

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

MATHEUS GOMES JACINTHO MENDES

O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO DIREITO PENAL

**CURITIBA
2018**

MATHEUS GOMES JACINTHO MENDES

O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO DIREITO PENAL

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná. Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. *MSc.* Marcelo Gobbo Dalla Déa

**CURITIBA
2018**

TERMO DE APROVAÇÃO

MATHEUS GOMES JACINTHO MENDES

O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO DIREITO PENAL

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Curitiba, (dia) de (mês) de 2018.

Dedico esta obra, primeiramente, à minha família, que, por todo o tempo, suportou minhas falhas e me ajudou a superá-las; secundariamente, a Deus, cuja graça e amor eterno produzem milagres invisíveis todos os dias, inculcando em mim a vontade de sempre perseverar; e, finalmente, a todos quantos contribuíram, direta ou indiretamente, para a inspiração e conclusão desta obra, e àqueles que observam, com fascínio, o Princípio da Adequação Social no Direito Penal.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, gentilmente:

a meu pai, Sérgio, pela sabedoria que me transmite;

a minha mãe, Marly, pela lição de esperança e superação;

a meu irmão, Gabriel, pela lealdade incondicional;

a minha avó, Enélea, pelo afeto doce e terno;

a Deus, pelo amor, Sua obra, que nos permeia; e

a todos quantos contribuíram, direta ou indiretamente, para a inspiração e conclusão desta obra, cuja listagem é demasiadamente longa para estas simples páginas conterem.

“A vontade, se não quer, não cede, é como a chama ardente, que se eleva com mais força quanto mais se tenta abafá-la.”¹

¹ Cf. ALIGHIERI, Dante. **A divina comédia**. Disponível em: <<https://www.pensador.com/frase/ODgxNw/>>. Acesso em: 28 out. 2018.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E EXPRESSÕES LATINAS

AgRg. - Agravo Regimental

APL/APR – Apelação Criminal

A priori – do anterior

AREsp – Agravo em Recurso Especial

Art. – artigo

Caput - cabeça

Casu - caso

Cf. – conforme

Contra lege – contra a lei

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

Custos legis – fiscal da lei

Data venia – dada a licença

DF – Distrito Federal

DIVULG - Divulgação

DJ – Diário da Justiça

Dje – Diário da Justiça Eletrônico

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

Ed. – editora

EMENT – ementário

HC – *Habeas Corpus* (tenha o corpo)

I.e. – isto é

Id est – isto é

In – em

In casu – no caso

In thesi – em tese

In verbis - literalmente

Ipsis litteris - literalmente

Ipsis verbis - literalmente

LCP – Lei das Contravenções Penais

LJE – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais

MA - Maranhão

MG – Minas Gerais

Min. - Ministro

N. – número

Out. - outubro

P. – página

P/ - para

Parquet – Ministério Público

PE – Pernambuco

Per si – por si

Persecutio criminis – persecução penal

PI - Piauí

PR – Paraná

PUBLIC - publicação

Rel. – relator(a)

REsp – Recurso Especial

RHC – Recurso em *Habeas Corpus*

RJ – Rio de Janeiro

SC – Santa Catarina

SP – São Paulo

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

T. - tomo

TJ – Tribunal de Justiça

Ultima ratio – última razão

Vol. – volume

Vs. – *versus* (contra)

SUMÁRIO

NOTA DO AUTOR	14
1 INTRODUÇÃO	15
PARTE I: NOÇÕES FUNDAMENTAIS DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL	17
2 CONCEITO	18
3 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA	21
3.1 ORIGEM	21
3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	22
4 NATUREZA JURÍDICA.....	25
4.1 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL COMO CAUSA EXCLUDENTE DE TIPICIDADE.....	26
4.2 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL COMO PRINCÍPIO JURÍDICO EXTRALEGAL DOUTRINÁRIO	28
4.3 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL COMO PRINCÍPIO GERAL DE INTERPRETAÇÃO	29
5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, LEGAIS E DOUTRINÁRIOS RELACIONADOS	31
5.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	32
5.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	33
5.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE OU DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO	35
5.4 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE	36
5.5 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO, DA SUBSIDIARIEDADE OU DA <i>ULTIMA RATIO</i>	37
5.6 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE OU DA OFENSIVIDADE.....	38
5.7 PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE	39
5.8 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	40
5.9 PRINCÍPIO DA IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO.....	42
5.10 PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE.....	44
6 INSTITUTOS PENAS CORRELATOS.....	47
6.1 CRIMES FAMILÍICOS	47
6.2 CONTRAVENÇÕES PENAS	49
6.3 INFRAÇÕES PENAS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO.....	50
6.4 INFRAÇÃO BAGATELAR PRÓPRIA OU BAGATELA PRÓPRIA	51
6.5 INFRAÇÃO BAGATELAR IMPRÓPRIA OU BAGATELA IMPRÓPRIA.....	52
6.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
7 CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL	55
7.1 SUJEITOS USUÁRIOS E APLICADORES DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL.....	55
7.2 PRESSUPOSTO FUNDAMENTAL.....	56
7.3 ADEQUAÇÃO SOCIAL VS. INDIFERENÇA SOCIAL.....	58

7.4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO PROCESSO LEGISLATIVO	58
7.5 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NA FASE PRÉ-PROCESSUAL	59
7.6 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NA FASE PROCESSUAL	67
7.7 CRITÉRIO DE PENA COMINADA.....	67
8 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL EM OUTROS RAMOS DO DIREITO .	69
8.1 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO DIREITO TRIBUTÁRIO	69
8.2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO DIREITO AUTORA.....	70
8.3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO DIREITO ADMINISTRATIVO	74
8.4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO DIREITO PENAL MILITAR.....	74
PARTE II: FONTES JURÍDICAS DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL.....	75
9 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA	76
9.1 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS .	76
9.2 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NAS CORTES ESTRANGEIRAS..	82
10 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NA DOUTRINA ESTRANGEIRA	86
11 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.	88
PARTE III: REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL.....	92
12 CRÍTICAS ACERCA DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL	93
12.1 DIGRESSÃO PRIMEIRA: A RELATIVIDADE DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL.....	93
12.2 DIGRESSÃO SEGUNDA: A SUBMISSÃO DO DIREITO PENAL À NOÇÃO SOCIAL DE ADEQUAÇÃO.....	97
13 CONTROVÉRSIAS ACERCA DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL	98
13.1 APLICAÇÃO OU NÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL AO “CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORA”	98
13.2 APLICAÇÃO OU NÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL À “CONTRAVENÇÃO PENAL DO JOGO DO BICHO”	101
13.3 APLICAÇÃO OU NÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL AO “CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL”	103
13.4 APLICAÇÃO OU NÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL AO “CRIME DE CASA DE PROSTITUIÇÃO”	108
14 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL À LUZ DOS CRITÉRIOS DE VIABILIDADE, UTILIDADE E RELEVÂNCIA.....	111
14.1 VIABILIDADE DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL	111
14.2 UTILIDADE DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL.....	114
14.3 RELEVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL.....	115
15 CONCLUSÕES.....	117
REFERÊNCIAS.....	120

RESUMO

A presente monografia se dedicará a estudar, examinar e analisar o Princípio da Adequação Social. O primeiro capítulo introduz o tema, delimitando-o. O segundo capítulo pretende estabelecer, de forma didática e pedagógica, uma definição singela e acessível do Princípio da Adequação Social, oriunda esta dos entendimentos mais aceitos e comuns entre os especialistas do Direito. No terceiro capítulo, buscar-se-á traçar um panorama histórico e evolutivo do Princípio da Adequação Social, ainda que, por vezes, seu nascimento seja desconhecido ou, mesmo, controverso. No quarto capítulo, passar-se-á a tratar do Princípio da Adequação Social dentro do âmbito do ordenamento jurídico, mais precisamente, do Direito Penal, abordando a sua natureza jurídica, ou seja, sua classificação e enquadramento dentro da disciplina jurídica. Convém, no quinto capítulo, tratar dos princípios que, assim como o Princípio da Adequação Social, servem para orientar e informar os ramos jurídicos do Direito, principalmente o Direito Penal e o Direito Processual Penal, e que guardam íntima correlação com aquele. No sexto capítulo, pretende-se aduzir os principais institutos de nosso ordenamento jurídico que guardem relação com o Princípio da Adequação Social, expondo suas principais peculiaridades, apresentando como se correlacionam com esse princípio e, por fim, concluindo com considerações finais que englobam todos eles. No sétimo capítulo, serão abordados os critérios que guiam a aplicação, pelo hermeneuta, do Princípio da Adequação Social em cada caso concreto, ou seja, os fatores que influem na possibilidade de incidência do princípio, ora negando-lhe, ora exigindo-lhe a atuação, bem como hipóteses práticas que reforçam cada um desses parâmetros. No oitavo capítulo, realizar-se-á certa divagação acerca da incidência do princípio em diversas disciplinas jurídicas que não o Direito Penal, especificamente o Direito Tributário, o Direito Autoral, o Direito Administrativo e o Direito Penal Militar. No nono capítulo, principiar-se-á a tratar do Princípio da Adequação Social à luz de como se conforma nas decisões e entendimentos comuns e majoritários dos principais tribunais do Brasil e das cortes judiciais estrangeiras. No décimo capítulo, deter-se-á no estudo do instituto do Princípio da Adequação Social sob a ótica da doutrina de estudiosos estrangeiros. No décimo primeiro capítulo, com o intuito de analisar legislações que disponham sobre o Princípio da Adequação Social ou, mesmo, que

prevejam institutos ou dispositivos semelhantes ou equivalentes a ele, examinam-se excertos devidamente selecionados provenientes de legislação estrangeira. No décimo segundo capítulo, reflete-se mais profundamente sobre as críticas que são atribuídas ao Princípio da Adequação Social, perquirindo da sua pertinência ou não. No décimo terceiro capítulo, pretende-se tratar das principais controvérsias que permeiam o tema do Princípio da Adequação Social, ou seja, hipóteses polêmicas que, por vezes, inquietam os juristas e profissionais do Direito. Finalmente, no décimo quarto e último capítulo desta obra, analisa-se o Princípio da Adequação Social sob a ótica dos critérios da viabilidade, utilidade e relevância. Por fim, à guisa de conclusão, serão expostas as principais considerações que foram alcançadas e coligidas no decorrer da obra.

Palavras-chave: Princípio da Adequação Social. Causa Excludente de Tipicidade. Tipicidade Penal. Tipicidade Material. Princípio Jurídico Extralegal Doutrinário. Princípio Geral de Interpretação.

NOTA DO AUTOR

Tal qual, previamente, em obra própria, detivemo-nos em analisar as minúcias do Princípio da Insignificância no Direito Penal,² agora, nesta obra que se inicia, dedicar-nos-emos, com o mesmo empenho e dedicação, a examinar os pormenores do Princípio da Adequação Social no Direito Penal, buscando lograr a mesma realização e êxito que obtivemos com aquela.³

A justificativa para tanto é simples e virtuosamente exprimida pelo ilustre jurista alemão Claus Roxin, em igualmente simples, mas profundas palavras, ao se referir ao Princípio da Adequação Social e ao Princípio da Insignificância:

Se reorganizássemos o instrumentário de nossa interpretação dos tipos a partir destes princípios, daríamos uma significativa contribuição para diminuir a criminalidade em nosso país.⁴

Para efeito dos critérios de avaliação desta monografia de especialização, declaramos que os capítulos 4 a 6 não são propriamente inéditos, correspondendo, com ligeiras adaptações, aos capítulos 3 a 5 daquele trabalho anterior (monografia de graduação).

² Cf. MENDES, Matheus Gomes Jacintho. **O princípio da insignificância no Direito Penal**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/57571/MATHEUS%20GOMES%20JACINTHO%20MENDES.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 28 out. 2018.

³ A qual foi atribuída nota máxima pela banca examinadora composta pelos Professores Doutores André Ribeiro Giamberardino (orientador), André Peixoto de Souza e Rui Carlo Dissenha.

⁴ Cf. ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47-48.

1 INTRODUÇÃO

O Estado não cria Direito, o Estado cria leis, e Estado e leis estão abaixo do Direito.⁵

Ubi societas, ibi crimen.⁶

Em nossa existência jurídica:

haverá condutas não lesivas a bens jurídicos penalmente tutelados que serão consideradas socialmente adequadas (formal e materialmente atípicas, não sendo infração penal);

haverá condutas não lesivas a bem jurídicos penalmente tutelados que não serão consideradas socialmente adequadas (antiéticas, porém, formal e materialmente atípicas, não sendo infração penal);

haverá condutas lesivas a bem jurídicos penalmente tutelados que não serão consideradas socialmente adequadas (formal e materialmente típicas, sendo infração penal, se não houver incidência de outra causa excludente de infração penal);⁷ e

finalmente, haverá condutas lesivas a bens jurídicos penalmente tutelados que serão consideradas socialmente adequadas (formalmente típicas, porém, materialmente atípicas, não sendo infração penal).

Sobre essas últimas condutas, incide o efeito do instituto jurídico denominado Princípio da Adequação Social, capaz de desconsiderá-las como sendo infrações penais, por afastar delas o elemento da tipicidade material.

⁵ Cf. KAUFMANN, Erich. Die Gleichheit vor dem Gesetz, 1927, citado em epígrafe em GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre Direito** (tradução de Ricardo Marcelo Fonseca). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁶ Tradução: onde existe sociedade, há crime.

⁷ Importa salientar que não é propriamente correto se afirmar que uma conduta lesiva a bem jurídico penalmente tutelado, considerada inadequada socialmente, será automaticamente configurada como infração penal, haja vista que isso significa, apenas, que o Princípio da Adequação Social, por si, não a desconsiderará como infração penal, podendo (devendo) essa conduta ser configurada como tal, caso não incida sobre ela outras causas excludentes de infração penal. Em síntese: sendo adequada socialmente a conduta, esta não será infração penal, contudo o inverso não é verdadeiro; sendo inadequada socialmente a conduta, esta não obrigatoriamente será infração penal, somente não recebendo o efeito de não ser infração penal do Princípio da Adequação Social, podendo ainda ser albergada por outra causa excludente de infração penal, ocasião em que não será considerada infração penal. Exemplificativamente, um comportamento ofensivo a objeto jurídico penalmente protegido que não seja adequado socialmente, como a prática do crime de furto simples (art. 155, *caput*, do Código Penal - CP) de uma coisa insignificante, não merecerá a aplicação do Princípio da Adequação Social, porquanto não considerado socialmente adequado (podendo ser considerado inadequado ou indiferente socialmente), todavia, logrará a ação do Princípio da Insignificância, não sendo considerado como infração penal ainda que sem o efeito daquele primeiro princípio.

É precisamente sobre elas, as condutas lesivas a bens jurídicos penalmente tutelados consideradas socialmente adequadas, e, principalmente, sobre ele, o Princípio da Adequação Social, que nos debruçaremos por toda a extensão desta presente obra acadêmica.

O nosso empenho, desse modo, dedicar-se-á, despretensiosamente, a estudá-los, examiná-los, analisá-los, tendo-se, por evidente, a consciência da magnitude vertiginosa destes temas e, por conseguinte, da impossibilidade notória de exauri-los em mera obra acadêmica.

Ainda assim, esse esforço tentará desenvolver todas as facetas e os principais aspectos do Princípio da Adequação Social e das condutas às quais ele se aplica, que se mostrem mais relevantes e imprescindíveis para o desiderato precípua desta obra, qual seja: empreender um compêndio crítico e reflexivo — a partir da compilação e análise sistemática, organizada e ordenada de conhecimentos teóricos, pragmáticos e técnicos — acerca do Princípio da Adequação Social no Direito Penal.

PARTE I: NOÇÕES FUNDAMENTAIS DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

O Direito Penal é o rosto do Direito, no qual se manifesta toda a individualidade de um povo, seu pensar e seu sentir, seu coração e suas paixões, sua cultura e sua rudeza. Nele se espelha a sua alma. O Direito Penal dos povos é um pedaço da história da humanidade.⁸

⁸ Cf. Roberto Lyra, citando o maior penalista brasileiro do século XIX, Tobias Barreto, cf. LYRA, Roberto. **Direito penal científico**: criminologia. 2. ed. Rio de Janeiro, Konfino, 1977. p. 37.

2 CONCEITO

As condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, mas apenas condutas que se mantêm dentro dos limites da liberdade de atuação social.⁹

Nada obstante a possibilidade de se tecer infindáveis conceituações acerca de um mesmo objeto, dada a versatilidade e complexidade do vernáculo pátrio, o presente capítulo pretende estabelecer, de forma didática e pedagógica, e simplesmente com vistas a facilitar o estudo que se dará doravante, uma definição singela e acessível do Princípio da Adequação Social, oriunda esta dos entendimentos mais aceitos e comuns entre os especialistas do Direito.

O Princípio da Adequação Social, também denominado Princípio da Ação Socialmente Adequada ou, ainda, Princípio da Adequação Social da Conduta, como tratam alguns autores, exprime e preconiza, essencialmente, que condutas consideradas adequadas pela sociedade não devem ser reputadas como infrações penais pelo ordenamento jurídico.

Mais especificamente, comportamentos que, nada obstante, causem lesão a bem jurídico penalmente tutelado e que, portanto, por esse mesmo motivo, *in thesi*, devam estar revestidos do caráter de delito ou contravenção penal, são sentidos pela sociedade como sendo adequados, *id est*, que possuem adequação social, não constituindo infrações penais.

Isso significa dizer que, conseqüentemente, ações dessa natureza, isto é, ações que efetivamente violem bens jurídicos penais, por força do Princípio da Adequação Social, caso sejam vistas pela sociedade como adequadas, não serão consideradas como infrações penais pelo Direito Penal.

Entende o ilustre professor Cezar Roberto Bitencourt, referenciando o notório jurista alemão Hans Welzel, considerado o pai do Princípio da Adequação Social — como será visto mais adiante —, *in verbis*:

Segundo Welzel¹⁰, 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

⁹ Cf. WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 60.

¹⁰ Cf. WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. 12. ed. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1987. p. 83.

esta teoria, as condutas que se consideram “socialmente adequadas” não se revestem de tipicidade e, por isso, não podem constituir delitos.¹¹

Igualmente, ao ressaltar, também, o caráter racional e lógico que integra e justifica o conceito do Princípio da Adequação Social, relevante contribuição nos traz o distinto lente André Estefan, *ipsis litteris*:

O Direito Penal há de ser produzido e aplicado com um mínimo de racionalidade. Não faz sentido incriminar comportamentos socialmente adequados. A lei não pode coibir condutas úteis para o corpo social. Imaginemos, por exemplo, uma norma que vedasse doações a pessoas carentes, impondo a quem a desrespeitasse pena de detenção. Não há como negar o absurdo em que esta norma resultaria. O legislador não pode agir de modo arbitrário, incriminando toda e qualquer conduta, sem critério algum. Por esse motivo, a tipificação de fato socialmente adequado deve ser repudiada e, dada sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, tida por inconstitucional.¹²

Há, no entanto, que se realizar certa ponderação acerca dos termos que comumente são utilizados para designar e qualificar as condutas que, embora lesivas a bem jurídico penalmente protegido, são alcançadas pela incidência do Princípio da Adequação Social.

Essa consideração se faz necessária, haja vista a existência de divergências doutrinárias nesse tocante, e para que possamos estabelecer, desde já, as nomenclaturas e denominações que serão utilizadas nesta obra.

Tradicionalmente, utilizam-se as terminologias “socialmente adequado(s/a/as)”, “socialmente permitido(s/a/as)”, “socialmente aceito(s/a/as/ável)”, “socialmente tolerado(s/a/as/ável)” e “socialmente suportado(s/a/as/ável)” para caracterizar os comportamentos que admitem a aplicação do Princípio da Adequação Social, sendo que a primeira delas [“socialmente adequado(s/a/as)”] se mostra incontroversa, porquanto representa o próprio cerne e a ideia do princípio, ao passo que as quatro seguintes demandam nossa maior atenção.

Didática e pedagogicamente, podemos tratar a segunda [“socialmente permitido(s/a/as)”] e a terceira [“socialmente aceito(s/a/as/ável)”] expressões como equivalentes, uma vez que carregam semanticamente a mesma, ou quase a mesma, carga de significado, sendo desprezíveis, para o intuito desta obra, quaisquer possíveis distinções existentes entre elas.

¹¹ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, v. 1, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 49.

¹² Cf. ESTEFAM, André. **Direito penal**, v. 1, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 152.

Por fim, quanto às últimas duas designações, [“socialmente tolerado(s/a/as/ável)”] e [“socialmente suportado(s/a/as/ável)”], que podem ser consideradas como equivalentes semanticamente entre si para os propósitos desta obra acadêmica, temos que a doutrina penal especializada se divide no atinente a seu uso, havendo doutrinadores que as utilizam como sinônimos das outras, como Cezar Roberto Bitencourt¹³, e autores que as distinguem veementemente das outras, em especial, André Estefan, como se pode observar em seu livro, *ipsis verbis*:

É importante, todavia, não confundir adequação social com mera leniência ou indulgência. Aquilo que pode ser tolerado por um setor da sociedade jamais será, só por isso, socialmente adequado. É o que ocorre com a contravenção penal do jogo do bicho. Trata-se de um fato tolerado por muitas pessoas. Ocorre que tal contravenção fomenta a criminalidade organizada, incentiva a corrupção de órgãos policiais e, na quase totalidade dos casos, vem associada com outros crimes, notadamente o porte ilegal de armas de fogo e o tráfico de drogas. Vê-se, daí, que a indulgência com a qual muitos brasileiros encaram o jogo do bicho jamais pode acarretar na licitude do comportamento, posto que é gritante sua inadequação social. Não é por outra razão, aliás, que passados mais de sessenta anos da vigência do Decreto-Lei nº 6.259 (1944), o fato ainda é previsto como infração penal.¹⁴ (grifo nosso).

Em nosso pensar, considerando a finalidade pedagógica e didática que acompanha esta obra, entendemos, *data venia* dos autores que entendem em sentido contrário e com o devido respeito a eles, ser razoável e, até mesmo, apropriado se utilizar dos termos expostos sem distinções representativas, o que passaremos a realizar, conseqüentemente, doravante.

Passando-se, agora, a uma abordagem mais técnica sem, contudo, exaurir esse aspecto, já que será tratado mais profundamente em capítulo oportuno, o Princípio da Adequação Social pode ser concebido como sendo princípio jurídico penal extralegal doutrinário, além de causa excludente de tipicidade ou causa de justificação (causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade) e, ainda, como princípio geral de interpretação ou técnica hermenêutica; cada classificação ou configuração sendo dotada de características peculiares e conseqüências materiais e processuais não necessariamente iguais ou convergentes.

¹³ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, v. 1, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 59.

¹⁴ Cf. ESTEFAM, André. **Direito penal**, v. 1, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 153.

3 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Socialmente adequadas são todas as atividades que se movem dentro do marco das ordens ético-sociais da vida social, estabelecidas por intermédio da história.¹⁵

Neste terceiro capítulo, buscar-se-á traçar um panorama histórico e evolutivo do Princípio da Adequação Social, ainda que, por vezes, seu nascimento seja desconhecido ou, mesmo, controverso. Iniciando com sua origem e com as circunstâncias em que se deram sua gênese, conforme o pensamento majoritário dos doutrinadores, vislumbraremos como se desenvolveu até hoje, adquirindo os contornos peculiares que o distingue e que atualmente conhecemos.

3.1 ORIGEM

A origem do Princípio da Adequação Social remonta ao ano de 1939, provavelmente na Alemanha nazista, na iminência ou no início da ocorrência da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), quando foi introduzido no Direito Penal pelo insigne jurista e doutrinador alemão Hans Welzel (1904-1977), notadamente conhecido, também, por ser o principal expoente e criador da Teoria Finalista da Ação, que se opõe à Teoria Causalista da Ação — igualmente conhecida como Teoria Causal ou, ainda, Teoria Clássica da Ação —, de autoria de Franz Von Liszt.

Nesse mesmo ano, Welzel publicou uma de suas obras jurídicas mais significativas, os “*Studien zum System des Strafrechts*” (Estudos Sobre o Sistema Penal), na qual delineou as suas ideias de um sistema penal baseado na Teoria Finalista da Ação.

Foi exatamente nesse trabalho que Welzel tratou, pela primeira vez, do Princípio da Adequação Social:

Welzel se refiere por primera vez a la teoría de la "adecuación social" en su trabajo "Studien zum System des Strafrechts".¹⁶

¹⁵ Cf. WELZEL, Hans. **Direito penal**. Campinas: Romana, 2003. p. 106.

¹⁶ Cf. MELIÁ, Manuel Cancio. **Los orígenes de la teoría de la adecuación social**. Colômbia: Universidade Externado de Colombia, 1998. Tradução literal: Welzel se refere, pela primeira vez, à teoria da “adequação social” em seu trabalho “Studien zum System des Strafrechts”.

3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O Princípio da Adequação Social, desde que foi concebido por Hans Welzel em 1939, com o transcurso do tempo e com o desenvolvimento do pensamento jurídico dos doutrinadores, adquiriu diferentes configurações, notadamente em sua natureza jurídica, como será abordado posteriormente, afastando-se consideravelmente da formatação com que surgiu inicialmente, sem, contudo, despir-se de suas características e atributos mais essenciais e significativos.

Além disso, como será tratado mais adiante, o princípio, durante sua evolução, foi o precursor de novas ideias para o Direito Penal, sendo inovador em diversos aspectos relevantes.

Destarte, tendo tido diferentes naturezas jurídicas, isto é, diversos enquadramentos no ramo jurídico, ao longo do tempo, o Princípio da Adequação Social foi considerado precipuamente como sendo um princípio de interpretação do tipo.

Assim mesmo pensou e nos ensinou o próprio ilustre jurisconsulto Hans Welzel, na inteligência de Meliá, *in verbis*:

Welzel acabó concibiendo la adecuación social como principio de interpretación del tipo. Esta ubicación sistemática se fundamenta en una concepción de la adecuación social que la entiende como "normalidade" social. Partiendo de esta interpretación, cabe sostener que lo que es habitual em la sociedad puede ser un criterio de interpretación de los tipos penales o que la adecuación social directamente carece de interés por su vaguedad.¹⁷

Além disso, foi com o advento desse princípio que se passou a considerar a ordem e a realidade sociais como fatores consideráveis a determinar as concepções da Teoria do Delito e do próprio sistema jurídico criminal.

Desse modo é que se verifica na obra de Welzel:

¹⁷ Cf. MELIÁ, Manuel Cancio. **Los orígenes de la teoría de la adecuación social**. Colômbia: Universidade Externado de Colombia, 1998. p. 66. Tradução literal: Welzel acabou concebendo a adequação social como princípio de interpretação do tipo. Esta localização sistemática se fundamenta em uma concepção da adequação social que a entende como "normalidade" social. Partindo desta interpretação, cabe sustentar que o que é habitual na sociedade pode ser um critério de interpretação dos tipos penais ou que a adequação social diretamente carece de interesse por sua vagueza.

