



O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E A DESCRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS

THE PRINCIPLE OF SOCIAL ADEQUACY AND DECRIMINALISATION OF CONDUCT

Gabrielle Delecróde Jorgette¹

RESUMO: O presente trabalho proporciona despertar na comunidade jurídica o debate inafastável da aceitação social de terminadas condutas que passam a ser consideradas atípicas devido ao princípio da adequação social. Busca-se evidenciar, ainda, os efeitos e prejuízos advindos dessa adequação principiológica. Assim, questiona-se a harmonia da prática adotada pelo princípio da adequação social. Portanto, o conteúdo abordado visa estabelecer um paralelo entre condutas típicas e atípicas devido à valorização ou desvalorização diante da evolução social.

Palavras-chave: Princípio. Atipicidade. Sociedade

ABSTRACT: The present work provides an awakening in the juridical community the unspeakable debate of the social acceptance of finished behaviors that are considered atypical due to the principle of social adequacy. It seeks to highlight, still, the effects and damages arising from this principiological adequacy. Thus, the harmony of the practice adopted by the principle of social adequacy is questioned. Therefore, the content addressed aims to establish a parallel between typical and atypical behaviors due to the appreciation or devaluation before social evolution.

¹ Graduanda em Direito (5º Ano - 2020) pela Faculdade Iteana de Botucatu/SP.

Keywords: Principle. Atypical. Society

INTRODUÇÃO

O conteúdo abordado visa estabelecer um paralelo entre condutas típicas e atípicas devido à valorização ou desvalorização diante da evolução social.

Em suma, princípios são ideias genéricas, as quais podem gerar concepções de outras normas.

A teoria da adequação social foi concebida pelo grande jurista e filósofo alemão Hans Welzel, que preconiza a ideia de que, apesar de uma conduta se subsumir ao tipo penal, é possível deixá-la típica quando socialmente adequada, isto é, quando estiver de acordo com a ordem social.

Consoante aos debates com relação a esse princípio, o poder judiciário se depara com a sua menção em pelo menos três hipóteses: casa de prostituição (art. 229 do Código Penal), comércio de CDs e DVDs piratas (art. 184, § 2º do Código Penal) e “jogo do bicho” (art. 58 da Lei nº 3.688/41).

O embate lógico desse artigo não se limita apenas em verificar a tipicidade de mencionados dispositivos, mas procura elencar os principais argumentos utilizados por aqueles que enxergam tais dispositivos não mais merecem ser tipificados criminalmente.

Portanto, pertinente apontar a sistemática entre o princípio da adequação social e os entendimentos jurisprudenciais.

Essa pesquisa proporciona, portanto, um estudo detalhado dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais de uma regra de hermenêutica tendente a viabilizar a exclusão da tipicidade de condutas que, mesmo formalmente típicas, não são mais objeto de reprovação social relevante, pois são nitidamente toleradas.

1. RELAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS E O DIREITO PENAL

Em suma, princípios são ideias genéricas, as quais podem gerar concepções de outras normas.

Conforme preceitua Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 57):

O Direito Penal apresenta, por um lado, como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes- penas e medidas de segurança. Por outro lado, apresenta como um conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais. Esse conjunto de normas, valorações e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observando rigorosos princípios de justiça.

Miguel Reale (2003, p. 37) aduz que:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Dessa forma, entende-se que os princípios que formam a ciência jurídica acabam por orientar a legislação.

Mormente, os princípios da ramificação criminal foram inseridos após influências do pós-positivismo, os quais, juntamente com a legislação constitucional e infraconstitucional, buscam desenvolver meios para prevenção da prática de delitos, bem como a ressocialização do indivíduo criminoso.

Não obstante, possuem também a função de punir o indivíduo pela conduta típica praticada sem autorização e em desconformidade com as determinações legais.

Em suma, os princípios orientam regras gerais, devendo ser imprescindível a sua observação quando da elaboração de uma norma.

Para Miguel Reale (2002, p. 306):

Os princípios se inserem em nosso ordenamento jurídico através do processo legislativo, mas também com frequência através da atividade jurisdicional e na formação dos precedentes judiciais, bem como através dos usos e costumes e da prática dos atos negociais.

