

**VII ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO III**

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

DANI RUDNICKI

LUCIANO FILIZOLA DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Dani Rudnicki; Luciano Filizola da Silva; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-995-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

Apresentação

TRABALHOS APRESENTADOS NO GT 55 DO VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI - DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

APRESENTAÇÃO

Com muita alegria, realizamos mais uma edição do Encontro Virtual do CONPEDI, com o Grupo de Trabalho sobre DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO. Estando em sua sétima edição, o evento virtual, assim como os congressos presenciais do CONPEDI se consolidam como o mais importante espaço de encontro dos pesquisadores da área do Direito. Achemos salutar a continuidade dos encontros virtuais, à par com eventos presenciais. Além de promover uma oportunidade de interação com estudiosos do direito penal e processual penal, o encontro virtual facilita a participação de professores, pesquisadores e profissionais do Direito. A qualidade CONPEDI continua no seu mesmo grau de exigência para os dois formatos, tanto em relação aos painéis como em relação aos trabalhos apresentados, conforme se pode ver nos artigos apresentados, a seguir.

Daniel Nascimento Duarte, em seu trabalho intitulado “O INSTITUTO DA IMPRONÚNCIA NO CONTEXTO AFIRMATIVO DA PLENITUDE DE DEFESA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: PARA ALÉM DE UM CONHECIDO” DIAGNÓSTICO, analisa a decisão de impronúncia durante os processos de crimes dolosos contra a vida e sua compatibilidade com o texto constitucional, tendo em vista a ampla defesa e as liberdades individuais, no entanto propondo não sua exclusão, mas mecanismos que a viabilizem de forma harmônica com um processo penal garantista, posto que no atual cenário a impronúncia apenas auxilia para um estado de insegurança ao estabelecer que diante de dúvida o magistrado poderá dar fim ao processo, mas sem absolver o acusado, uma vez que o mesmo poderá ser novamente denunciado pelo mesmo fato caso surjam novas evidências, sacrificando o princípio da presunção de inocência e gerando um “estado de pendência” que irá perdurar enquanto não ocorrer a prescrição do suposto ilícito, razão pela qual o autor propõe um prazo menor que o prescricional para que a acusação traga novos elementos probatórios, sob pena de extinção de punibilidade do acusado.

Ronaldo José Dos Santos , Alexander Rodrigues de Castro e Letícia Carla Baptista Rosa Jordão, na pesquisa “A CONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DAS

ENTORPECENTES PARA CONSUMO PESSOAL: UMA ANÁLISE DA OBJETIVIDADE JURÍDICA DA LEI DE DROGAS EM RELAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE DO USUÁRIO”, diante do atual debate sobre a constitucionalidade do porte de droga para consumo pessoal previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, procuram defender que embora haja a necessidade de se resguardar os direitos à intimidade e privacidade, bem como a própria autonomia do indivíduo, tendo em vista a nocividade social inerente às drogas ilícitas, a criminalização de seu porte para uso se justifica conforme uma política de prevenção.

Gustavo Mamede Sant'anna Xará , Hellen Borges Silva e Maria Clara Neves Soriano, no trabalho “AÇÕES NEUTRAS QUANTO POSSIBILIDADE OU FAVORECIMENTO DE REALIZAÇÕES DE FATOS ILÍCITOS: TEORIA DOS PAPÉIS E DA PROIBIÇÃO DO REGRESSO DE GÜNTHER JAKOBS”, dissertam de forma bastante esclarecedora sobre institutos relacionados aos critérios de imputação objetiva desenvolvidos pela doutrina alemã quanto à não imputação do resultado ao agente nos casos de ações socialmente neutras e proibições de regresso quando o risco gerado não é juridicamente proibido, solucionando certos casos concretos que pela doutrina tradicional finalista (incluindo a que vem sendo adotada no Brasil) não se resolveriam. Os autores se referem à hipóteses em que o agente acaba contribuindo com determinado crime de maneira consciente, mas sem extrapolar o que se define como normal em sua atividade de rotina, afastando assim uma responsabilização criminal pelo concurso de agentes.