Socialmente adequadas são todas as atividades que se movem dentro do marco das ordens ético-sociais da vida social, estabelecidas por intermédio da história.¹⁸

E ainda:

Ações que se movem dentro do marco das ordens sociais, nunca estão compreendidas dentro dos tipos de delito, ainda quando pudessem ser entendidas em um tipo interpretado ao pé da letra; são as chamadas ações socialmente adequadas.¹⁹

E, por fim, nas sempre pertinentes lições do professor Luiz Flávio Gomes,

Antes de Welzel a dogmática jurídico-penal relegava a realidade social existente, desconsiderando-a na Teoria do Delito e negando qualquer relevância a ela. É somente a partir do trabalho de Welzel que se passa a vincular “o sistema do fato punível com a realidade social e a hermenêutica”.²⁰

Ademais, há que se considerar que o próprio Welzel, seu idealizador, tergiversou sobre a natureza jurídica que o princípio apresentava, tendo transitado entre diferentes categorias do conceito analítico de delito até, finalmente, determinar-se, como bem se pode assimilar das postulações do caríssimo lente Cezar Roberto Bitencourt, *ipsis litteris*:

Durante muito tempo discutiu-se qual seria a natureza jurídica da chamada “adequação social” e de qual seria a sua localização entre as categorias sistemáticas do delito, concretamente, se afastaria a tipicidade ou se eliminaria a antijuricidade de determinadas condutas típicas. O próprio Welzel, seu mais destacado defensor, vacilou sobre seus efeitos, admitindo-a, inicialmente, como excludente da tipicidade, depois como causa de justificação e, finalmente, outra vez, como excludente da tipicidade. Por último, conforme anota Jescheck, Welzel acabou aceitando o princípio da “adequação social” somente como princípio geral de interpretação, entendimento até hoje seguido por respeitáveis penalistas.²¹

Atualmente, e mais especificamente no caso do sistema e ordenamento jurídico brasileiros, constata-se que o Princípio da Adequação Social, em entendimento majoritário dos doutrinadores e especialistas do Direito Penal, figura,

¹⁸ Cf. WELZEL, Hans. **Direito penal**. Campinas: Romana, 2003. p. 106.

¹⁹ Cf. WELZEL, Hans. **Direito penal**. Campinas: Romana, 2003. p. 106.

²⁰ Cf. GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 152.

²¹ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, v. 1, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 60.

prevalentemente, como uma causa ou circunstância excludente ou de exclusão do elemento da tipicidade penal, mais precisamente, da sua subclassificação denominada como tipicidade material, tal qual será tratado mais à frente, acumulando substancial e valiosa importância tanto quanto na época de sua criação e estando tão aceso e atual hoje em dia como quando foi desenvolvido tempos atrás.

4 NATUREZA JURÍDICA²²

A pesquisa acerca da natureza de um determinado fenômeno supõe a sua precisa definição — como declaração de sua essência e composição — seguida de sua classificação, como fenômeno passível de enquadramento em um conjunto próximo de fenômenos correlatos. Definição (busca da essência) e classificação (busca do posicionamento comparativo), eis a equação compreensiva básica da ideia de natureza.²³

Encontrar a natureza jurídica de um instituto do Direito [...] consiste em se apreenderem os elementos fundamentais que integram sua composição específica, contrapondo-os, em seguida, ao conjunto mais próximo de figuras jurídicas [...], de modo a classificar o instituto enfocado no universo de figuras existentes no Direito.²⁴

Neste momento, passaremos a tratar do Princípio da Adequação Social dentro do âmbito do ordenamento jurídico, mais precisamente, do Direito Penal. Isto é, neste tópico, será abordada a natureza jurídica do Princípio da Adequação Social, ou seja, sua classificação e enquadramento dentro da disciplina jurídica, como instituto que dela faz parte.

No tocante à natureza jurídica do Princípio da Adequação Social, é possível constatar a presença de três formas pelas quais esse princípio figura dentro do ordenamento jurídico criminal brasileiro, sendo elas: (a) como causa excludente de tipicidade; (b) como princípio jurídico extralegal doutrinário, como o próprio nome sugere; e (c) como princípio geral de interpretação.

Há que se ressaltar que uma natureza jurídica não exclui as outras, sendo perfeitamente possível que as três acima elencadas coexistam intrinsecamente, até mesmo porque elas se inter-relacionam, comunicam-se, pressupõem-se umas às outras e, finalmente, compartilham das mesmas características.

Doravante, analisa-se cada uma dessas formas, separadamente e em minúcias.

²² O presente capítulo segue bem de perto o que foi dito em obra anterior acerca do Princípio da Insignificância no Direito Penal, com o qual guarda muitas similitudes no que toca à sua natureza jurídica. Cf. MENDES, Matheus Gomes Jacintho. **O princípio da insignificância no Direito Penal**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/57571/MATHEUS%20GOMES%20JACINTHO%20MENDES.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 28 out. 2018.

²³ Cf. DELGADO, Maurício. **A natureza jurídica do poder empregatício**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1994. p. 78–80.

²⁴ Cf. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 2015. p. 74-75.

4.1 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL COMO CAUSA EXCLUDENTE DE TIPLICIDADE

Nada obstante já ter sido reputado como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade ou, mesmo, como sinônimo, causa de justificação, como já abordado em capítulo prévio, o Princípio da Adequação Social, atualmente, é considerado pela maior parte da doutrina penal especializada como sendo uma causa excludente de tipicidade penal, mais especificamente, da tipicidade material.

E assim o é porquanto, conforme explica Francisco de Assis Toledo²⁵

A ação socialmente adequada está, desde o início, excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito da normalidade social, ao passo que a ação amparada por uma causa de justificação só não é crime, apesar de socialmente inadequada, em razão de uma autorização especial para a realização da ação típica.

É o caso, por exemplo, da lesão corporal cometida em legítima defesa. Nessa situação, embora o fato esteja justificado por uma causa de exclusão da ilicitude, tratando-se de uma ação que foge aos padrões normais de comportamento social, o juízo de tipicidade formal autoriza submeter o agente ao ônus do processo, no qual, aí sim, se irá averiguar se houve ou não a legítima defesa.²⁶

Consoante a categorização ensejada pelo conceito analítico de delito, que compõe a infração penal pelos elementos da tipicidade, ilicitude ou antijuridicidade e culpabilidade — sendo que os dois primeiros constituem o denominado injusto penal —, a tipicidade penal pode ser classificada ou subdividida em tipicidade formal e tipicidade material.

Para os propósitos desta obra, faz-se dispensável que nos detenhamos em demasia na explanação desses elementos, sendo suficiente e bastante que tratemos apenas do aspecto da tipicidade penal e de suas divisões.

De maneira didática, a tipicidade penal apresenta um duplo aspecto ou uma dúplice subdivisão, classificando-se em tipicidade formal (ou legal) e material (ou substancial).

²⁵ Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 131.

²⁶ Cf. ROMANO, Rogério Tadeu. Anotações sobre a teoria da adequação social. **Jus.com.br**, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63708/ anotacoes-sobre-a-teoria-da-adequacao-social>>. Acesso em: 28 out. 2018.

Antes, porém, convém discernirmos o instituto do “tipo penal” da figura da “tipicidade penal”, para, daí, adentrarmos em suas divisões.

“Tipo penal” trata-se da hipótese abstrata que descreve um comportamento proibido que está presente na lei penal incriminadora,²⁷ ao passo que a “tipicidade penal” respeita à própria adequação típica da conduta concreta praticada na realidade fática com a previsão abstrata contida no tipo legal.²⁸

Já a “tipicidade formal ou legal” consiste na adequação (conformidade) entre a conduta concreta praticada pelo agente e a conduta descrita abstratamente na lei penal incriminadora.²⁹ Enquanto isso, a “tipicidade material ou substancial” compreende a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido pelo tipo penal.³⁰

Desse modo, sob tal perspectiva, para que haja infração penal, é preciso o preenchimento concomitante das duas partes: tipicidade formal e tipicidade material.³¹

Como a própria denominação indica, cuida-se o Princípio da Adequação Social, nesta forma, de circunstância ou causa que exclui o elemento da tipicidade penal — mais especialmente, da tipicidade material —, do conceito analítico do delito, como já estudado anteriormente.

Com efeito, como a existência da infração penal pressupõe a ocorrência de todos os seus elementos simultaneamente, em havendo o Princípio da Adequação Social elidido um deles, *in casu*, o da tipicidade penal (material), a cogitação e a imputação da infração penal não subsistem.

Sua consequência compreende a desconsideração da conduta, na qual incide a causa de exclusão de tipicidade, como efetivamente infração penal, resultando em impossibilidade de punição do indivíduo que a cometeu e em correspondente absolvição imediata deste.

²⁷ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1, parte geral, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 354.

²⁸ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1, parte geral, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 356.

²⁹ Cf. CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Princípio da insignificância no direito penal brasileiro**. São Paulo: Dizer Direito, 2014. p. 2.

³⁰ Cf. CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Princípio da insignificância no direito penal brasileiro**. São Paulo: Dizer Direito, 2014. p. 2.

³¹ Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**. v. 1, parte geral. São Paulo: Forense, 2016. p. 355.

4.2 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL COMO PRINCÍPIO JURÍDICO EXTRALEGAL DOUTRINÁRIO

Sendo considerado como princípio jurídico e, ainda, específico do Direito Material Penal, também deve ser constatado como de caráter extralegal — ou supralegal, para alguns autores —,³² bem como de viés doutrinário.

É o Princípio da Adequação Social um axioma extralegal, porquanto não se acha definitivamente insculpido em nenhum texto ou enunciado de legislação. Em outras palavras, o princípio não está previsto nem “cristalizado” em qualquer artigo de lei.

Paralelamente, em não sendo de procedência legal, terá advindo necessariamente da jurisprudência ou da própria doutrina. No caso do Princípio da Adequação Social, ele é oriundo do pensamento de Hans Welzel, ilustre estudioso alemão e doutrinador, mormente da seara penal e, portanto, carrega, também, a peculiaridade de ser doutrinário.

Constitui-se, além disso, em norma jurídica o Princípio da Ação Socialmente Adequada, ao passo que, como princípio, é espécie da qual aquela é gênero. Isto é, considerando-se que a norma jurídica se subdivide em princípios e regras, o Princípio da Adequação Social, indubitavelmente, é norma jurídica por excelência.

Nesse sentido, e de forma mais elucidativa, Luiz Flávio Gomes:

[...] o Direito se expressa por meio de normas. As normas se exprimem por meio de regras ou princípios. As regras disciplinam uma determinada situação; quando ocorre essa situação, a norma tem incidência; quando não ocorre, não tem incidência. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada (Dworkin). Quando duas regras colidem, fala-se em “conflito”; ao caso concreto uma só será aplicável (uma afasta a aplicação da outra). O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei especial derroga a lei geral, a lei posterior afasta a anterior etc. Princípios são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele). Seu espectro de incidência é muito mais amplo que o das regras. Entre eles pode haver “colisão”, não conflito. Quando colidem, não se excluem. Como

³² Essa terminologia de “supralegal” utilizada para designar os princípios que não estão previstos em lei, apesar de não acarretar prejuízos substanciais para o entendimento destes, com o devido respeito aos autores que dela lançam mão e, simplesmente, para preservar a ortodoxia da linguagem, parece errônea de acordo com nosso pensamento, uma vez que, com essa nomenclatura, denota-se superioridade do princípio em relação à lei, o que não se confirma por certo. Vocábulo mais adequado seria, então, “extralegal”, que implica o princípio estar fora, afastado, da lei, como se quer, realmente, significar.

“mandados de otimização” que são (Alexy), sempre podem ter incidência em casos concretos (às vezes, concomitantemente dois ou mais deles).³³

Com efeito, como princípio jurídico extralegal doutrinário, o axioma em questão demonstra propriedades específicas, como a “maleabilidade” de suas concepções, “elasticidade” de suas possibilidades, “subjetivismo” de sua aplicação e “relatividade” de sua envergadura, ora alcançando determinadas situações e rejeitando outras, ora atingindo estas e declinando aquelas, sendo tudo absolutamente submetido ao fenômeno da casuística, também um de seus atributos.

Isso significa que, como princípio, o axioma se foca principalmente na figura do seu aplicador e no caso concreto por ele analisado, sendo inequívoco que, por sua carga altíssima de relativismo e de subjetividade, haja casos em que incida facilmente, outros em que decididamente não atue e, ainda, alguns em que se instale profunda controvérsia quanto a isso, dependendo, sempre, das circunstâncias de cada caso específico, ou seja, variando caso a caso.

Ademais, sendo considerado princípio, o Princípio da Adequação Social haverá, também, de guardar, sempre, íntima relação com os outros princípios que versam sobre mesma ou similar matéria, os quais serão analisados em conjunto, no capítulo subsequente.

4.3 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL COMO PRINCÍPIO GERAL DE INTERPRETAÇÃO

O Princípio da Adequação Social também pode e deve ser entendido como princípio geral de interpretação, ferramenta ou, mesmo, técnica de interpretação, exegese ou hermenêutica do Direito, mormente do Direito Penal.

Foi, apenas, na terceira etapa do pensamento de Hans Welzel que este consolidou o entendimento da natureza jurídica de princípio geral de interpretação do Princípio da Adequação Social, como é possível se constatar, *ipsis litteris*:

Em uma terceira etapa de seu pensamento, Welzel, com base nas ponderações de Hirsch, em especial no contido em seus estudos sobre a teoria dos elementos negativos do tipo e sobre a adequação social, novamente reformulou suas ideias, a partir da 9ª edição do seu Manual, de

³³ Cf. GOMES, Luiz Flávio. Normas, Regras e Princípios: Conceitos e Distinções. **Jus Navigandi**, Teresina, Ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7527/normas-regras-e-principios>>. Acesso em: 28 out. 2018.

1965, toda a construção quanto à adequação social. Ao criticar o seu antigo discípulo, asseverou não ter este dado, na crítica realizada à adequação social, a devida importância à mesma, entendendo ser esta, verdadeiramente, um princípio geral de interpretação, cuja significação não se limita, de modo algum, ao direito penal, abarcando todo o ordenamento jurídico.³⁴

Nessa condição, o princípio atua com mecanismo de interpretação restritiva ou estrita da tipicidade penal e, por consequência, da infração penal, limitando o seu âmbito de incidência para somente aquelas condutas que, efetivamente, não sejam consideradas socialmente adequadas (inadequadas ou indiferentes socialmente).

Com efeito, o Princípio da Adequação Social serve para ser utilizado quando da inteligência de casos penais, interpretando-se condutas que, formalmente, amoldam-se ao tipo penal, e realmente não sejam consideradas socialmente adequadas (inadequadas ou indiferentes socialmente), possibilitando, desse modo, em hipótese negativa, a descriminalização daquela conduta e evitando a possibilidade de punição que adviria desta, se não se ponderasse sobre o aspecto material de sua tipicidade.

Dessarte, o conjunto responsável pela exegese dos casos criminais — *i.e.*, o magistrado, bem como o representante do Ministério Público e o delegado de polícia judiciária — deve ter o Princípio da Ação Socialmente Adequada como marco norteador e orientador de sua interpretação, considerando a tipicidade das condutas não apenas em seu aspecto formal, mas, também, em seu viés material, este podendo, em determinadas ocasiões, não ser verificado no caso concreto pelo hermeneuta, o que importará na desconsideração, como infração penal, da conduta e na consequente ausência de punição do agente que a praticou.

³⁴ Cf. ROMANO, Rogério Tadeu. Anotações sobre a teoria da adequação social. **Jus.com.br**, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63708/anotacoes-sobre-a-teoria-da-adequacao-social>>. Acesso em: 28 out. 2018.

5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, LEGAIS E DOUTRINÁRIOS RELACIONADOS³⁵

No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. [...]. Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito.³⁶

Convém, agora, tratarmos dos princípios que, assim como o Princípio da Adequação Social, servem para orientar e informar os ramos jurídicos do Direito, principalmente o Direito Penal e Processual Penal. Ademais, esses princípios merecem ser abordados, porquanto guardam íntima correlação com o princípio sobre o qual nos debruçaremos por toda esta obra acadêmica, que, sem o estudo também daqueles, ficará incompleta e se mostrará improfícua.

Será explorado o estudo dos princípios que — conforme os autores da literatura jurídico-penal costumam relacionar —, irradiam-se de nossa Carta Magna, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), bem como da legislação infraconstitucional, notadamente do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal (CP), orientando e informando a dogmática do Direito Penal, além de serem confrontados esses princípios com o Princípio da Adequação Social, sobretudo no tocante à relação entre eles.

Também serão analisados aqueles princípios que, guardando, igualmente, íntima conexão com o Princípio da Adequação Social, não se acham enunciados explicitamente no texto constitucional ou, mesmo, legal. Malgrado isso, deve-se enfatizar que esses princípios gozam de tanta importância ou relevância quanto os princípios de caráter constitucional ou legal. Os princípios que serão tratados foram, usualmente, idealizados e concebidos pelos intelectuais do Direito, isto é, pelos

³⁵ Da mesma forma que o capítulo precedente, o presente capítulo segue bem de perto o que foi dito em obra anterior acerca do Princípio da Insignificância no Direito Penal, com o qual guarda muitas similitudes no que toca aos princípios constitucionais, legais e doutrinários relacionados. Cf. MENDES, Matheus Gomes Jacintho. **O princípio da insignificância no Direito Penal**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/57571/MATHEUS%20GOMES%20JACINTHO%20MENDES.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 28 out. 2018.

³⁶ Cf. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 447.

doutrinadores, e constituem-se em indispensável ferramenta para a consolidação do ordenamento jurídico.

5.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, dada a sua relevância axiológica, constitui-se como princípio basilar de todo o ordenamento jurídico pátrio.

Em linhas gerais, ensina André Estefan:

A dignidade da pessoa humana configura, portanto, valor transcendental e verdadeiro sobreprincípio, orientador de toda a interpretação normativa, apta a influenciar a aplicação do ordenamento jurídico e nortear a atuação estatal em todos os seus setores.³⁷

Deve-se salientar que o princípio, apesar de estar incluído no texto constitucional, não nasce a partir deste, mas, sim, da própria essência da condição humana, sendo inerente e ínsito ao homem.

Nesse norte, André Estefan pontua:

Ainda que se possa considerar a dignidade da pessoa humana como um atributo que antecede a própria compreensão jurídica, sua positivação no Texto Maior se afigura salutar, à medida que confere instrumento expresso ao Judiciário e, ademais, permite delimitar, no entrelace das normas constitucionais, seu alcance e sentido.³⁸

O princípio tem a função de conferir à figura do ser humano, desde o seu nascimento até a morte, o mínimo existencial suficiente para garantir uma vida digna, exigindo de todos o dever de não violar a dignidade de outrem, ao mesmo tempo em que concede o direito a todos de reivindicar o respeito a sua própria dignidade.

Desse princípio decorre, para a seara penal especificamente, a impossibilidade de o legislador, simplesmente, tratar o ser humano como objeto ou mero escravo de sua vontade, pois, se o fizesse, negaria a condição humana e, portanto, sua dignidade.³⁹

³⁷ Cf. ESTEFAM, André. **Direito penal**. v. 1, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 138.

³⁸ Cf. ESTEFAM, André. **Direito penal**. v. 1, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 139.

³⁹ Cf. ESTEFAM, André. **Direito penal**. v. 1, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 140.

Além disso, o princípio também impede a criação de sanções vexatórias ou degradantes e, conforme o art. 5º, XLVII, da CF/1988, de penas de morte (salvo em caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados e de banimento ou cruéis.⁴⁰

Seu relacionamento com o Princípio da Adequação Social é incontroverso. A criminalização de condutas causadoras de lesões, porém, consideradas adequadas ou toleradas socialmente para o Direito Penal, e a eventual punição de indivíduos por esses comportamentos, redundam, inevitavelmente, em transgressão ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Isso sucede porquanto, criminalizando-se a ação e punindo-se por ela, pretere-se a consideração da desimportância de seus efeitos, em prol de punição assimétrica e desnecessária, já que a conduta, embora ofensiva, pela sua adequação social, não merece gerar sanção para seu autor.

5.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Princípio da Legalidade consagra-se na conhecida máxima de Feuerbach, que dita que *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* (não há crime, não há pena sem lei prévia), além de estar presente no texto de nosso CP, em seu art. 1º, no qual se preceitua que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

A CF/1988 o consagrou no art. 5º, XXXIX, de modo que, no Brasil, constitui cláusula pétrea: não pode ser suprimido sequer por emenda à Constituição.⁴¹

Nas palavras do professor André Estefan:

O efetivo respeito ao princípio da legalidade demanda não só a existência de uma lei definindo a conduta criminosa. Exige, também, que a lei seja anterior ao ato, que se trate de lei em sentido formal interpretada restritivamente e, por fim, que a lei tenha conteúdo determinado. Por tal motivo, se diz que o princípio da legalidade desdobra-se em quatro subprincípios: a) anterioridade da lei (*lege praevia*); b) lei escrita, lei no sentido formal ou reserva legal (*lege scripta*); c) proibição de analogia in malam partem (*lege stricta*); d) taxatividade da lei ou mandato de certeza (*lege certa*).⁴²

⁴⁰ Cf. ESTEFAM, André. **Direito penal**. v. 1, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 141.

⁴¹ Cf. ESTEFAM, André. **Direito penal**. v. 1, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 141.

⁴² Cf. ESTEFAM, André. **Direito penal**. v. 1, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 141.

Destarte, em primeiro lugar, o Princípio da Legalidade exige que a lei seja anterior ao ato (*lege praevia*). Isso se justifica para assegurar a segurança jurídica e para garantir que os cidadãos tenham ciência, com antecedência, de quais condutas são criminalizadas.

Em segundo lugar, demanda-se, também, que haja lei em sentido formal (*lege scripta*), isto é, a própria incriminação de condutas deve estar fundada em lei em sentido formal, não se admitindo a aplicação do direito consuetudinário ou direito costumeiro, com usos e costumes, nem o emprego da analogia para fundamentar eventual criminalização e punição de um ato ou, mesmo, majoração das consequências penais de uma conduta criminalizada por lei

Em terceiro lugar, é vedada a analogia *in malam partem* (*lege stricta*). Significa dizer que a analogia — ou seja, a aplicação de regra já existente para a solução de caso similar para o qual não haja norma explícita —, quando maléfica ao agente da conduta, estabelecendo, assim, nova infração penal ou agravando crime ou contravenção penal já existente, é terminantemente proibida pelo princípio. Apesar disso, a analogia *in bonam partem*, aquela benéfica ao autor da ação lesiva, é admitida pelo ordenamento jurídico, não sendo alcançada pelo Princípio da Legalidade.

Finalmente, em quarto lugar, a lei penal incriminadora deve ter seu conteúdo certo, taxativo e determinado (*lege certa*). Desse modo, não são aceitas normas incriminadoras que estabeleçam tipos penais genéricos, gerais, vagos, ambíguos ou imprecisos e que, por isso mesmo, impossibilitem aos indivíduos terem prévia ciência do que é e do que não é permitido pela lei. Procura-se, assim, evitar que ocorra insegurança jurídica, instabilidade e incerteza para os cidadãos.

A correlação entre o Princípio da Legalidade e o Princípio da Adequação Social encerra-se no fato de que este último constitui hipótese em que, mesmo estando cumpridos todos os postulados daquele, ainda assim, não haverá configuração de infração penal. Ou seja, ambos os princípios consistem, efetivamente, em meios restritivos do poder de punir estatal, sendo que o segundo atua, essencialmente, de forma mais percuciente e acentuada nesta limitação do que o primeiro.

5.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE OU DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO

O Princípio da Proporcionalidade ou, como é conhecido por alguns autores, Princípio da Proibição do Excesso, pugna pela existência de proporção entre a gravidade da ofensa causada por determinada conduta ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal e a intensidade da reprimenda, *i.e.*, da consequência penal decorrente daquela ofensa.

Nessa esteira, Janaina Paschoal leciona que:

Com efeito, para que o direito penal não reste desacreditado, utilizando armas mais potentes que o necessário para uma situação concreta, é mister que tanto o legislador quanto o magistrado se esforcem para prever e aplicar sanções compatíveis com a gravidade da lesão causada ao bem jurídico protegido, de forma proporcional à importância desse bem na sociedade e no ordenamento jurídico.⁴³

Dessarte, na relação entre infração penal e pena, deve haver equilíbrio — abstrato (legislador) e concreto (juiz) — entre a gravidade do injusto penal e a intensidade da pena aplicada.⁴⁴

Outrossim, Hassemer entende o Princípio da Proporcionalidade como “uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência jurídico-penal, constituindo parte do postulado de Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionadas.”⁴⁵

Esse princípio converge com o Princípio da Adequação Social no tocante à proporção entre a lesão causada, considerada adequada socialmente, e a punição correspondente. Para o Princípio da Ação Socialmente Adequada, aos causadores de ofensas socialmente toleradas, proporcionalmente, não é razoável aplicar penas, sendo simetricamente compatível com essas lesões, aceitas pela sociedade, apenas, a não caracterização delas como infrações penais. Ou seja, a consequência equilibrada, em respeito ao Princípio da Proporcionalidade, para uma conduta que inflija dano socialmente permitido, seria a não configuração dessa conduta como delito ou contravenção penal, conforme o Princípio da Adequação Social, sob pena

⁴³ Cf. PASCHOAL, Janaína Conceição. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Barueri: Manole, 2015. p. 98.

⁴⁴ Cf. PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 122.

⁴⁵ Cf. HASSEMER, Winfried. **Fundamentos de derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1974. p. 279.

de, em se considerando ela como infração penal, incorrer-se em iniquidade e em inegável desproporção entre lesão e sanção.

5.4 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Esse princípio, embora por vezes confundido com o anterior Princípio da Proporcionalidade, ainda que guarde certa relação com este último, não se trata do mesmo axioma, compreendendo peculiaridades e características próprias.

Quanto a essa distinção, o professor Cezar Roberto Bitencourt preleciona:

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não se confundem, embora estejam intimamente ligados e, em determinados aspectos, completamente identificados. Na verdade, há que se admitir que se trata de princípios fungíveis e que, por vezes, utiliza-se o termo “razoabilidade” para identificar o princípio da proporcionalidade, a despeito de possuírem origens completamente distintas: o princípio da proporcionalidade tem origem germânica, enquanto a razoabilidade resulta da construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana.⁴⁶

Em linhas gerais, a essência do Princípio da Razoabilidade está contida na exigência de que haja — como a própria terminologia indica — razoabilidade na cominação e, principalmente, na fixação da pena.

Em síntese, é necessário, em reverência a este princípio, que as sanções sejam razoáveis, apropriadas ou, mesmo, adequadas às infrações penais, não somente conforme a magnitude das lesões causadas a bens jurídicos penais, mas, também, de acordo com as circunstâncias fáticas presentes em cada caso concreto.

Para tanto, faz-se impreterível conhecer da própria noção de razoabilidade e de “razoável”, para compreender o princípio em análise, na lição breve, mas esclarecedora de Cezar Roberto Bitencourt: “Razoável é aquilo que tem aptidão para atingir os objetivos a que se propõe, sem, contudo, representar excesso algum.”⁴⁷

Exemplificadamente, a “Lei de Talião” [do latim, *lex talionis* (*lex*: lei e *talio*, de *talis*: tal, idêntico)], ou “Pena de Talião”⁴⁸, consiste em hipótese clara de aplicação do

⁴⁶ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1, parte geral, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 72.