Não obstante a função das normas, os princípios são elos entre a interpretação e a solução de determinado caso concreto.

Nesse ínterim, é possível perceber que os princípios são de extrema importância quanto à garantia de valores humanitários, a fim de colaborar com a norma para a manutenção da ordem social.

2. O PRINCÍPIO PENAL CONSTITUCIONAL DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Mormente, é possível estruturar a concepção de “adequação social”, e, posteriormente, torna-se claro a finalidade e interpretação do princípio da adequação social.

Em contraposto com as ciências exatas, a ciência social possui característica principal a necessidade de constante adaptação, vez que a sociedade encontra-se incessante evolução.

O doutrinador Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 49), em sua obra “Tratado de Direito Penal”, expõe que:

Segundo Welzel, o Direito Penal tipifica somente condutas que tenham uma certa relevância social; caso contrário, não poderiam ser delitos. Deduz-se, conseqüentemente, que há condutas que por sua “adequação social” não podem ser consideradas criminosas. Em outros termos, segundo esta teoria, as condutas que se consideram “socialmente adequadas” não podem constituir delitos e, por isso, não se revestem de tipicidade.

Welzel adota como base o fato que nenhuma conduta pode ser considerada delituosa ou socialmente condenável, mesmo que se enquadre no que está determinado pela legislação, se tiver ampla aceitação por parte da coletividade ou por um grupo que a pratique.

Contudo, esse princípio se constitui a partir de um critério subjetivo de aceitação ou reprovação, determinado pela sociedade, sendo que o Direito surge como um reflexo dos

anseios da sociedade, não cabendo, portanto, criminalizar uma sanção por fato considerado costumeiro pela sociedade. Ou seja, condutas socialmente adequadas são aquelas que não afrontam o sentimento social de justiça da população.

Mencionada situação ocorre de acordo com a evolução dos costumes e hábitos sociais.

A título de exemplificação, uma questão de se adequar ao fato existente, a Lei nº. 11.343/2006 estabeleceu a não punição dos indivíduos que são dependentes químicos. Buscando sanar essa mazela social (o tráfico de drogas), o Estado passou a buscar por medidas educativas, tratamento e prestação de serviços comunitários. Além disso, essa norma abrangeu novas situações que antes não existiam como, por exemplo, a criação de elementos que qualifiquem o delito de tráfico de entorpecentes e a criação da figura do indivíduo que financia esse comércio.

Nesse sentido, Luiz Régis Prado (2010, p. 153) explica: “[...] Uma conduta se subsumir formalmente ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada [...]”.

Ainda nesse sentido, Francisco de Assis Toledo (1994, p. 132) preconiza que:

[...] o princípio da adequação social se desdobra para alcançar inúmeras situações nem sempre ajustadas a regras éticas. Vale dizer: podem as condutas socialmente adequadas não serem modelares, de um ponto de vista ético. Delas se exige apenas que se situem dentro da moldura do comportamento socialmente permitido ou, na expressão textual de Welzel, dentro do quadro da liberdade de ação social (... *im Rahmen der sozialen Handlungsfreiheit*), o que, em última análise, como bem observar Mir Puig, se reduz a esta afirmação apodítica: “Não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto”.

Contudo, cabe consignar que o costume não possui o poder de revogar uma Lei, sendo essa última revogada apenas mediante outra Lei, conforme dispõe o art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”. (BRASIL, 1942).

Portanto, resta claro que o princípio em questão se trata de uma de uma regra de hermenêutica tendente a viabilizar a exclusão da tipicidade de condutas que, mesmo

formalmente típicas, não são mais objeto de reprovação social relevante, pois são nitidamente toleradas.

3. TIPICIDADE

A princípio, há que se falar que a tipicidade é a descrição legal de um delito, ou seja, é a reunião dos elementos, tanto subjetivos quanto objetivos, de uma infração criminal.

O nobre Paulo Queiroz (2008, p. 147) assim traduz aludida tipicidade:

Típica e, em consequência, toda conduta humana que corresponda ao modelo legal (tipo penal). Tipicidade significa, assim, a coincidência entre dado comportamento humano e a norma penal incriminadora (v. g., o homicídio, o furto, o estupro).