Jonathas Pereira dos Santos e Bartira Macedo Miranda apresentam uma pesquisa intitulada “A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO: O QUE SE ENTENDE POR FUNDADAS RAZÕES PARA A BUSCA DOMICILIAR? DISSENSÕES ENTRE STJ E STF”. Aqui os autores trazem um pertinente estudo sobre a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio e os limites necessários para as suas exceções, notadamente quanto às investidas policiais quando, diante de fundadas razões da ocorrência de um flagrante delito no interior da residência, é autorizada sua entrada forçada, embora a lei não defina o que seriam essas fundadas razões, gerando uma grande divergência na jurisprudência dos Tribunais Superiores, se haveria necessidade de conhecimento prévio sobre o delito praticado na residência ou se basta o fato criminoso em si, o qual só vem a ser conhecido após a entrada ilícita no domicílio.

O artigo “PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E SUA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL PENAL”, da autoria de Raphael Quagliato Bellinati , Franciele Lippel Laubenstein e Carlos Antônio Sari Júnior, aborda a importante temática pertinente a principiologia. Trata-se de abordagem dogmática que busca identificar sua alocação dentro

do direito penal e constitucional, revelando princípio de interpretação de condutas e garantias do sistema.

O trabalho de Bráulio da Silva Fernandes e Nicole Emanuelle Carvalho Martins, “ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO BEM JURÍDICO PATRIMÔNIO E SUA FORÇA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO”, revela como o princípio da insignificância se relaciona com a legislação criminal brasileira. Considerando nosso DP patrimonialista e a desigualdade perante o sistema capitalista no caso concreto, pensa sobre a possibilidade de, partir da lei 13.964/2019, ser aplicado por analogia.

Nena Mendes Castro Buceles e Isa Debora Pinto Lopes apresentaram o artigo “RESPONSABILIDADE PENAL DAS EMPRESAS E DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO EM CASOS DE ACIDENTE DE TRABALHO” segundo uma perspectiva dos crimes culposos e omissivos quanto à responsabilidade criminal dos técnicos de segurança do trabalho e dos membros da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes e Assédio (CIPA).

O artigo “CRIME DE INFANTICÍDIO: ANÁLISE HISTÓRICA, IMPORTÂNCIA NO DIREITO E NARRATIVA NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI” de Cibele Faustino de Sousa e Cristiane Eusébio Barreira apresenta análise das decisões dos Tribunais do Júri no Ceará., bem como reportagens publicadas em jornais do Ceará.

“O SISTEMA ACUSATÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E SUA (IN) COMPATIBILIDADE COM O ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL”, apresentado por Willibald Quintanilha Bibas Netto, Murilo Darwich Castro de Souza e Giovanna Gabrielly Gomes Pinheiro, discute o do artigo 3-A do Código de Processo Penal Brasileiro, instituído pela Lei nº 13.964/19, e conclui pela necessidade de manifestação pelo Supremo Tribunal Federal.

Na sequência das apresentações, Daniel Vitor Silva Queiroz e Dierick Bernini Marques Costa expuseram o trabalho intitulado “SONEGAÇÃO FISCAL E LAVAGEM DE DINHEIRO: ANÁLISE DA SÚMULA VINCULANTE N.º 24” abordando questões conceituais e tecendo análises a partir de casos concretos e da construção do entendimento sumulado pelo STF.

No contexto da necessária afirmação do devido processo legal, Ezequiel de Sousa Sanches Oliveira apresentou o artigo “ENSAÍSTICA SOBRE AS NULIDADES NO PROCESSO PENAL” situando o debate entre o apego às formas e a instrumentalização do processo penal constitucional.

Por fim, Bruno Leonardo Valverde da Silva Pinto expôs o artigo intitulado “UMA ANÁLISE DA VALORAÇÃO PROBATÓRIA DA PALAVRA DA VÍTIMA”, trazendo em perspectiva interdisciplinar os debates da vitimologia, a necessária cultura de direitos e a preservação da pessoa.

Como coordenadores, honra-nos reunir essa variedade de textos e colaborar na condução de um evento marcado pelo proveitoso diálogo acadêmico e multiplicidade de visões. Espera-se que a presente publicação possa contribuir para o aprofundamento das temáticas abordadas e seus valores agregados, bem como para o engajamento junto ao Direito voltado a pensar problemas e a propor soluções. Estamos satisfeitos com a qualidade das exposições!

Nossos cumprimentos ao CONPEDI pela organização do evento e pela publicação desta obra coletiva. Boa leitura!