⁴⁷ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1, parte geral, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 72.

⁴⁸ Cf. LEI DE TALIÃO. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2017. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_de_tali%C3%A3o>. Acesso em: 28 out. 2018.

Princípio da Proporcionalidade, já abordado nesta obra, em que a relação entre a infração e a sanção penais continha proporção e reciprocidade perfeitas, como expresso pelo adágio representativo dessa lei, “olho por olho, dente por dente”, sem, contudo guardar qualquer razoabilidade entre elas, pois que irrazoável infligir dano absolutamente igual ao causado pela conduta, como pena para o agente, quando outros meios possíveis atingem os mesmos objetivos sem se incorrer nesse excesso.

Seu vínculo com o Princípio da Adequação Social é incontroverso e inegável: tão logo se verifica que o Princípio da Ação Socialmente Adequada, igualmente, propugna pela existência de razoabilidade, só que na tutela de condutas adequadas socialmente, fomentando, assim, a desconsideração destes comportamentos como crimes ou contravenções penais, porque irrazoável incriminá-los, facilmente se nota a relação entre os dois princípios.

5.5 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO, DA SUBSIDIARIEDADE OU DA *ULTIMA RATIO*

Esse princípio basilar do Direito Criminal informa, essencialmente, que esta disciplina jurídica só deve criminalizar e penalizar as condutas que representem ataques aos bens jurídicos mais essenciais da vida, ou que, pela gravidade delas, não sejam albergadas por outros ramos do ordenamento jurídico.

Conforme magistério de Cezar Roberto Bitencourt:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como última ratio, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a última ratio do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.⁴⁹

⁴⁹ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1, parte geral, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 56.

Isso significa dizer que o Direito Penal somente deverá intervir como meio repressivo e de controle social quando seja indispensável para a proteção dos bens jurídicos, ou seja, quando todos os outros ramos do Direito já estejam esgotados ou sejam incapazes de exercer essa função. O Direito Penal, por força do Princípio da Intervenção Mínima, desse modo, assume caráter subsidiário e de última opção para a tutela da vida em sociedade.

Nessa mesma linha, novamente, Cezar Roberto Bitencourt:

Pois o caráter subsidiário da proteção indica que a intervenção coercitiva somente terá lugar para prevenir as agressões mais graves aos bens jurídicos protegidos, naqueles casos em que os meios de proteção oferecidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico se revelem insuficientes ou inadequados para esse fim.⁵⁰

A correspondência do Princípio da Intervenção Mínima com o Princípio da Adequação Social consiste, exatamente, no fato de que ambos os princípios, inexoravelmente, atuam como mecanismos limitadores do poder punitivo do Estado, com o primeiro exigindo a incidência do Direito Penal apenas nos casos em que os outros meios de controle do ordenamento jurídico sejam inapropriados, *i.e.*, quando hajam agressões mais graves aos bem jurídicos, e o segundo, convergentemente, e restringindo ainda mais esse âmbito de incidência, orientando que o Direito Penal só se preocupe com as lesões que, efetivamente, não sejam consideradas socialmente adequadas (inadequadas ou indiferentes socialmente).

5.6 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE OU DA OFENSIVIDADE

De acordo com o Princípio da Lesividade, para o enquadramento de determinada conduta como delito ou contravenção penal, é necessário que esta conduta cause lesão ou ofensa, como sua própria denominação indica, ou represente, ao menos, perigo concreto e real de dano a um bem jurídico penalmente tutelado.

O professor André Estefan assim o conceitua:

Não há crime sem lesão efetiva ou ameaça concreta ao bem jurídico tutelado – *nullum crimen sine injuria*. Daí resulta serem inconstitucionais os

⁵⁰ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1, parte geral, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 57.

crimes de perigo abstrato (ou presumido), nos quais o tipo penal descreve determinada conduta sem exigir ameaça concreta ao bem jurídico tutelado. Note-se, entretanto, que a jurisprudência dominante tende a admitir como válidos os delitos de perigo abstrato, por constituírem uma forma legítima de punição de infrações penais em sua fase embrionária (opinião com a qual concordamos).⁵¹

E posicionando-se com a mesma orientação, Cezar Roberto Bitencourt disserta:

Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado.⁵²

O Princípio da Lesividade, assim como o Princípio da Adequação Social, traduz-se como efetivo limitador do poder punitivo do Estado, sendo que aquele princípio restringe a configuração de crime e contravenção penal e a consequente incidência do Direito Penal, somente, às condutas que, realmente, lesem ou ameacem bens jurídicos penais, ao passo que este princípio, mais profundo, limita a caracterização de infração penal apenas aos comportamentos que inflijam dano ou ameacem objetos jurídicos penais de forma não socialmente adequada (inadequada ou indiferente socialmente).

5.7 PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

O Princípio da Fragmentariedade, decorrência imperativa do Princípio da Intervenção Mínima, orienta que o Direito Penal, a despeito de tutelar os bens jurídicos mais caros à sociedade, cuidando das lesões e ofensas a eles, não o faz quanto a todas as lesões e ofensas que inflijam dano ao objeto jurídico penal, mas, tão somente, a algumas delas.

Para a doutrinadora Janaína Conceição Paschoal:

O princípio da fragmentariedade [...] determina que, mesmo sendo um bem merecedor de proteção mediante o direito penal, nem todas as lesões a

⁵¹ Cf. ESTEFAM, André. **Direito penal**. v. 1, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 151.

⁵² Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, v. 1, parte geral, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 64-65.

esse bem poderão ensejar a incidência desse ramo do Direito. Por exemplo, não se questiona o fato de a vida ser um bem extremamente precioso para todas as sociedades, estando plenamente justificada a utilização do direito penal em sua proteção. Não obstante, a tentativa de suicídio não enseja a intervenção do direito penal. Do mesmo modo, quando a gravidez é decorrente de estupro ou quando põe em risco a vida da mulher, o ordenamento jurídico admite o aborto. Percebe-se, portanto, que, mesmo quando há bem jurídico digno de tutela penal, a proteção penal não é absoluta, mas fragmentária.⁵³

E consoante o magistério do professor Guilherme de Souza Nucci:

O denominado princípio da fragmentariedade é apenas um corolário da intervenção mínima, significando que nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas e punidas pelo direito penal, pois este constitui apenas uma parte do ordenamento jurídico.⁵⁴

Significa dizer que o Direito Penal, quando da tutela de bens jurídicos importantes, não é absoluto, isto é, não cuida de todas as lesões possíveis a eles; mas, sim, fragmentado ou fragmentário, tratando somente de uma seleção, de um “fragmento” dessas ofensas.

Esse princípio está conectado com o Princípio da Adequação Social porque ambos têm a potestade de cingir o poder de punir estatal, uma vez que o Princípio da Fragmentariedade atua restringindo o âmbito de incriminação e punição do Direito Penal a somente algumas lesões ao bem jurídico protegido, enquanto o Princípio da Ação Socialmente Adequada, agindo de forma ainda mais específica, limita essa esfera, apenas, às ofensas de caráter não socialmente adequado (inadequado ou indiferente socialmente).

5.8 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA⁵⁵

O Princípio da insignificância informa e orienta que o ordenamento jurídico não deve se importar com condutas que gerem resultados insignificantes, ínfimos, e que, por isso mesmo, não representem qualquer potencialidade lesiva ou causem

⁵³ Cf. PASCHOAL, Janaína Conceição. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Barueri: Manole, 2015. p. 12.

⁵⁴ Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**. v. 1, parte geral. São Paulo: Forense, 2016. p. 82.

⁵⁵ Em relação, especificamente, a este princípio, são transcritos o conceito, a origem e a natureza jurídica, respectivamente, de obra anterior, qual seja, MENDES, Matheus Gomes Jacintho. **O princípio da insignificância no Direito Penal**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/57571/MATHEUS%20GOMES%20JACINTHO%20MENDES.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 28 out. 2018.

dano considerável ao objeto jurídico protegido pela lei incriminadora que incide sobre essas condutas.

Atualmente, entende-se que o Princípio da Insignificância teve sua gênese no Direito Romano, em especial, baseando-se na máxima latina *minimis non curat praetor*, que ditava e orientava que o pretor, ou seja, o magistrado à época, não deveria cuidar ou preocupar-se com bagatelas e assuntos insignificantes. No entanto, há controvérsia quanto a essa origem, também se acreditando que o princípio tratado tenha tido sua origem histórica na Europa Continental, mais especificamente na Alemanha do século XX.

No tocante à natureza jurídica do Princípio da Insignificância, é possível se constatar a presença de três formas pelas quais esse princípio figura dentro do ordenamento jurídico criminal brasileiro, sendo elas: (a) como causa excludente de tipicidade; (b) como princípio jurídico extralegal doutrinário, como o próprio nome sugere; e (c) como princípio geral de interpretação.

Quanto à conexão entre o Princípio da Insignificância e o Princípio da Adequação Social, tem-se que ambos, inequivocamente, possuem o condão de desconsiderar condutas como infrações penais. Mais ainda, os dois princípios se ocupam de restringir o âmbito de incidência do poder punitivo do Estado, retirando dessa esfera os comportamentos desimportantes penalmente, seja pela sua insignificância, no caso do Princípio da Bagatela, seja pela sua aceitação social, no caso do Princípio da Ação Socialmente Adequada.

A esse respeito, o já mencionado doutrinador Claus Roxin assim se manifesta:

A outra pergunta, quanto a como deve ser determinado o conteúdo do conceito de tipo, é muitas vezes respondida de modo impensado, no sentido de que cada elementar deva ser interpretada teleologicamente, levando-se em consideração o bem jurídico protegido. Esta frase banal trouxe sérias consequências. Uma análise abrangente da evolução da jurisprudência poderia demonstrar que nossos tribunais, orientados para garantir, como quer o princípio, uma proteção tão abrangente e sem lacunas quanto possível, fizeram uma interpretação extensiva dos tipos, que levou a um crescimento considerável da criminalidade em vários delitos. Sob o ângulo do princípio *nullum crimen* o oposto é o correto: a saber, uma interpretação restritiva que realize a função da Magna Carta e a “natureza fragmentária” do direito penal, que mantenha íntegro somente o campo de punibilidade indispensável para a proteção do bem jurídico. **Para tanto, são necessários princípios regulativos, como a adequação social, introduzida por WELZEL, que não é elementar do tipo, mas certamente um auxílio de interpretação para restringir formulações literais que também abranjam comportamentos socialmente suportáveis. Aqui**

pertence igualmente o chamado princípio da insignificância, que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos: maus-tratos são uma lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinosa no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa. Por “violência” não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser “sensível”, para adentrar no marco da criminalidade. Se reorganizássemos o instrumentário de nossa interpretação dos tipos a partir destes princípios, daríamos uma significativa contribuição para diminuir a criminalidade em nosso país.⁵⁶ (grifo nosso).

Por fim, cumpre destacar que os dois princípios divergem, essencialmente, no tocante à aceitação relativa ou absoluta com que a sociedade necessita considerar as condutas causadoras de lesões insignificantes e os comportamentos adequados para que eles incidam respectivamente, como bem leciona Santiago Mir Puig, nas palavras de Alberto Silva Franco, *ipsis verbis*:

Não obstante o posicionamento de Roxin, força é convir que o princípio da insignificância atua paralelamente ao princípio da ação socialmente adequada, mas com ele não se confunde. Distingue um do outro a circunstância de que o princípio da insignificância “não pressupõe a total aprovação social da conduta, mas apenas uma relativa tolerância dessa conduta, por sua escassa gravidade” (Mir Puig, ob. cit., p. 46).⁵⁷

5.9 PRINCÍPIO DA IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO

O Princípio da Irrelevância Penal do Fato, não raramente confundido com o Princípio da Insignificância e com o Princípio da Adequação Social, mas que dele é distinto, consiste em axioma relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, encontrando-se em vigorosa construção no Direito italiano e que ingressou no Brasil por obra do distinto professor Luiz Flávio Gomes,⁵⁸ a partir do emblemático caso de “Angélica Teodoro e o pote de manteiga.”⁵⁹ ⁶⁰

⁵⁶ Cf. ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 46-48.

⁵⁷ Cf. FRANCO, Alberto Silva. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial: parte geral**. São Paulo: RT, 2001. p. 45.

⁵⁸ Cf. GOMES, Luiz Flávio. **Delito de bagatela, princípio da insignificância e princípio da irrelevância penal do fato**. 18 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008145549539>. Acesso em: 28 out. 2018.

⁵⁹ Cf. GOMES, Luiz Flávio. Caso Angélica Teodoro: “roubo de um pote de manteiga” e princípio da irrelevância penal do fato. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1020, 17 abr. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8258>>. Acesso em: 28 out. 2018.

Para melhor compreensão desse princípio, faz-se necessário tratar do instituto da infração bagatelar imprópria ou bagatela imprópria, que será estudado em capítulo oportuno, e que se contrapõe à figura da infração bagatelar própria ou bagatela própria, também a ser analisada em tópico à frente.

Conforme ensinamento de Luiz Flávio Gomes:

Infração bagatelar imprópria é a que não nasce irrelevante para o Direito Penal, mas depois verifica-se que a incidência de qualquer pena no caso apresenta-se como totalmente desnecessária (princípio da desnecessidade da pena conjugado com o princípio da irrelevância penal do fato).⁶¹

Com efeito, é diante desse tipo de conduta que se aplica o Princípio da Irrelevância Penal do Fato, estando ele explicitamente previsto no art. 59, *caput*, do CP:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, **conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime**: [...].⁶² (grifo nosso)

O princípio, desse modo, dita que não sejam punidas condutas que, embora sejam formal e materialmente típicas — constituindo-se, assim, relevantes para o Direito Penal —, com o transcorrer do tempo e em função de circunstâncias concomitantes e posteriores a elas, foram consideradas como desnecessitadas da aplicação da pena para reprovar e prevenir o delito ou contravenção penal.

Logo, com o Princípio da Irrelevância Penal do Fato, cuida-se não da inexistência de infração penal, mas da desnecessidade da incidência de pena, e, portanto, de sua exclusão ou extinção para atingir as finalidades da *persecutio criminis* e do próprio Direito Penal, por consequência.

Nos termos da articulista Karla Daniele Moraes Ribeiro:

⁶⁰ Angélica Teodoro, mãe de um filho de 2 anos, empregada doméstica desempregada, primária e portadora de bons antecedentes criminais, ficou presa 128 (cento e vinte e oito) dias e foi denunciada por roubo impróprio tentado por ter sido surpreendida tentando subtrair um pacote de manteiga de 200 (duzentas) gramas, correspondente, à época, ao valor de R\$ 3,10 (três reais e dez centavos) de um mercado, e por ter dirigido ameaças, logo em seguida, ao proprietário deste, para assegurar a subtração. Em decisão monocrática proferida no HC nº 55.909-SP, o Ministro Relator Paulo Gallotti, do STJ, concedeu, liminarmente, liberdade provisória para a paciente Angélica Teodoro.

⁶¹ Cf. GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes da tipicidade. São Paulo: RT, 2009. p. 15-23.

⁶² Cf. BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

Já o Princípio da Irrelevância Penal do Fato possui base legal no artigo 59 do Código Penal; versa sobre a teoria da pena, pois este princípio está diretamente relacionado com a desnecessidade da pena; o fato é formal e substancialmente típico, ou seja, constitui um fato punível; aplica-se à infração bagatelar imprópria, ou seja, aquela em que ocorre desvalor do resultado ou conduta concomitantemente com a irrelevância da culpabilidade, o que pode levar à desnecessidade da pena; análise detida da culpabilidade, levando em conta considerações pessoais e subjetivas, tais como antecedentes criminais, primariedade, motivos, reparação do dano, colaboração com a justiça, dentre outros.⁶³

No concernente à relação entre o Princípio da Irrelevância Penal do Fato e o Princípio da Adequação Social tem-se que ambos os axiomas funcionam como mecanismos minimizadores do âmbito de incidência do poder punitivo do Estado em função de um Direito Penal mínimo, cada um a seu modo, sendo o primeiro princípio, figura inibidora da punibilidade pela infração penal, e o segundo, meio supressor da incriminação do agente. Cada princípio incide sobre um diferente tipo de conduta, com o primeiro princípio vinculado a comportamentos desnecessitados de pena, e o segundo, relacionado a ações socialmente adequadas.

5.10 PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE

Diferentemente de todos os princípios adredemente tratados, de cunho material, o Princípio da Oportunidade é de caráter eminentemente processual penal, porém, será aqui estudado por estar intrinsecamente relacionado com o Princípio da Adequação Social.

O Princípio da Oportunidade, como dito anteriormente, constitui-se como princípio processual penal, mais especificamente, da ação penal.

O professor Juarez Cirino dos Santos assevera, sobre esse princípio, que “a frequência crescente de hipóteses submetidas ao princípio da oportunidade, como exceções ao princípio da legalidade, reduz o âmbito de obrigatoriedade da acusação penal pública”.⁶⁴

⁶³ Cf. RIBEIRO, Karla Daniele Moraes. Aplicação do princípio da irrelevância penal do fato. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10824>. Acesso em: 28 out. 2018.

⁶⁴ Cf. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007. p. 660.

Assim, por esse princípio, o representante do Ministério Público, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais de propor a ação penal de iniciativa pública, poderia, de *per si*, no seu prudente juízo de conveniência, optar por não levar à frente a denúncia, com fundamento no Princípio da Adequação Social.

Para Peter-Alexis Albrecht:

O princípio da oportunidade é o contrário do princípio da legalidade processual. Segundo o princípio da oportunidade, o Estado não persegue sempre quando deve, mas somente quando pode e se vale a pena perseguir. Se o Estado não pode, ou se não vale a pena perseguir, o princípio da oportunidade permite nem mesmo iniciar a persecução penal, ou interrompê-la antecipadamente.⁶⁵

Logo, numa hipótese que não mereça a atenção do Estado, como numa situação de conduta lesiva socialmente adequada, abrangida esta pelo Princípio da Adequação Social, o representante do *Parquet*⁶⁶ pode, quando do juízo de admissibilidade da ação penal de iniciativa pública — e atento a critérios de oportunidade —, deixar de denunciar o agente causador daquela conduta, requerendo ao juiz competente o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, tudo à luz do art. 28 do Código de Processo Penal brasileiro (CPP) — Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.⁶⁷

Dessa forma, o Princípio da Oportunidade trata-se de princípio que abrange as repercussões do Princípio da Adequação Social na seara processual penal, permitindo-lhe gerar seus efeitos no processo criminal brasileiro.

Ou seja, a adequação social de uma conduta lesiva, geradora da atipicidade penal do comportamento por força do Princípio da Adequação Social, permitiria, no âmbito do processo judicial criminal, a possibilidade de o representante do Ministério Público não intentar promover a acusação penal, com fulcro no Princípio da Oportunidade.

⁶⁵ Cf. ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2010. p. 188.

⁶⁶ Tradução: Ministério Público.

⁶⁷ “Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, **ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação**, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.” (grifo nosso) Cf. BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

Desse modo, o Princípio da Oportunidade é quem permite o efeito prático, no campo processual penal, do Princípio da Adequação Social.

6 INSTITUTOS PENAIS CORRELATOS⁶⁸

Aquele que é fiel nas coisas pequenas será também fiel nas coisas grandes. E quem é injusto nas coisas pequenas, sê-lo-á também nas grandes.⁶⁹

No presente capítulo, pretende-se aduzir os principais institutos de nosso ordenamento jurídico, isto é, as figuras do Direito que dele fazem parte, que guardem relação com o tema primordial desta obra acadêmica, o Princípio da Adequação Social, expondo suas principais peculiaridades, apresentando como se correlacionam com esse princípio e, por fim, concluindo com considerações finais que englobam todos eles.

6.1 CRIMES FAMÉLICOS

Constituindo modalidade doutrinária de infração penal, os crimes famélicos, notadamente o furto e o roubo famélicos, caracterizam-se por serem aquelas infrações penais que são cometidas por indivíduo em verdadeiro estado de penúria, acometido por fome severa ou, mesmo, inanição, apenas para saciar sua própria grave necessidade ou a de sua família, igualmente vulnerável.

Por esses traços distintivos, a determinação de sua natureza jurídica, comumente, acaba sendo controvertida entre os doutrinadores.

Os crimes famélicos podem ser considerados como incidentes nos três elementos que compõem o conceito analítico de delito, configurando-se: (a) como causa extralegal ou supralegal⁷⁰ de inexigibilidade de conduta diversa, integrando o

⁶⁸ Da mesma forma que os dois capítulos precedentes, o presente capítulo segue bem de perto o que foi dito em obra anterior acerca do Princípio da Insignificância no Direito Penal, com o qual guarda muitas similitudes no que toca aos institutos penais correlatos. Cf. MENDES, Matheus Gomes Jacintho. **O princípio da insignificância no Direito Penal**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/57571/MATHEUS%20GOMES%20JACINTHO%20MENDES.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 28 out. 2018.

⁶⁹ Cf. BÍBLIA. **Novo Testamento**: Versão Católica. Lc. 16:10. Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/vc/lc/16>>. Acesso em: 28 out. 2018.

⁷⁰ A nomenclatura de “supralegal” para designar a causa excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa que não está contida na lei, embora não interfira de modo deletério no aprendizado desta, com o devido respeito, parece-nos equivocada, já que, com essa terminologia pressupõe-se que esta causa está acima da lei, sendo superior a ela, o que, de fato, não procede. Expressão mais apropriada seria “extralegal”, significando causa de exclusão que está fora do texto normativo, que é o que, efetivamente, ocorre no caso.

elemento da culpabilidade;⁷¹ (b) como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade do estado de necessidade, compondo o elemento da ilicitude ou antijuridicidade;⁷² ou (c) como infrações bagatelares próprias, albergadas pelo Princípio da Insignificância e, portanto, sendo material e, por consequência, penalmente atípicas, ocasião em que se incluem no elemento da tipicidade.⁷³

Com efeito, os crimes famélicos podem se afigurar como causa excludente de culpabilidade, de ilicitude ou antijuridicidade ou, por fim, de tipicidade, cada qual tendo, por si só, o condão de desconsiderar, como crime ou contravenção penal, a conduta movida pela fome.

Complementarmente, Luiz Flávio Gomes ensina como categorizar o crime famélico de forma adequada:

O melhor caminho é, sem equívoco, verificar individualmente caso a caso: quando se tratar de res de valor insignificante, não há dúvida que a solução mais adequada é resolver o problema já no cerne da tipicidade, aplicando o princípio da insignificância, de modo a revelar a atipicidade material da conduta. De outro lado, apenas quando não possível reconhecê-la, é que será analisado se estão presentes os requisitos para a caracterização do estado de necessidade, ou seja, para o afastamento da ilicitude. Há de se entender que essa forma de solucionar o problema não visa privilegiar o réu e a impunidade, mas sim, atender aos valores consagrados por um Estado constitucional e humanitário de Direito.⁷⁴

A relação que se delineia entre os institutos do Princípio da Adequação Social e o crime famélico consiste em que, uma vez que essa categoria de infrações penais busca, exclusivamente, e até como a própria denominação indica, satisfazer a exigência de alimento pelo corpo, a conduta — exemplificadamente, o comportamento de se subtrair, para si ou para outrem, unicamente com o propósito de saciar a fome, coisa alheia móvel (furto famélico) —, naturalmente, ou, ao menos,

⁷¹ Cf. MOTA, Indaiá. Inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão de culpabilidade, In: CABRAL, Bruno Fontenele; CANGUSSU, Débora Dadiani Dantas. Furto famélico: natureza jurídica. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3017, 5 out. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20140>>. Acesso em: 28 out. 2018.

⁷² Cf. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Furto famélico: estado de necessidade ou inexigibilidade de conduta diversa supralegal? In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 6, 31/08/2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5439>. Acesso em: 28 out. 2018.

⁷³ Cf. GOMES, Luiz Flávio. Furto/roubo famélico: causa de atipicidade material ou de exclusão de ilicitude? In: CABRAL, Bruno Fontenele; CANGUSSU, Débora Dadiani Dantas. Furto famélico: natureza jurídica. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3017, 5 out. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20140>>. Acesso em: 28 out. 2018.

⁷⁴ Cf. GOMES, Luiz Flávio. Furto/roubo famélico: causa de atipicidade material ou de exclusão de ilicitude? In: CABRAL, Bruno Fontenele; CANGUSSU, Débora Dadiani Dantas. Furto famélico: natureza jurídica. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3017, 5 out. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20140>>. Acesso em: 28 out. 2018.

provavelmente, será considerada adequada ou tolerada pela sociedade, pois que deverá ser uma ação suficiente, apenas, para resolver a necessidade de nutrição do organismo, ensejando, desse modo, a aplicação do Princípio da Adequação Social.

Isto posto, há que se ressaltar que não é tecnicamente coerente reputar que os crimes famélicos, por serem da natureza já explicitada, necessariamente permitirão a incidência do Princípio da Adequação Social.

Em outras palavras, na maioria dos casos, os dois institutos — o crime famélico e o Princípio da Adequação Social — estarão associados, todavia, em alguns casos, não. Tudo isso porque, em verdade, um não pressupõe o outro: eles apenas se concatenam entre si.

6.2 CONTRAVENÇÕES PENAIS

Figura importante e notável que, por vezes, enlaça-se com o Princípio da Adequação Social é o instituto das contravenções penais, instituído pelo Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, também chamado de Lei das Contravenções Penais (LCP), e abrangido pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, conhecida como Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (LJE).

Contravenções penais, também denominadas de crimes-anões ou, ainda, contraordenações, nada mais são do que infrações penais que se distinguem dos crimes estabelecidos na Parte Especial do CP, e que são previstos na Parte Especial da LCP.

A distinção entre as contravenções penais e os crimes está estabelecida no art. 1º do Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941 — Lei de Introdução do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais, *in verbis*:

Art. 1º Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; **contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.**⁷⁵ (grifo nosso)

São as contravenções penais, dessa maneira, condutas infracionais penais que acarretam menor lesividade ou dano aos bens jurídicos protegidos pelo

⁷⁵ Cf. BRASIL. **Lei de introdução do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

ordenamento jurídico do que os crimes. Por essa mesma razão, também constituem o que se denomina de infrações penais de menor potencial ofensivo, a serem estudadas no próximo subcapítulo.

O instituto das contravenções penais se cruza com o Princípio da Adequação Social no que concerne a sua maior propensão em ser considerado de caráter adequado socialmente, quando comparado aos crimes e, por isso mesmo, atrair a aplicação do princípio, haja vista que as condutas contravencionais são consideravelmente mais leves e menos agressivas aos objetos jurídicos do que as infrações penais criminosas.

Apesar dessa maior aproximação entre o instituto e o princípio, não há como se garantir que todas as contravenções penais, efetivamente, serão albergadas pelo Princípio da Adequação Social, até mesmo porque se trata de figuras jurídicas diversas e, apenas eventualmente, mas com mais suscetibilidade do que os crimes, poderão se relacionar.

