

## CAPÍTULO 4

# O DEVER DE SOLIDARIEDADE EM ÉMILE DURKHEIM E A IMPUTAÇÃO DAS AÇÕES NEUTRAS NO DIREITO PENAL

Émile Durkheim, um dos fundadores da sociologia e representante do positivismo jurídico, é um dos grandes estudiosos do tema relativo ao dever de solidariedade, um dos fundamentos da vida em sociedade, bem como do papel do direito penal no contexto social.

Segundo sua lógica, um determinado fato social deve ser analisado sob a perspectiva da atuação de vários indivíduos que compõem o tecido social e não de apenas um cidadão. Para ele, todas as manifestações de conteúdo subjetivo, como promover o bem e ser solidário ao próximo, estão ligadas ao campo da sociologia. A solidariedade para Durkheim é elemento fundamental de integração dos inúmeros membros que compõem a sociedade.

Durkheim divide a solidariedade em mecânica e orgânica. Essa solidariedade provém da divisão social do trabalho. Isso se deu com o crescimento da vida em sociedade e os papéis de cada um neste convívio social. Na solidariedade mecânica Durkheim salienta que há uma ligação entre o indivíduo diretamente à sociedade. Na sociedade orgânica, a sociedade vai depender das partes e dos indivíduos que a compõem para efeito de um bom funcionamento. A sociedade mecânica atribui a uma consciência coletiva que abriga a consciência individual, que acaba por absorver o indivíduo. Na sociedade orgânica, fica descoberta uma parte da consciência individual para uma função especial. Na sociedade mecânica os indivíduos são semelhantes. Na orgânica as funções são cada vez mais especializadas de acordo com a sua aptidão. Na mecâni-

ca não há divisão social de trabalho. Na orgânica isso já existe. Na mecânica a punição é arcaica, repressiva, violenta e de caráter preventivo. Na orgânica o sistema repressivo tem um caráter reparador, indenizatório, buscando restituir ao indivíduo aquilo que ele perdeu. A sociedade mecânica é uma sociedade muito simples. A sociedade orgânica é mais complexa, muito desenvolvida, geralmente industrial, chegando Durkheim a compará-la a um corpo humano, no qual cada órgão tem a sua função.

João Daniel Rassi salienta que para Durkheim, o direito penal corresponde ao tipo de sociedade mecânica, ou seja, aquela que caracteriza a sociedade em que a divisão do trabalho é muito mais simples. Nesse tipo de sociedade, onde a similitude é o pensamento reitor, os sentimentos de caráter coletivo podem mais facilmente ser compartilhados e o sentimento de vingança ocasionado por um crime receberá uma resposta violenta e reativa, a título de manter ou restabelecer a coesão social.<sup>51</sup>

Diferentemente, no tipo de sociedade marcada pela solidariedade orgânica, a sofisticação e o elevado grau de individualização das atividades humanas em face dos sentimentos coletivos, são os fatores determinantes.

Conforme tratado anteriormente, a sociedade do bem-estar passou a exigir um nível de sofisticação e divisão das atividades laborativas que culminou na exigência de um maior nível de colaboração entre as pessoas. Assim, passa a tornar-se possível a análise dos limites de criminalização em sede de ações neutras.

Mais modernamente, Anthony Giddens, traz a ideia de que as transformações verificadas principalmente nos últimos tempos, constituiriam uma nova etapa de modernidade, que pela primeira vez surge de forma plena, com todos os seus desafios, basicamente nos moldes já delineados por Ulrich Bech, em sua obra *Sociedade de Risco*. Paradoxalmente, ao lado do progresso promovido por essa modernidade existe um lado obscuro, de graves consequências e que promoverão, ao longo do tempo, graves consequências, como a questão do meio ambiente, corrida armamentista e outras questões já assinaladas.

Nesse contexto, a confiança depositada no trabalho e na atividade dos vários atores desse ambiente de alta complexidade laborativa, ainda promove um nível razoável de tranquilidade para a população em geral. Nesse sentido, as considerações de Jakobs, sobre o princípio da confiança:

*O princípio da confiança é a autorização para confiar no comportamento correto das outras pessoas – numa medida a ser ainda determinada – não obstante a experiência de que elas cometem erros (confiar é entendido aqui não como evento psíquico, mas como estar autorizado a confiar). O princípio da confiança não é apenas um subcaso do risco permitido, mas também da proibição de regresso: não se trata apenas de que as pessoas, em ações comuns ou em contatos anônimos, possam ser fatores de perturbação da mesma for-*

51 RASSI, João Daniel. *Imputação das Ações Neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 121-122.

*ma que processos naturais imprevisíveis (nesse sentido, risco permitido), mas também da responsabilidade dessas pessoas por seus erros (nesse sentido, proibição de regresso). Enquanto, no risco permitido, um conflito deve ser definido como erro do agente ou da vítima ou como adversidade, no princípio da confiança, acrescente-se a possibilidade de definir o conflito como erro de terceiro envolvido; essa possibilidade de lidar com um conflito constituiria a principal raiz do princípio da confiança.<sup>52</sup>*