De acordo com Gama (2006, p. 367), “a tipicidade deve reunir todos os requisitos pré-estabelecidos pelos artigos que integram a legislação, a fim de se configurar, a partir da ótica jurídica, como um crime”.

Contudo, com a evolução do pensamento, houve distinção entre tipicidade formal e tipicidade material.

A tipicidade formal se embasa na definição proposta por Gama e se restringe a uma mera adequação do fato concreto ao tipo criminal descrito na legislação, ou seja, é a relação de adequação exata entre a conduta e a norma penal. Enquanto a tipicidade material é aquela que avalia a lesividade configurada contra um bem jurídico protegido pelo Estado e, se devido sua realização, houve substancial prejuízo.

No caso da aplicação do princípio da adequação social, a tipicidade material da conduta é afastada, tendo em vista a o bem juridicamente tutelado não ter sido atingido de forma significativa devido a aceitação social.

O professor e doutrinador Fernando Capez (2011, p. 220/221) leciona que:

[...] o fato típico pressupõe que a conduta esteja proibida pelo ordenamento jurídico como um todo, globalmente considerado. Assim, quando algum ramo do direito, civil, trabalhista, administrativo, processual ou qualquer outro, permitir o comportamento, o fato será considerado atípico. O direito é um só e deve ser considerado como um todo, um bloco monolítico, não importando sua esfera (a ordem é conglobante). Seria contraditório autorizar a prática de uma conduta por

considerá-la lícita e, ao mesmo tempo, descrevê-la em um tipo como crime. Ora, como, por exemplo, o direito civil pode consentir e o direito penal definir como crime uma mesma ação, se o ordenamento jurídico é um só. O direito não pode dizer: “pratique boxe, mas os socos que você der estão definidos como crime”. Se o fato é permitido expressamente, não pode ser típico. Com isso, o exercício regular do direito deixa de ser causa de exclusão da ilicitude para transformar-se em excludente de tipicidade, pois, se o fato é um direito, não pode estar descrito como infração penal.

Posto isso, o delito deve estar pré-determinado pela legislação, na esfera abstrata, e causar relevante dano ao bem jurídico tutelado pelo ente estatal.

Portanto, quando há a carência de um desses elementos, a conduta é denominada atípica.

4. VALORIZAÇÃO E DESVALORIZAÇÃO DE CONDUTA

Uma conduta só é passível de ser considerada como perigosa para a sociedade, a partir do momento que é acrescida de uma opinião ou comportamento que a caracterize, ou seja, há uma valoração pela coletividade quanto seu grau de periculosidade.

Essa valoração pode se fundamentar a partir de determinadas situações em que há um sentimento de comoção, por vezes, nacional e que implica em sua punição pelo ente estatal, a fim de evitar que esse elemento atente contra a paz social.

A partir dessa premissa, o Estado determina a tipificação criminal e a sanção a ser cominada.

Opondo-se a valoração demonstrada pela sociedade, devido à evolução do pensamento coletivo, há a permissão que específicas condutas sejam aceitas pela esfera jurídica, logo, sem a caracterização típica.

5. ABOLITIO CRIMINIS

Inicialmente, deve-se salientar o entendimento básico desse instrumento, o qual se resume em transformação de um fato típico em atípico, portanto, há a descriminalização de um ato anteriormente criminoso.

Esse instrumento se materializa no "Princípio da Intervenção Mínima", no entanto exerce papel complementar para a efetiva função do postulado da Adequação Social.

Isso ocorre, principalmente, devido à questão da evolução do pensamento e dos costumes da sociedade ou ainda a forma como dispositivo tem sua aplicação não condiz com a realidade, tornando-se ultrapassado.

Em suma, a abolição do crime está associada com o pressuposto de que o tempo (época) vigente deve reger o ato, atribuindo-lhe feição delituosa ou ato típico de uma sociedade, sendo passível apenas de reprovação moral ou religiosa, por parte da população.

Essa concepção tem suas bases fundamentadas no *caput* do artigo 2º, do Código Penal, o qual diz: "Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória" (BRASIL, 1940).

Por extensão, esse instrumento abrange de forma retroativa as condutas que sofreram punição, extinguindo a pena ou sanção.

6. RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância foi introduzido ao direito penal advindo do brocardo latino *minimus non curat praetor* (o pretor não cuida de minudências), o qual enseja demonstrar que o direito penal deve apenas tutelar assuntos relevantes a um interesse social.

Tal princípio, segundo o doutrinador Francisco de Assis Toledo (1994, p. 133) fora exposto da seguinte forma:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentaria, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas.

A Corte Máxima Brasileira, o Supremo Tribunal Federal (STF – HC: 106510 MG), assim já se manifestou acerca deste princípio, tal qual:

O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal — tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Tal postulado — que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.

Ocorre que aludido princípio tem como função excluir a tipicidade material do delito.

De forma correspondente, o princípio da adequação social aduz que as condutas adequadas pelo meio social não merecem a tipificação penal.

Muito bem expõe Luiz Régis Prado (2010, p. 153) em sua obra: “[...] uma conduta se subsumir formalmente ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada [...]”.

Portanto, a diferença entre mencionados princípios que, apesar de parecerem teoricamente semelhantes, o princípio da insignificância prevê uma conduta irrelevante para o Direito Penal, no entanto, a mesma não é aceita pela sociedade, como por exemplo, o furto de um lápis de valor ínfimo.

7. CASUÍSTICA DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO STJ

No que diz respeito ao princípio da adequação social, os tribunais brasileiros se deparam frequentemente com a sua invocação em pelo menos três hipóteses, entre elas a casa de prostituição (CP, art. 229), o comércio de CDs e DVDs piratas (CP, art. 184, § 2º) e o “jogo do bicho” (art. 58 da Lei de Contravenções Penais).

Com efeito, é amplamente discutido se as condutas de manter estabelecimento em que ocorra exploração sexual, de vender CDs e DVDs piratas e participar de jogos de azar seriam socialmente adequadas.

7.1 Casa de prostituição

A redação dada pela Lei nº 12.015 de 07 de agosto 2009 alterou a nomenclatura do título em que o dispositivo 229 do Código Penal está inserido, bem como modificou a redação apresentada por ele, no entanto, não apresentou grandes inovações. O teor passou a apresentar o seguinte:

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:
Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa. (BRASIL, 2009)

A questão da constitucionalidade de referido dispositivo é veementemente debatida no que diz respeito à aceitação social. Mormente cabe demonstrar que os que defendem a constitucionalidade desejam proteger os bons costumes e a moralidade sexual.

No Supremo Tribunal de Justiça é pacífico o entendimento quanto a inadmissibilidade da aplicação do princípio da adequação social para efeito da exclusão da tipicidade material das casas de prostituição.

Nesse sentido, as jurisprudências:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 229 DO CP (REDAÇÃO ANTIGA). CASA DE PROSTITUIÇÃO. DESCRIMINALIZAÇÃO. INOCORRÊNCIA. TIPICIDADE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Esta Corte Superior tem entendimento no sentido de que não se pode falar em descriminalização pela ordem social do delito de casa de prostituição - artigo 229 do Código Penal. 2. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a tipicidade da conduta descrita, sendo vedado a esta Corte revolver o arcabouço carregado aos autos, ante a vedação do enunciado 7 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, T6 – Sexta Turma, AgRg no REsp 924.750/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 15/03/2011, p. DJe 04/04/2011).

RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 229 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INAPLICABILIDADE. TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUCTA. 1. O princípio da adequação social é um vetor geral de hermenêutica segundo o qual, dada a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal, se o tipo é um modelo de conduta proibida, não se pode reputar como criminoso um comportamento socialmente aceito e tolerado pela sociedade, ainda que formalmente subsumido a um tipo incriminador. 2. A aplicação deste princípio no exame da tipicidade deve ser realizada em caráter