6.3 INFRAÇÕES PENAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Para os fins deste subcapítulo, volvemo-nos, precipuamente, à definição das infrações penais de menor potencial ofensivo, a qual está inserida no art. 61 da LJE, a partir do Capítulo III, “Dos Juizados Especiais Criminais”, no qual se começa a tratar do assunto em seara penal:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.⁷⁶

As infrações criminais que se enquadram nesse gênero, isto é, como sendo de menor potencial ofensivo, contemplam duas espécies, quais sejam, as contravenções penais, já abordadas, e os crimes cuja lei incriminadora não comine pena máxima superior a dois anos, ou seja, delitos com pena máxima estabelecida de até dois anos, inclusive, podendo ou não ser conjugada com pena pecuniária (multa).

⁷⁶ Cf. BRASIL. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

Importa salientar que os crimes, já dotados de maior carga de lesividade do que as contravenções, como exposto anteriormente, somente lograrão adquirir a feição de infrações penais de menor potencial ofensivo quando cumprirem os requisitos objetivos de tempo máximo de pena cominada, exatamente para se assegurar que esses delitos sejam os menos ofensivos e lesivos possíveis.

Com efeito, sendo as contravenções e os crimes — estes, particularmente, os delitos com pena máxima cominada menor ou igual a dois anos — caracterizados como infrações penais de menor potencial ofensivo, certamente, com mais facilidade, pela menor capacidade e aptidão de infligir dano a bens jurídicos penais, atrairão a atuação do Princípio da Adequação Social.

Em suma, significa dizer que as infrações penais de menor potencial ofensivo, *i.e.*, as contravenções e os crimes que preencham os requisitos supracitados, possuirão maior tendência e inclinação a lesar, de modo diminuto, objetos jurídicos, sendo, desse modo, mais propensos a serem tolerados ou aceitos socialmente, e, portanto, a ensejar, assim, a incidência do Princípio da Ação Socialmente Adequada.

Ademais, salienta-se que, ainda que consideradas de menor potencial ofensivo, essas infrações penais ainda guardam relativa relevância para a tutela penal do Estado, descabendo o pensar de que, tão somente porque têm menos capacidade de lesar bens jurídicos, automaticamente merecerão o alento do Princípio da Adequação Social, sendo este, ao contrário, dependente do estudo casuístico das situações específicas.

6.4 INFRAÇÃO BAGATELAR PRÓPRIA OU BAGATELA PRÓPRIA

De modo geral, condutas que são abrangidas pelo Princípio da Insignificância, são desprezíveis para o Direito Penal, porquanto não causam ruptura na ordem ou “tecido” sociais, nem mesmo qualquer impacto negativo na sociedade, tampouco efeitos deletérios ao bem jurídico protegido, não sendo, assim, suficientes, por si sós, para motivar a mobilização de todo o aparato policial, ostensivo e judiciário, persecutório penal, investigatório criminal, processual penal e executório criminal para tratar delas, já que, a propósito, se o fossem, seria notoriamente incoerente e inviável para o Estado.

Por isso mesmo, a uma conduta como essa é atribuída a denominação de infração bagatelar própria, bagatela própria ou crime de bagatela, sendo conceituada

como aquela que já nasce sem nenhuma relevância penal: ou porque não há desvalor da ação (não há periculosidade na ação) ou porque não há desvalor do resultado (não se trata de ataque intolerável ao bem jurídico).⁷⁷

A bagatela própria está relacionada com o Princípio da Adequação Social no tocante à consequência jurídico-penal que ambos geram, sendo o primeiro por intermédio do Princípio da Insignificância: suscitar a mitigação da tutela punitiva do Estado com o afastamento da existência de crime ou contravenção penal.

6.5 INFRAÇÃO BAGATELAR IMPRÓPRIA OU BAGATELA IMPRÓPRIA

O instituto da infração bagatelar imprópria ou, como é denominada por alguns especialistas, bagatela imprópria, não se confunde com a infração bagatelar própria ou bagatela própria, nem com o Princípio da Insignificância, tampouco com o Princípio da Irrelevância Penal do Fato ou com o Princípio da Adequação Social.

Em vez disso, ele condiciona a aplicação do Princípio da Irrelevância Penal do Fato à sua própria ocorrência e se relaciona com o instituto da bagatela própria e, conseqüentemente, com o Princípio da Insignificância, como já tratado em subcapítulo anterior.

Consoante conceituação básica dos professores Luiz Flávio Gomes e Antonio Garcia-Pablos de Molina: “Infração bagatelar imprópria é aquela que nasce relevante para o Direito penal, mas depois se verifica que a aplicação de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária.”⁷⁸

Em outros termos, a bagatela imprópria consiste em conduta formal e materialmente típica, impossibilitando, por isso mesmo, a ação do Princípio da Insignificância, que, em um segundo momento, em período posterior a sua realização, passa a desnecessitar da fixação e aplicação da pena, em função de circunstâncias envolvendo o fato e seu autor, porquanto se constata que a imposição de reprimenda é inócua ou ineficaz para os fins a que ela se propõe.

⁷⁷ Cf. GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes da tipicidade. São Paulo: RT, 2009. p. 15-23.

⁷⁸ Cf. GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Direito penal**. v. 2. São Paulo: RT, 2009. p. 305.

Nesses casos, de acordo com o professor Márcio André Lopes Cavalcante: “Logo, a reprimenda não deve ser imposta, deve ser relevada (assim como ocorre nos casos de perdão judicial).”⁷⁹

E conforme o professor Luiz Flávio Gomes, grande desenvolvedor do tema no País: “A infração bagatelar imprópria possui um fundamento legal no direito brasileiro. Trata-se do art. 59 do CP que prevê que o juiz deverá aplicar a pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.”⁸⁰

Desse modo, a infração bagatelar imprópria se relaciona mais fortemente com o Princípio da Irrelevância Penal do Fato, na medida em que a infração bagatelar própria se vincula ao Princípio da Insignificância.

E, além disso, mais principalmente, a bagatela imprópria correlaciona-se com o Princípio da Adequação Social no tocante à função social que ambos detêm — sendo o primeiro, por intermédio do Princípio da Irrelevância Penal do Fato —, de suscitar a diminuição da tutela punitiva do Estado, seja com a exclusão ou extinção da punibilidade, no caso do primeiro; seja com o afastamento da existência de crime ou contravenção penal, na hipótese do segundo.

No entanto, como em tantos outros temas do Direito, esse não deixa de contemplar posições diametralmente opostas, até por se tratar de instituto relativamente novo na doutrina e jurisprudência domésticas, sendo todas, igualmente, merecedoras de nossa atenção.

Nesse sentido, vem a argumentação de Guilherme de Souza Nucci, quanto à figura da bagatela imprópria:

Bagatela imprópria: não existe no ordenamento jurídico brasileiro nem tampouco é admitida pelos tribunais em sua imensa maioria. Além disso, é questionável do ponto de vista doutrinário. Cuida-se de uma invenção, entre tantas, afirmando que o fato pode ser típico, “no início”, mas, no final das contas, termina-se verificando que a pena é inútil. Logo, não se aplica a sanção ao réu. Se a política criminal, do prisma do operador do direito, puder selecionar o que se pune e o que não se sanciona, o universo da legalidade se deteriora gravemente. No Brasil, havendo a pena mínima, para os tipos incriminadores, inexistente a viabilidade de deixar de aplicar a pena, porque conveniente ao caso concreto. Aliás, admitida essa hipótese, pode-se fazer qualquer coisa, incluindo, como já houve situação em jurisprudência isolada, conceder perdão judicial a crimes considerados menos ofensivos (ex.: furto simples de coisa móvel alheia, quando não se pode acolher a tese da bagatela, pois o bem não é insignificante, mas o

⁷⁹ Cf. CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Princípio da insignificância no direito penal brasileiro**. São Paulo: Dizer Direito, 2014. p. 7.

⁸⁰ Citado por CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Princípio da insignificância no direito penal brasileiro**. São Paulo: Dizer Direito, 2014. p. 7.

agente é primário, sem antecedentes). Aberta a porta, inúmeras outras decisões judiciais poderiam “legislar” em cima de algo inusitado. O crime de bagatela (autêntico) advém de vários anos de apoio doutrinário e, depois, jurisprudencial. Com o seu reconhecimento, exclui-se a própria tipicidade material. A chamada “bagatela imprópria” é um esforço para emplacar uma “tese” fraca, com a indicação de poucos.⁸¹

6.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de considerações finais quanto aos institutos correlatos ao Princípio da Adequação Social, pretende-se, neste subcapítulo, realizar singela exposição da correlação que envolve todas essas figuras jurídicas e o Princípio da Ação Socialmente Adequada, ou seja, da vinculação que há entre todos eles conjuntamente, para além das relações meramente exclusivas de cada instituto com o princípio, estas já abordadas *a priori*.

É possível, a partir da análise do exposto, constatar que todas as figuras jurídicas abordadas — crimes famélicos, contravenções penais, infrações penais de menor potencial ofensivo, infração bagatelar própria ou bagatela própria e infração bagatelar imprópria ou bagatela imprópria — possuem, de certo modo, guardadas as devidas proporções, uns mais e outros menos, o mesmo desiderato, ainda que implícito, do Princípio da Adequação Social, qual seja: o de adequar ou tentar adequar o Direito Penal, e todo o aparato criminalizador e punitivo que dele advém, às inconstâncias da realidade social, uma vez que o ordenamento jurídico criminal não consegue acompanhar todas as possibilidades e vicissitudes que ocorrem na vida. Não se admite, assim, que o Direito Penal se detenha a uma simples subsunção mecânica da hipótese abstrata e restrita, prevista pela lei como infração penal, com o fato concreto realizado pelo agente, sem, ao menos, a devida observância às circunstâncias únicas que permeiam cada caso, às quais a legislação penal não tem como albergar em seu seio. Tudo isso para que haja maior equidade e justiça do Direito Penal no trato com a realidade fática.

⁸¹ Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**. v. 1, parte geral. São Paulo: Forense, 2016. p. 356.

7 CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Non se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto.⁸²

Neste capítulo, serão abordados os critérios que guiam a aplicação, pelo hermenêuta, do Princípio da Adequação Social em cada caso concreto. De modo geral, trataremos dos fatores que influem na possibilidade de incidência do princípio, ora negando-lhe, ora exigindo-lhe a atuação, bem como de hipóteses práticas que reforçam cada um dos parâmetros. Com esse escopo e dadas as circunstâncias especiais desse princípio, o capítulo em questão será dividido em subcapítulos conforme a fase do processo judicial criminal em que se é analisada a sua aplicabilidade, seja ela a fase pré-processual ou a fase processual, além de subcapítulos específicos que tratarão dos sujeitos usuários e aplicadores do Princípio da Adequação Social, do pressuposto fundamental, da adequação social vs. indiferença social e do critério de pena cominada. Para dar constância ao efeito pedagógico que pretendemos empregar à obra, elencamos os subcapítulos em tópicos distintos e sucessivos.

7.1 SUJEITOS USUÁRIOS E APLICADORES DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Muito embora o Princípio da Adequação Social seja indubitavelmente destinado a toda a população do País, o seu uso e efetiva aplicação a hipóteses são endereçados a alguns sujeitos em particular. São eles: Parlamentares do Congresso Nacional, senadores e deputados federais, do Poder Legislativo federal; magistrados, juizes, desembargadores e ministros do Poder Judiciário; delegados de polícia judiciária, da polícia civil ou federal, das Secretarias de Estado de Segurança Pública e do Ministério da Justiça, do Poder Executivo; e representantes do Ministério Público.

Todos esses sujeitos são capazes de interpretar o Princípio da Adequação Social e utilizá-lo como base para criação, manutenção, revogação ou alteração legislativa no caso dos Parlamentares do Congresso Nacional, senadores e deputados federais, do Poder Legislativo federal, ou aplicá-lo a determinadas

⁸² Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 132, mencionando Santiago Mir Puig (Introducción a las bases del derecho penal).

condutas que sejam trazidas a apreciação no caso dos magistrados, juízes, desembargadores e ministros do Poder Judiciário.

Confirma-se, inclusive, a relevância e imprescindibilidade do princípio, dada a sua presença, que permeia todos os poderes públicos do Estado e o *custos legis*.

7.2 PRESSUPOSTO FUNDAMENTAL

No que concerne ao estabelecimento de critérios para se determinar a possibilidade de aplicação do Princípio da Adequação Social a certa situação lesiva a bem jurídico penalmente tutelado, a questão geral cinge-se, essencialmente, em se aferir se essa ocorrência logra ou não ser considerada pela sociedade como adequada, permitida, aceita (ou aceitável), tolerada (ou tolerável) ou suportada (ou suportável), ocasião em que a sendo, merecerá a incidência do princípio e, conseqüentemente, não será reputada como infração penal, e não a sendo, terá afastada a ação do princípio e, por conseguinte, não deixará de ser tratada como crime ou contravenção penal por este.

Com efeito, cumpre-nos, para esse propósito, estabelecer ou tentar estabelecer, com alguma segurança — já que, com total segurança, seria virtualmente impossível dada a relatividade do que é considerado “adequado” pelas pessoas, como será melhor discutido em subcapítulo específico —, como deve ser mensurado se determinada conduta formalmente típica é ou não considerada como adequada pela sociedade.

Tal trabalho constitui árdua e hercúlea dificuldade, haja vista a subjetividade que envolve determinar-se a adequação ou não de um comportamento ofensivo a objeto jurídico protegido penalmente, o que nos demanda, portanto, estabelecer um meio-termo, um caminho do meio — inevitavelmente, por isso mesmo, passível de imprecisões e falhas —, que é o verdadeiro e único pressuposto — e, logo, fundamental — preceituado pelo Princípio da Adequação Social.

De maneira severamente formal, ortodoxa e preciosista, tem-se que o pressuposto fundamental e justificadamente rigoroso exigido pelo postulado do Princípio da Adequação Social, para sua devida aplicação a situações de condutas lesivas a bem jurídico penalmente tutelado, seria a existência imprescindível de sentimento integral, ou virtualmente total, por parte da sociedade, de adequação de determinado comportamento ofensivo — incapaz de romper com o tecido e a

harmonia sociais — aos seus anseios e às suas justas expectativas de convivência social.

O rigor de sua justificação encontra sustentáculo nos atributos dos quais deve vir sempre acompanhado o princípio, quais sejam: a excepcionalidade e a conseqüente parcimônia no uso.

A seu turno, esses atributos peculiares fundamentam-se na gravidade de eficácia do princípio, uma vez que este possui o efeito de desconsiderar, como infração penal, condutas formalmente típicas, porém, materialmente atípicas; e no seu caráter *contra lege*, já que contraria a vontade do legislador ordinário e, logo, o próprio Princípio da Legalidade em si, ao não se criminalizar práticas de comportamentos formalmente tipificados em lei, fundamentos esses que serão melhor tratados em tópico oportuno adiante.

Ademais, para constatação da existência de sensação integral, ou virtualmente total, por parte da sociedade, de adequação de determinado comportamento ofensivo — incapaz de romper com o tecido e a harmonia sociais — aos seus anseios e às suas justas expectativas de convivência social, consigna-se que esta deve ser realizada, não por intermédio da manifestação direta e acurada da reação da sociedade, como, exemplificadamente, por referendos, plebiscitos, votações, opinião do “homem médio”, senso comum — que, nada obstante, significasse, indubitavelmente, maior precisão na aferição desse sentimento social, mostrar-se-ia, fatalmente, inviável —; mas, mediante a concepção própria do magistrado ou do intérprete do caso concreto (delegado de polícia judiciária e/ou representante do Ministério Público), a partir de seu prudente discernimento, que deve, no mínimo, representar o pensamento majoritário da sociedade e corresponder aos seus anseios.

Sobre o tema e em mesmo sentido manifesta-se o ilustre professor Guilherme de Souza Nucci, *in verbis*:

O socialmente adequado não diz respeito a uma análise plebiscitária das condutas aparentemente agressivas, motivo pelo qual não cabe um julgamento calcado na maioria, nem mesmo no sentimento do homem médio. Concerne ao magistrado detectar a postura da sociedade, consensual, e por vezes, indiferente, em relação a determinada conduta humana. O cenário da adequação social panteia-se no quadro de pacífica

aceitação ou apática reação da sociedade quando em confronto com ações e resultados.(NUCCI, 2010b, p. 184.)⁸³

Todavia, em certo aspecto, temos que, respeitosamente, discordar do eminente lente, o que será desenvolvido minuciosamente no subcapítulo subsequente.

7.3 ADEQUAÇÃO SOCIAL VS. INDIFERENÇA SOCIAL

Contrariamente ao que entende o professor Nucci, pensamos ser decisão mais apropriada e acertada não confundir ou igualar os conceitos de adequação social e indiferença social ou reação apática da sociedade ou, ainda, ausência de sentimentos em relação à conduta em exame.

Nosso pensar se baseia no fato de que, para a devida aplicação do Princípio da Adequação Social a determinada conduta lesiva a objeto jurídico penalmente protegido, esta conduta deve, impreterivelmente, ser considerada como sendo adequada pela sociedade aos seus justos anseios e às suas expectativas.

Ocorre que considerar certo comportamento ofensivo como adequado ou inadequado socialmente não significa nem corresponde a ser indiferente, apático ou não demonstrar qualquer sentimento ou reação em relação a esse comportamento.

Dito de outro modo, haver indiferença, apatia ou ausência de sentimentos ou de reação por parte da sociedade sobre específica conduta não significa que esta seja por ela considerada como aceita para que possa ensejar a incidência do Princípio da Ação Socialmente Adequada.

Em suma, a indiferença, a apatia ou a ausência de sentimento da sociedade não têm a capacidade de motivar a aplicação do Princípio da Adequação Social.

7.4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO PROCESSO LEGISLATIVO

Diferentemente do pensamento comum, o Princípio da Adequação Social não é somente endereçado aos intérpretes e aplicadores tradicionais do Direito e das

⁸³ Cf. RODRIGUES, Eliane de Andrade. **O princípio da adequação social no direito penal**. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 59. Disponível em: <www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RodriguesEA_1.pdf>. Acesso em: 28 out. 2018.

normas jurídicas, como o magistrado, delegado de polícia judiciária e representante do Ministério Público.

Em verdade, já no processo legiferante, *id est*, de elaboração das leis, realizado pelo Poder legislativo, o princípio já deve estar incutido e ser observado. Em outros termos, isso significa dizer que o Princípio da Adequação Social se direciona também ao legislador, orientando-o em seu processo legislativo.

De modo específico, isso ocorre em dois momentos distintos desse processo:

a) na seleção, dentre todos os comportamentos possíveis e passíveis de serem escolhidos pelo legislador, de condutas que, realmente, não sejam consideradas adequadas pela sociedade para serem tipificadas e, conseqüentemente, criminalizadas por intermédio de normas jurídicas penais incriminadoras; e

b) na revisão de normas jurídicas penais incriminadoras que prevejam condutas que, com o transcurso do tempo e com mudanças na sociedade, sejam consideradas adequadas por ela, tendo passado a ser aceitas socialmente, ocasião em que a tipificação e conseqüente criminalização delas não mais subsistirão e, por isso mesmo, deverão ser abolidas.⁸⁴

Assim, dada a importância do Princípio da Adequação Social, vislumbra-se que nem mesmo o legislador se exime de prestar-lhe a devida observância.

7.5 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NA FASE PRÉ-PROCESSUAL

Verifica-se que o juízo de aplicabilidade do Princípio da Adequação Social comumente toma lugar na fase pré-processual, anteriormente ao período da *persecutio criminis*, isto é, antes mesmo do início do processo judicial criminal propriamente dito, do oferecimento pelo titular do direito de ação (ofendido ou representante do *Parquet*) e do recebimento, pelo magistrado, da acusação penal (queixa-crime ou denúncia, respectivamente), e, mesmo, da fase investigatória policial.

⁸⁴ Cf. HATSCHBACH, Isabela Antonia; FEISTLER, Ricardo. A aplicação dos princípios da insignificância e da adequação social no crime de violação de direitos autorais. In: ENCONTRO CIENTÍFICO CULTURAL INTERINSTITUCIONAL, 11., 2013, Cascavel. **Anais...** Cascavel: FAG, 2013. p. 133. Disponível em: <<https://www.fag.edu.br/upload/ecci/anais/559529603b577.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2018, mencionando GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

Mais exatamente, dá-se a constatação da aplicação ou não do princípio no momento da atuação do delegado de polícia judiciária que, conforme seja, ou não seja, socialmente adequada a conduta a ele reportada, decide não instaurar, ou instaurar, o inquérito policial, respectivamente.

Isso é nitidamente perceptível no caso de condutas tais como: (a) geração de lesões corporais, ou uso de força física motora sem geração de lesões corporais, em competições oficiais de lutas marciais; (b) perfuração do lóbulo da orelha de recém-nascido ou de criança; (c) retenção de indivíduo em ônibus coletivo contra a sua vontade até o ponto de parada seguinte ao que ele perdeu; (d) realização de procedimento de tatuagem em outrem; e (e) intervenção médica.

Precisamente e em análise específica de cada situação:

a) geração de lesões corporais,⁸⁵ ou uso de força física motora sem geração de lesões corporais, em competições oficiais de lutas marciais

Nesta primeira situação, observamos o caso das lesões corporais causadas por ocasião de competições oficiais de lutas marciais, bem como do uso de força física motora, nesses mesmos eventos, que, todavia, não inflige lesões corporais a quem a sofre.

As competições oficiais de lutas marciais constituem atualmente, e mais do que nunca, ocasiões muito aguardadas e apreciadas por todas as idades e em todo o mundo.

Essas competições ocorrem contemplando diferentes tipos de modalidades esportivas e categorias de participação e são sempre acompanhadas de importantes demonstrações de virtudes e de valores por parte dos partícipes, como disciplina, foco, concentração, treinamento, dedicação, lealdade, respeito e reciprocidade.

A maioria dos esportes, senão todos, compreendidos nessas competições, constituem atividades que, embora não pressuponham necessariamente a ocorrência efetiva de lesões corporais a seus participantes, certamente exigem a utilização de força física motora por parte de cada um contra o outro, podendo ocasionar, por isso mesmo, situações de lesões corpóreas.

⁸⁵ Aqui, “lesões corporais” não se refere propriamente ao crime de lesão corporal, mas, meramente, a danos infligidos à integridade do corpo. Quando a expressão “lesão corporal” for correspondente ao delito, será explícito que se trata disso.

São edemas, rubefações, equimoses, hematomas, escoriações e feridas contusas, todas lesões corporais mecânicas do tipo contusas, causadas essas por agentes contundentes específicos dessas modalidades esportivas de luta, como punhos fechados, pés, cotovelos, joelhos, pernas, braços e cabeça, que, usualmente, costumam acontecer no âmbito de realização de competições oficiais de artes marciais.

São também agarrões, empurrões, pegadas, sacudidas e apertões que estão presentes nesses eventos, decorrentes da utilização de força física motriz contra o oponente que, por si só, não ocasiona lesão corporal.

Sob uma precípua perspectiva, assumir-se-ia que as condutas realizadas nessas competições como exemplificadas acima, que demandam o uso de força física motora do corpo, causando ou não lesões corporais no adversário, constituem prática do crime de lesão corporal, previsto no art. 129 do CP,⁸⁶ ou da contravenção penal de vias de fato, prevista no art. 21 do Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 [Lei das Contravenções Penais (LCP)],⁸⁷ conforme gerem ou não lesões corpóreas, respectivamente.

Entretanto, é inequívoco que todas as condutas praticadas nas atividades que compõem as competições oficiais de lutas marciais são absoluta ou majoritariamente

⁸⁶ Cf. BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Lesão corporal de natureza grave

§ 1º Se resulta:

I - incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - aceleração de parto;

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º Se resulta:

I - incapacidade permanente para o trabalho;

II - enfermidade incurável;

III - perda ou inutilização do membro, sentido ou função;

IV - deformidade permanente;

V - aborto;

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

⁸⁷ Cf. BRASIL. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

Art. 21. Praticar vias de fato contra alguém:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de cem mil réis a um conto de réis, se o fato não constitui crime.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) até a metade se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos.

aceitas pela sociedade, pelo fato de que as competições e os esportes em que ocorrem, indubitavelmente o são.

O uso de força física motriz por cada participante contra seu oponente e, mesmo, as possíveis lesões corporais geradas mediante esse uso, por ocasião da luta marcial, fazem parte dos comportamentos normalmente esperados por todos para esses eventos, não constituindo, por isso mesmo, afronta às justas expectativas da sociedade, nem ruptura do tecido e harmonia sociais, capazes de ensejar a criminalização e a conseqüente punição delas.

Isso significa que, à parte a possibilidade de consideração da incidência da causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade do exercício regular de direito ou causa excludente extralegal (ou supralegal)⁸⁸ de ilicitude ou antijuridicidade do consentimento do ofendido, as ações efetuadas no bojo das atividades componentes de competições oficiais de artes marciais são, acertadamente, albergadas pela aplicação do Princípio da Adequação Social e, por conseguinte, desconsideradas como delito ou contravenção penal.

b) perfuração do lóbulo da orelha de recém-nascido ou de criança:

Neste caso, muito comum em nossa sociedade, as crianças e recém-nascidos têm o lóbulo, parte inferior mole da orelha, pungido com agente perfurante, com o propósito de lhes permitir o adorno de brincos e *piercings* como acessórios de beleza.

Ante uma visão incauta, naturalmente, assumir-se-ia que essa conduta se configura como lesão corporal de natureza leve, prevista no art. 129, *caput*, do CP⁸⁹, cominando pena que varia de três meses a um ano de detenção, já que o comportamento de puncionar indivíduo com instrumento perfurante, efetivamente,

⁸⁸ A nomenclatura de “supralegal” para designar a causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade que não está contida na lei, embora não interfira de modo deletério no aprendizado desta, com o devido respeito, parece-nos equivocada, já que, com essa terminologia pressupõe-se que esta causa está acima da lei, sendo superior a ela, o que, de fato, não procede. Expressão mais apropriada seria “extralegal”, significando causa de exclusão que está fora do texto normativo, que é o que, efetivamente, ocorre no caso.

⁸⁹ Cf. BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

consubstancia ofensa à integridade corporal deste e, portanto, conduta formalmente típica.

Contudo, ao se analisar o requisito do elemento da tipicidade material, é facilmente constatável que essa ação não logra preenchê-lo, tudo porque é indubitável que a conduta é, de fato, socialmente aceita, *id est*, adequada às justas expectativas de comportamento da sociedade em geral e, logo, capaz de receber sobre si a aplicação do Princípio da Adequação Social.

c) retenção de indivíduo em ônibus coletivo contra a sua vontade até o ponto de parada seguinte ao que ele perdeu:

Outra hipótese se trata de situação de pessoa que, perdendo o seu ponto de desembarque de ônibus coletivo, por falta de sinalização ao condutor do veículo, desatenção deste ou qualquer outro motivo possível, é obrigada a permanecer no interior do ônibus contra a sua vontade — já que tencionava descer antes —, tendo, portanto, a sua liberdade de locomoção cerceada pelo motorista até o ponto de parada seguinte, onde, somente então, poderá desembarcar.

