

O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

THE PRINCIPLE OF SOCIAL ADEQUACY IN BRAZILIAN CRIMINAL LAW

Jéssica Lucena

RESUMO: A presente pesquisa tem por escopo abordar a importância do princípio da adequação social frente à atual perspectiva jurídica, especialmente no âmbito penal. A ordem jurídica contemporânea, com a Constituição Federal de 1988, garantiu a interação da Ciência Jurídica com as outras ciências, conferiu uma maior força normativa aos princípios, que agora são normas gerais e diretivas das demais, e direcionou sua aplicação com os ditames da Justiça e da moral. É nesse cenário que analisamos a capacidade que tem o princípio da adequação social de tornar uma conduta atípica, quando constatada a carência material de lesão ao bem jurídico tutelado, observada à luz da teoria do crime, incidindo como uma excludente de tipicidade material. Isso decorre do enlace que existe entre o direito e a sociedade, pois aquele, como um produto do meio social, vive em constante adaptação e desenvolvimento, já que a sociedade é quem dita às diretrizes que devem seguir as normas, cabendo nesse aspecto, o estudo da teoria tridimensional do direito sobre o tema. Tomando como base fontes doutrinárias e legais, buscou-se abordar o tema de maneira clara e objetiva, de modo que seja compreensível a leitura do assunto aqui percorrido.

PALAVRAS-CHAVES: Sociedade. Teoria do crime. Excludente de tipicidade material. Teoria tridimensional do direito.

ABSTRACT: The present research aims to address the importance of the principle of social adequacy against the current legal perspective, especially in the criminal sphere. The contemporary juridical order, with the Federal Constitution of 1988, guaranteed the interaction of Juridical Science with the other sciences, conferred a greater normative force to the principles, which are now general norms and directives of the others, and directed its application with the dictates of Justice and morale. It is in this scenario that we analyze the capacity that has the principle of social adequacy to make an atypical conduct, when it is verified the material lack of injury to the protected legal good, observed in the light of the theory of the crime, focusing as an excluding one of material type. This is due to the link between law and society, since the latter, as a product of the social environment, lives in constant adaptation and development, since society is the one who dictates to the guidelines that must follow the norms. study of the three-dimensional theory of law on the subject. Based on doctrinal and legal sources, it was tried to approach the subject in a clear and objective way, so that it is comprehensible the reading of the subject here discussed.

KEYWORDS: Society. Crime theory. Excludent of typicity materiality. Three-dimensional theory of law.

1 INTRODUÇÃO

Com o objetivo de compreender a importância do princípio da adequação social na seara do direito penal, que funciona como um excludente de tipicidade

material, a pesquisa pauta-se no método de abordagem dedutivo, nos métodos de procedimento histórico e comparativo e nas técnicas de pesquisa bibliográfica, doutrinária e documental. A importância de abordar o presente tema é constatada na função que o sistema jurídico possui frente à dinamicidade de nossa sociedade. As atuais esferas sociais demandam um sistema capaz de se adequar as questões mais relevantes, que efetivamente têm o condão de atingir a ordem social, desconsiderando, contudo, as que ocupam uma posição de aceitação na sociedade, tal como estabelece o princípio da adequação social.

Analisa-se, primeiramente, o fenômeno que existe entre o direito e a adequação social, de modo a constatar a ligação que eles possuem entre si, harmonizando a convivência social e atendendo as principais demandas que a sociedade aponta. Nesse tópico, importante se fez trazer alguns momentos relevantes no desenvolvimento do direito até se chegar ao atual modelo jurídico, que lhe proporcionou um aspecto mais condizente com a realidade. Dentre eles, o pós-positivismo jurídico, o Estado Democrático de Direito e a consequente força normativa dos princípios.

Em seguida, a fim de entender a aplicação do princípio da adequação social no direito penal, discorre-se sobre a teoria do crime, dando ênfase ao conceito analítico de crime que o define como fato típico, antijurídico e culpável. Em cada um desses elementos existem os âmbitos formais e materiais que devem ser verificados simultaneamente, sob o crivo de desconsiderar uma conduta como injusto penal.

Feita essa abordagem, é dado destaque à principal função desempenhada pelo princípio da adequação social, qual seja, a exclusão da tipicidade material.