Prof. Dr. Dani Rudnicki (Universidade La Salle)

Prof. Dr. Luciano Filizola da Silva (UNIGRANRIO e UCB)

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus (Uema, Ceuma e Universidade de Salamanca)

PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E SUA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL PENAL

PRINCIPLE OF SOCIAL ADEQUACY AND ITS CRIMINAL CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

Raphael Quagliato Bellinati ¹
Franciele Lippel Laubenstein ²
Carlos Antônio Sari Júnior ³

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo realizar uma abordagem dogmática, portanto técnica, do princípio penal da adequação social. Apresentada a problemática que fundamenta sua exploração, tem-se sua tentativa de conceituação diante da evolução metodológica do direito penal. Conceituar um princípio é tarefa delicada do estudioso, para o que se impõe de sua contextualização histórica, apresentando o momento e fases de seu desenvolvimento teórico, mormente tangenciando sua função de aplicação prática, culminando com sua função no direito penal. Posteriormente, a confrontar com outros institutos de direito penal, destacando pontos de semelhança e distinção. Após, porém não menos importante, busca-se encontrar consenso doutrinário acerca de sua função, concluindo-se para que fins serviria sua aplicação no direito penal contemporâneo. Dando seguimento, é realizado cotejo com demais princípios constitucionais de finalidade penal, quer sejam implícitos ou explícitos, para, ao final, identificar sua alocação dentro do direito penal e constitucional, concluindo-se por um princípio penal de dignidade constitucional. Doravante então, passa-se a explorar sua perspectiva constitucional, buscando demonstrar sua função limitadora ao poder de punir estatal conclui-se por sua importância frente ao ordenamento jurídico penal pátrio.

Palavras-chave: Direito penal, Constituição, Adequação social, Princípios constitucionais, Princípios penais

Abstract/Resumen/Résumé

The present work aims to carry out a dogmatic, therefore technical, approach to the criminal principle of social adequacy. Having presented the problem that underpins its exploration, there is an attempt to conceptualize it in light of the methodological evolution of criminal law. Conceptualizing a principle is a delicate task for the scholar, which requires its historical contextualization, presenting the moment and phases of its theoretical development, especially touching on its function of practical application, culminating with its function in criminal law. Subsequently, it will be compared with other criminal law institutes,

¹ Mestrando em Direito e Desenvolvimento Sustentável (PPGD/UNIFACVEST).

² Mestranda em Direito e Desenvolvimento Sustentável (PPGD/UNIFACVEST).

³ Mestrando em Direito e Desenvolvimento Sustentável (PPGD/UNIFACVEST).

highlighting points of similarity and distinction. After, but no less important, we seek to find doctrinal consensus regarding its function, concluding what purposes its application in contemporary criminal law would serve. Following this, a comparison is made with other constitutional principles of criminal purpose, whether implicit or explicit, to, in the end, identify their allocation within criminal and constitutional law, concluding with a criminal principle of constitutional dignity. From now on, we begin to explore its constitutional perspective, seeking to demonstrate its limiting function to the state's power to punish, concluding its importance in relation to the national criminal legal system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Constitution, Social adequacy, Constitutional principles, Criminal law principles

INTRODUÇÃO

Em toda a sua história, o Direito Penal buscou fundamentações que justificassem sua intervenção na esfera de liberdade do cidadão. De forma diferente não se dá contemporaneamente. Porém, a fase atual é notadamente marcada por contradições ideológicas, face ao problema da criminalidade moderna que se contrapõe à necessidade de maior liberdade individual frente ao desenvolvimento social.

À medida que se assiste à elaboração de leis afrontosas aos direitos e garantias individuais, veem-se também construções dogmáticas que pregam um Direito Penal mínimo, menos intervencionista na esfera pessoal do indivíduo e mais garantista aos princípios fundamentais. Passa o Direito Penal, pois, por uma crise de legitimidade, que se reflete no paradoxo revelado pelo conflito entre a inflação legislativa com disposições patentemente punitivas, fundadas em preceitos de “lei e ordem”, e tendências abolicionistas.

Avulta a importância de construções metodológicas preocupadas com os direitos inerentes à pessoa humana, tão em voga e consagrados constitucionalmente. Não pode, pois, a dogmática moderna distanciar-se da realidade; ao contrário, deve desta receber inspirações para o seu aperfeiçoamento.

