héctor Zorrilla. Buenos Aires: Editorial Kapelusz, 1968.

PARSONS, Talcott. *La estructura de la acción social. Estudio de teoría social, con referencia a un grupo de recientes escritores europeos*. v. I e II. Traducción al castellano por Juan Jose Caballero y Jose Castillo Castillo. Madrid: Ediciones Guadarrama, 1968.

PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1974.

PARSONS, Talcott. *Sociedades. Perspectivas evolutivas e comparativas*. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1969.

PENCO, Carlo. *Introdução à filosofia da linguagem*. Tradução de Ephraim F. Alves. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

PÉREZ HERNÁIZ, Hugo Antonio. Presentación del traductor. In: GARFINKEL, Harold. *Estudios en etnometodología*. Traducción de Hugo Antonio Pérez Hernáiz. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: UNAM. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades; Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006.

PESSINI, Léo, BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*. 3 ed. rev. e ampl.. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 76.

PLATÃO. Banquete. In: PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. Banquete. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. ¿Qué queda del concepto de acción en la dogmática actual? Sobre la naturaleza y función del concepto de acción en el Derecho Penal. In: GARCIA VALDÉS, Carlos, CUERDA RIEZU, Antonio, MARÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, ALCÁCER GUIRAO, Rafael, VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (coord.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II. Madrid: EDISOFER, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120*. v. 1. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PÜSCHEL, Flavia Portella, MACHADO, Marta rodriguez de Assis (org.). *Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito: textos de Klaus Günther*. São Paulo: Saraiva, 2009.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. Parte Geral. 9 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2013.

RADBRUCH, Gustav. *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*. Traducción directa del alemán y notas por José Luis Gusmán Dalbora. Montevideo: Editorial B de F, 2011.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. v. I. Tradução e prefácios de L. Cabral de Moncada. 4 ed. rev. e acrescida dos últimos pensamentos do autor Coimbra: Arménio Amado Editor, 1961.

RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

RAMOS, Enrique Peñaranda, GONZÁLEZ, Carlos Suárez, MELIÁ, Manuel Cancio. *Um novo sistema do direito penal*. Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole, 2003.

REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. Do Romantismo até nossos dias. v. 3. 7 ed. São Paulo: Paulus, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Parte geral. v. 1. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RECASENS SICHES, Luis. *Tratado general de sociologia*. México: Porrúa, 1946.

REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. 3 ed. Tradução de Vilmar Schneider. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

RENAULT, Alain. Immanuel Kant. In: PRADEAU, Jean-François (org). *História da filosofia*. 2 ed. Tradução de James Bastos Arêas e Noéli Correia de Melo Sobrinho. Petrópolis: Vozes; Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2012.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *La omision de socorro en el código penal*. Madrid: Editorial Tecnos, 1966.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria. Limites de los delitos de comisión por omisión. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Ano 2, n. 7, p. 28-42, jul./set. de 1994.

ROSENFELD, Anatol. Cassirer. In: CASSIRER, Ernst. *Linguagem e mito*. 3 ed. Tradução de J. Guinsburg e Miriam Schnaiderman. São Paulo: Perspectiva, 1992.

ROTH, Gerhard. La relación entre la razón y la emoción y su impacto sobre el concepto de libre albedrío. In: RUBIA, Francisco J. (ed). *The brain: recent advances in neuroscience*. El cérebro: avances recientes en neurociencia. Madrid: Editorial Complutense, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2007.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editoria, 2009.

ROXIN, Claus. Causalidad y posición de garante en los delitos de omisión impropia. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos, CUERDA RIEZU, Antonio, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, ALCÁCER GUIRAO, Rafael, MARISCAL DE GANTE, Margarita Valle (coord.). *Estudios em homenagem a Enrique Gimbernat*. Tomo II. Madrid: EDISOFER, 2008.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I - Fundamentos. La estrutura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006.

ROXIN, Claus. Do limite entre comissão e omissão. In: ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Veja, 1998.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Veja, 1998.

RUBIA, Francisco J. (ed). *The brain: recent advances in neuroscience*. El cérebro: avances recientes en neurociencia. Madrid: Editorial Complutense. 2009.

RUBIA, Francisco J. Comentarios introductorios. In: RUBIA, Francisco J. (ed). *The brain: recent advances in neuroscience*. El cérebro: avances recientes en neurociencia. Madrid: Editorial Complutense. 2009.

RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Nuevo pensamiento penal. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, a. 4, n. 5 a 8, p. 329-347, 1975.

SALES, Sheila Jorge Selim de. Sobre o objeto da tutela penal. In: SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2004.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Curitiba: Fórum, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8 ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SAUER, Guillermo. *Derecho Penal*. Parte General. Traducción directa del alemán por Juan Del Rosal e José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956.

SAUWEN, Regina Fiuza, HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito in vitro*. Da bioética ao biodireito. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2000.

SCHLUCHTER, Wolfgang. *Paradoxos da modernidade: cultura e conduta na teoria de Max Weber*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora UNESP, 2011.