Por fim, mas não menos importante, é feita uma análise entre a teoria tridimensional do direito e o princípio da adequação social. Na seara jurídica, é de grande valia relacionar diferentes perspectivas a fim de se compreender o sistema jurídico em sua totalidade. A análise em questão permite se verificar que existe uma ligação direta entre o que estabelece a teoria tridimensional do direito e a exclusão da tipicidade material do crime, pois é baseando-se na valoração que a sociedade concede a certos casos que o Direito se vê na função de aplicar sua imperatividade.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O direito e a adequação social

O Direito, como conjunto normativo, possui um elo intrínseco com o ser/meio social. Isso se constata com o aforismo atribuído ao jurista romano Ulpiano (170 – 228 d.C.) “*Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus*”, que significa “onde está o homem, há sociedade; onde há sociedade, há direito”. Assim, como o homem é um ser naturalmente histórico e social, e o meio no qual ele está inserido acompanha suas transformações, o Direito deve adequar-se às nuances sociais, de modo que se aproxime ao máximo da realidade que o cerca, alcançando a satisfação pessoal das pessoas que lhes transmitem o poder de controle social. É certo, entretanto, que a sociedade sempre estará à frente do Direito, pois esse toma como base seus anseios para a criação das normas jurídicas.

As normas jurídicas são criações valorativas que regem as relações sociais para a manutenção da paz e da harmonia. A sociedade mostra aquilo que ela repudia ou aceita, e o Direito, com seu caráter imperativo e abstrato, positiva tal situação com normas comissivas ou omissivas. Para que o binômio direito-sociedade alcance esse objetivo é imprescindível que haja uma relação de paridade entre o dever ser e o ser, isto é, entre o normatizado e a realidade.

Importante se faz abordar como se deu o desenvolvimento do atual estágio jurídico, que passou por uma série de etapas até chegar à perspectiva contemporânea do Direito, de modo a se aceitar que essa relação de interdependência se realize. Dentre elas, o pós-positivismo jurídico e o Estado Democrático de Direito.

O pós-positivismo jurídico, com seu caráter de universalidade, aplicável a todo e qualquer ordenamento jurídico, representou um ponto intermediário entre os extremos do jusnaturalismo – Direito Natural baseado nas leis da natureza, descrevendo “aquilo que é” –, e do juspositivismo – ciência exegética que limitava o direito aquilo que era posto, prescrevendo o “deve ser”. Seus principais instituidores foram Ronald Dworkin (norte-americano) e Robert Alexy (alemão), que superaram a fase “acrítica” do positivismo de Hans Kelsen, cuja ideologia era o Direito “livre de valor”, sustentado por um método puramente prescritivo, instituindo o diálogo do direito com a moral e com a justiça, pois visava à busca da realização da justiça dentro de uma sociedade pluralista, espelho de todo o sistema normativo.

Novelino aponta os principais aspectos da abordagem pós-positivista:

A normatividade dos princípios, a centralidade da argumentação jurídica e a defesa de uma conexão necessária entre direito e moral são alguns dos aspectos centrais dessa nova concepção jusfilosófica que tem como alvo o caráter meramente descritivo da teoria jurídica, a separação entre direito e moral, bem como o conceito factual de direito, teses centrais do positivismo jurídico. (Novelino, 2016, p. 57)

O Estado Democrático de Direito, por sua vez, surgiu após os modelos de Estado liberal e social. O primeiro, considerado um Estado abstencionista, limitado apenas a assegurar a ordem e segurança públicas, sem interferir em outras questões; e o segundo, que, saindo dessa posição abstencionista, devido os anseios de maior efetividade dos direitos, passou a interferir nas relações econômicas de modo a garantir o mínimo bem-estar social. O Estado Democrático de Direito foi capaz de suprir as lacunas e as falhas dos antigos modelos existentes.

De igual modo, Novelino também enfatiza seus principais pontos:

Ao fim da Segunda Guerra Mundial, na tentativa de consolidar as conquistas e suprir as lacunas das experiências anteriores, surge um novo modelo de Estado que tem como notas distintivas a introdução de novos mecanismos de soberania popular, a garantia jurisdicional da supremacia da Constituição, a busca pela efetividade dos direitos fundamentais e ampliação do conceito de democracia. (Novelino, 2016, p. 246)

Interessante se faz destacar o ponto que fala da supremacia da Constituição, pois à luz da Constituição de 1988 o direito penal ganhou uma nova vertente, qual seja, o respeito aos princípios e garantias fundamentais. Discorre sobre o assunto Bitencourt:

Tomando como referente o sistema político instituído pela Constituição Federal de 1988, podemos afirmar, sem sombra de dúvidas, que o Direito Penal no Brasil deve ser concebido e estruturado a partir de uma concepção democrática do Estado de Direito, respeitando os princípios e garantias reconhecidos na nossa Carta Magna. Significa, em poucas palavras, submeter o exercício do *ius puniendi* ao império da lei ditada de acordo com as regras do consenso democrático, colocando o Direito Penal a serviço dos interesses da sociedade, particularmente da proteção de bens jurídicos fundamentais, para o alcance de uma justiça equitativa. (Bitencourt, 2017, p. 44)