O avanço tecnológico que caminha em perfeita sintonia com essa complexa e arriscada sociedade pós-industrial, do ponto de vista institucional, confere margem à análise de uma sofisticada capacidade de vigilância desenvolvida pela atual sociedade, dotada de um desenvolvido sistema de mecanismos de monitoramento social, como as interceptações telefônicas e telemáticas, câmeras espalhadas em lugares públicos, bem como os demais meios de inteligência artificial. Esse elevado nível de vigilância e monitoramento eletrônico em sede de ações neutras acaba por exigir do cidadão um elevado nível de vigilância sobre os demais. João Daniel Rassi, a propósito do tema, salienta que esse ambiente acaba por promover uma pulverização do poder punitivo que deixa de ser monopólio do Estado, para ser instrumento de controle social entre os próprios cidadãos, tornando o dever de solidariedade, antes de tudo, dever de vigilância. Esse dever de solidariedade, é um dever adicional, imposto àquelas pessoas que, atuando de forma neutra, acabam por expor pessoas a um perigo concreto ou criando condições de perigo para um terceiro. Nas palavras de José Antonio Caro John:

*Há quedado establecido que el cumplimiento de los deberes de una conducta adecuada a un rol tiene un significado neutro para el Derecho penal. Sin embargo, de ninguna manera debe entenderse que un obrar neutro avala impunidad total de la conducta. La neutralidade es sólo un aspecto de la conducta, cuando ésta es ejercitada correctamente en el marco de un rol estereotipado. Pero, cuando el actuante, al tempo de llevar a cabo su conducta cotidiana, se da cuenta que simultaneamente al desarrollo de su acción expone a personas a un peligro concreto o crea las condiciones de una situación de sobre él deber adicional por cumplir: el deber de solidariedade mínima.<sup>53</sup>*

Assim é que, procuramos apresentar as bases objetivas sobre as quais é possível discutir os temas relativos às ações neutras (concretização do risco permitido) e o

52 JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 302-303.

53 SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel; MACRI JR, José Roberto (orgs.). *Ações neutras e direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2020, p. 48.

dever de solidariedade. Esse novo contexto social passou a exigir do direito penal um caráter de expansão, com a necessária cautela, para efeito de aperfeiçoamento do sistema em face dos novos desafios apresentados pela sociedade atual.

João Daniel Rassi, salienta que é a partir das ideias de Durkheim, complementadas pela contemporaneidade de Giddens que é possível compreender as consequências penais do fenômeno contemporâneo do estreitamento dos vínculos sociais, resultado de um aumento expressivo da interação dos atores sociais em escala global. Segundo Rassi, as transformações sociais e tecnológicas dos últimos tempos incidem sobre a ação humana de forma que o direito penal deve passar por uma reestruturação “ainda que isso não se resuma a uma expansão irrestrita de sua abrangência e tampouco ao acirramento puro e simples de seu caráter repressor (aumento de penas, flexibilização de garantias etc.)”.<sup>54</sup> O autor conclui que esse estreitamento dos vínculos sociais fundamenta a criação de um vínculo jurídico-penal positivo, que se denomina dever de solidariedade. Em relação a esse dever mínimo de solidariedade, José Antonio Caro John salienta que:

*Pero que el deber de solidariedade mínima haya alcanzado un reconocimiento positivo en el Código penal alemán en los tempos del nacional-socialismo no significa en lo absoluto que esta forma de deber responda a una ideología política discutible, opuesta a toda concepción democrática de convivência. Todo lo contrario, el deber de solidariedade es tan antiguo como el mismo deber negativo. Baste como ejemplo la acción salvadora del Buen Samaritano, que se recoge en el Evangelio de San Lucas, donde, en base al principio Cristiano de amar al prójimo como a uno mismo, la solidariedade manifiesta su validez como parte de la caridad. Esto evidencia que el deber de solidariedade ha estado arraigado en la conciencia de los pueblos más como un deber moral que jurídico. Sólo que como una solidariedade en el ordenamiento jurídico no puede basarse en el amor entre las personas, sino en la exigencia de que cada individuo tiene deberes positivos de acción para el bienestar de la generalidade, antes de su institucionalización jurídica estuvo habitando, con una larga tradición, dentro del mundo de los deberes morales recíprocos entre el sujeto individual y la comunidad.*<sup>55</sup>

Nesse contexto de sociedade do risco, haverá, como salienta Jorge de Figueiredo Dias, em resposta ao recrudescimento do sistema punitivo, uma indevida e insustentável tendência de aumento expressivo em número e em significado, do número de omissões jurídico-penalmente relevantes. E prossegue o autor:

54 RASSI, João Daniel. *Imputação das Ações Neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 138.

55 SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel; MACRI JR, José Roberto (orgs.). *Ações neutras e direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2020, p. 51.

*Sem dever todavia esquecer-se que uma punição generalizada ou demasiado alargada da omissão conduzirá seguramente a uma sistemática, inadmissível e insuportável intromissão – tanto mais insuportável quanto maior for, precisamente, a complexidade social – de cada um na esfera jurídica dos outros, para assim não incorrerem na possibilidade de serem jurídico-penalmente responsabilizado por omissões.<sup>56</sup>*

O mencionado dever de solidariedade deve ser visto com muita cautela para que não se perca de vista os limites efetivos de imputação e para que não haja uma expansão desenfreada do direito penal nas hipóteses de omissão, dando margem a punições absolutamente injustas. Nesse diapasão, Janaina Conceição Paschoal, por ocasião de sua obra sobre direito penal mínimo, salienta que de fato é inconcebível sustentar que a solidariedade deve ser estimulada por meio do Direito Penal e o que é pior, por meio de punição de condutas absolutamente sem previsão legal.<sup>57</sup>

---

56 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: Parte geral*. Tomo I: Questões fundamentais: A doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 908.

57 PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 69.