SCHMITZ, François. Wittgenstein. *Tradução de Oscar de Almeida Marques*. São Paulo: Estação Liberdade, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Traducción de la edición alemana (Gotinga, 1971) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, catedráticos de Derecho Penal de la Universidad de Extremadura (Cáceres). Madrid: Marcial Pons, 2009.

SCHUTZ, Alfred. *Sobre fenomenologia e relações sociais*. Edição e organização de Helmut T. R. Wagner. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. El delito de omisión. *Concepto e sistema*. 2 ed. actualizada. Montevideo: Editorial B de F, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La consideracion del comportamiento de la victima en la teoria juridica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "victimo-dogmática". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Ano 9, nº 34, p. 163-194, abril/junho de 2001.

SILVA, José Afonso. A Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 212, p. 89/94, abr./jun de 1998.

SIMMEL, Georg. *Georg Simmel: sociologia*. Organizado por Evaristo de Moraes Filho, traduzido por Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983.

SKINNER, Burrhus Frederic. *Sobre o behaviorismo*. 10 ed. Tradução de Maria da Penha Villalobos. São Paulo: Cultrix, 2006.

SOUZA, Jessé. *Patologias da modernidade: um diálogo entre Habermas e Weber*. São Paulo: Annablume, 1997.

SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. 3 ed. bilíngue (latim/português). Tradução e notas de Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

STEGMÜLLER, Wolfgang. *A filosofia contemporânea: introdução crítica*. 2 ed. Tradução de Adaury Fiorotti, Edwino A. Royer, et al. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

STÖRIG, Hans Joachim. *História geral da filosofia*. 2 ed. Revisão geral de Egar Orth. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. 4 ed. totalmente reelaborada. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en Derecho penal*. Traducción de Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 3 ed. integralmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TOCILDO, Susana Huerta. ¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión? *Cuadernos de política criminal*, Madrid, Edersa, número 17, 1982.

TURNER, Jonathan H. *Sociologia*. Conceitos e aplicações. Tradução de Márcia Marques Gomes Navas. São Paulo: Makron Books, 2000.

VALLEJO, Manuel Jaén. *El concepto de acción en la dogmática penal*. Madrid: Editorial Colex, 1994.

VARGAS, José Cirilo de. *Introdução ao estudo dos crimes em espécie*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VARGAS, José Cirilo. *Do tipo penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Acción significativa y derechos constitucionales. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

von Wright, Georg Henrik. *Norma y acción: una investigación lógica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1970.

WAGNER, Helmut T. R. Glossário de termos selecionados. In: SCHUTZ, Alfred. *Sobre fenomenologia e relações sociais*. Edição e organização de Helmut T. R. Wagner. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

WEBER, MAX. A “objetividade” do conhecimento na ciência social e na ciência política. In: WEBER, MAX. *Metodologia das ciências sociais*. Parte 1. 4 ed. Tradução de Augustin Wernet. São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2001.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012.

WEBER, Max. *Economía y sociedade*. I - Teoría de la organización social. Traducción y nota preliminar por José Medina Echavarría. México: Fondo de Cultura Económica, 1944.

WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. 5 ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1982.

WEBER, MAX. *Metodologia das ciências sociais*. Parte 1. 4 ed. Tradução de Augustin Wernet. São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2001.

WEBER, Max. *Metodologia das ciências sociais*. Parte 2. 3 ed. Tradução de Augustin Wernet. São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2001.

WEBER, Max. Sobre algumas categorias da sociologia compreensiva. In: WEBER, Max. *Metodologia das ciências sociais*. Parte 2. 3 ed. Tradução de Augustin Wernet. São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2001.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Parte general. 11 ed. e 4 ed. castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997.

WELZEL, Hans. *Introduccion a la filosofia del derecho*. Derecho natural y justicia material. 2 ed. Traducción del alemán por Felipe González Vicen. Madrid: Aguilar, 1974.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

WELZEL, Hans. Prólogo do autor à 4ª edição. In: WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

WESSELS, Johannes. *Direito penal* (aspectos fundamentais). Tradução do original alemão e notas de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

WINCH, Peter. *Ciencia social y filosofia*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1972.

WINCKELMANN, Johannes. Prefácio à quinta edição. In: WEBER, Max. *Economia e Sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva. v. I. 4 ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Tradução de Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 1998.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7 ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2012.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. 3 ed. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

ZACZYK, Rainer. Injusto jurídico-penal y la autorresponsabilidad del lesionado. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Compilado por Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

ZACZYK, Rainer. Sobre la fundamentación en el derecho. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Compilado por Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

ZACZYK, Rainer. Sobre la justicia de la imposición de penas a los seres humanos. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Compilado por Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

ZACZYK, Rainer. Sobre la posición de garante de los funcionarios. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Compilado por Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

ZACZYK, Rainer. ¿Qué es la dogmática del Derecho Penal?. In: ZACZYK, Rainer. *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Compilado por Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro, José Antonio Caro John e Miguel Polaino-Orts. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*. Parte General. 2 ed. Buenos Aires, Ediar, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Estructura basica del derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009.