Foi nesse âmbito que se atribuiu uma maior importância aos princípios. Eles agora são tidos como as bases de todas as outras normas. Prova disso foi o

destaque dado aos princípios fundamentais no Título I da Constituição Federal de 1988, conforme os elencou Novellino:

A Constituição de 1988 consagra, no Título I, os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, os quais estabelecem a forma, a estrutura e os fundamentos do Estado brasileiro (CF, art. 1.º), a divisão dos poderes (CF, art. 2.º), os objetivos primordiais a serem perseguidos (CF, art. 3.º) e as diretrizes a serem adotadas nas relações internacionais (CF, art. 4.º). (Novellino, 2016, p. 239)

É evidente, desse modo, a força normativa dos princípios diante da atual perspectiva de Direito. Essas abordagens são essenciais para se entender o princípio da adequação social, tema da presente pesquisa, frente a sua importância e contribuição para a Ciência Jurídica.

Tal princípio encontra aplicabilidade no Direito Penal, que, segundo Guilherme Nucci (2015, p. 3), “é o conjunto de normas jurídicas voltadas à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação”. Ou seja, o Direito Penal ocupa uma posição subsidiária no ordenamento jurídico brasileiro, já que sua tutela só será aplicada aos bens jurídicos mais importantes, mostrando-se, assim, a *ultima ratio* do legislador. Como bem pontuou Bitencourt:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima 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. (Bitencourt, 2017, p. 56)

Diante da sua função, percebe-se que o princípio da adequação social é de grande valia para realizar o fim principal do direito penal.

2.2 Teoria do crime

Após discorrer sobre o direito e a sociedade, percebemos que eles se interligam bastante, de modo que é baseando-se nos bens que a sociedade considera mais importantes que o Direito cria as normas incriminadoras. Aduz Michel Foucault (2002, p. 87), “é verdade que é a sociedade que define, em função de seus

interesses próprios, o que deve ser considerado como crime: este, portanto, não é natural”. Esta afirmação tem muita pertinência com o conceito de crime, ao qual analisaremos a seguir.

O Código Penal de 1940 não definiu o conceito de crime. Temos, somente, a Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei nº 3.914/41) que, no art.1º, estabeleceu como critério diferenciador entre crime e contravenção penal apenas a natureza da pena aplicada. Aos crimes, a pena poderá ser de reclusão, detenção ou multa; e às contravenções, prisão simples ou multa, como se verifica:

Art 1º. Considera-se crime a infração penal 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.

O critério que define as condutas tidas como crimes e contravenções é o *político*, de modo que àqueles são incluídas as condutas mais graves e a essas, as consideradas de menor gravidade. Nosso Código Penal também adota o critério *bipartido* ao tratar dos termos crimes, delitos e contravenções. De um lado, temos crimes e delitos como sinônimos e, de outro, as contravenções. Eles, portanto, são espécies do gênero infração penal, que abrange as três expressões indistintamente.

Ficou a critério da doutrina – Nucci (2015), Bitencourt (2017), Greco (2014), entre outros – formular esse conceito, que o fez em três acepções: material, formal e analítica. O conceito material é definido pela sociedade ao direcionar o legislador às condutas que devem ser proibidas ou permitidas, tomando como base os bens jurídicos mais importantes. É, portanto, um conceito prévio, aberto e limitador que funciona como uma diretriz para a atividade legislativa. O formal, por sua vez, é posterior ao material, consistindo em sua formalização. É a tipificação da conduta proibida, sob a ameaça de aplicação de pena, respeitando o princípio da legalidade (CP, art. 1º) de suma importância para o Direito Penal. O conceito analítico de crime é considerado o mais completo, pois ele estabelece seus elementos constitutivos, configurando uma fragmentação do conceito formal. Crime é – de acordo com o conceito analítico – fato típico, antijurídico e culpável, como define Nucci, trazendo informações que serão mais bem abordadas a seguir:

Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu ator, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e possibilidade de agir conforme o direito. (Nucci, 2015, p. 121)

O conceito analítico é motivo de muita divergência doutrinária, como analisou Nucci (2015, p. 121). Há três teorias que buscam elencar os elementos constitutivos do crime e são mais conhecidas: bipartida, tripartida e quadripartida. A primeira (crime é fato típico e antijurídico) era a majoritária da doutrina conservadora, e tinha a culpabilidade como um pressuposto da pena. Dentre seus adeptos estavam Damásio de Jesus e Julio Fabbrini Mirabete. A segunda (crime é fato típico, antijurídico e culpável) é a majoritária, adotada atualmente no Brasil e no exterior, e tem como defensores Nucci, Bitencourt, Grego, Eugenio Raúl Zaffaroni e outros. E a terceira (crime é fato típico, antijurídico, culpável e punível) sempre teve poucos adeptos por exigir a punibilidade do agente como elemento para constituir o crime. Dentre esses poucos se encontram Basileu Garcia e Muñoz Conde.