Isso ocorre porquanto, em se havendo passado por determinado ponto de embarque e desembarque, é imperativo e apropriado que o condutor do ônibus coletivo somente torne a parar no primeiro ponto de parada subsequente, sob pena de violar a segurança do trânsito ao tentar parar em local inapropriado, não previsto no itinerário do veículo, para que desembarque o indivíduo retido; ou, mesmo, de sujeitar-se às sanções cabíveis decorrentes de transgressão do roteiro de viagem definido pela empresa responsável pelo ônibus, ao tentar desviar do trajeto pré-estabelecido para retornar ao ponto de parada perdido, já ultrapassado.

Com efeito, essa conduta, inevitavelmente, constitui a aparente ocorrência do crime de sequestro e cárcere privado, disposto no art. 148 do CP, *ipsis verbis*:

Sequestro e cárcere privado

Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado:

Pena - reclusão, de um a três anos.⁹⁰

⁹⁰ Cf. BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

Mais precisamente, estar-se-ia, supostamente, diante de uma situação de cárcere privado, e não de sequestro⁹¹, considerando-se que o indivíduo retido teria sua liberdade de locomoção, isto é, de ir e vir a seu talante, restringida mediante a clausura do espaço fechado delimitado pelo interior do ônibus coletivo, pelo período de tempo que decorrer da translação do ponto de desembarque ultrapassado até o seguinte, contrariando sua vontade que seria de desembarcar no ponto de parada já passado, tudo isso por volição e intenção do próprio condutor do veículo, que teria motivos suficientes e razoáveis para retê-lo, como já averiguado anteriormente.

À parte as possibilidades discutíveis de se considerar a aplicação das causas excludentes de ilicitude ou antijuridicidade do estrito cumprimento de dever legal ou, mesmo, do exercício regular de direito ou, ainda, da causa excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa, deve-se reconhecer a incidência inegável do Princípio da Adequação Social ao caso.

Em exame preliminar, poder-se-ia, naturalmente, apontar essa ação como criminosa, todavia, sob uma análise cuidadosa e diligente, isso seria, de maneira acertada, absolutamente desarrazoado.

Tem-se, indubitavelmente, que essa conduta descrita previamente é efetivamente aceita por toda a sociedade, ou por sua acachapante maioria, e adequada ao que ela espera da parte de cada indivíduo que a compõe como forma de comportamento de convívio social sadio.

Assim, essa adequação social tem o condão de fazer incidir o efeito do Princípio da Ação Socialmente Adequada sobre a conduta de reter indivíduo em ônibus coletivo contra a sua vontade até o ponto de parada seguinte ao que ele perdeu, desconsiderando-a, conseqüentemente, como infração penal.

d) realização de procedimento de tatuagem em outrem:

⁹¹ Em geral, a distinção entre as condutas formalmente típicas de sequestro e de cárcere privado somente servem a propósitos conceituais e técnicos, uma vez que, juridicamente, seus efeitos serão exatamente os mesmos, resultando sempre nas mesmas penas, independentemente se praticada uma ou outra delas, conforme verificado no próprio dispositivo legal citado. Para propósitos didáticos, os comportamentos se distinguem pelo alcance do local em que se dá a privação da liberdade de locomoção, sendo o sequestro caracterizado por ocorrer em área mais ampla, sem tanta restrição de espaço, que permita relativa movimentação do sequestrado em ambientes; e o cárcere privado configurado pela limitação expressiva de espaço a que é submetido o encarcerado privado, com seu cárcere consubstanciando-se em local fechado e confinado, em verdadeira prisão ou clausura, no qual são poucas as possibilidades de movimento. Cf. DIFERENÇA entre sequestro e cárcere privado. **Direitosbrasil**. Disponível em: <<https://direitosbrasil.com/diferenca-entre-sequestro-e-carcere-privado/>>. Acesso em: 28 out. 2018.

Essa conjectura concerne ao procedimento amplamente utilizado por muitos indivíduos em todo o mundo, que é a realização de tatuagem no próprio corpo.

Tal processo consiste na aplicação de tinta própria na região da pele denominada de derme, situada imediatamente abaixo da epiderme, a camada mais externa, por intermédio de aparelho composto por agulhas finas que puncionam a pele, penetrando até a região apropriada e injetando a substância para formar o desenho desejado.

Em uma análise superficial, certamente, perceber-se-ia que esse comportamento se amolda perfeitamente à descrição abstrata contida no dispositivo legal do art. 129, *caput*, do CP⁹², justificadamente porque ocasiona ofensa à integridade corporal do cliente que é tatuado.

No entanto, à parte a consideração da incidência da causa excludente extralegal (ou supralegal)⁹³ de ilicitude ou antijuridicidade do consentimento do ofendido, há que se verificar que também é aplicável ao caso o Princípio da Adequação Social.

É incontroverso que a realização do procedimento de tatuagem é amplamente aceito pela sociedade e contemplado no conjunto de comportamentos admitidos por ela, não havendo, desse modo, justificção plausível para se criminalizar e punir essa conduta.

Com efeito, sua adequação social suscita a aplicação do Princípio da Ação Socialmente Adequada, que afasta a possibilidade de qualquer criminalização e apenação pela realização de procedimento de tatuagem em outrem.

e) Intervenção médica:

Finalmente, trata-se, agora, da hipótese de ocorrência de intervenção médica, a qual abrange os procedimentos cirúrgicos realizados no âmbito de instalações

⁹² Cf. BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

⁹³ A nomenclatura de “supralegal” para designar a causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade que não está contida na lei, embora não interfira de modo deletério no aprendizado desta, com o devido respeito, parece-nos equivocada, já que, com essa terminologia pressupõe-se que esta causa está acima da lei, sendo superior a ela, o que, de fato, não procede. Expressão mais apropriada seria “extralegal”, significando causa de exclusão que está fora do texto normativo, que é o que, efetivamente, ocorre no caso.

apropriadas e por profissionais capacitados, inclusive cirurgias de mudança de sexo e estéticas, esterilização, circuncisão e transplantes.⁹⁴

Pelo próprio caráter da generalidade das intervenções médicas de interferir no corpo humano, por meio de técnicas médicas, com vistas a restaurar, manter ou melhorar a saúde do sujeito paciente, é natural e esperado que aconteçam lesões corporais de diversas naturezas em seu organismo.

No entanto, é indiscutível que essas condutas não só são amplamente consideradas adequadas pela sociedade, como também são louváveis, dignas de profundo reconhecimento e, acima de tudo, necessárias à Humanidade.

Destarte, à parte a possível incidência da causa excludente extralegal (ou supralegal)⁹⁵ de ilicitude ou antijuridicidade do consentimento do ofendido e da causa excludente legal de ilicitude ou antijuridicidade do estado de necessidade, prevista no art. 23, inciso I, do CP, reputa-se incontestável a adequação às expectativas sociais de condutas de intervenção médica em que se lesione corporalmente alguém, em condições razoáveis de procedimento, com o intuito de preservação da higidez alheia, não sendo, dessa forma, por força do Princípio da Adequação Social, possível que comportamentos assim sejam tratados como delitos ou contravenções penais.

CONSIDERAÇÕES

Nessas hipóteses, como em várias outras, é notória a adequação social das condutas com a consequente e evidente aplicação do Princípio da Adequação Social, prescindindo, assim, da necessidade de instauração de inquérito pela polícia judiciária.

⁹⁴ Cf. CORRÊA, Getúlio. **O princípio da adequação social na estrutura jurídica do crime**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1991. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106324/82187.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 28 out. 2018.

⁹⁵ A nomenclatura de “supralegal” para designar a causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade que não está contida na lei, embora não interfira de modo deletério no aprendizado desta, com o devido respeito, parece-nos equivocada, já que, com essa terminologia pressupõe-se que esta causa está acima da lei, sendo superior a ela, o que, de fato, não procede. Expressão mais apropriada seria “extralegal”, significando causa de exclusão que está fora do texto normativo, que é o que, efetivamente, ocorre no caso.

Desse modo, observa-se que o princípio é mais amplamente utilizado quando da apreciação do caso pelo delegado de polícia judiciária e minimamente ou nada utilizado quando do processo judicial.

Isso porque as condutas adequadas socialmente são tão nítidas e perceptíveis à vista e de pronto que não fogem ao filtro do primeiro agente da *persecutio criminis* a examinar a situação, ou seja, a autoridade policial, somente chegando à apreciação do Poder Judiciário quando os comportamentos realmente não se adequam às justas expectativas da sociedade ou quando são suficientemente controversos para demandarem uma análise mais detida por aquele Poder.

7.6 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NA FASE PROCESSUAL

Neste aspecto, cumpre-nos examinar como se dá a análise da aplicabilidade do Princípio da Adequação Social no momento processual, isto é, quando já instaurado o processo judicial criminal pelo juiz com sua aceitação da acusação penal (queixa-crime ou denúncia) oferecida pelo titular do direito de ação (ofendido ou representante do *Parquet*).

Em análise geral, é possível constatar-se que, nessa fase, os principais tribunais, *id est*, Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), têm adotado entendimento majoritário e, por vezes, consolidado, de denegar a aplicação do Princípio da Adequação Social à imensa maioria das situações apreciadas, orientações essas que, conjuntamente com seus fundamentos, serão apresentados na Parte II desta obra acadêmica, o que elimina a necessidade de maiores aprofundamentos e estudos por agora.

7.7 CRITÉRIO DE PENA COMINADA

A quantidade de pena privativa de liberdade (pena mínima e máxima), a modalidade de regime de cumprimento determinada para ela [reclusão (regime aberto, semiaberto ou fechado), detenção (regime aberto ou semiaberto) e prisão simples (modalidade das contravenções penais)] e a existência de pena restritiva de direito e/ou de pena pecuniária (multa) cumuladas cominadas a determinada

infração penal contida no tipo legal ou norma jurídica penal incriminadora demonstram o grau de reprovabilidade e censura da conduta manifestado pelo legislador ordinário, quando do processo legislativo, não sendo nada menos que a própria censurabilidade e reprovação expressa pela sociedade que é por ele representada, já que o parlamentar, presumidamente, carrega ou deveria carregar consigo os anseios dela.

No entanto, o critério de pena cominada não é absolutamente preciso, nem necessariamente sempre corresponde ao sentimento da sociedade, tudo porque as sensações e reações da sociedade podem e devem mudar conforme o decurso do tempo, demandando-se alterações nas legislações que não mais representem o anseio comum, ao que o Princípio da Adequação Social também se dedica e postula, uma vez que se destina ao Poder Legislativo igualmente.

Ainda assim, o critério configura-se como significativo instrumento possível para aferição relativa da adequação ou inadequação de determinada conduta — incapaz ou capaz de romper com o tecido e a harmonia sociais, respectivamente — aos anseios e às justas expectativas de convivência da sociedade pelos aplicadores das normas jurídicas (magistrados, delegados de polícia judiciária e representantes do Ministério Público).

8 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL EM OUTROS RAMOS DO DIREITO

Consultemos, pois, o coração humano; acharemos nele os princípios fundamentais do direito de punir.⁹⁶

A fim de complementar a presente obra acadêmica, e ampliar as possibilidades de aprendizagem do Princípio da Adequação Social, cabe realizar, aqui, certa divagação acerca da incidência do princípio, que é objeto desta pesquisa, em disciplinas jurídicas que não o Direito Penal propriamente dito, especificamente o Direito Tributário, o Direito Autoral, o Direito Administrativo e o Direito Penal Militar.

8.1 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO DIREITO TRIBUTÁRIO

In thesi, é possível se pleitear a aplicação do Princípio da Adequação Social no Direito Tributário, mais especificamente no Direito Tributário Penal, em face da prática dos crimes de contrabando e de descaminho.⁹⁷

Em casos que tais, o STJ não tem admitido a adoção desse princípio, como se observa das seguintes jurisprudências:

- **Contrabando (art. 334-A do CP):**

- Ementa:

[...].

1. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de considerar típica, formal e penalmente relevante, a conduta de introduzir cigarros no território nacional sem a devida autorização, afastando-se, assim, a aplicação dos princípios da adequação social e da insignificância.

[...].

(AgRg no AREsp 329.716/PR, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 25/06/2013)⁹⁸

⁹⁶ Cf. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ed. LCC Publicações Eletrônicas. Disponível em: <http://www.culturabrasil.org/beccaria_delitosepenas.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

⁹⁷ *Nomen iuris* impreciso, utilizado aqui apenas para fins didáticos, tendo em vista que a conduta apontada somente se caracterizará efetivamente como infração penal (crime ou contravenção penal), se não aplicável a ela o Princípio da Adequação Social — hipótese que ainda será averiguada — ou outra causa excludente de infração penal.

- **Descaminho (art. 334 do CP):**

- Ementa:

[...].

2. A existência de lei regulamentando a atividade dos camelôs não conduz ao reconhecimento de que o descaminho é socialmente aceitável.

[...].

(HC 45.153/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/10/2007, DJ 26/11/2007, p. 248)⁹⁹

8.2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO DIREITO AUTORAL

In thesi, também é possível se pleitear a aplicação do Princípio da Adequação Social no Direito Autoral, em face da prática do crime de violação de direito autoral.¹⁰⁰

Em casos que tais, o STF e o STJ não têm admitido a adoção desse princípio, como se observa das seguintes jurisprudências:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

- **Violação de Direito Autoral (art. 184, § 2º, do CP):**

- Ementa:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. [...]. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL (ART. 184, § 2º, DO CP). ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA COM RESPALDO NO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DEFENSIVA. NORMA INCRIMINADORA EM PLENA VIGÊNCIA. [...].

⁹⁸ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp nº 329.716/PR**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1242607&num_registro=201301384316&data=20130625&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2018.

⁹⁹ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 45.153/SC**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=734134&num_registro=200501030918&data=20071126&formato=PDF>. Acesso em: 28 out 2018.

¹⁰⁰ *Nomen iuris* impreciso, como já explicitado anteriormente, utilizado aqui apenas para fins didáticos.

1. O princípio da adequação social reclama aplicação criteriosa, a fim de se evitar que sua adoção indiscriminada acabe por incentivar a prática de delitos patrimoniais, fragilizando a tutela penal de bens jurídicos relevantes para vida em sociedade.

[...].

3. Deveras, a prática não pode ser considerada socialmente tolerável haja vista os expressivos prejuízos experimentados pela indústria fonográfica nacional, pelos comerciantes regularmente estabelecidos e pelo Fisco, fato ilícito que encerra a burla ao pagamento de impostos.

4. In casu, a conduta da paciente amolda-se ao tipo de injusto previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, porquanto comercializava mercadoria pirateada (CD's e DVD's de diversos artistas, cujas obras haviam sido reproduzidas em desconformidade com a legislação).

[...].

13. Habeas corpus extinto por inadequação da via eleita.

- Voto:

Já sob o ângulo da adequação social da conduta, também não merecem prosperar as alegações articuladas. Com efeito, deve-se destacar que a pirataria é sim prática combatida por diversos órgãos e entidades do governo brasileiro. Cite-se, a título ilustrativo, o Plano Nacional de Combate à Pirataria, atualmente na sua terceira edição (2013-2016), lançada pelo Ministério da Justiça no dia 13 de maio de 2013. Segundo informa a própria página do MJ na internet, apenas no ano de 2012 foram apreendidas pela Polícia Rodoviária Federal mais de 225.000 (duzentas e vinte e cinco mil) unidades de CD's falsificados. Mencionem-se ainda as diversas campanhas publicitárias do Governo Federal voltadas a conscientizar a população brasileira quanto ao problema dos crimes contra a propriedade intelectual. Tudo isso a indicar que não existe qualquer "tolerância" social para com prática tão violenta contra o sistema econômico e produtivo da nação brasileira.

O beneplácito judicial da conduta ora sob exame representaria salvo-conduto para ultrajes ainda mais aviltantes à propriedade intelectual, prática essa que deve ser abominada em razão dos efeitos dramáticos sobre a expansão da atividade criativa no país, sem contar outros prejuízos advindos da informalidade, como a sonegação fiscal e a falta de segurança a que fica exposto o consumidor.

[...].

In casu, a paciente mantinha em depósito e vendia 168 (cento e sessenta e oito) CDs e 60 (sessenta) DVDs de diversos autores, reproduzidos com violação do direito autoral. Destarte, a conduta da paciente amolda-se perfeitamente ao tipo de injusto previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal.

(HC 120994, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 29/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 15-05-2014 PUBLIC 16-05-2014)¹⁰¹

- Ementa:

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.

- Voto:

Ora, a conduta imputada ao réu amolda-se perfeitamente à figura típica descrita no art. 184, § 2º, do Código Penal, de forma que não se pode afastar a incidência da norma penal incriminadora.

Conforme leciona Rogério Greco:

“Embora sirva de norte para o legislador, que deverá ter a sensibilidade de distinguir as condutas consideradas socialmente adequadas daquelas que estão a merecer reprimenda do Direito Penal, o princípio da adequação social, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais incriminadores. Mesmo que sejam constantes as práticas de algumas infrações penais, cujas condutas incriminadas a sociedade já não mais considera perniciosas, não cabe, aqui, a alegação, pelo agente, de que o fato que pratica se encontra, agora, adequado socialmente. Uma lei somente pode ser revogada por outra, conforme determina o caput do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.” (GRECO, Rogério. Curso de direito Penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 58).

Em apoio a essa perspectiva, menciono também os ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt, para quem

“A eventual tolerância ou a indiferença na repressão criminal, bem assim o pretenso desuso, não se apresentam, em nosso sistema jurídico-penal,

¹⁰¹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 120994/SP**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=5883080>>. Acesso em: 28 out. 2018.

como causa de exclusão da tipicidade. A norma incriminadora não pode ser neutralizada ou ser considerada revogada em decorrência de desvirtuada atuação das autoridades constituídas (art. 2º, caput, da LICC).” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Especial. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 97).

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-00216-01 PP-00404 RSJADV jun., 2010, p. 47-50 RT v. 99, n. 901, 2010, p. 513-518)¹⁰²

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

- **Violação de Direito Autoral (art. 184, § 2º, do CP):**

- Ementa:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PENAL. OFENSA AO ART. 184, § 2º, DO CP. OCORRÊNCIA. VENDA DE CD'S E DVD'S "PIRATAS". ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INAPLICABILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de considerar típica, formal e materialmente, a conduta prevista no artigo 184, § 2º, do Código Penal, afastando, assim, a aplicação do princípio da adequação social, de quem expõe à venda CD'S E DVD'S "piratas".

2. Na hipótese, estando comprovadas a materialidade e a autoria, afigura-se inviável afastar a consequência penal daí resultante com suporte no referido princípio.

3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1193196/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2012, DJe 04/12/2012)¹⁰³

- Súmula:

Súmula nº 502:

Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no artigo 184, parágrafo 2º, do Código Penal, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas.¹⁰⁴

¹⁰² Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 98.898/SP**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=98898&classe=HC>>. Acesso em: 28 out. 2018.

¹⁰³ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.193.196/MG**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1181913&num_registro=201000840495&data=20121204&formato=PDF>. Acesso em: 28 out 2018.

8.3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO DIREITO ADMINISTRATIVO

In thesi, também é possível se pleitear a aplicação do Princípio da Adequação Social no Direito Administrativo, em face da prática de crimes contra a Administração Pública.¹⁰⁵

Nesses casos, porém, não logramos encontrar jurisprudências dos Tribunais Superiores no Brasil, mas apenas no exterior, como se verá em capítulo posterior.

8.4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO DIREITO PENAL MILITAR

Por fim, também é possível se pleitear a aplicação do Princípio da Adequação Social no Direito Penal Militar, em face da prática de crimes militares.¹⁰⁶

Nesses casos, porém, também não logramos encontrar jurisprudências dos Tribunais Superiores no Brasil, mas apenas no exterior, como se verá em capítulo posterior.

¹⁰⁴ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 502**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=502&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 28 out. 2018.

¹⁰⁵ *Nomen iuris* impreciso, como já explicitado anteriormente, utilizado aqui apenas para fins didáticos.

¹⁰⁶ *Nomen iuris* impreciso, como já explicitado anteriormente, utilizado aqui apenas para fins didáticos.

PARTE II: FONTES JURÍDICAS DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

O ponto de partida da história da pena coincide com o ponto de partida da história da humanidade.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Cf. LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. t. 1. Campinas: Russel, 2003. p. 74.

9 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA

Para Marcel Nast, Professor da Universidade de Estrasburgo, 'a Jurisprudência possui, na atualidade, três funções muito nítidas, que se desenvolveram lentamente: uma função um tanto automática de aplicar a lei; uma função de adaptação, consistente em pôr a lei em harmonia com as ideias contemporâneas e as necessidades modernas; e uma função criadora, destinada a preencher as lacunas da lei.'¹⁰⁸

Neste capítulo, à guisa de identificar o Princípio da Adequação Social dentro do ordenamento jurídico penal, sob as categorias de fontes do Direito, principiaremos a tratar desse princípio à luz de como se conforma nas decisões e entendimentos comuns e majoritários dos principais tribunais do Brasil e das cortes judiciais estrangeiras.

9.1 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

DECISÕES PELA INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

- **Casa de prostituição (art. 229 do CP):**

- Ementa:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FRAGMENTARIEDADE E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL: IMPOSSIBILIDADE. CONDUCTA TÍPICA. CONSTRANGIMENTO NÃO CONFIGURADO.

[...].

2. Quanto à aplicação do princípio da adequação social, esse, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais. Nos termos do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com alteração da Lei n. 12.376/2010), "não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue".

3. Mesmo que a conduta imputada aos Pacientes fizesse parte dos costumes ou fosse socialmente aceita, isso não seria suficiente para revogar a lei penal em vigor.

4. Habeas corpus denegado.

¹⁰⁸ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 146.

(HC 104467, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 08/02/2011, DJe-044 DIVULG 04-03-2011 PUBLIC 09-03-2011 EMENT VOL-02477-01 PP-00057)¹⁰⁹

- **Jogo do bicho (art. 58, § 1º, b, do Decreto-lei nº 6.259/44):**

- Ementa:

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA REJEITADA EM JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E RECEBIDA EM ACÓRDÃO DE TURMA RECURSAL. ART. 58, § 1º, B, DO DECRETO-LEI Nº 6.259/44. JOGO DO BICHO.

1. O art. 58, § 1º, alínea b, do Decreto-lei nº 6.259/44, tipifica, expressamente, a conduta do transportador de material usado no jogo do bicho.

[...].

3. Ordem indeferida.

- Voto:

[...]. Embora inegável a influência do costume na tarefa interpretativa da norma penal, admitir-se como socialmente adequada a referida conduta, que está inequivocamente expressa na norma penal, implica aceitar a revogação da mesma pelo costume, o que, em última análise, representa ofensa ao princípio da legalidade.

Por outro lado, conforme expõe a doutrina de Julio Fabbrini Mirabete, questionável, no caso, invocar o costume como forma de derrogação da norma:

“(...) mesmo reconhecendo que o costume pode ser acolhido em benefício do cidadão, para seu nascimento são exigíveis seus requisitos essenciais (reconhecimento geral e vontade geral de que a norma costumeira atue como direito vigente), o que não se confunde com a mera tolerância ou omissão de algumas autoridades, motivo pelo qual não se pode alegá-lo, por exemplo, para deixar de reprimir o denominado ‘jogo do bicho’. (MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de Direito Penal, Volume 1, 12. ed. p. 44-45).

(HC 83087, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 16/12/2003, DJ 27-02-2004 PP-00037 EMENT VOL-02141-04 PP-00821)¹¹⁰

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

¹⁰⁹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 104.467/RS**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=620230>>. Acesso em: 28 out. 2018.

¹¹⁰ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 83.087/RJ**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=79243>>. Acesso em: 28 out. 2018.

- **Estupro de vulnerável (art. 217-A do CP):**

- Ementa:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. [...]. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. [...]. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

[...].

8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população.

[...].

(REsp 1480881/PI, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015)¹¹¹

- **Posse de arma de fogo de uso permitido sem registro (art. 12 da Lei nº 10.826/2003):**

- Ementa:

[...].

3. É incabível a aplicação do princípio da adequação social, segundo o qual, dada a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal, não se pode reputar como criminosa uma ação ou uma omissão aceita e tolerada pela sociedade, ainda que formalmente subsumida a um tipo legal incriminador. Possuir armas de fogo e munições, de uso permitido, sem certificados federais e que só vieram a ser apreendidas pelo Estado após cumprimento de mandado de busca e apreensão, não é uma conduta adequada no plano normativo.

[...].

(RHC 70.141/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 16/02/2017)¹¹²

¹¹¹ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.480.881/PI**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1435047&num_registro=201402075380&data=20150910&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2018.

¹¹² Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC nº 70.141/RJ**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1565329&num_registro=201601103545&data=20170216&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2018.

- **Posse de arma de fogo de uso permitido com registro vencido (art. 12 da Lei nº 10.826/2003):**

- Ementa:

[...].

6. É incabível a aplicação do princípio da adequação social, segundo o qual, dada a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal, não se pode reputar como criminosa uma ação ou uma omissão aceita e tolerada pela sociedade, ainda que formalmente subsumida a um tipo legal incriminador. Possuir diversas armas de fogo e munições, de uso permitido, com certificados vencidos há mais de um ano e meio e que só vieram a ser apreendidas pelo Estado após cumprimento de mandado de busca e apreensão exarado pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar, não é uma conduta adequada no plano ético.

[...].

(RHC 60.611/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 05/10/2015)¹¹³

- **Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual ou casa de prostituição (arts. 228 e 229, respectivamente, ambos do CP):**

- Ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INAPLICABILIDADE. REEXAME DE PROVA. AUSÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - De acordo com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, não se aplica o princípio da adequação social aos crimes de favorecimento da prostituição ou manutenção de casa de prostituição.

[...].

(AgRg no REsp 1508423/MG, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 17/09/2015)¹¹⁴

- **Escrito ou objeto obsceno (art. 234 do CP):**

¹¹³ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 60.611/DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1441966&num_registro=201501413233&data=20151005&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2018.

¹¹⁴ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1.508.423/MG. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1436468&num_registro=201500070635&data=20150917&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2018.

- Ementa:

PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 234, § ÚNICO, I, DO CP. TIPICIDADE. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO.

I - O princípio da adequação social não pode ser usado como neutralizador, in genere, da norma inserta no art. 234 do Código Penal.

[...].

(RHC 15.093/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2006, DJ 12/06/2006, p. 499)¹¹⁵

DECISÕES PELA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL:

TRIBUNAIS DE JUSTIÇA:

- **Jogo do bicho (art. 58 do Decreto-lei nº 6.259/44):**

- Ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRAVENÇÃO PENAL. JOGO DO BICHO. ARTIGO 58 DO DECRETO-LEI N. 6.259/44. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA NOS TERMOS DO ARTIGO 397, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL.

(TJ-RJ - APL: 01122481820118190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 43 VARA CRIMINAL, Relator: MARCELO CASTRO ANÁTOCLES DA SILVA FERREIRA, Data de Julgamento: 09/06/2016, QUINTA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 16/06/2016)¹¹⁶

- **Casa de prostituição (art. 229 do CP):**

- Ementa:

¹¹⁵ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC nº 15.093/SP**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=607725&num_registro=200301774675&data=20060612&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2018.