Neste contexto de reconstrução das bases metodológicas, destacam-se os postulados que propugnam garantir maior liberdade ao cidadão frente ao arbítrio desmedido do poder punitivo do Estado. O Direito Penal passa a se justificar, nas palavras de FERRAJOLI, como “lei do mais fraco, voltada para a tutela dos seus direitos contra a violência arbitrária do mais forte”, e segue, “enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais”.¹

Os princípios constitucionais situam os fundamentos e limitações do direito de punir do Estado e as exigências de um Direito Penal como instrumento de construção de uma sociedade menos violenta. Para tanto, a construção desta sociedade não pode de forma alguma se afastar das garantias individuais, duramente conquistadas a partir dos ideais iluministas.²

Da mesma forma, critérios dogmáticos fundamentados numa sólida doutrina filosófico-jurídica não devem ser afastados desta perspectiva. Neste aspecto se insere o que se convencionou chamar de finalismo – dogmática jurídico-penal que reestruturou toda teoria do

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 270.

² LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 13.

delito, alterando a forma de conhecimento do objeto, que passou a ser a partir de sua estrutura onticamente considerada. Esta doutrina, a partir da conceituação de ação, passando a ser reconhecida sua estrutura lógico-objetiva a finalidade, deu também uma nova interpretação ao tipo penal, que deixou de ser neutro, sendo-lhe aplicada uma notável carga axiológica.

Diante disto, o finalismo trouxe a ideia da ação socialmente adequada, ou simplesmente adequação social. Conceito à evidência trazido pela doutrina dentro da teoria jurídica do delito, hodiernamente é visto como um princípio, notadamente por autores de calibre como LUIZ REGIS PRADO, ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, CEZAR BITENCOURT, FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, ROGÉRIO GRECO etc. Surge, então, a necessidade de se saber o que é adequação social, qual sua finalidade, qual sua importância num Estado Democrático de Direito, e se encontra ou não amparo constitucional.

O presente trabalho se propõe a apresentar a relevância deste instituto, numa tentativa demonstrar sua importância como princípio norteador da ordem jurídico-constitucional e de garantia da liberdade individual frente aos arbítrios estatais. Para tanto, será formulado um conceito jurídico-penal, lastreado no finalismo, concomitante com sua contextualização histórica. Ainda, em cotejo com outros princípios de dignidade constitucional, será questionada sua função dogmática, sem olvidar de estremá-lo de outros institutos com que muitos doutrinadores ainda cometem o equívoco de confundir.

1. CONCEITO DOGMÁTICO DE ADEQUAÇÃO SOCIAL

Tema de tímida dedicação pela doutrina nacional, tendo ela se debruçado muitas vezes superficial ou até mesmo equivocadamente, o princípio da adequação social revela de suma importância ao estudo dos princípios fundamentais de Direito Penal. Ainda que reconhecida como o “principal componente normativo do sistema finalista”,³ superando, inclusive, a ideia da finalidade ontologicamente ligada à ação, infelizmente foi pouco aprofundada.

³ PRADO, Luiz Regis e CARVALHO, Érika Mendes de. Adequação social e risco permitido: aspectos conceituais e delimitativos. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 844 – fev/2006.

Devido ao seu surgimento, foi possibilitado o desenvolvimento de outros princípios penais constitucionais, ou outros critérios de interpretação dos tipos. Não obstante o desprezo da maioria da doutrina nacional, e até mesmo estrangeira, notadamente em adotar a teoria da ação socialmente adequada, segue uma tentativa de conceituação do instituto.

Ideia cuja gênese remonta aos estudos do jusfilósofo HANS WELZEL, adequação social significa que um comportamento, mesmo quando se subsuma formalmente ao tipo legal, não será crime por carecer de relevância social. Noutros termos, se aquela ação que seja a descrição típica de um delito for socialmente adequada, configurará um indiferente penal. Neste contexto, observa MUÑOZ CONDE que com a adequação social se confundem “dois planos distintos e com diversa transcendência: o social e o jurídico”.⁴

Elucida o imortal catedrático de Bonn que “na função dos tipos de apresentar uma ‘amostra’ da conduta proibida fica evidente que as formas de conduta por eles selecionadas têm, por um lado, um caráter social, ou seja, referem-se à vida social, mas, por outro lado, são inadequadas a uma vida social ordenada”.⁵ Neste ponto, exsurge a função seletiva do tipo penal, o que implica uma seleção de comportamentos negativamente valorados, aos quais o legislador atribuiu a qualidade de delito.