excepcional, porquanto ao legislador cabe precipuamente eleger aquelas condutas que serão descriminalizadas. 3. A jurisprudência desta Corte Superior orienta-se no sentido de que eventual tolerância de parte da sociedade e de algumas autoridades públicas não implica a atipicidade material da conduta de manter casa de prostituição, delito que, mesmo após as recentes alterações legislativas promovidas pela Lei n. 12.015/2009, continuou a ser tipificada no artigo 229 do Código Penal. 4. De mais a mais, a manutenção de estabelecimento em que ocorra a exploração sexual de outrem vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo incabível a conclusão de que é um comportamento considerado correto por toda a sociedade. 5. Recurso especial provido para restabelecer a sentença condenatória, apenas em relação ao crime previsto no artigo 229 do Código Penal. (STJ, T6 – Sexta Turma, REsp 1435872/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. p/ Acórdão Min. Rogério Schietti Cruz, j. 03/06/2014, p. DJe 01/07/2014).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ATIPICIDADE. RUFIANISMO. ABOLITIO CRIMINIS DO CRIME DO ART. 229. ALTERAÇÃO DA LEI Nº 12.015/09. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ART. 229 DO CP. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. DELITOS DOS ARTS. 229 E 230 DO CP. IMPOSSIBILIDADE. I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014). II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício. III - As teses acerca da atipicidade da conduta prevista no art. 230 do Código Penal pelo princípio da adequação social e da incidência do instituto do abolitio criminis ao art. 229 do Código Penal não foram apreciadas pelo eg. Tribunal a quo, não é possível a esta eg. Corte preceder a tais análises, sob pena de indevida supressão de instância (Precedentes). IV - A jurisprudência desta Corte Superior orienta-se no sentido de que eventual tolerância de parte da sociedade e de algumas autoridades públicas não implica a atipicidade material da conduta de manter estabelecimento em que ocorra exploração sexual, delito tipificado no artigo 229 do Código Penal (Precedentes). V - O delito de rufianismo não é um mero exaurimento tampouco está na linha de desdobramento regular do delito tipificado no art. 229 do CP. Inaplicável, portanto, o princípio da consunção. VI - *In casu*, não merece prosperar a insurgência quanto à dosimetria da pena, uma vez que a fixação da pena foi fundamentada nas peculiaridades do caso concreto, bem como na comprovação da reincidência. Habeas corpus não conhecido. (STJ, T5 - Quinta Turma, HC 238.688/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. 06/08/2015, p. DJe 19/08/2015).

Em síntese, o STJ entende que a tolerância da sociedade e o desuso do crime do artigo 299 do Código Penal não gera atipicidade.

Contudo, o TJ/RS possui um posicionamento contrário, sustentando que só existirá o crime de casa de prostituição se houver exploração sexual da vítima.

7.2 Comércio de produtos piratas

A princípio, cumpre delimitar o conceito de direito autoral.

Segundo Bitencourt (2009, p. 349), direito autoral engloba “[...] os benefícios, vantagens, prerrogativas e direitos patrimoniais, morais e econômicos provenientes de criação artística, científicas, literárias e profissionais de seu criador, inventor ou autor”.

Portanto, é garantido ao autor da obra, todas as prerrogativas referentes ao seu produto, sendo a proteção da propriedade intelectual o bem tutelado pela Lei.

Contudo, se por um lado há a necessidade de respeitar, por determinação legal, os direitos autorais, por outro, há o princípio da adequação social, o qual tenta, por sua vez, descriminalizar condutas aceitas pela sociedade.

Atualmente, é possível perceber um grande aumento da comercialização de produtos piratas, os quais estão expostos nos grandes meios de circulação e, por isso, muitas pessoas são responsabilizadas criminalmente pela prática do crime de violação de direitos autorais.

Em que pese o acolhimento do princípio da adequação social por alguns julgadores e doutrinadores, no que diz respeito a venda de produtos piratas, o Ministro Ricardo Lewandowski, durante o julgamento do Habeas Corpus 98.898/SP, decidiu que a prática da conduta de comercializar produtos piratas não pode ser considerada socialmente aceitável, permanecendo como típica, vez que afronta o direito autoral.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. VENDA DE CD'S "PIRATAS". ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA POR FORÇA DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. IMPROCEDÊNCIA. NORMA INCRIMINADORA EM PLENA VIGÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - A conduta do paciente amolda-se perfeitamente ao tipo penal previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal. II - Não ilide a incidência da norma incriminadora a circunstância de que a sociedade alegadamente aceita e até estimula a prática do delito ao adquirir os produtos objeto originados de contrafação. III - Não se pode

considerar socialmente tolerável uma conduta que causa enormes prejuízos ao Fisco pela burla do pagamento de impostos, à indústria fonográfica nacional e aos comerciantes regularmente estabelecidos. IV - Ordem denegada.