Há, ainda, em que se adentrar na posição tripartida. Nela encontram-se os seguidores das teorias causalista, finalista e social da ação, que fazem referência à ação no fato típico. A teoria causalista, elaborada por Von Liszt e Beling, define a conduta como uma simples exteriorização corpórea, sem levar em consideração sua finalidade, ou seja, se o agente agiu com intenção de produzir o resultado (dolo) ou se o produziu por imprudência, negligência ou imperícia (culpa). Para esta teoria o dolo e a culpa são parte da culpabilidade. A teoria finalista, de Hans Welzel, valorou a conduta transferindo o dolo e a culpa (elementos subjetivos) da culpabilidade para a tipicidade. Por fim, a teoria social da ação, cujos principais representantes foram Eb. Schmidt, Maurach, Jescheck e Welssels, que consistiu na tentativa de harmonizar os principais aspectos das duas teorias já citadas, levando em conta o valor social da ação, objetivamente, e não a intenção subjetiva que tinha o agente ao praticá-la. Como esclarece Bitencourt:

Com efeito, a *teoria social da ação* surgiu como uma via intermediária, por considerar que a direção da ação não se esgota na causalidade e na determinação individual, devendo ser questionada a direção da ação de forma objetivamente genérica. Esta teoria tem a pretensão de apresentar uma solução conciliadora entre a pura consideração ontológica e a normativa, sem excluir os conceitos causal e final de ação. (Bitencourt, 2015, p. 292)

Ratificando, adotamos o conceito tripartido de crime e a teoria finalista da ação. Iremos, agora, abordar cada um dos elementos do crime, separadamente: tipicidade, ilicitude (antijuridicidade) e culpabilidade.

A tipicidade, primeiro elemento que identificamos na estruturação do crime e que possui uma especial relevância para esta pesquisa, se trata da adequação de um fato da vida real ao tipo em abstrato previsto no Código Penal. Ela é, portanto, um fruto do fato típico, que é composto por três elementos: conduta, nexa causal e resultado. Bitencourt esclarece o que seria o tipo:

Tipicidade é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal. O tipo exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes. É uma construção que surge da imaginação do legislador, que descreve legalmente as ações que considera, em tese, delitivas. Tipo é um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido. (Bitencourt, 2017, p. 354)

A conduta, para poder ser considerada como tal, deve ser penalmente relevante e é definida sob a ótica finalista. Nas palavras de Nucci (2015, p. 151), “é a ação ou omissão, voluntária e consciente, implicando um comando de movimentação ou inércia do corpo humano, voltado a uma finalidade”. Assim, a conduta é o gênero do qual são espécies a ação e a omissão. É imprescindível constatar a presença da voluntariedade e da consciência na conduta do agente, sob o crivo de não poder ser considerada para fins penais. Há ausência de voluntariedade nos movimentos obtidos por coação física irresistível ou força maior irresistível; nos movimentos reflexos; e, nos movimentos resultantes da hipnose. E, há ausência de consciência nos estados de sonambulismo e narcolepsia. Nesses casos, não pode o agente ser punido por algo que ele fez durante um estado anormal, pois sua capacidade de discernimento estava comprometida.

O resultado será tudo aquilo provocado pela conduta. Se for uma modificação perceptível pelos sentidos humanos, teremos um resultado naturalístico; se for uma consequência perceptível apenas na esfera jurídica, teremos o que se chama de resultado jurídico ou normativo. Essa divisão é importante na verificação do momento de consumação dos crimes, visto que temos os crimes materiais (que necessitam da produção do resultado naturalístico) e os formais ou de mera conduta (que se configuram com a realização do resultado jurídico). Embora haja essa

distinção de critérios, há quem prefira interligar o conceito de resultado apenas ao aspecto naturalístico, como faz Nucci (2015, p. 159) ao reservar “o termo *resultado* para configurar um evento naturalístico e não simplesmente a ofensa a uma norma abstrata. O resultado, em direito penal, realiza-se na esfera do *ser* e não do *dever ser*”.