Não se refere, aqui, à criminalização de condutas que ofendem o padrão médio do convívio social, tampouco se quer dizer que os comportamentos socialmente adequados sejam exemplos a serem seguidos dentro do âmbito social. As condutas socialmente adequadas são apenas “actividades que se mueven dentro del marco de los órdenes ético-sociales de la vida social, estabelecidos través de la historia”,⁶ ou atividades compreendidas dentro do campo de liberdade de que cada sujeito goza dentro da sociedade – não se podendo afastar aqui da concepção beccariana.

Ao Direito Penal somente interessa tipificar condutas que tenham certa relevância social, tomado determinado contexto histórico. Neste sentido, a teoria da adequação social surge com o fundamento de estabelecer os limites de liberdade da ação pessoal que visem

⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 45.

⁵ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 58.

⁶ WELZEL, Hans. *Derecho Penal – parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 63.

determinada utilidade social, e, mesmo que atinjam determinados bens jurídicos, não se lhes é atribuída a relevância penal necessária para configuração do delito. Ou seja, comportamentos que se adequem à ordem social historicamente condicionada, ainda que ofendam de forma irrelevante determinado bem jurídico, não são penalmente tipificados.

São condutas que não se dirigem ao menoscabo de um valor tutelado, pois que existem na ação socialmente adequada e nos fins que animam o agente uma coincidência com os valores desejados pela comunidade.⁷ REALE JR pontifica que a ação é considerada “delituosa não pelo resultado materialmente causado, mas pelo sentido que a anima e pelo desvalor que aprisiona”.⁸ Exemplifica com o caso do cirurgião que faz uma incisão cirúrgica num paciente querendo curá-lo, interesse coincidente com o desejado pela generalidade social – o de que os pacientes se recuperem.⁹

Ainda que haja um desvalor do estado de coisas, a conduta socialmente adequada não será penalmente relevante.¹⁰ Mesmo que ético-moralmente condenável, este estado de coisas pode ter seu desvalor incidente sobre diferentes ramos do Direito que não o penal, pois “não é função do Direito Penal nem primária, nem secundária tutelar a virtude ou a moral”.¹¹

Como bem observa ROGÉRIO GRECO, “a adequação social, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais incriminadores”,¹² visto que uma lei somente pode ser revogada por outra, nos termos do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Adequação social, assim, é princípio pelo qual ações que agridam um bem juridicamente tutelado, hipótese em que se subsumiria ao tipo penal – tipicidade formal –, não são consideradas ilícito penal por serem aceitas dentro de um contexto historicamente determinado dentro da sociedade. Não se trata, também, de excluir o delito porque há o

⁷ Ibidem, p. 63.

⁸ REALE JR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 56.

⁹ Ibidem, p. 58.

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – parte geral*. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 144-145. O autor ressalta que, mesmo não havendo um desvalor de resultado perante o ordenamento jurídico-penal, pode haver um desvalor diante de outros ramos do Direito.

¹¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 60.

¹² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – parte geral*. 6ª edição. Niterói: Editora Impetus, 2006, p. 62.

consentimento do ofendido,¹³ e sim de ações que, a despeito de descritas como crime, não o são por não afrontarem o sentimento social de normalidade.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

Cada ciência lança mão de determinados métodos, modos de proceder, no sentido de se obter respostas às questões por ela suscitadas. Assim se dá com o Direito: “qualquer metodologia jurídica depende da concepção de Direito que lhe subjaz”,¹⁴ isto é, deve-se situar previamente qual o entendimento que se tem da ciência em questão para se estabelecer quais os métodos que nortearão seu estudo. De outra forma não se dá com o Direito Penal, ao qual é imprescindível a determinação de métodos de estudo, critérios a serem observados quando das construções jurídicas.

Entre as décadas de 1920 e 1930, surge a doutrina finalista da ação com o propósito de cumprir a tarefa não realizada pelo neokantismo de superar o positivismo. Visava também à superação do dualismo metodológico, calcado no abismo intransponível entre o *ser* e o *dever ser*. O sistema concebido por WELZEL não tratou tão-somente de conceituar ação, ainda que sobre seu conceito se edificasse toda a teoria, mas foi fundamental na construção de preceitos embasados na finalidade, trazendo intrínseca a lógica da coisa – qualquer valoração que a desrespeite será errônea. Assim, o Direito quando desvalora uma conduta não a cria.¹⁵

Com a observação percuciente de LUIZ REGIS PRADO e ÉRIKA MENDES DE CARVALHO, é a finalidade, estrutura onticamente pertencente ao ser, que determina a vinculação do sujeito ao fato, entendido este como obra de sua de sua vontade. À ação final devem-se somar valores que recaem sobre a conduta, critérios com significado social. A dimensão sensível referente a determinado comportamento, nela compreendida a esfera

¹³ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal, vol. 1*. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 355. Merecedora de nota é a observação daquele penalista ibérico, para quem a justificação da exclusão do delito pelo consentimento do ofendido seria “propriamente ‘bizantinizar’”.