¹¹⁶ Cf. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Criminal nº 0112248-18-2011.8.19.0001**. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004BE6EBE15E46AF87870448FC4B25CE977C50515631146&USER=>>>. Acesso em: 28 out. 2018.

Penal. Processual. Apelação. Casa de Prostituição. Conduta materialmente atípica. Princípio da Adequação Social. Aplicabilidade. Conjunto probatório. Desarmonia. Absolvição. Imposição.

I - O fato de o agente, em sua própria residência, manter aposentos destinados, ou não, à prática de atos sexuais, situação de pleno conhecimento da comunidade e autoridades, não está, só por só, a supedanear arrimo suficiente e capaz de configurar o tipo "Casa de Prostituição". Aplicabilidade do Princípio da Adequação Social.

II - Assim, ainda que evidenciado o rotular de "Casa de Prostituição", haja vista nela propiciados encontros amorosos, insuficiente, contudo, esses meros indícios, ao crime, configurar, notadamente se longínquo o tempo em que plenamente tolerada e aceita pela sociedade e autoridades capazes de esbarrar o seu funcionamento.

III - Recurso provido. Unanimidade.

(TJ-MA - APR: 19412004 MA, Relator: ANTONIO FERNANDO BAYMA ARAUJO, Data de Julgamento: 18/04/2005, IMPERATRIZ)¹¹⁷

- **Violação de direito autoral (art. 184, § 2º, do CP):**

- Ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTRAL (ART. 184, § 2º, DO CP). RECURSO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. CABIMENTO. RECURSO PROVIDO.

[...].

2) O crime imputado ao recorrente, apesar da inegável tipicidade formal, constitui fato socialmente aceito, o que impede a configuração da tipicidade material. A possibilidade de resolução da celeuma causada pela contrafação de CD's e DVD's deve restringir-se às esferas civil e administrativa, sendo certo que o Direito Penal, como ultima ratio do nosso sistema jurídico, guarda sua aplicabilidade apenas àqueles aspectos capazes de, por si sós, implicarem perigo à harmonia e paz social.

3) Recurso provido.

(TJ-ES - APL: 00011534720118080014, Relator: CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS, Data de Julgamento: 27/11/2013, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 05/12/2013)¹¹⁸

¹¹⁷ Cf. MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Apelação Criminal nº 001941/2004**. Disponível em: <<https://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4761500/apelacao-criminal-apr-19412004-ma/inteiro-teor-101762599?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 out. 2018.

¹¹⁸ Cf. ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. **Apelação Criminal nº 0001153-47.2011.8.08.0014**. Disponível em: <<https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/381071640/apelacao-apl-11534720118080014/inteiro-teor-381071646?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 out. 2018.

9.2 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NAS CORTES ESTRANGEIRAS

É possível se vislumbrar a ocorrência do Princípio da Adequação Social ou, ao menos, de figura equivalente, também nos tribunais dos outros países, ainda que em quantidade inexpressiva.

No intuito desta obra acadêmica, convém-nos utilizar do instituto do Direito Comparado, para analisar como se opera o princípio em outros ordenamentos jurídicos e comparar seu funcionamento com o empregado em nosso País.

Para tanto, utilizaremos-nos da jurisprudência da Espanha e da Argentina, haja vista a maior aproximação com a nossa própria jurisprudência, sendo que estas se mostrarão suficientemente esclarecedores para os fins deste trabalho.

- JURISPRUDÊNCIA ESPANHOLA
(delitos de corrupção pública)

Maria del Carmen Gómez Rivero, em trabalho em que analisa os delitos de corrupção na Espanha, faz os seguintes comentários a respeito da aplicação do Princípio da Adequação Social na jurisprudência daquele País em relação especificamente aos crimes de corrupção pública:¹¹⁹

Así, por ejemplo, en relación con el art. 441 CP, que castiga la realización ilícita por parte de autoridad o funcionario público de “una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa”, resulta interesante la cita del Auto del TS de 2 de junio de 2008. En él se planteaba la posible existencia de un delito del art. 441 en el caso de la Presidenta del TC que mantuvo un intercambio de opiniones jurídicas con una letrada en ejercicio, en el curso de la cual la primera dio a ésta una serie de indicaciones y la remitió a un bufete de abogados especializados en la materia. El Auto consideró que la conducta podía considerarse socialmente adecuada, en tanto que “no todo consejo emanado de una autoridad o funcionario público puede reputarse delictivo. Solo aquel que compromete la imparcialidad, que menoscaba el deber de exclusividad o que provoca una interferencia entre los intereses privados y los de naturaleza pública, puede ser objeto de persecución penal”. Estas notas, según el Auto, no concurrían en el caso en cuestión, puesto que “en la conversación mantenida por la persona aforada se

¹¹⁹ Cf. RIVERO, Maria del Carmen Gómez. **Derecho Penal y corrupción**: acerca de los límites de lo injusto e lo permitido. Estudios Penales e Criminológicos, vol. XXXVII, 2017, p. 278-279, nota 38, e 284-285. Disponível em: <www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/3928/4323>. Acesso em: 28 out. 2018.

deslizan expresiones que se ajustan sin dificultad a los módulos de adecuación social generalmente admitidos. La formulación de un comentario acerca de las incidencias procesales de un determinado asunto, incluso, la indicación del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional como vía posible para la impugnación de actos jurisdiccionales, no puede considerarse, sin más, un hecho delictivo llamado a ser investigado por la jurisdicción criminal” (puede verse un comentario en REDONDO HERMIDA, A., “El concepto de conducta socialmente adecuada en el Auto del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2008: comentario jurídico al caso ‘Presidenta del Tribunal Constitucional”, en *Diario La Ley*, 5 de diciembre de 2008). En relación con el mismo tipo delictivo, véase también la STS de 25 de enero de 2010, que consideró que no era constitutiva del delito del art. 441 CP la conducta del magistrado que aconsejó al letrado de la defensa sobre la forma en que debía declarar, de modo claro y sencillo: no “podemos integrar el elemento típico “asesoramiento” con las banalidades referidas a la conveniencia de la brevedad y claridad en el mensaje a verter en una vista oral, ni el ofrecimiento de fianza, pues ese extremo aparece anteriormente ofertado y, por otra parte, es una práctica habitual en el cuestionamiento de las medidas cautelares de contenido personal... Desde esta perspectiva la expresión de la conveniente brevedad y claridad en la expresión de la pretensión, así como el ofrecimiento de una fianza, no afecta al contenido esencial de la función y no integra el concepto típico de asesoramiento”.

Con respecto al tráfico de influencias puede verse el Auto del TS de 17 de febrero de 2010: “En cada caso concreto habrá que analizar, desde la perspectiva de la adecuación social, cada acto y comprobar si en cada caso concreto se ha producido una influencia antijurídica subsumible en el tipo penal del tráfico de influencias. En general, existirá influencia en función de la capacidad que una persona tiene para conseguir que otra persona haga su voluntad, no bastando con tener acceso, ni la posibilidad de la mera indicación, sino que tenga la entidad suficiente para entender que ha conformado la voluntad del funcionario por la influencia recibida”. En relación con los fallos de las Audiencias, véase la SAP de Islas Baleares de 19 de marzo de 2012, que si bien aprecia el delito en el caso concreto afirma: “La doctrina ha hecho ver, respecto de este elemento, la necesidad de relegar extramuros de la previsión penal los supuestos de la llamada influencia adecuada socialmente, en los casos en que comúnmente no queda reprobada la conducta por su inmersión social, y de la **llamada influencia no causal**, por la preresolución tomada ya por el funcionario. Sólo así, se dice, será respetado el principio de intervención mínima y no se convertirá el delito en una norma puramente moralizante de la vida administrativa y social”.

[...].

Sólo de modo muy excepcional nuestros Tribunales han concedido protagonismo a la adecuación social en el ámbito de la corrupción. Resulta interesante al respecto la cita del Auto del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2005 cuando afirma: “La recepción de un obsequio de Navidad de los valores habituales, en todo caso, no es constitutiva del delito del art. 426 CP, dado que la doctrina viene considerando unánimemente que tales hechos no realizan el tipo penal por ser socialmente adecuados. Por lo tanto, es necesario determinar a quiénes individualmente se remitieron los obsequios y el valor de los mismos para poder pensar en la imputación de un delito al receptor de los mismos”.

En el ámbito de la jurisprudencia de las Audiencias, tiene interés la cita de la SAP de Islas Baleares, de 5 de marzo de 1997, en el caso de un encargado de un cementerio municipal que aceptó propinas de familiares de fallecidos. Según la sentencia, la pretensión de castigar en todo caso la recepción de

dávivas por parte de funcionarios requeriría convenir en que “lo que la ley penal pretende, castigando estas conductas, es velar por una angelical y quimérica pureza de cualquiera de las personas que ejercen funciones públicas”. Por el contrario, continúa, “debe procederse a una interpretación limitadora o restrictiva de la literalidad del precepto, reconduciendo al mismo únicamente aquellas conductas de las que se deduzca un mínimo de contenido de injusto o de lesividad para el bien jurídico protegido, que no es aquella quimérica pureza, sino el correcto, imparcial y objetivo desarrollo de la concreta función que tenga encomendada, entre las públicas, el sujeto que realice la dádiva”. En el caso concreto, considera que la recepción de tales propinas debe considerarse atípica en aplicación del criterio de la adecuación social “por tratarse de acciones que, aun no siendo ejemplares, permanecen plenamente dentro del orden ético social, históricamente condicionado, de la vida de la comunidad”.

Interesante resulta también la cita de la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 3 de junio de 2011. Su originalidad reside en que a la hora de determinar la relevancia que pueda tener la adecuación social en relación con los delitos de corrupción discrimina la solución en función de que se esté enjuiciando un caso de cohecho impropio activo o pasivo. Ciertamente, según admite el fallo, que en relación con determinados obsequios menores el parámetro de los usos sociales puede ser aplicado tanto a particulares como a funcionarios. Sin embargo, añade, se trataría de casos muy puntuales, pudiendo diferenciarse en el resto entre la actuación del particular, más propensa a calificarse bajo el prisma de la adecuación social, y la del funcionario. En concreto, en el caso sometido a su enjuiciamiento, en el que se trataba de la conducta de ofrecimiento y aceptación de 30 euros al jefe de la oficina de DNI por realizar compulsas fuera de las horas de oficina, consideró que la conducta era atípica para el particular, en tanto que la entrega de tal cantidad carece de potencialidad corruptora: “No existe prueba alguna de la intención o propósito de corromper por parte del particular que le entrega 30 €, cinco días después de recibir un favor del acusado”. Distinta es la valoración de los hechos, según la sentencia, para el funcionario en tanto que “por el lado pasivo la mera solicitud de dinero agota el tipo”. En el caso concreto solicitó pequeñas cantidades (20 euros), lo que evidencia ser, según el fallo, “una práctica que ha generalizado” el funcionario.

Lógicamente, la adopción de tal criterio diferenciador no impidió que esa misma Sentencia apreciara supuestos en los que no procede el recurso al criterio de la adecuación social ni en relación con el funcionario ni con el particular. Así lo consideró en el caso de la cancelación de los antecedentes policiales por el funcionario de Policía a quien necesitaba de tal acción para obtener un permiso de residencia, pidiendo 1500 euros de los que se abonaron 300, la concesión de la residencia por arraigo a cambio de 1000 euros, el pago de 100 euros para conseguir un pasaporte, de 1000 euros para expedir el DNI a quien ni siquiera se encontraba en territorio español, de 500 euros por recuperar la documentación de extranjería a quien la había extraviado, o de 300 euros por la renovación de un DNI. (destaques do original)

- JURISPRUDÊNCIA ARGENTINA
(crimes militares)

Cita-se, agora, sentença de 28 de outubro de 2014, na causa nº 14.235 (“MIARA, Samuel y otros s/ recurso de casación”) da *Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal*.¹²⁰

Repasó nuevamente la situación legal vigente al momento de los hechos e indicó que si una norma establecía el deber de cumplir las órdenes de la superioridad, pilar básico del funcionamiento del organismo, no puede reprocharse luego a quien así fue adoctrinado (obediencia sin facultad de revisión de la orden del superior) actuar como siempre se le exigió (Código de Justicia Militar).

[...].

Existe una teoría en el derecho penal que basa la ilicitud de las conductas en su inadecuación social. Esta teoría puede llevarnos a concluir que la mera agregación de personal a “la lucha contra la subversión” no debería ser considerada ilícita, por ser ésta una conducta socialmente adecuada. La estructura del argumento es la siguiente:

Premisa 1: Los tipos penales prevén conductas que violan normas.

Premisa 2: Las conductas socialmente adecuadas no violan normas.

Premisa 3: Si una acción es socialmente adecuada, no puede decirse que viole una norma.

Conclusión: Una acción socialmente adecuada no puede estar prevista en un tipo penal.

Esta teoría, comúnmente conocida como la que establece el instituto de la ‘adecuación social de la conducta’ – mediante la cual las acciones ejecutadas con el cuidado debido, y situadas por completo en el marco del orden de la vida en comunidad conformado históricamente, no pueden incluirse en ningún tipo delictivo (cfr. Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Comares: Granada, 1993, pág. 227) – también ha sido ampliamente reconocida por los tribunales argentinos.

[...].

Ahora bien. Tal como lo sostuve al examinar la responsabilidad de los Jefes de Área en la causa “Olivera Róvere” referida, “... *no puede sostenerse válidamente que la agregación de un equipo de combate que será utilizado para cometer crímenes de lesa humanidad sea una acción socialmente adecuada y, por lo tanto, no puede decirse de esa acción que no viola una norma.*”

[...].

Con todo lo señalado, cabe rechazar la porción del recurso en tratamiento. (destaques do original)

¹²⁰ Cf. ARGENTINA. Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal. **Causa nº 14.235** (“MIARA, Samuel y otros s/ recurso de casación”). Disponível em: <www.mpf.gob.ar/wp-content/uploads/2016/03/62-20141028-Sala-IV-Miara-ABO-I.pdf>. Acesso em: 28 out. 2018.

10 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NA DOUTRINA ESTRANGEIRA

...es mejor no utilizarse el derecho penal sino quando no hay nada mejor que el derecho penal para se utilizar...¹²¹

A partir de agora, é importante que nos detenhamos no estudo do instituto do Princípio da Adequação Social sob a ótica da doutrina de estudiosos estrangeiros, que, muito embora não influa diretamente em nosso ordenamento jurídico, certamente contribuirá para aprimorarmos e aprofundarmos o tema, além de servir como forma de comparação com a doutrina pátria.

Com esse intento, analisaremos os entendimentos acerca do Princípio da Adequação Social na doutrina da Espanha, que, convenientemente, haja vista a convergência de orientações, será suficiente para os propósitos desta obra.

- DOUTRINA ESPANHOLA

Transcreve-se a seguinte entrada da Enciclopédia Jurídica Online de Direito Espanhol, acerca do Princípio da Adequação Social naquele País, no que se refere à sua doutrina:¹²²

Adecuación Social en España

La teoría de la adecuación social fue desarrollada, inicialmente, por el autor Welzel. Este sostenía que no pueden encajar en el tipo aquellas acciones que se “mueven dentro de lo que históricamente ha llegado a ser el orden ético-social de la vida de la comunidad”.

Adecuación Social en el Delito de Tráfico de Influencias

La Sentencia 657/2013, de 15 de julio, dice que la influencia debe ejercerse para alterar el proceso motivador del funcionario influido, lo que excluye las meras solicitudes de información o gestiones amparadas en su adecuación social.

García Planas ya escribía en el año 1993:

¹²¹ Palavras não exatas recolhidas por Maurício Antônio Ribeiro Lopes no encerramento de uma conferência de Francisco Muñoz Conde, citando um jurista alemão à época do III Reich, que assim registrava seu descontentamento, na *Avla Francisco Salinas*, pátio do Edifício Histórico da Universidade de Salamanca, em 12 de janeiro de 1995. Cf. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 3.

¹²² Cf. ADECUACIÓN SOCIAL. Enciclopedia Jurídica Online: la Web de referencia sobre Derecho Español. Biblioteca Virtual Legal. 2015. Disponível em: <<https://espana.leyderecho.org/adecuacion-social/>>. Acesso em: 28 out. 2018.

“Si atendemos a la tesis de la Adecuación Social, que como es sabido desde que Welzel formulase la teoría de la acción socialmente adecuada, en aquellas conductas enmarcadas dentro de normas ético-sociales de una comunidad en un momento histórico determinado, estarían ausentes de tipicidad.

Por tanto, aquellos comportamientos que se consideran normales, e incluso, en ocasiones necesarios, aún cuando fueran atentatorios de determinados bienes jurídicos y subsumibles en tipos penales, según el tenor literal de éstos, no deben ser considerados como típicos (AINZ CANTERO: “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”. 3ª Edición. Barcelona 1990. Pagina 556).

Así, comportamientos tales, como las lesiones causadas en el tratamiento médico-quirúrgico, o las producidas en determinados deportes violentos, no tendrían la consideración de típicos.

Autores como Bettioli (Diritto Penale. Parte Generale. Padova, 1976, pág. 303 y ss) intentaron aclarar la falta de tipicidad de éstas conductas, manifestando que los tipos penales describían aspectos patológicos de la vida comunitaria y no acciones normales.

La Doctrina Española mayoritaria ha rechazado la tesis de la adecuación social como causa de exclusión de la tipicidad por considerar que va en contra del principio de seguridad jurídica y además porque la mayoría de estos comportamientos estarían amparados en una causa de justificación, concretamente en la eximente 11 2 del artículo nº 8. Sin embargo, el Proyecto de UCD de 1.980 en su artículo 177, al referirse a las lesiones causadas con consentimiento del ofendido, establecía que “sólo se castigarían cuando se estimasen socialmente reprobables”.

Finalmente, para Sainz Cantero, los mencionados comportamientos son acciones típicas que si no se persiguen, es, por su insignificancia en el campo del Derecho y por cuestiones de economía procesal.

El tráfico de influencias nunca podrá ser una acción socialmente adecuada, ya que en la actualidad no es admitida por la sociedad ni tiene su resultado la consideración de insignificante.”

11 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos.¹²³

Com o intuito de analisar legislações que disponham sobre o Princípio da Adequação Social ou, mesmo, que prevejam institutos ou dispositivos semelhantes ou equivalentes a ele, examinam-se excertos devidamente selecionados provenientes da legislação de Portugal, mais precisamente, do Código Penal português e de outras de suas legislações penais, os quais, pela sua imensa pertinência para com o fim de nossa obra, serão, por si só, suficientemente esclarecedores.

- LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

➤ **Código Penal** (aprovado pelo Decreto-lei nº 400/82, de 23 de setembro, consolidado a partir de 1995, pelo Decreto-lei nº 48/95, de 15 de março, com a redação dada pela Lei nº 32/2010, de 2 de setembro):¹²⁴

LIVRO II
Parte especial

TÍTULO V
Dos crimes contra o Estado

CAPÍTULO IV
Dos crimes cometidos no exercício de funções públicas

SECÇÃO I
Da corrupção

Artigo 372º
Recebimento indevido de vantagem

1 - O funcionário que, no exercício das suas funções ou por causa delas, por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias.

¹²³ Cf. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ed. LCC Publicações Eletrônicas. Disponível em: <http://www.culturabrasil.org/beccaria_delitosepenas.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

¹²⁴ Cf. PORTUGAL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=109&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>. Acesso em: 28 out. 2018.

2 - Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro por indicação ou conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, no exercício das suas funções ou por causa delas, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias.

3 - Excluem-se dos números anteriores as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes.(grifo nosso)

Inês Isabel Lopes Nunes, em tese de Mestrado Forense, intitulada “Novo Regime Punitivo da Corrupção”, esclarece o seguinte sobre esse último parágrafo:¹²⁵

Por último, resta-nos analisar o **número 3 do artigo 372º**.

Este exclui da incriminação dos números antecedentes as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes.

Quando o legislador previu esta “válvula de escape” pretendeu excluir as ofertas que são costume e tradição no nosso país, aqueles pequenos presentes ou gratificações oferecidos em épocas ou momentos especiais.

Um exemplo dado pelo Professor Paulo Pinto de Albuquerque é o caso da prenda de Natal oferecida à professora de uma escola primária pública. Esta é uma conduta socialmente aceite, é costume que as crianças naquela época gostem de oferecer uma caixa de bombons ou um perfume à Professora que os acompanha durante todo o ano lectivo. No entanto, o valor deverá ser diminuto, isto é, não excedente a uma unidade de conta no momento da prática do acto, pois se oferecer uma jóia cujo valor exceda a unidade de conta já poderá ser considerada a vantagem indevida prevista nos dois primeiros números e consubstanciar, assim, o ilícito.

Embora exista esta cláusula no artigo 372º, a mesma não abrange as duas hipóteses, de aceitação e solicitação da referida vantagem. Devemos distinguir ambas as acções pois quando o funcionário a solicita, está a aproveitar-se do seu cargo para receber algo que não lhe é devido. Está a usar meios ilícitos para aproveitar-se de algo. Desta forma, nunca poderia merecer tutela pelo princípio da adequação social, uma vez que não é aceite pelo Direito instar à atribuição de benefícios.

Situação diversa é a aceitação, na qual o funcionário é protegido pelo número 3 deste artigo. Embora haja declaração de vontade ao aceitar a vantagem, não é este que a solicita. Não obstante o referido, só será tutelado se a vantagem for diminuta, esporádica e prática aceite na sociedade.(destaques do original)

Essa mesma disposição se encontra presente também em outras leis penais de Portugal, como segue:

¹²⁵ Cf. NUNES, Inês Isabel Lopes. **O novo regime punitivo da corrupção**. Tese (Mestrado Forense) - Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, março 2012. p. 19-20. Disponível em: <<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/8945/1/Tese%20de%20Mestrado%20-%20Novo%20regime%20punitivo%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2018.

➤ **Lei nº 34/87, de 16 de Julho**, relativa aos “crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos”, com a redação da Lei nº 41/2010, de 3 de Setembro:¹²⁶

Artigo 16º

Recebimento indevido de vantagem

1 - O titular de cargo político ou de alto cargo público que, no exercício das suas funções ou por causa delas, por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

2 - Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a titular de cargo político ou alto cargo público, ou a terceiro por indicação ou conhecimento deste, vantagem patrimonial ou não patrimonial que não lhe seja devida, no exercício das suas funções ou por causa delas, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.

3 - Excluem-se dos números anteriores as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes.(grifo nosso)

➤ **Lei nº 50/2007, de 31 de Agosto**, relativa ao “regime de responsabilidade penal por comportamentos antidesportivos”, com o aditamento da Lei nº 13/2017, de 2 de Maio:¹²⁷

Artigo 10º-A

Oferta ou recebimento indevido de vantagem

1 - O agente desportivo que, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, por interposta pessoa, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, direta ou indiretamente, no exercício das suas funções ou por causa delas, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, de agente que perante ele tenha tido, tenha ou possa vir a ter pretensão dependente do exercício dessas suas funções, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.

2 - Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a agente desportivo, ou a terceiro por indicação ou conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, no exercício das suas funções ou por causa delas, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias.

¹²⁶ Cf. PORTUGAL. **Lei nº 34/87, de 16 de Julho**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=281&tabela=leis>. Acesso em: 28 out. 2018.

¹²⁷ Cf. PORTUGAL. **Lei nº 50/2007, de 31 de Agosto**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1085&tabela=leis>. Acesso em: 28 out. 2018.

3 - Excluem-se dos números anteriores as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes.(grifo nosso)

PARTE III: REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

A ameaça e imposição de uma pena pública respondem a uma tradição milenar. Parece-nos que, até hoje, toda organização social sempre foi acompanhada de um Direito Penal.¹²⁸

¹²⁸ Cf. STRATENWERTH, Günther. **Derecho penal**: parte general I – el hecho punible. 4. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 27.

12 CRÍTICAS ACERCA DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Já observamos que a verdadeira medida dos delitos é o dano causado à sociedade. Eis aí uma dessas verdades que, embora evidentes para o espírito menos perspicaz, mas ocultas por um concurso singular de circunstâncias, só são conhecidas de um pequeno número de pensadores em todos os países e em todos os séculos cujas leis conhecemos.¹²⁹

Neste presente capítulo, é pertinente que nos detenhamos a refletir mais profundamente sobre as críticas que são atribuídas ao Princípio da Adequação Social, perquirindo da sua pertinência ou não.

12.1 DIGRESSÃO PRIMEIRA: A RELATIVIDADE DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Convém, agora, realizarmos breve divagação acerca da questão da relatividade do Princípio da Adequação Social.

De maneira didática, podemos dividir essa relatividade do princípio em três subtipos que representam as três formas pelas quais ela se manifesta, quais sejam, relatividade conceitual, relatividade temporal, e relatividade espacial, geográfica ou regional.

Voltamo-nos, então, ao estudo de cada um desses subtipos individualmente.

a) relatividade conceitual:

Este subtipo diz respeito ao aspecto mais problemático do Princípio da Adequação Social e é, também, o mais amplo, compreendendo, inclusive, as outras subcategorias a serem analisadas após esta.

Cinge-se a problemática do relativismo conceitual, essencialmente, ao fato de que não se é possível desenvolver uma definição totalmente precisa e absoluta de adequação, *id est*, do que seria adequado ou inadequado, conceito o qual se faz extremamente necessário para se aferir a possibilidade ou não de admissão do Princípio da Ação Socialmente Adequada.

¹²⁹ Cf. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ed. LCC Publicações Eletrônicas. Disponível em: <http://www.culturabrasil.org/beccaria_delitosepenas.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

Delimitando-se as possibilidades, tem-se o vocábulo “adequação” como sendo, conforme o Dicionário Online de Português, *in verbis*:

Ajuste; adaptação em relação a alguma coisa: [...].

Conformidade; relação de acomodação entre uma coisa e outra, entre uma pessoa e outra ou entre uma coisa e uma pessoa: [...].¹³⁰

E o termo “adequado” como sendo, consoante o mesmo dicionário, *ipsis verbis*:

Que corresponde perfeitamente a um objetivo; oportuno, apropriado.

Que está em harmonia com; ajustado: [...].

Que se adaptou ou foi ajustado a; adaptado: [...].

Disso se pode extrair que, para a constatação da adequação de alguma coisa, é preciso que se confronte essa mesma coisa com outra coisa, a fim de se averiguar a conformidade daquela em relação a esta.

Na situação do Princípio da Adequação Social, essa percepção é simples: a adequação exigida pelo seu postulado é a da conduta lesiva a bem jurídico penalmente tutelado e é em relação à sociedade, mais precisamente, aos anseios e às justas expectativas de convivência dela, por isso a nomenclatura de “adequação social”.

Nesse mesmo sentido, “socialmente adequado” seria, resguardadas as devidas proporções, sinônimo de “socialmente permitido”, “socialmente aceito ou aceitável”, “socialmente tolerado ou tolerável” ou, mesmo, “socialmente suportado ou suportável”.