Nexo causal é a via que liga a conduta praticada ao resultado produzido, de modo que o resultado se dá em virtude da conduta. Para saber se determinada conduta é causa de um resultado, basta analisá-la a partir de um juízo hipotético de eliminação. Se retirando a conduta, o resultado ainda se produzisse, significa dizer que não houve causalidade entre um e outro. A conduta não foi relevante o suficiente. O Código Penal adota a teoria da equivalência das condições (*Conditio sine qua non*) para estabelecer a relação de causalidade no *caput* do art. 13, assim redigido: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Essa teoria é criticada sob a alegação de que estaria fadada ao infinito (*ad infinitum*), como diz Nucci (2015, p. 159) “geradora de uma regressão ao infinito”. Contudo, essa alegação não tem uma sustentação prática, pois a conduta apenas será tida como causa sem a qual o resultado não se produziria se tiver presente os elementos subjetivos do crime (o dolo e a culpa). Como concluiu Bitencourt:

Com efeito, uma pessoa pode ter dado causa a determinado resultado, e não ser possível imputar-se-lhe a responsabilidade por esse fato, pôr não ter agido nem dolosa nem culposamente, isto é, não ter agido tipicamente; essa atividade permanece fora da esfera do Direito Penal, sendo impossível imputá-la a alguém pela falta de dolo ou culpa, a despeito da existência de uma relação causal objetiva, constituindo, por conseguinte, a primeira limitação à teoria da *conditio sine qua non*. (Bitencourt, 2017, p. 331)

Abordados os três elementos que compõem o fato típico, analisaremos a tipicidade formal e a material. A primeira corresponde à adequação do fato ao tipo legal, que como já tratamos acima, é o fato previsto em lei. Para que essa adequação seja perfeita e enseje a aplicação da norma penal, é preciso que a conduta seja revestida pela tipicidade material, que quer dizer a capacidade de lesar o bem jurídico protegido pela norma. Se a conduta, mesmo enquadrada no tipo penal, não for capaz de atingir efetivamente o bem jurídico, não há que se falar em

tipicidade, e consequentemente, em crime. A falta de tipicidade material é, assim, uma excludente de tipicidade supralegal, prevista implicitamente em lei. Tem-se o princípio da adequação social como excludente material de tipicidade, conforme abordaremos mais adiante.

A antijuridicidade (ou ilicitude), como define Nucci:

É a contrariedade de uma conduta com o direito, causando efetiva lesão a um bem jurídico protegido. Trata-se de um prisma que leva em consideração o aspecto formal da antijuridicidade (contrariedade da conduta com o Direito), bem como o seu lado material (causando lesão a um bem jurídico tutelado). (NUCCI, 2015, p. 207)

Nesse caso, também é imprescindível a presença cumulativa da antijuridicidade formal e material para sua caracterização.

Existem casos em que a lei prevê a exclusão da ilicitude, onde, novamente, a ausência de um dos elementos do conceito de crime desconfigura a aplicação da norma penal. Alguns deles estão previstos na Parte Geral do Código Penal, em seu art. 23. São eles: a) estado de necessidade; b) legítima defesa; c) estrito cumprimento de dever legal; e d) exercício regular de direito. Nesses e noutros casos que a lei prevê, uma conduta ilícita passa a ser lícita, em virtude da excludente ser uma causa de justificação da conduta típica.

O último elemento do conceito analítico de crime, a culpabilidade, é analisado quando da verificação da tipicidade e antijuridicidade. Nucci (2015, p. 255) a define como “um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo, seguindo as regras impostas pelo Direito”. Seguindo as ideias anteriores, temos a análise formal e material da culpabilidade. A primeira está descrita no conceito supracitado; a segunda; é o juízo de reprovação social realizado concretamente sobre o que foi feito e a quem fez, quando não vislumbrado a presença das causas de exclusão da culpabilidade. Sob a análise material, ela auxilia o juiz no processo de aplicação da pena, definida em abstrato no tipo penal. Diante do exposto, percebe-se que a definição da culpabilidade é feita segundo as bases da teoria normativa pura, para a qual “a conduta, sob a ótica do finalismo, é uma movimentação corpórea, voluntária e consciente, com uma finalidade. Logo, ao agir, o ser humano possui uma finalidade,

que é analisada, desde logo, sob o prisma doloso ou culposo” (Nucci, 2015, p. 256). Assim o juízo de reprovação realizar-se-á sobre a conduta praticada pelo agente e sobre o próprio agente, sendo que esta conduta vai de encontro com o direito.