Referido julgado, passou a ser considerado como parâmetro para os demais julgamentos. Com isso, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 502, a qual dispõe que “presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, §2º, do Código Penal, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas”.

Nesse mesmo sentido, as jurisprudências que acompanharam tal decisão:

HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL (ART. 184, § 2º. DO CPB). EXPOSIÇÃO À VENDA DE 287 DVD'S E 230 CD'S PIRATAS. INADMISSIBILIDADE DA TESE DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. POR FORÇA DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INCIDÊNCIA DA NORMA PENAL INCRIMINADORA. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA. 1. Os pacientes foram surpreendidos por policiais comercializando, com violação de direito autoral, 287 DVD's e 230 CD's conhecidos vulgarmente como piratas; ficou constatado, conforme laudo pericial, que os itens são cópias não autorizadas para comercialização (fls. 182). 2. Mostra-se inadmissível a tese de que a conduta do paciente é socialmente adequada, pois o fato de parte da população adquirir tais produtos não tem o condão de impedir a incidência, diante da conduta praticada, do tipo previsto no art. 184, § 2º. do CPB; a não aplicação de uma norma penal incriminadora, mesmo que por prolongado tempo, ou a sua inobservância pela sociedade, não acarretam a sua eliminação do ordenamento jurídico, por se tratar de comportamento social contra-legend. 3. O prejuízo causado nesses casos não está vinculado apenas ao valor econômico dos bens apreendidos, mas deve ser aferido, também, pelo grau de reprovabilidade da conduta, que, nesses casos, é alto, tendo em vista as consequências nefastas para as artes, a cultura e a economia do País, conforme amplamente divulgados pelos mais diversos meios de comunicação. (HC 113.702/RJ, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 03.08.2009 e HC 161.019/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 01.04.2011). 4. Ordem denegada. (STJ, T5 – Quinta Turma, HC 197.370/MS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 03/05/2011, p. DJe 30/05/2011).

E ainda:

HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. COMERCIALIZAÇÃO DE DVD'S "PIRATAS". ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INAPLICABILIDADE. INCIDÊNCIA DA NORMA PENAL PREVISTA NO ART. 184, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. 1. O paciente, em 17.03.06, manteve expostos à venda 250 (duzentos e cinquenta) DVDs com títulos diversos, reproduzidos com violação de direitos autorais, com intuito de lucro. 2. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que a conduta prevista no art. 184, § 2º, do Código Penal, é formal e materialmente típica, afastando a

aplicação do princípio da adequação social. Precedentes. 3. A quantidade de mercadorias apreendidas (250 DVDs) demonstra a existência de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, excluindo a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância. 4. Ordem denegada. (STJ, T5 – Quinta Turma, HC 175.811/MG, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ, j. 12/06/2012, p. DJe 28/06/2012).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. ART. 184, § 2º, DO CP. DEPÓSITO. CDS e DVDS. DESNECESSIDADE DE A PEÇA ACUSATÓRIA INFORMAR O NOME DOS AUTORES DAS OBRAS FRAUDADAS. DENÚNCIA. ADEQUAÇÃO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF. 1. A violação de preceitos, dispositivos ou princípios constitucionais revela-se quæstio afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, provocado pela via do extraordinário; motivo pelo qual não se pode conhecer do recurso nesse aspecto, em função do disposto no art. 105, III, da Constituição Federal. 2. Este Superior Tribunal considera que é afastada a inépcia quando a denúncia preencher os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, com a individualização da conduta do réu, descrição dos fatos e classificação dos crimes, de forma suficiente para dar início à persecução penal na via judicial, bem como para o pleno exercício da defesa. 3. A existência de dissídio jurisprudencial notório autoriza a mitigação das exigências de natureza formal para o conhecimento do recurso especial, principalmente porque a jurisprudência deste Superior Tribunal e do Supremo Tribunal Federal se orienta no sentido de considerar típica, formal e materialmente, a conduta prevista no art. 184, § 2º, do Código Penal, afastando, assim, a aplicação do princípio da adequação social, de quem expõe à venda CDs E DVDs "piratas". 4. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 5. Agravo regimental improvido. (STJ, T6 – Sexta Turma, AgRg no REsp 1.475.241/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 16/04/2015, p. DJe 29/04/2015).