No entanto, ainda que mais determinado, o conceito de “adequação social” ainda resta destituído de caráter universal e absoluto, único capaz de gerar efetiva segurança e total precisão para a aplicação do Princípio da Adequação Social, estando sempre permeado pela relatividade e pelo subjetivismo, isto é, sendo sempre relativo a cada sujeito que o interpreta.

Valoroso esforço, então, é o estabelecimento de critérios que, embora, não tenham a aptidão da certeza, buscam e logram orientar e balizar o esforço exegético

¹³⁰ Cf. ADEQUAÇÃO. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2018. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/adequacao/>>. Acesso em: 28 out. 2018.

dos hermeneutas do Princípio da Ação Socialmente Adequada, oferecendo-lhes pressupostos tão seguros quanto possíveis para a sua devida aplicação.

b) relatividade temporal:

No que concerne ao problema da relatividade da adequação social no tempo, a questão se limita à situação de variabilidade com que determinada hipótese pode ser considerada adequada ou não (inadequada ou indiferente) conforme o transcurso do tempo.

Isso quer dizer que a constatação de um comportamento ofensivo a objeto jurídico penalmente protegido como sendo adequado socialmente não só pode, como deve variar e se alterar com a passagem das épocas.

Assim, certa conduta reputada pela sociedade como não adequada (inadequada ou indiferente) em determinado período e, portanto, desmerecendo a incidência do princípio e sendo tratada como infração penal, pode, facilmente, vir a ser percebida pela população como sendo adequada em outro momento, já aí fazendo jus à aplicação do princípio e não sendo criminalizada.

Como a sociedade é inconstante e mutável, é perfeitamente possível, natural e, até, esperado, que seu imaginário e pensar venham a mudar de tempos em tempos, de acordo com as conjunturas sociais que se fizerem presentes.

Ocorre que, com tal variabilidade de pensamento, pode-se gerar insegurança e instabilidade jurídicas, mormente no tocante a quais condutas são efetivamente alcançadas pelo Princípio da Adequação Social.

Solução apropriada para tanto é que o próprio Poder Legislativo, detentor da função de produção das leis, utilize-se do princípio, acompanhando sempre os anseios e clamores da sociedade, com vistas a detectar a adequação a ela dos comportamentos passíveis de criminalização por norma jurídica penal incriminadora, para o fim de, conforme seja essa adequação, criá-la, mantê-la, alterá-la ou, mesmo, revogá-la.

c) relatividade espacial, geográfica ou regional

Cumpra, finalmente, tratar da relatividade da adequação social no espaço físico.

Da mesma maneira que o sentimento de adequação social de uma certa conduta pode variar no tempo, ela, também, pode alterar-se no espaço.

Isso significa que é plenamente possível que populações de diferentes regiões geográficas do País possuam concepções distintas e, até mesmo, contraditórias, em relação à aceitação ou não aceitação (inaceitação ou indiferença) de determinado comportamento como sendo apropriado às suas justas expectativas de convivência.

Com isso, também, emerge a mesma problemática da geração de insegurança e imprevisibilidade, com a possibilidade de sentimentos diversos de adequação ou não adequação (inadequação ou indiferença) provenientes de segmentos regionais diferentes de um mesmo País.

Contudo, nessa situação em específico, não é possível que as sensações próprias de municípios de cada região, por si sós, ensejem a atuação do Princípio da Ação Socialmente Adequada.

Se assim não fosse, estar-se-ia a contrariar o pressuposto fundamental indispensável para a aplicação do princípio, qual seja, o sentimento integral, ou virtualmente total, por parte da sociedade, de adequação de determinado comportamento ofensivo — incapaz de romper com o tecido e a harmonia sociais — aos seus anseios e às suas justas expectativas de convivência social, sendo incontroverso que a opinião de apenas parte ou segmento da sociedade, notadamente minoritário, não serve para corresponder ao todo do País.

Além disso, o Poder Público e seu poder punitivo não podem sujeitar-se às regionalidades e características específicas de cada região do Estado, sob pena de, com isso, fragilizar-se a eficácia das leis e de se oferecer prestações jurisdicionais diferentes conforme o segmento da sociedade, hipóteses inconcebíveis em um Estado Democrático de Direito como o nosso.¹³¹

¹³¹ “8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população.” Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.480.881/PI**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1435047&num_registro=201402075380&data=20150910&formato=PDF. Acesso em: 28 out. 2018.

12.2 DIGRESSÃO SEGUNDA: A SUBMISSÃO DO DIREITO PENAL À NOÇÃO SOCIAL DE ADEQUAÇÃO

Critica extremamente pertinente ao Princípio da Adequação Social trata da possibilidade de submissão do Direito Penal à noção da sociedade da adequação ou não adequação (inadequação ou indiferença) de certo comportamento ofensivo a objeto jurídico penalmente protegido.

Como já abordado, para a devida aplicação do princípio é indispensável que esteja presente o pressuposto fundamental da existência de sentimento integral, ou virtualmente total, por parte da sociedade, de adequação de determinado comportamento ofensivo — incapaz de romper com o tecido e a harmonia sociais — aos seus anseios e às suas justas expectativas de convivência social.

Desse modo, é inequívoco que a ação do princípio está efetivamente condicionada a esse pressuposto, *id est*, submissa à noção social de adequação, o que é plenamente apropriado sem dúvida.

Todavia, não se faz correto afirmar que o próprio Direito Penal como disciplina e ramo jurídico, está, em seu todo, submetido à consciência coletiva da sociedade acerca do que é ou não permitido de se praticar conforme suas expectativas.

Esse pensar é equivocado, porquanto a noção social, ainda que correspondente aos anseios da população e apta, portanto, a ensejar a atuação do Princípio da Adequação Social, não pode, em regra, suplantar a eficácia de outros princípios e garantias fundamentais e, mesmo, extralegais.

Assim, mesmo que a consciência coletiva, a noção, o sentimento, a sensação, a reação da sociedade sejam operados no sentido de considerar determinada conduta lesiva a bem jurídico penalmente tutelado como sendo adequado às suas justas expectativas de convivência e aos seus anseios, mas que, porém, ofenda outros direitos e garantias previstos em nossa Constituição ou legislação infraconstitucional ou neles não previstos, ainda assim, ela não logrará assumir o efeito do Princípio da Adequação Social, a não ser que seja ponderada como mais relevante do que aquilo que transgredir.

13 CONTROVÉRSIAS ACERCA DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Ações que se movem dentro do marco das ordens sociais, nunca estão compreendidas dentro dos tipos de delito, ainda quando pudessem ser entendidas em um tipo interpretado ao pé da letra; são as chamadas ações socialmente adequadas.¹³²

Neste capítulo, pretende-se tratar das principais controvérsias que permeiam o tema do Princípio da Adequação Social. São hipóteses polêmicas que, por vezes, inquietam os juristas e profissionais do Direito, havendo, em geral, múltiplos posicionamentos a respeito, sem que um ou outro seja realmente o “certo”, sendo todos igualmente válidos, principalmente para nosso escopo.

Especificamente, as conjecturas que serão abordadas doravante constituem, em sua maioria, casos que dividem opiniões e entendimentos acerca da adequação social ou não das condutas de cada hipótese, sendo que, nada obstante o posicionamento majoritário estar relativamente consolidado, muita discussão ainda permeia o tema, fazendo-se necessária nossa atenção a ele.

13.1 APLICAÇÃO OU NÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL AO “CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORA”¹³³

Esta controvérsia compreende, essencialmente, saber se o Princípio da Adequação Social logra ou não incidir sobre a prática vulgarmente conhecida como “pirataria” e penalmente tipificada no art. 184, § 2º, do CP, *ipsis litteris*:

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

[...]

§ 1º [...]:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa

¹³² Cf. WELZEL, Hans. **Direito penal**. Campinas: Romana, 2003. p. 106.

¹³³ *Nomen iuris* impreciso, como já explicitado anteriormente, utilizado aqui apenas para fins didáticos.

autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.(grifo nosso).¹³⁴

Dessarte, em última análise, a polêmica da questão cinge-se em constatar se as condutas de “distribuir”, “vender”, “expor à venda”, “alugar”, “introduzir no País”, “adquirir”, “ocultar”, “ter em depósito” ou, ainda, “alugar”, nas circunstâncias previstas no dispositivo legal retrocitado, são, ou não, consideradas adequadas pela sociedade, e se, conseqüentemente, merecem, ou não, a ação do Princípio da Adequação Social, respectivamente, para, daí, verificar se consistem em práticas legais ou em infrações penais, também respectivamente.

É inequívoca a existência, em quantidade expressiva, de “camelódromos” e “camelôs”, dedicando-se diuturnamente a essas condutas, especialmente nos centros, mas também nas periferias dos grandes polos urbanos e populacionais e das metrópoles brasileiras.

É, do mesmo modo, incontroverso, por essas mesmas circunstâncias, que, na mentalidade e imaginário da maioria ou, pelo menos, significativa parte da população brasileira, vem incutido o senso comum de que todas aqueles comportamentos previstos pela disposição legal retrocitada, quando praticados nas condições estabelecidas, são adequados e, portanto, não configurariam ou não deveriam configurar crime.

Ocorre, no entanto, que, aparentemente seguindo em caminho contrário a esse, a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores, STF e STJ, possui entendimento consolidado no sentido de reconhecer taxativamente a inaplicabilidade do Princípio da Adequação Social a esta hipótese em específico, inclusive, orientações consubstanciadas em julgado decidido sob a sistemática de incidente de resolução de demandas repetitivas (conhecido como IRDR)¹³⁵ e em enunciado sumular (Súmula nº 502),¹³⁶ como já tratados previamente.

Em verdade, o que se verifica é que todas aquelas condutas que vulgarmente denominamos de “pirataria” não logram verdadeiramente a caracterização de

¹³⁴ Cf. BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

¹³⁵ Cf. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.193.196/MG**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1181913&num_registro=201000840495&data=20121204&formato=PDF>. Acesso em: 28 out 2018.

¹³⁶ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 502**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=502&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 28 out. 2018.

adequadas socialmente, sendo inalcançáveis, por conseguinte, pela incidência do Princípio da Adequação Social.

Tal sucede em virtude, principalmente, de nem toda a sociedade tolerar ou suportar essas práticas, mas, apenas, parte substancial dela que, ainda que indubitavelmente representativa e importante, não tem, por si só, nem a aptidão nem o condão de fazer acionar o princípio, exatamente porque se está, com isso, a desatender pressuposto fundamental exigido pelo postulado deste, qual seja: sentimento integral, ou virtualmente total, por parte da sociedade, de adequação de determinado comportamento ofensivo — incapaz de romper com o tecido e a harmonia sociais — aos seus anseios e às suas justas expectativas de convivência social.

Isso pode ser corroborado pelo fato de que todas essas condutas são, efetivamente, combatidas por entidades e órgãos públicos do Governo brasileiro, inclusive, exemplificativamente, pelo Plano Nacional de Combate à Pirataria, que acumula três edições, tendo sido a última promovida pelo Ministério da Justiça no dia 13 de maio de 2013, como bem ilustra o voto do eminente ministro e relator no julgado seguinte:

[...]. Com efeito, deve-se destacar que a pirataria é sim prática combatida por diversos órgãos e entidades do governo brasileiro. Cite-se, a título ilustrativo, o Plano Nacional de Combate à Pirataria, atualmente na sua terceira edição (2013-2016), lançada pelo Ministério da Justiça no dia 13 de maio de 2013. Segundo informa a própria página do MJ na internet, apenas no ano de 2012 foram apreendidas pela Polícia Rodoviária Federal mais de 225.000 (duzentas e vinte e cinco mil) unidades de CD's falsificados. Mencionem-se ainda as diversas campanhas publicitárias do Governo Federal voltadas a conscientizar a população brasileira quanto ao problema dos crimes contra a propriedade intelectual. Tudo isso a indicar que não existe qualquer "tolerância" social para com prática tão violenta contra o sistema econômico e produtivo da nação brasileira.

(HC 120994, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 29/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 15-05-2014 PUBLIC 16-05-2014)¹³⁷

Do mesmo modo, irrazoável seria considerar que esses comportamentos que violam direitos autorais são adequados socialmente quando se constata o violento,

¹³⁷ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 120.994/SP**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=5883080>>. Acesso em: 28 out. 2018.

embora inconspícuo, prejuízo experimentado pelos artistas e autores, além do próprio dano gerado ao mercado fonográfico e à expressão artística do País.

Em última análise, mesmo o consumidor, que, supostamente, seria beneficiado por um produto mais barato, enfrentaria o problema da ausência de garantia, da possível má qualidade do bem, da falta de segurança que permeia o ato e da provável existência de outras infrações penais que, não raro, acompanham a “pirataria”, como os crimes de contrabando (art. 334-A do CP) e de descaminho (art. 334 do CP).

Por tudo isso, acertadamente reputa-se inadequada socialmente a prática do crime¹³⁸ de violação de direito autoral, impossibilitando-se, portanto, a aplicação do Princípio da Adequação Social ao caso.

13.2 APLICAÇÃO OU NÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL À “CONTRAVENÇÃO PENAL DO JOGO DO BICHO”¹³⁹

Cumpre-nos, aqui, aferir se a conduta de explorar ou realizar a loteria conhecida como “jogo do bicho” e demais comportamentos afins e derivados, previstos no art. 58 da LCP são considerados adequados socialmente, *in verbis*:

Art. 58. Explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração:

Pena – prisão simples, de quatro meses a um ano, e multa, de dois a vinte contos de réis.

Parágrafo único. Incorre na pena de multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, aquele que participa da loteria, visando a obtenção de prêmio, para si ou para terceiro.¹⁴⁰

¹³⁸ Neste momento, se inexistente qualquer outra excludente de infração penal, já é apropriado denominar a conduta como infração penal, porquanto constatada a inaplicabilidade do Princípio da Adequação Social a ela.

¹³⁹ *Nomen iuris* impreciso, como já explicitado anteriormente, utilizado aqui apenas para fins didáticos.

¹⁴⁰ Cf. BRASIL. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

Art. 21. Praticar vias de fato contra alguém:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de cem mil réis a um conto de réis, se o fato não constitui crime.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) até a metade se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos.

Não há dúvida de que esses tipos de condutas estão presentes em nossa sociedade atual, tanto quanto como na época para qual foi concebida a lei que as disciplina.

Contudo, ainda que presentes hodiernamente esses comportamentos e, certamente, considerados adequados por indivíduos que atuam nesse meio, como os exploradores, realizadores ou participantes, não são aceitos pela sociedade em geral, mormente, porque estão geralmente associados a distúrbios e disfunções como o vício em jogo, o alcoolismo, além de serem vistos como uma forma fugaz e irresponsável de auferir rendimentos, quase beirando a imoralidade e a falta de ética.

Ademais, a simples existência veemente e presença constante não servem, nem se prestam a demonstrar sua adequação às justas expectativas da sociedade.

Esse entendimento também pode ser bem observado da própria LCP, que tipifica o crime do “jogo do bicho” em artigo contido no Capítulo VII, o qual é intitulado “Das contravenções relativas à polícia de costumes”.

Isso quer dizer que, ressalvadas as mudanças ocorridas no pensamento da sociedade decorrentes do transcurso do tempo entre a época da publicação da LCP e os dias de hoje, as condutas em comento foram e são vistas como comportamentos ofensivos aos costumes da sociedade, a serem prevenidos e reprimidos pela polícia de costumes ou delegacia de costumes, órgão que, ao longo da História, teve funções diversas, como investigar, prevenir e reprimir a prostituição, evitando que afetasse a moralidade pública, as ações que pudessem afetar a honra e a dignidade das famílias e as manifestações que contrariassem a moral e os bons costumes, sobretudo em relação às contravenções penais.¹⁴¹

Se esses comportamentos são concebidos como contrários aos bons costumes da sociedade, logicamente, serão tratados pela sociedade como inadequados aos seus justos anseios, afastando-se a possibilidade de incidência do Princípio da Adequação Social.

Razoável seria, então, que o legislador, a quem o princípio também se endereça, aferisse regularmente, e com constância, a tolerância social das condutas abordadas, ante a possibilidade de que venham a tornar-se aceitas, verificando-se,

¹⁴¹ Cf. DELEGACIA DE COSTUMES. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2018. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Delegacia_de_costumes>. Acesso em: 28 out. 2018.

assim, sempre, a oportunidade de criá-las, mantê-las em lei, alterá-las ou revogá-las, conforme sua adequação ou não adequação social (inadequação ou indiferença social).

Ainda assim, na hipótese deste subcapítulo, resta constatada a inaceitação da sociedade dos comportamentos referentes ao “jogo do bicho”, motivo pelo qual não merecem a aplicação do Princípio da Adequação Social a desconsiderá-los como infrações penais.

13.3 APLICAÇÃO OU NÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL AO “CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL”¹⁴²

Quanto a este caso, está-se, em verdade, diante de várias hipóteses distintas, cada qual com suas próprias peculiaridades, mas que se referem, igualmente, ao crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do CP, *ipsis verbis*:

Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.¹⁴³

Desse modo, cada uma dessas conjecturas será analisada especificamente doravante, sendo discriminadas em tópicos diferentes conforme sejam as condutas de natureza costumeira ou não, nessa ordem, e agregadas neles pelo critério do sujeito ativo da conduta (também denominado como “agente”) de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso — qual seja, o maior penal,¹⁴⁴ o menor penal¹⁴⁵ e o vulnerável etário,¹⁴⁶ nessa sequência —, da qual é sujeito passivo (também definido como “vítima”) o vulnerável menor de 14 (catorze) anos.

¹⁴² *Nomen iuris* impreciso, como já explicitado anteriormente, utilizado aqui apenas para fins didáticos.

¹⁴³ Cf. BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

¹⁴⁴ Entenda-se, aqui, o indivíduo que já alcançou a maioridade penal, superando a menoridade penal, *id est*, que possui 18 (dezoito) anos completos.

¹⁴⁵ Entenda-se, aqui, o indivíduo que ainda não alcançou a maioridade penal, estando sob a menoridade penal – que não se confunde com a menoridade penal relativa [circunstância atenuante de ter o agente 21 (vinte e um) anos incompletos, consoante art. 65, I, do CP, *id est*, que possui 18 (dezoito) anos incompletos.

¹⁴⁶ Entenda-se, aqui, o vulnerável menor de 14 (catorze) anos, em detrimento do vulnerável por enfermidade ou deficiência mental e do vulnerável que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência; conforme art. 217-A, § 1º, do CP.

a) relação sexual consuetudinária praticada por maior penal, por menor penal e por vulnerável etário com vulneráveis etários:

No que toca à conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menores de 14 (quatorze) anos, realizada por maior de 18 (dezoito) anos, por menor de 18 (dezoito) anos e, mesmo, por menor de 14 (quatorze) anos, no âmbito de hábitos e costumes das comunidades, geralmente de pequenos municípios de regiões do interior dos Estados e do Distrito Federal, observa-se que a aplicação do Princípio da Adequação Social não prospera.

Isso sucede, fundamentalmente, porque a conduta citada, sob as circunstâncias de regionalismo, não logra cumprir o necessário requisito de sentimento integral, ou virtualmente total, por parte da sociedade, de adequação de determinado comportamento ofensivo — incapaz de romper com o tecido e a harmonia sociais — aos seus anseios e às suas justas expectativas de convivência social.

Sabe-se que, tradicionalmente, nessas regiões em especial, ainda é comum o relacionamento amoroso, matrimonial e, conseqüentemente, sexual precoce entre indivíduos. Desse modo, dada a tradição, os usos e costumes dessas localidades, é natural e incontroverso que esses comportamentos sejam considerados adequados socialmente e aceitos pela comunidade da região.

Ocorre que a tolerância da conduta apenas por indivíduos moradores dessas cidades não corresponde à sensação geral da sociedade como um todo acerca da adequação ou não adequação (inadequação ou indiferença) do comportamento, pressuposto fundamental e indispensável para ensejar a incidência do princípio, como já abordado.

Ainda, se dessa maneira não fosse, estar-se-ia a sujeitar e condicionar o ordenamento jurídico e o Poder Judiciário às inúmeras culturas, tradições e regionalismos das comunidades existentes em um país de proporções continentais como o nosso, tendo-se que oferecer prestações jurisdicionais distintas e especiais a cada segmento social do Brasil.

Ante o exposto, constata-se que o sentimento de adequação de minoria da sociedade, cidadãos desses locais, não tem a aptidão de suscitar a aplicação do

Princípio da Adequação Social e, por conseguinte, de afastar a configuração da ação como delito ou contravenção penal.

Ademais, em relação a outros argumentos impeditivos da atuação do princípio nesses casos, ressalta-se serem os mesmos que incidem sobre as hipóteses do tópico seguinte, no qual serão mais profundamente tratados.

b) relação sexual praticada por maior penal, por menor penal e por vulnerável etário com vulneráveis etários:

No que respeita à conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menores de 14 (quatorze) anos, realizada por maior de 18 (dezoito) anos, por menor de 18 (dezoito) anos e, mesmo, por menor de 14 (quatorze) anos respectivamente, tem-se, sinteticamente, que:

I - relação sexual praticada por maior penal com vulnerável etário:

Não é capaz de exigir a aplicação do Princípio da Adequação Social.

Assim se dá, porquanto, ao se presumir a vulnerabilidade biológica, etária, *id est*, por idade, do menor de 14 (quatorze) anos e, conseqüentemente, a sua incapacidade de consentir, torna-se inválido qualquer consentimento que o vulnerável etário possa ter dado, correspondendo isso a uma louvável proteção maior outorgada pelo Estado aos indivíduos que, fisiológica e psicologicamente, ainda não têm o suficiente discernimento, a devida experiência e a necessária maturidade para adentrar à vida sexual já tão precocemente.

Nessa mesma esteira, pertinente é a Súmula nº 593, editada pelo STJ, que, inclusive, acertadamente, prioriza a proteção da dignidade sexual do vulnerável por idade em detrimento da relativização da vulnerabilidade etária com o consentimento da vítima, com sua eventual experiência sexual prévia ou com a existência de relacionamento amoroso com o agente, e demonstrando, também, a reprovabilidade e a inadequação social das quais vem acompanhada a conduta, *in verbis*:

Súmula nº 593:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual

consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.¹⁴⁷

Igualmente, o enunciado sumular rejeitou a conhecida “Exceção de Romeu e Julieta”, baseada na lei apelidada de *Romeo and Juliet law*, proveniente do Direito Estadunidense, a qual descriminaliza a conduta de ter relações sexuais quando realizadas entre sujeitos cuja diferença de idade seja inferior a cinco anos, permitindo-se, então, a prática sexual entre eles, tudo sob o argumento de que ambos estariam no mesmo momento de descoberta da sexualidade.^{148 149}

Desse modo, é incontroverso que tal conduta se mostra como inadequada pela sociedade.

II - relação sexual praticada por menor penal com vulnerável etário:

Não tem o condão de fazer incidir o Princípio da Adequação Social.

Isso porque, além de inteiramente válidos e aproveitáveis os argumentos postulados no item anterior, já que se continua a tratar de menor de 14 (quatorze) anos, tem-se a não ocorrência de crime pela incidência *in casu* da causa excludente de culpabilidade, mais especificamente da inimputabilidade pela menoridade penal.

Isso quer dizer que, pelo fato de o indivíduo que tem conjunção carnal ou que pratica outro ato libidinoso com vulnerável etário ser menor penalmente, isto é, ter 18 (dezoito) anos incompletos, não incorrerá na prática do delito de estupro de vulnerável, somente na prática de ato infracional [conduta praticada por criança ou adolescente descrita como crime ou contravenção penal, conforme art. 103 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), análogo ao crime de estupro de vulnerável, sujeitando-se, apenas, a medidas socioeducativas, previstas no art. 112 do ECA, caso seja adolescente [pessoa que possui entre 12 (doze) anos completos e 18 (dezoito) anos de idade, de acordo com

¹⁴⁷ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 593**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=593&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 28 out. 2018.

¹⁴⁸ Cf. CORRÊA, Filipe Martins. **Estupro de vulnerável bilateral, adequação social e a Romeo and Juliet Law**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em direito) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/handle/1/5072>>. Acesso em: 28 out. 2018.

¹⁴⁹ Cf. BRAYNER, Yan Rêgo. Exceção de Romeu e Julieta versus Súmula 595 do STJ. **Delegados.com.br**, 21 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.delegados.com.br/noticia/excecao-de-romeu-e-julieta-versus-sumula-595-do-stj>>. Acesso em: 28 out. 2018. O título do artigo contém o número da súmula errada. Onde se lê Súmula 595, leia-se Súmula 593.

o art. 2º do ECA], e a medidas protetivas, previstas no art. 101 do ECA, se for criança [pessoa que possui até 12 (doze) anos incompletos, consoante o mesmo art. 2º do ECA, já citado].

Já o ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável, ao contrário, não será afastado pelo princípio, haja vista que ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso, mesmo nas circunstâncias deste item, não pode ser considerado adequado por uma sociedade sadia, pelos mesmos motivos que guarnecem o item antecedente.

Com isso, não se haverá que falar na caracterização da conduta em análise como sendo delito de estupro de vulnerável, desnecessitando ela, logo, de ser reputada adequada pela sociedade para que não seja considerada crime pelo Princípio da Adequação Social; porém, será ela configurada como ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável (caso não incida sobre ela outra causa excludente de infração penal), por ser, realmente, inadequada socialmente e por não merecer, assim, o efeito do princípio.

III - relação sexual praticada por vulnerável etário com vulnerável etário:

Não é apto a acionar o Princípio da Adequação Social.

Assim sucede, uma vez que, também considerados absolutamente pertinentes e reaproveitáveis os argumentos tecidos nos itens anteriores, trata-se de hipótese singular e especial, denominada por muitos como “estupro de vulnerável bilateral”.¹⁵⁰

Simplemente, trata-se de ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável quando praticado reciprocamente por dois menores de 14 (quatorze) anos, um contra o outro, caso não incida sobre essa conduta outra causa excludente de infração penal.

Todavia, da mesma forma que as situações anteriores e pelos mesmos motivos, não é considerado adequado pela sociedade que indivíduos de tão tenra

¹⁵⁰ Cabe, aqui, nossa crítica a essa nomenclatura, com todo o devido respeito aos autores que pensam em sentido contrário. “Estupro de vulnerável bilateral” é a denominação dada à conduta realizada entre dois menores de 14 (quatorze) anos de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso e, portanto, não procede tecnicamente, já que, neste caso, trata-se, verdadeiramente, de “ato infracional bilateral análogo ao crime de estupro de vulnerável”, praticado pelos menores um contra o outro (caso não incida sobre a conduta outra causa excludente de infração penal), o qual constitui mais apropriada terminologia, exatamente porque os agentes são menores e só podem praticar, por isso mesmo, atos infracionais.

idade se prestem a assuntos que requerem maior desenvolvimento psicológico e experiência de vida, razão pela qual a conduta referida configura-se efetivamente como ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável, caso não incida sobre ela outra causa excludente de infração penal, sem que este ato infracional possa ser afastado pela eficácia do Princípio da Adequação Social.