Como causas de exclusão da culpabilidade, o Código Penal elenca os inimputáveis (CP, art. 26, *caput*), os menores de dezoito anos (CP, art. 27), a coação moral e a obediência hierárquica (CP, art. 22), entre outras.

2.3 O princípio da adequação social como excludente de tipicidade material

Após a análise dos aspectos formais e materiais de cada um dos elementos do conceito de crime, vimos que eles devem estar presentes cumulativamente para caracterizar o delito.

O que nos interessa nesse momento é o aspecto material do elemento tipicidade. Se uma conduta não for capaz de lesar o bem jurídico protegido pela norma, devido sua adequação social, ela será materialmente atípica, sem formação integral da tipicidade. A respeito do que chamamos de adequação social da conduta, diz Welzel:

Ações que se movem dentro do marco das ordens sociais, nunca estão compreendidas dentro dos tipos de delito, nem ainda quando pudessem ser entendidas em um tipo interpretado ao pé da letra; são as chamadas ações socialmente adequadas. Socialmente adequadas são todas as atividades que se movem dentro do marco das ordens ético-sociais da vida social, estabelecidas por intermédio da história. (WELZEL, 2003, p. 106)

Assim, a melhor maneira de se interpretar um tipo penal seria de forma sistemática (contextualizada), levando em consideração a norma como integrante de um sistema, e não a interpretando isoladamente. Devem-se adaptar os preceitos exegéticos do tipo com o ordenamento jurídico, isto é, com as próprias leis, os princípios, os costumes, as jurisprudências. Assim, sua aplicação resultaria do enlace entre o Direito positivado e o meio ao qual está inserido.

Concluiu Welzel:

Disso resulta que todos os tipos e conceitos neles empregados, como matar, lesionar, ferir e outros, não devem ser entendidos em um sentido causal-exterior. Seu conteúdo de sentido resulta muito mais de sua função na totalidade social, a cujas ordens se referem e qual lesão prevê. (Welzel, 2003, p. 109)

A esse método hermenêutico, próprio do atual modelo jurídico, se enquadra o princípio da adequação social, uma forma de excludente de tipicidade material.

Rogério Greco (2011, p. 56) sustenta que o princípio da adequação social possui dupla função. A primeira é a restrição de abrangência do tipo penal, dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade. A segunda é dirigida ao legislador em duas vertentes: ele orienta o legislador quando da seleção das condutas mais importantes, lhe servindo como norte; e, faz com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade.

Como o Direito Penal se restringe ao âmbito de proteção dos bens jurídicos mais importantes, ele só será convocado para atuar contra condutas que sejam realmente capazes de lesar esses bens. Quando da conduta não resultar relevante agressão, o Direito Penal deve abster-se e agir de modo indiferente, já que ela é considerada normal e aceita pela sociedade, como descreveu Nucci:

Parece-nos que a *adequação social* é, sem dúvida, motivo para exclusão da tipicidade, justamente porque a conduta consensualmente aceita pela sociedade não se ajusta ao modelo legal incriminador, tendo em vista que este possui, como finalidade precípua, proibir condutas que firam bens jurídicos tutelados. Ora, se determinada conduta é acolhida como socialmente adequada deixa de ser considerada lesiva a qualquer bem jurídico, tornando-se um indiferente penal. (Nucci, 2015, p. 179)

Bitencourt sustenta que os bens jurídicos protegidos pela norma possuem dois aspectos, quais sejam:

Por um lado, funciona como fio condutor para a fundamentação e limitação da criação e formulação dos tipos penais; por outro lado, auxilia na aplicação dos tipos penais descritos na Parte Especial, orientando a sua interpretação e o limite do âmbito da punibilidade. (Bitencourt, 2017, p. 45)

Entretanto, é importante frisar que o princípio da adequação social não tem o condão de revogar os tipos penais incriminadores, como bem pontuou Greco (2011, p. 56) ao dizer que mesmo que sejam constantes as práticas de algumas infrações penais, cujas condutas incriminadas a sociedade já não considera perniciosa, não cabe alegação, pelo agente infrator, de que o fato que pratica se encontra, agora,

adequado socialmente.

Tal entendimento é positivado na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (decreto-lei nº 4.657/42) que prevê, no *caput* do art. 2º: “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.

Portanto, embora costumeiras algumas práticas que, em tese, seriam crimes, pois tipificadas formalmente na lei penal, suas ocorrências não são capazes de revogar o tipo penal. Somente a lei, em sentido estrito, é criadora e revogadora dela mesma, em face do princípio da legalidade.