Portanto, a não aplicação do princípio da adequação social referente à comercialização de produtos piratas se justifica pelas consequências sociais e financeiras causadas pelos prejuízos aos autores das obras, bem como a redução do recolhimento de impostos pelo fisco, causando, assim, prejuízo ao Estado.

7.3 Jogo do bicho

Embora a grande massa praticante de jogos de azar, essa conduta, em pleno século XXI continua sendo criminalizado, fazendo com que inúmeras pessoas sejam responsabilizadas criminalmente pela prática de referida conduta.

É possível perceber que existe grande tolerância social com relação à prática do “jogo do bicho” e, por isso, há quem defenda a aplicação do princípio da adequação social, bem como o da intervenção mínima do Estado.

Observando esses entendimentos, Rogério Greco (2000, p. 13) preconiza que:

O Direito Penal só atua para proteger os bens jurídicos não suficientemente protegidos pelos outros ramos do Direito, desde tais bens jurídicos sejam salutares à vida em sociedade. É um princípio limitador do poder de punir do Estado. O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. O Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objetos de outros ramos do Direito. O princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, assim como possui o condão de identificar os bens jurídicos mais relevantes, mercedores de proteção pelo Direito Penal, também é o responsável pelo movimento oposto, ou seja, identificar quais os bens jurídicos carecedores de importância à luz do Direito Penal. A esse fenômeno dá-se o nome de descriminalização.

No entanto, em que pese ser algo corriqueiro na atualidade, os tribunais estão entendendo pela não aplicação do princípio da adequação social neste caso, tendo em vista a presença de norma que regulamenta a tipicidade de referida prática de contravenção penal.

Nesse sentido:

JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. JOGO DO BICHO. ART. 58 DO DECRETO LEI 3688/41. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. CONFISSÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. É inaplicável, à hipótese, o princípio da adequação social. Com efeito, conforme ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal, “(...) Apesar da pouca fiscalização e repreensão à infração, o jogo do bicho recebe, e deve receber mesmo, larga reprovação da sociedade, notadamente por sua nocividade. (...) A bem da verdade, o ‘jogo do bicho’ deixa notórias sequelas anti-sociais, já que em seus bastidores proliferam a corrupção, disputas entre quadrilhas, subornos e até mortes”. (RE 608425/MG – Rel. Min. Ayres Brito). 2. A condenação está amparada na confissão da ré, e, ainda, em provas seguras, harmônicas e coerentes que demonstraram a autoria e a materialidade do crime de explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho (art. 58 do Decreto Lei 3688/41). 3. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. (TJ-DF – APJ: 20130111496810, Relator: SANDRA REVES VASQUES TONUSSI, Data de Julgamento: 02/02/2016, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 15/02/2016. Pág.: 478).

CONCLUSÕES

É possível afirmar que, em razão da aplicação do princípio da adequação social, não são consideradas típicas as condutas praticadas dentro do limite de ordem social normal da vida, haja vista serem compreendidas como toleráveis pela própria sociedade.

Note-se que o objeto dessa teoria não é a tipicidade formal da conduta, em outras palavras, o comportamento continua sendo formalmente típico, haja vista que se subsume perfeitamente à norma penal incriminadora, mas não se atinge a sua aplicação, sendo, portanto a tipicidade material.

Trata-se, enfim, como destacado por diversos doutrinadores pátrios, de uma regra de hermenêutica tendente a viabilizar a exclusão da tipicidade de condutas que, mesmo formalmente típicas, não mais são objeto de reprovação social relevante, pois nitidamente toleradas.

No entanto, inexistente uma posição fixa entre os Tribunais, vez que alguns não admitem a aplicação do princípio da adequação social para afastar o reconhecimento da tipicidade material dessas condutas formalmente típicas e outros tem admitido a absolvição sumária dos acusados com fulcro nos princípios da adequação social e da insignificância.