13.4 APLICAÇÃO OU NÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL AO “CRIME DE CASA DE PROSTITUIÇÃO”¹⁵¹

Cumpre-nos, neste tópico, constatar se o Princípio da Adequação Social logra ou não incidir sobre os casos de prática do crime previsto no art. 229 do CP, *ipsis verbis*:

Casa de prostituição

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: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.¹⁵²

Desse modo, cabe-nos analisar, em última instância, se a conduta de manter estabelecimento em que ocorra exploração sexual nas circunstâncias específicas constantes do dispositivo legal constitui comportamento aceito ou não pela sociedade.

Exploração sexual não deve ser confundida com prostituição em si; esta é espécie daquela, a qual engloba outras categorias de exploração do sexo.

Exploração sexual, como gênero, diz respeito a práticas que envolvem intercurso sexual ou induzem a ele, pelas quais se obtém lucro; contempla a prostituição, a pornografia, o tráfico sexual de pessoas e o turismo sexual.

Já a prostituição trata-se de comércio de atividade sexual, *id est*, realização de sexo mediante paga.

Por seu turno, a pornografia consiste em mercado que se utiliza de imagens em fotografias ou filmagens de pessoas em situações eróticas ou até de sexo explícito.

¹⁵¹ *Nomen iuris* impreciso, como já explicitado anteriormente, utilizado aqui apenas para fins didáticos.

¹⁵² Cf. BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

Enquanto isso, o tráfico sexual de pessoas constitui rede que exporta indivíduos para outras localidades com a intenção de explorá-las sexualmente lá.

Por fim, o turismo sexual compreende a exploração sexual específica de pessoas de determinada localidade que recebe visitantes de outros locais.¹⁵³

Não há dúvida de que muitas dessas condutas realmente acontecem precisamente em estabelecimentos conhecidos por casas de prostituição e prostíbulos, os quais são mantidos para a obtenção de lucro.

Também é certo que esses locais encontram-se em expressivo número espalhados principalmente pelos grandes centros urbanos das cidades e que boa quantidade de pessoas tem conhecimento de sua existência e localização, e até mesmo a tolera ou utiliza.

No entanto, não se pode considerar como verdadeiramente adequado socialmente algo que apenas parte da sociedade aceita.

Além disso, algo que representa profunda transgressão aos valores e bons costumes de uma sociedade em geral, além, por óbvio, à dignidade sexual das pessoas exploradas, não pode ser tratado pela sociedade como adequado, nem condiz com as justas expectativas de uma comunidade hígida e sadia.

Se o contrário fosse possível, estar-se-ia diante de uma sociedade desvirtuada e com axiomas distorcidos que priorizaria a obtenção de lucro em detrimento do respeito e da dignidade dos indivíduos que sofrem a exploração sexual, o que efetivamente não pode ser, nem é.

Ademais, corroborar com essa conduta representaria se estar fomentando a própria exploração sexual, possibilitando a permanência e manutenção de locais nos quais ela ocorre.

É nesse mesmo sentido que se orienta o STJ, como se pode observar do julgado a seguir:

RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 229 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INAPLICABILIDADE. TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA.

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.

¹⁵³

Cf. CABRAL, Gabriela. **Exploração sexual**. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/sexualidade/exploracao-sexual.htm>>. Acesso em: 28 out. 2018.

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.

(REsp 1435872/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 01/07/2014)¹⁵⁴

Com efeito, a conduta de manter estabelecimento no qual ocorra exploração sexual não é considerada adequada pela sociedade para que possa, assim, merecer a aplicação do Princípio da Adequação Social.

¹⁵⁴ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.435.872/MG**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1327822&num_registro=201400373319&data=20140701&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2018.

14 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL À LUZ DOS CRITÉRIOS DE VIABILIDADE, UTILIDADE E RELEVÂNCIA

O interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mas ainda que os delitos mais funestos à sociedade sejam os mais raros. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas.¹⁵⁵

Finalmente, neste décimo quarto e último capítulo desta obra acadêmica, faz-se mister analisar o Princípio da Adequação Social sob a ótica dos critérios da viabilidade, utilidade e relevância. Critérios estes selecionados especialmente para aferir a possibilidade de realização e a aptidão à implementação, a serventia e a capacidade de servir à sociedade e, mesmo, a importância para a coletividade do Princípio da Adequação Social no ordenamento jurídico penal brasileiro.

14.1 VIABILIDADE DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

No que concerne à viabilidade do Princípio da Adequação Social, há, por bem, que se considerar os aspectos que podem obstar sua possibilidade de realização e a aptidão à implementação.

Esses aspectos compreendem os atributos dos quais se reveste o princípio, os quais passarão a ser analisados, inclusive, acompanhados da justificativa que os enseja.

- ATRIBUTOS

São eles: a excepcionalidade e a conseqüente e necessária parcimônia no uso do Princípio da Adequação Social.

a) excepcionalidade:

O aspecto da excepcionalidade diz respeito ao fato de o princípio dever ser considerado excepcional.

¹⁵⁵ Cf. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ed. LCC Publicações Eletrônicas. Disponível em: <http://www.culturabrasil.org/beccaria_delitosepenas.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

Em outras palavras, o uso do Princípio da Adequação Social às hipóteses de práticas de condutas lesivas a bem jurídico penalmente tutelado, porém adequadas socialmente, não deve ser a regra geral, mas, de fato, uma exceção a ela.

A regra geral é a de que as normas jurídicas penais incriminadoras prevejam condutas realmente inadequadas socialmente.

E as exceções a ela, aptas a ensejar a incidência do Princípio da Ação Socialmente Adequada, são as normas jurídicas penais incriminadoras que preveem condutas adequadas socialmente — seja porque ocorreu falha legislativa ou mudança de pensamento da sociedade — e as práticas específicas consideradas adequadas socialmente de condutas, porém, previstas em tipos penais — tal qual a punção de lóbulo da orelha de criança ou recém-nascido que, efetivamente, subsume-se ao tipo legal de lesão corporal de natureza leve.

Isso quer significar que o mínimo de condutas formalmente tipificadas pelo legislador ordinário infraconstitucional deve exigir a aplicação do Princípio da Adequação Social, por serem consideradas adequadas socialmente, sobretudo porque não pode haver tamanho descompasso quantitativo entre as normas jurídicas penais incriminadoras que preveem condutas realmente inadequadas socialmente, incapazes de exigir a ação do Princípio da Adequação Social (que devem existir em maioria); e as normas jurídicas penais incriminadoras que preveem condutas adequadas socialmente conjuntamente com práticas específicas consideradas adequadas socialmente de condutas, porém, previstas em tipos penais, essas capazes de exigir a aplicação do princípio (que devem ser a minoria); já que isso representaria profundo contrassenso entre os anseios sociais e a lei.

Decorrência direta também desse atributo é que o princípio só deve incidir sobre os comportamentos que se amoldem exatamente às postulações que o axioma pressupõe.

b) parcimônia no uso:

Já o atributo da parcimônia na utilização indica que o princípio deve ser invocado com prudente moderação e de modo parcimonioso.

Assim, serão inadmissíveis quaisquer abusos dele, tendo seu uso que estar sempre acompanhado de cautela, cuidado e restrições.

Isso significa que, em cada hipótese passível de receber a ação do princípio, o aplicador deverá analisar exaustivamente as circunstâncias do caso concreto e examinar todas as outras possíveis opções e possibilidades, para, somente daí, sendo inevitável a necessidade de sua utilização, acioná-lo, e, não simplesmente aplicá-lo de pronto e imediatamente, sem realizar qualquer exame preliminar e rigoroso do *casu*.

Em resumo, conforme esse aspecto, será incabível o uso desmedido e ilimitado do princípio por seus aplicadores, tendo esse uso sempre que ser pautado pela temperança e pelo equilíbrio.

- JUSTIFICATIVA

Quanto à justificativa para os atributos do Princípio da Adequação Social, tem-se dois argumentos, quais sejam: gravidade de eficácia e caráter *contra lege*.

a) gravidade de eficácia:

A natureza excepcional do princípio, bem como a conseqüente necessidade de seu parco uso são justificados pela gravidade do efeito que ele produz.

Em suma, essa justificação concerne à expressiva consequência na qual o princípio, caso seja acionado, resulta.

Tem o princípio a eficácia de não considerar, como infrações penais, condutas lesivas a bens jurídicos penais que sejam materialmente atípicas, apesar de serem formalmente típicas, subsumindo-se a um tipo penal previsto em lei.

Desse modo, a aplicação do princípio redundará, essencialmente, em afastar a caracterização de um comportamento ofensivo como delito ou contravenção penal, quando ele, normalmente, o seria, se não fosse tolerado pela sociedade.

Isto é, a aceitação de determinada conduta lesiva a objeto jurídico criminal pela sociedade tem a substancial capacidade de fazer com que esse mesmo comportamento não seja configurado como infração penal.

Com efeito, o princípio constitui-se como instrumento poderosíssimo, o qual não pode ser deixado usar-se indefinidamente e a bel prazer de seu aplicador.

b) caráter *contra lege*:

Ademais, o princípio, como exceção, e seu uso parcimonioso são também justificados pelo caráter *contra lege* que este mesmo possui.

Ao afastar a tipicidade material e, conseqüentemente, a ocorrência de infração penal de condutas lesivas a objetos jurídicos penalmente protegidos, porém consideradas adequadas pela sociedade, o princípio acaba por contrariar a vontade explícita do legislador ordinário infraconstitucional, que formalmente tipificou essa conduta em um tipo legal ou norma jurídica penal incriminadora, por meio de lei e de seu processo legislativo correspondente.

Ainda que o princípio tenha o intuito de ser observado também pelos parlamentares integrantes do Poder Legislativo, mormente no que toca à reanálise de comportamentos previamente criminalizados, mesmo que esse reexame ainda não tenha ocorrido, o princípio poderá ser utilizado pelos aplicadores e intérpretes da lei, como magistrados, delegados de polícia judiciária e representantes do Ministério Público, a quem ele também se endereça, ocasião em que seu uso, efetivamente, contrariará a pretensão original dos legisladores.

Por conseqüência, ao se contrariar essa pretensão, estar-se-á, também, a contrariar o próprio Princípio da Legalidade em si, situação assaz gravosa.

CONSIDERAÇÃO FINAL

Assim, depois de analisados e estudados os aspectos que podem obstaculizar a devida aplicação do Princípio da Adequação Social, mas que lhe são indispensáveis, cumpre-nos reputar pela integral viabilidade e possibilidade de sua implementação, todavia, somente quando apropriadamente observados e cumpridos os atributos acima expostos.

14.2 UTILIDADE DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Estando já superado o exame do critério da viabilidade, neste momento importa debruçarmo-nos sobre a análise da utilidade do Princípio da Adequação Social, isto é, de sua serventia prática às demandas da sociedade.

Sua principal utilidade, que constitui representativa contribuição para com as necessidades sociais, e que, por si só, é capaz de justificar a imprescindibilidade do

princípio, consiste no seu efeito de reduzir a criminalização e, conseqüentemente, os índices de criminalidade e de encarceramento.

Por ter a consequência de desconsiderar como infração penal condutas efetivamente lesivas a bens jurídicos penalmente tutelados, porém, consideradas adequadas socialmente, o Princípio da Adequação Social redundará em minorar a quantidade de crimes e contravenções penais envolvendo questões que desnecessitam da atenção do Poder Público, por serem aceitas as respectivas condutas pela sociedade em geral.

Isso representa uma política criminal satisfatória e considerável que, por decorrência da implementação mais presente do princípio, diminui o volume expressivo de prisões e condenações por causas mínimas e a conseqüente saturação vertiginosa dos presídios e agências penitenciárias do País, alguns de seus mais notórios e discutidos problemas atualmente.

CONSIDERAÇÃO FINAL

Perante o que se analisou, é imperativo reconhecer que o Princípio da Adequação Social é, inegavelmente, dotado de elevada utilidade para a sociedade brasileira, sobretudo, por mitigar a criminalização e o encarceramento em massa, graves situações do País.

14.3 RELEVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Por fim, agora, passaremos a analisar o último aspecto relativo ao Princípio da Adequação Social, consistente na possível relevância do princípio.

Naturalmente, não se mostra razoável que o Estado exerça seu poder punitivo contra condutas que, embora sejam efetivamente lesivas a determinados bens jurídicos, não sejam consideradas pela sociedade como comportamentos não adequados (inadequados ou indiferentes) aos seus anseios e às suas justas expectativas de convivência social.

Especificamente, o legislador ordinário infraconstitucional brasileiro, certamente, não buscava proibir, nem prevenir e reprimir condutas como a perfuração do lóbulo da orelha de recém-nascido ou de criança por intermédio da

norma jurídica penal incriminadora insculpida no dispositivo legal que tipifica a lesão corporal, muito embora, ela se amolde, perfeitamente, a esse tipo penal.

O Direito como forma de ordenamento e organização da sociedade, indubitavelmente, emana da própria sociedade. Assim, suas crenças, pensamentos, idiossincrasias, paixões, quando relativos à generalidade dela, devem estar consubstanciados no Direito, e, mais especialmente, no Direito Penal.

Os parlamentares, como representantes legítimos dos interesses do povo, devem levar seus anseios aos âmbitos do processo de elaboração das leis.

O Poder Legislativo deve medir o descontentamento da população com certo comportamento ou a aceitação deste por ela, como forma de balizar seu ofício, aferindo se se deve criar, manter, alterar ou, mesmo, revogar normas.

Tudo isso com o propósito de que as leis sempre acompanhem os interesses da sociedade, permitindo aquilo que ela considera como aceitável, e impedindo aquilo que ela considera como intolerável.

Eis aí a relevância do Princípio da Adequação Social no âmbito do Poder Legislativo.

Ocorre, no entanto, que, por falha ou desatualização legislativa, ou, mesmo, pela impossibilidade patente de o Direito conseguir acompanhar sempre as mudanças na sociedade, são criminalizadas condutas consideradas adequadas pela comunidade que não deveriam sê-lo.

Como forma de corrigir essa profunda defasagem entre a norma e o pensar da população, exsurge o Princípio da Adequação Social, capaz de desconsiderar comportamentos ofensivos a objetos jurídicos penalmente protegidos como infrações penais quando sejam eles aceitos pela sociedade.

Dessarte, o princípio tem o condão de adequar o Direito às vicissitudes da realidade social, tornando-o apropriado conforme as exigências, expectativas, anseios e expressões da sociedade.

Eis aí a relevância fundamental do Princípio da Adequação Social para a sociedade.

15 CONCLUSÕES

Aqui findou minha inspiração; mas o Amor – esse que move sol e estrelas – tomava já as rédeas do meu querer, guiando-o a seu talante.¹⁵⁶

À guisa de conclusão desta presente obra acadêmica, serão expostas, a seguir, as principais considerações que foram alcançadas e coligidas no decorrer da obra.

1. O Princípio da Adequação Social, também denominado Princípio da Ação Socialmente Adequada ou, ainda, Princípio da Adequação Social da Conduta, como tratam alguns autores, exprime e preconiza, essencialmente, que condutas consideradas adequadas pela sociedade não devem ser reputadas como infrações penais pelo ordenamento jurídico.

2. A origem do Princípio da Adequação Social remonta ao ano de 1939, provavelmente na Alemanha nazista, na iminência ou no início da ocorrência da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), quando foi introduzido no Direito Penal pelo insigne jurista e doutrinador alemão Hans Welzel (1904-1977).

3. Atualmente, e mais especificamente no caso do sistema e ordenamento jurídico brasileiros, constata-se que o Princípio da Adequação Social, em entendimento majoritário dos doutrinadores e especialistas do Direito Penal, figura, prevalentemente, como uma causa ou circunstância excludente ou de exclusão do elemento da tipicidade penal, mais precisamente, da sua subclassificação denominada como tipicidade material.

4. No tocante à natureza jurídica do Princípio da Adequação Social, é possível constatar a presença de três formas pelas quais esse princípio figura dentro do ordenamento jurídico criminal brasileiro, sendo elas: (a) como causa excludente de tipicidade; (b) como princípio jurídico extralegal doutrinário, como o próprio nome sugere; e (c) como princípio geral de interpretação.

¹⁵⁶ Cf. ALIGHIERI, Dante. **A divina comédia**: paraíso: canto XXXIII. São Paulo: Nova Cultural, 2002. p. 428.

5. São princípios constitucionais, legais e doutrinários relacionados com o Princípio da Adequação Social os seguintes: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da legalidade, princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, princípio da razoabilidade, princípio da intervenção mínima do estado, da subsidiariedade ou da *ultima ratio*, princípio da lesividade ou da ofensividade, princípio da fragmentariedade, princípio da insignificância, princípio da irrelevância penal do fato e princípio da oportunidade.

6. São institutos penais correlatos ao Princípio da Adequação Social os seguintes: os crimes famélicos, as contravenções penais, as infrações penais de menor potencial ofensivo, a infração bagatelar própria ou bagatela própria e a infração bagatelar imprópria ou bagatela imprópria.

7. Os critérios de aplicação do Princípio da Adequação Social, empregados pelos sujeitos usuários e aplicadores desse princípio no processo legislativo, na fase pré-processual e na fase processual são: seu pressuposto fundamental, adequação social vs. indiferença social e critério de pena cominada.

8. Também se relacionam com o Princípio da Adequação Social outras disciplinas jurídicas que não o Direito Penal propriamente dito, tais como o Direito Tributário, o Direito Autoral, o Direito Administrativo e o Direito Penal Militar.

9. Tanto na jurisprudência pátria, como na alienígena, existem decisões que entendem pela aplicabilidade e também pela inaplicabilidade do Princípio da Adequação Social, conforme o caso específico.

10. O Princípio da Adequação Social também está presente na doutrina e na legislação estrangeiras.

11. Entre as críticas que o Princípio da Adequação Social sofre, pode-se citar a questão da relatividade desse princípio e a possibilidade de submissão do Direito Penal à noção da sociedade da adequação ou não adequação (inadequação ou indiferença) de certo comportamento ofensivo a objeto jurídico penalmente protegido.

12. Já entre as controvérsias suscitadas pelo Princípio da Adequação Social, pode-se mencionar a aplicação ou não desse princípio ao “crime de violação de direito autoral”, à “contravenção penal do jogo do bicho”, ao “crime de estupro de vulnerável” e ao “crime de casa de prostituição”.¹⁵⁷

13. O Princípio da Adequação Social é viável, útil e relevante para a sociedade.

Por fim, depois de tudo, resta-nos, apenas, perceber que a verdadeira virtude do Princípio da Adequação Social, que é, certamente, o maior mérito de todos, consiste em trazer o Direito para mais próximo da sociedade, a quem aquele inexoravelmente pertence, não sem, por isso mesmo, incuti-lo de maior justiça e equidade.

¹⁵⁷ *Nomen iuris* imprecisos, como já explicitado anteriormente, utilizados aqui apenas para fins didáticos.

REFERÊNCIAS

ADECUACIÓN SOCIAL. In: Enciclopedia Jurídica Online: la Web de referencia sobre Derecho Español. Biblioteca Virtual Legal. 2015. Disponível em: <<https://espana.leyderecho.org/adecuacion-social/>>. Acesso em: 28 out. 2018.

ADEQUAÇÃO. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2018. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/adequacao/>>. Acesso em: 28 out. 2018.

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2010.

ALIGHIERI, Dante. **A divina comédia**. Disponível em: <<https://www.pensador.com/frase/ODgxNw/>>. Acesso em: 28 out. 2018.

ALIGHIERI, Dante. **A divina comédia**: paraíso: canto XXXIII. São Paulo: Nova Cultural, 2002.

ARGENTINA. Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal. **Causa nº 14.235** (“MIARA, Samuel y otros s/ recurso de casación”). Disponível em: <www.mpf.gob.ar/wp-content/uploads/2016/03/62-20141028-Sala-IV-Miara-ABO-I.pdf>. Acesso em: 28 out. 2018.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ed. LCC Publicações Eletrônicas. Disponível em: <http://www.culturabrasil.org/beccaria_delitosepenas.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

BÍBLIA. **Novo Testamento**: Versão Católica. Lc. 16:10. Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/vc/lc/16>>. Acesso em: 28 out. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, v. 1, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, v. 1, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. **Lei de introdução do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp nº 329.716/PR**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1242607&num_registro=201301384316&data=20130625&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp nº 1.508.423/MG**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1436468&num_registro=201500070635&data=20150917&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 45.153/SC**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=734134&num_registro=200501030918&data=20071126&formato=PDF>. Acesso em: 28 out 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.193.196/MG**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1181913&num_registro=201000840495&data=20121204&formato=PDF>. Acesso em: 28 out 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.435.872/MG**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1327822&num_registro=201400373319&data=20140701&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.480.881/PI**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1435047&num_registro=201402075380&data=20150910&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC nº 15.093/SP**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=607725&num_registro=200301774675&data=20060612&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC nº 60.611/DF**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1441966&num_registro=201501413233&data=20151005&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC nº 70.141/RJ**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1565329&num_registro=201601103545&data=20170216&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 502**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=502&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 593**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=593&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 83.087/RJ**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=79243>>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 98.898/SP**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=98898&classe=HC>>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 104.467/RS**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=620230>>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 120.994/SP**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=5883080>>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRAYNER, Yan Rêgo. Exceção de Romeu e Julieta versus Súmula 595 do STJ. **Delegados.com.br**, 21 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.delegados.com.br/noticia/excecao-de-romeu-e-julieta-versus-sumula-595-do-stj>>. Acesso em: 28 out. 2018.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Furto famélico: estado de necessidade ou inexigibilidade de conduta diversa supralegal? In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 6, 31/08/2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5439>. Acesso em: 28 out. 2018.

CABRAL, Gabriela. **Exploração sexual.** Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/sexualidade/exploracao-sexual.htm>>. Acesso em: 28 out. 2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Princípio da insignificância no direito penal brasileiro.** São Paulo: Dizer Direito, 2014.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal:** parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

CORRÊA, Filipe Martins. **Estupro de vulnerável bilateral, adequação social e a Romeo and Juliet Law.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em direito) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/handle/1/5072>>. Acesso em: 28 out. 2018.

CORRÊA, Getúlio. **O princípio da adequação social na estrutura jurídica do crime.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1991. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106324/82187.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 28 out. 2018.

DELEGACIA DE COSTUMES. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2018. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Delegacia_de_costumes>. Acesso em: 28 out. 2018

DELGADO, Maurício. **A natureza jurídica do poder empregatício.** Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1994.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTR, 2015.

DIFERENÇA entre sequestro e cárcere privado. **Direitosbrasil**. Disponível em: <<https://direitosbrasil.com/diferenca-entre-sequestro-e-carcere-privado/>>. Acesso em: 28 out. 2018.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. **Apelação Criminal nº 0001153-47.2011.8.08.0014**. Disponível em: <<https://tjes.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/381071640/apelacao-apl-11534720118080014/inteiro-teor-381071646?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 out. 2018.

ESTEFAM, André. **Direito penal**, v. 1, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FRANCO, Alberto Silva. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**: parte geral. São Paulo: RT, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. Caso Angélica Teodoro: “roubo de um pote de manteiga” e princípio da irrelevância penal do fato. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1020, 17 abr. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8258>>. Acesso em: 28 out. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Delito de bagatela, princípio da insignificância e princípio da irrelevância penal do fato**. 18 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20041008145549539>. Acesso em: 28 out. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. Furto/roubo famélico: causa de atipicidade material ou de exclusão de ilicitude? In: CABRAL, Bruno Fontenele; CANGUSSU, Débora Dadiani Dantas. Furto famélico: natureza jurídica. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3017, 5 out. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20140>>. Acesso em: 28 out. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. Normas, Regras e Princípios: Conceitos e Distinções. **Jus Navigandi**, Teresina, Ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em:

<<http://jus.com.br/revista/texto/7527/normas-regras-e-principios>>. Acesso em: 28 out. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Direito penal**. v. 2. São Paulo: RT, 2009.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre Direito** (tradução de Ricardo Marcelo Fonseca). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos de derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1974.

HATSCHEBACH, Isabela Antonia; FEISTLER, Ricardo. A aplicação dos princípios da insignificância e da adequação social no crime de violação de direitos autorais. In: ENCONTRO CIENTÍFICO CULTURAL INTERINSTITUCIONAL, 11., 2013, Cascavel. **Anais...** Cascavel: FAG, 2013. Disponível em: <<https://www.fag.edu.br/upload/ecci/anais/559529603b577.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2018.

LEI DE TALIÃO. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2017. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_de_tali%C3%A3o>. Acesso em: 28 out. 2018.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. t. 1. Campinas: Russel, 2003.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LYRA, Roberto. **Direito penal científico: criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro, Konfino, 1977.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Apelação Criminal nº 001941/2004**. Disponível em: <<https://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4761500/apelacao-criminal-apr-19412004-ma/inteiro-teor-101762599?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 out. 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELIÁ, Manuel Cancio. **Los orígenes de la teoría de la adecuación social**. Colômbia: Universidade Externado de Colombia, 1998.

MENDES, Matheus Gomes Jacintho. **O princípio da insignificância no Direito Penal**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/57571/MATHEUS%20GOMES%20JACINTHO%20MENDES.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 28 out. 2018.

MOTA, Indaiá. Inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão de culpabilidade, In: CABRAL, Bruno Fontenele; CANGUSSU, Débora Dadiani Dantas. Furto famélico: natureza jurídica. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3017, 5 out. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20140>>. Acesso em: 28 out. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**. v. 1, parte geral. São Paulo: Forense, 2016.

NUNES, Inês Isabel Lopes. **O novo regime punitivo da corrupção**. Tese (Mestrado Forense) - Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, março 2012. Disponível em: <<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/8945/1/Tese%20de%20Mestrado%20-%20Novo%20regime%20punitivo%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2018.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Barueri: Manole, 2015.

PORTUGAL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=109&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>. Acesso em: 28 out. 2018.

PORTUGAL. **Lei nº 34/87, de 16 de Julho**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=281&tabela=leis>. Acesso em: 28 out. 2018.

PORTUGAL. **Lei nº 50/2007, de 31 de Agosto**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1085&tabela=leis>. Acesso em: 28 out. 2018.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIBEIRO, Karla Daniele Moraes. Aplicação do princípio da irrelevância penal do fato. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10824>. Acesso em: 28 out. 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Criminal nº 0112248-18-2011.8.19.0001**. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004BE6EBE15E46AF87870448FC4B25CE977C50515631146&USER=>>. Acesso em: 28 out. 2018.

RIVERO, Maria del Carmen Gómez. **Derecho Penal y corrupción**: acerca de los límites de lo injusto e lo permitido. Estudios Penales e Criminológicos, vol. XXXVII, 2017. Disponível em: <www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/3928/4323>. Acesso em: 28 out. 2018.

RODRIGUES, Eliane de Andrade. **O princípio da adequação social no direito penal**. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RodriguesEA_1.pdf>. Acesso em: 28 out. 2018.

ROMANO, Rogério Tadeu. Anotações sobre a teoria da adequação social. **Jus.com.br**, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63708/anotacoes-sobre-a-teoria-da-adequacao-social>>. Acesso em: 28 out. 2018.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

STRATENWERTH, Günther. **Derecho penal: parte general I – el hecho punible**. 4. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. 12. ed. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1987.

WELZEL, Hans. **Direito penal**. Campinas: Romana, 2003.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.