A título de exemplos, podemos citar algumas práticas consideradas adequadas socialmente. Colocar brincos em meninas recém-nascidas, o rito judaico da circuncisão e fazer tatuagens no corpo, que, a princípio, seriam condutas tipificadas no crime de lesão corporal (CP, art. 129, *caput*).

O âmbito de aplicação desse princípio não é estático e limitado, assim como não é a sociedade. O princípio da adequação social segue as transformações sociais e a elas se adequa. Em virtude disso, temos as práticas que não eram aceitas pela sociedade (como a capoeira, por exemplo), e as que antes eram indiferentes para o direito penal e hoje são tipificadas, como é o caso de algumas práticas cruéis com os animais.

Analogicamente, concluímos que a sociedade é como uma moldura que abarca as condutas socialmente adequadas, tornando-as atípicas e retirando-as do alcance da esfera penal.

2.4 Relação entre a teoria tridimensional do direito e o princípio da adequação social

Após entender a parte teórica da teoria do crime, com seus elementos e peculiaridades, podemos fazer uma inter-relação entre a Teoria Tridimensional do Direito e o princípio da adequação social, a fim de entender como a adequação do tipo se liga estritamente com um dos fatores fundamentais da tridimensionalidade do direito: o valor.

A teoria da adequação social surgiu como resposta à teoria puramente causal da ação, para dar lugar à teoria final da ação, como forma de recusa à ausência de sentido do tipo (Rodrigues, 2011, p. 55). A teoria finalista da ação é a adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, que integrou ao tipo a finalidade da conduta. A esse

respeito, escreveu Greco:

O homem, quando atua, seja fazendo ou deixando de fazer alguma coisa a que estava obrigado, dirige a sua conduta sempre à determinada finalidade, que pode ser *ilícita* (quando atua com dolo, por exemplo, querendo praticar qualquer conduta proibida pela lei penal) ou *lícita* (quando não quer cometer delito algum, mas que, por negligência, imprudência ou imperícia, causa um resultado lesivo, previsto pela lei penal). (GRECO, 2014, p. 157)

Destarte, de forma sucinta, explanaremos as diferenças entre a teoria causal e a finalista da ação. A teoria causal-naturalística da ação, já superada, desenvolvida no final do século XIX por Von Liszt, Beling e Radbruch (*sistema clássico*), buscava separar de maneira precisa os critérios objetivos dos subjetivos, para melhor fixar a diferença entre a antijuridicidade e a culpabilidade. Assim, se tinha como base a manifestação da vontade, o resultado e a relação de causalidade existente entre eles, desprezando, contudo, o conteúdo dessa vontade, pois esse era parte da culpabilidade, a qual tinha como conteúdo o dolo e a culpa. Tínhamos um injusto naturalístico, limitado a produção de um resultado material. Entretanto, essa teoria foi superada, já que não teve êxito na definição da omissão e dos crimes culposos. Conforme sustenta Bitencourt (2017, p. 299) falta na omissão “uma relação de causalidade entre a não realização de um movimento corporal e o resultado”; e, em relação aos crimes culposos, ele concluiu que “com a compreensão de que o decisivo do injusto nos crimes culposos é o *desvalor da ação*, a doutrina causal da ação fica também superada”.

Já a teoria final da ação, que teve Welzel como seu fundador, transformou o injusto naturalístico em injusto pessoal, pois passou a considerar a finalidade de se alcançar determinado fim como integrante da ação. Welzel, citado por Bitencourt, definiu ação humana:

Ação humana é exercício de atividade final. A ação é, portanto, um acontecer ‘final’ e não puramente ‘causal’. A ‘finalidade’ ou o caráter final da ação baseia-se em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta. Em razão de seu saber causal prévio pode dirigir os diferentes atos de sua atividade de tal forma que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o determine finalmente. (Welzel, 1970, p. 53 *apud* Bitencourt, 2017, p. 300)

Assim, ratificamos nosso posicionamento anterior. É preciso que haja uma interpretação do sentido dos tipos penais, pois esses só terão aplicabilidade no ramo penal quando, de fato, irem de encontro aos valores morais do meio social. Embora haja o enquadramento no tipo penal, se a conduta for comum/adequada/aceita

naquela comunidade, não será possível puni-la valendo-se apenas de uma interpretação literal, já que o tido como socialmente adequado está fora do âmbito de alcance da norma.