Portanto, resta claro que o entendimento majoritário é pela não descriminalização de delitos e contravenções que, por mais que aceitos pela sociedade, causam danos não só para a população, mesmo que indiretamente, mas são causados danos ao erário, como por exemplo o jogo de azar, o qual, devido sua ilicitude, não é regulamentado pela Lei tributária, fazendo com que o fisco não seja devidamente retribuído conforme estipula o respectivo dispositivo legal.

Para tanto, diferentemente da aplicação do princípio da insignificância, a aplicação do princípio da adequação social deve ser avaliada de forma ampla, para que, assim, seja avaliado caso a caso com a mais lúdima justiça.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. 3. P. 349.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Volume 1. Parte Geral. 15ª edição. 2010. p. 49.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942**. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 04 jan. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009**. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm#art2. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. T5 – Quinta Turma, HC 197.370/MS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho**, j. 03/05/2011, p. DJe 30/05/2011. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de ago. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. T5 – Quinta Turma, HC 175.811/MG, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu** (Desembargador convocado do TJ/RJ, j. 12/06/2012, p. DJe 28/06/2012. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de ago. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. T6 – Sexta Turma, AgRg no REsp 24.750/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura**, j. 15/03/2011, p. DJe 04/04/2011. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de ago. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. T6 – Sexta Turma, REsp 1435872/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. p/ Acórdão Min. Rogério Schietti Cruz**, j. 03/06/2014, p. DJe 01/07/2014. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de ago. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. T6 – Sexta Turma, AgRg no REsp 1.475.241/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior**, j. 16/04/2015, p. DJe 29/04/2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de ago. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 15ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, vol. 1

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral** - v. 1. 17. ed. Niterói: Impetus, 2015.

JUS. **A aplicação do princípio da adequação social e a venda de produtos piratas**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42134/a-aplicacao-do-principio-da-adequacao-social-e-a-venda-de-produtos-piratas>. Acesso em: 5 mar. 2019.

JUSBRAZIL. **O posicionamento do STJ sobre a conduta típica descrita no art. 229, CP, à luz do princípio da adequação social e da política abolicionista da prostituição, no Brasil**. Disponível em: <https://danielsousa792197.jusbrasil.com.br/artigos/430867321/o-posicionamento-do-stj-sobre-a-conduta-tipica-descrita-no-art-229-cp-a-luz-do-principio-da-adequacao-social-e-da-politica-abolicionista-da-prostituicao-no-brasil>. Acesso em: 5 mar. 2019.

JUS. **Princípio da adequação social e descriminalização judicial fática estudo da jurisprudência do STJ nos crimes de casa de prostituição (CP, art. 229) e comercialização de CDs e DVDs piratas (CP, art. 184, § 2º)**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42345/principio-da-adequacao-social-e-descriminalizacao-judicial-fatica>. Acesso em: 5 mar. 2019.

JUSBRASIL. **O princípio da adequação social e a tolerância da venda de dvds e cds.** Disponível em: <https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/121941061/o-principio-da-adequacao-social-e-a-tolerancia-da-venda-de-dvds-e-cds>. Acesso em: 5 mar. 2019.

JUSBRASIL. **Os princípios da adequação social e insignificância – a criminalização de condutas e sua filtragem constitucional.** Disponível em: <https://hudsonbarboza.jusbrasil.com.br/artigos/112113871/os-principios-da-adequacao-social-e-insignificancia-a-criminalizacao-de-condutas-e-sua-filtragem-constitucional>. Acesso em: 5 mar. 2019.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** Volume 1. Parte Geral. 9ª edição. 2010. p. 153.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal.** Parte Geral. 4ª edição. 2008. p. 147.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 37.

STF. HC 98898, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 20/04/2010, DJe-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010 EMENT VOL-02402-04 PP-00778 RTJ VOL-00216-PP-00404 RSJADV jun., 2010, p. 47-50 RT v. 99, n. 901, 2010, p. 513-518.

Súmula 502, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 28/10/2013
GAMA, Ricardo Rodrigues. **Dicionário Básico Jurídico** (ed. 1ª). Campinas: Editora Russel, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1994.