¹⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3ª edição Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 04.

¹⁵ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*, p. 27 e ss.

ontológica e a valorativa, expressa-se pela adequação social, para o que não se deve afastar seus momentos objetivos e subjetivos.¹⁶

Diferentemente do que entendia ERNST BELING, o tipo não é uma categoria valorativamente neutra, tendo-se que o típico já é penalmente relevante.¹⁷

Após crítica ao dogma causal, notadamente ao que tange à absolutização do desvalor do resultado,¹⁸ HANS WELZEL introduz o conceito de adequação social para caracterização do tipo penal. CANCIO MELIÁ observa que para o citado jurista alemão, a concepção naturalista-causal partia de uma visão de realidade própria de ciências naturais, inadequada para abarcar o objeto de estudo do Direito Penal.¹⁹ Com o sempre lembrado exemplo do sobrinho que manda o tio à floresta esperando que seja atingido por um raio, traz a ideia do comportamento que se move dentro dos limites do socialmente adequado.

O conceito de adequação social surge pela primeira vez na literatura jurídico-penal em seus Estudos de Direito Penal de (*Studien zum System des Strafrecht*), em 1939, com a finalidade de excluir do âmbito dos tipos daquelas ações realizadas observado o devido cuidado.²⁰

O criminólogo ALESSANDRO BARATTA considera que o surgimento da teoria da adequação social advém da tentativa de se superar a crise do Direito, fruto da discordância entre a consciência popular e o ordenamento, como ao relativismo dos valores morais na consciência burguesa, devendo-se considerar lícita a ação objetivamente útil ao povo.²¹

Rompe-se com formalismo das estruturas abstratas para, em vista de uma justiça concreta, compreender o crime como expressão de um desvalor tipificado e sentido por uma comunidade.²²

¹⁶ PRADO, Luiz Regis e CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 51-53.

¹⁷ MUÑOZ CONDE. Op. cit., p. 45.

¹⁸ GRECO, Luís. *Imputação objetiva: uma introdução*. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. e introdução de Luís Greco. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 31-32.

¹⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel. Teoría final de la acción e imputación objetiva: consideraciones sobre la teoría de la adecuación social. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 55 – jul/ago 2005, p. 140-141.

²⁰ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora Livraria Paulista, 2002, p. 101.

²¹ BARATTA, Alessandro. *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*. Milão, 1963, p. 47. Apud: REALE JR. *Teoria do delito*, p. 55-56, nota 54.

²² REALE JR, Miguel. Op. cit., p. 56.

3. PROXIMIDADE COM OUTROS INSTITUTOS

Em ações que se adequem socialmente, não há que se falar em desvalor de resultado. O resultado de um comportamento socialmente adequado carece de tipicidade material, havendo tão-somente uma subsunção literal ao texto da lei. Como, no entanto, não causa lesão considerável ao bem juridicamente tutelado, falta-lhe o resultado típico. Assim, não se lhe atribui o desvalor de resultado.

Neste ponto, instituto que deste se aproxima é o risco permitido, idéia dorsal da moderna teoria da imputação objetiva proposta por CLAUS ROXIN. Observa LUÍS GRECO observa que a teoria da adequação social guarda bastante proximidade com o que se costuma chamar de risco permitido²³ – critério pelo qual se analisa se o autor do fato agiu de acordo com o cuidado objetivamente devido. Nota JUAREZ TAVARES que, “com o finalismo, principalmente com WELZEL, o risco permitido foi identificado com a ação socialmente adequada”.²⁴ JUAREZ CIRINO DOS SANTOS pontifica que as lesões corporais ou homicídios praticados nos limites do risco permitido em relação a determinados campos sociais não preenchem nenhum tipo por força de sua adequação social.²⁵

LUIZ REGIS PRADO adverte que adequação social e risco permitido não se confundem: “o traço comum entre ambos radica na *ausência* de um resultado penalmente típico, que, no caso da adequação social, é excluído por uma interpretação teleológico-restritiva, e, no caso do risco permitido, pelo fato de não ser possível desvalorar penalmente um resultado que não foi praticado com dolo ou culpa”.²⁶