Feito isto, analisaremos a teoria tridimensional do direito, desenvolvida por Miguel Reale (2002). Em seus estudos acerca das acepções da palavra Direito, Reale chegou à conclusão de que existem três aspectos básicos, presentes em toda realidade do mundo jurídico. Primeiro, há a acepção normativa, que quer dizer, a Ciência Jurídica que estuda o sistema de normas ou regras jurídicas estabelecendo aos homens determinadas formas de comportamento, conferindo-lhes possibilidades de agir. Segundo a fática, que, com a contribuição da sociologia jurídica, estabelece as conclusões acerca dos comportamentos humanos para considerá-los lícitos ou ilícitos. E, por fim, temos a acepção axiológica, que diz respeito aos valores atribuídos a esses comportamentos, culminando o ideal da justiça. Essa última atribui um juízo de valor a uma determinada conduta humana que posteriormente virá a ser regulamentada.

Quando a sociedade considera um fato importante, ela manifesta um posicionamento positivo ou negativo sobre esse fato, clamando por sua proibição ou imposição, através de normas comissivas e omissivas. Como exemplo de norma comissiva, temos o dever de não atentar contra a vida alheia, cujo descumprimento, que consiste numa ação, é proibido no artigo 121, *caput*, do Código Penal; e de norma omissiva, temos o art. 135, do CP, que trata da omissão de socorro, um crime omissivo próprio.

Acontece que, por vezes, a sociedade é indiferente a uma conduta. Essa, por sua vez, passa a ser tida como “normal” naquele meio social em razão das tradições históricas e culturais e do desenvolvimento social, afastando a concepção axiológica da tridimensionalidade. Sem uma das concepções não há preenchimento para a aplicação da norma, visto que os três elementos da teoria devem estar presentes, simultaneamente, para a aplicação do Direito. Nos dizeres de Miguel Reale:

Esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da integração dinâmica e dialética dos três elementos que a integram. (Reale, 2002, p. 65)

Desse modo, constatamos a forte ligação que existe entre o princípio da

adequação social e a teoria tridimensional do direito, pois quando se aplica tal princípio afasta-se a possibilidade de incidência da norma jurídica sobre um caso que, em regra, deveria estar sob a égide do Direito.

Ressalta-se, ainda, que fatos, valores e normas, além de se exigirem reciprocamente, influenciam desde a origem das normas ou regras jurídicas até a aplicação das mesmas, pois os fatos e valores se dialogam dando origem à estrutura normativa, chamada de “dialética de complementaridade” (Reale, 2002, p. 67).

É de suma importância que haja uma análise contextualizada da realidade social para, a partir dela, avocar o Direito para cumprir sua função primordial, que consiste em garantir o convívio harmônico das pessoas criando as regras de conduta. Para tal, é preciso que se vislumbre até que ponto deve ir essa normatização, de modo que não se alcance as esferas onde o adequado e o aceito já fixaram suas bases. Onde há desenvolvimento, há mutações, há transformações, e o Direito, como o sistema que rege o todo, deve ater-se ao progresso da sociedade. Feita essa constatação, percebe-se a pertinência da análise do tema à luz da tridimensionalidade do direito.

3 CONCLUSÃO

Diante do abordado, constatamos a importância que desempenha o princípio da adequação social no âmbito do direito penal. Estudando melhor o desenvolvimento histórico do direito, as peculiaridades da teoria do crime, com seus elementos e causas de justificação, e fazendo um nexos direto com a teoria tridimensional do direito, torna-se mais prática e didática a compreensão do tema.

Sua importância se dá em várias perspectivas. Desde a seleção dos bens jurídicos, passando pela aplicação da norma até a criação ou retirada de tipos penais do ordenamento, o princípio funciona como uma fonte norteadora e hermenêutica tanto para o legislador quanto para o aplicador do direito.

É certo que se exige do Direito a conformidade com os demais ramos sociais que existem hoje. A sociedade atual necessita dessa nova visão, pois vem se desenvolvendo rapidamente em um curto espaço de tempo, aumentando sua dinamicidade. Por assim ser, o sistema deve ser capaz de acompanhar as transformações de modo que se alcance a aprovação dos que estão sob sua órbita.

Isso se concretiza valendo-se dos meios e instrumentos que o próprio ordenamento possui. Um deles é o princípio da adequação social, que já vem mostrando sua relevância para a sociedade, precisando, por isso, de uma melhor abordagem e atenção para que sua aplicação se torne cada vez mais salutar, como se fez na presente pesquisa.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1 – 23 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. Decreto-lei nº 3.914, de 09 de dezembro de 1941. **Lei de Introdução ao Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de introdução às normas do Direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**: tradução de Raquel Ramallete. 26 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. ajustada ao novo código civil. – São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Eliane de Andrade. **O princípio da adequação social no direito penal**. 2011. 182f. Dissertação (Pós-graduação em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte.

WELZEL, Hans. **Direito Penal**; tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas:



Ronana, 2003.