Teoria que de certa forma guarda semelhança com a da adequação social, por sua forte influência finalista em seu posterior desenvolvimento.²⁷ a teoria social da ação com ela não se confunde. Esta fora concebida por EBERHARD SCHMIDT, encontrando em HANS-

²³ GRECO, Luís. Op. cit., p. 31. No entanto, HIRSCH faz peculiar ponderação ao observar que entre os penalistas ligados ao normativismo, em que se destaca a teoria da imputação objetiva, existe uma certa tendência em ver na adequação social um ponto de conexão com a imputação objetiva. Vide GRACIA MARTÍN, Luís. O finalismo como método sintético real-nomativo para a construção da teoria do delito. Trad. Érika Mendes de Carvalho. In: *Revista de Ciências Penais*, vol. 02 – jan/jun 2005, p. 25.

²⁴ TAVARES, Juarez. *Direito Penal da negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 352.

²⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 32.

²⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, p. 146-147.

²⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, p. 142.

HEINRICH JESCHECK e JOHANESS WESSELS²⁸ seus maiores defensores, na tentativa de conceituar ação como o comportamento, ou manifestação externa da vontade, com relevância social.²⁹ No entanto, é de se lamentar que autores³⁰ inadvertidamente equiparem ambos institutos como se não houvesse qualquer distinção entre eles.

4. FUNÇÃO DOGMÁTICA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Resta, ainda, saber qual a função da adequação social já dentro da teoria jurídica do delito; qual seu *locus* dogmático; qual o critério pelo qual resulta na não incriminação de determinadas condutas aceitas socialmente. Ainda que de uma forma ou de outra o resultado acabe sendo o não reconhecimento pelo Direito Penal da relevância daquele comportamento, deve-se ater ao debate da doutrina – nacional e alienígena.

Do escólio de ROGÉRIO GRECO, duas são as funções do princípio da adequação social. Uma primeira destina-se a restringir o campo e abrangência do tipo penal, limitando sua interpretação. A segunda, que é dirigida ao legislador, divide-se em duas vertentes: uma, com a finalidade de proteger bens considerados mais importantes; a outra, “a fazer 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”.³¹

Formulada inicialmente por WELZEL, a teoria da adequação social foi primeiramente considerada como causa de exclusão da tipicidade; depois, como justificante; posteriormente, como causa de atipicidade, posição final do autor. Conforme o douto ensinamento de CEREZO MIR, um de seus maiores discípulos, este posicionamento final é lógico, pois que entendê-lo como causa de justificação contradizia com seu conceito de tipo.³²

²⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 17.

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – parte geral*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 404-405.

³⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – parte geral*. 19ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 103-104; CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – parte geral*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 107-108.

³¹ GRECO, Rogério. Op. cit., p. 62.

³² Nota 12 à obra de WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*, p. 58. No mesmo sentido, HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho Penal. Obras completas*, tomo III. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, p. 11-12.

A maioria da doutrina, não sem razão, vislumbra na adequação social uma causa excludente da tipicidade da conduta. Na doutrina nacional, da mesma forma consideram a ação socialmente adequada como atípica, entre outros: ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, MIGUEL REALE JR, ANTONIO LUÍS CHAVES CAMARGO, GUILHERME DE SOUZA NUCCI, JULIO FABBRINI MIRABETE, LUIZ FLÁVIO GOMES, FERNANDO CAPEZ, MAURICIO ANTONIO RIBEIRO LOPES.³³ Importante advertência faz FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, para quem não se pode confundir adequação social como causa de justificação, posicionando-se juntamente com os autores citados.³⁴

Autor funcionalista-sistêmico e atualmente um dos maiores expoentes da moderna teoria da imputação objetiva, GÜNTER JAKOBS entende tratar-se de exclusão da tipicidade.³⁵ Para Bettiol, “o problema da justificação não surge, porque não surge o problema logicamente prejudicial: o da correspondência da ação ao tipo do crime”.³⁶

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, que, de forma igual, considera a adequação social como causa de atipicidade, faz um breve elenco do posicionamento doutrinário de diversos autores, onde se encontra com o mesmo entendimento CLAUS ROXIN e JOÃO MASTIERI; justificante para SCHMIDHÄUSER; e exculpante para ROEDER.³⁷ No mesmo sentido, seguindo ROXIN, FERNANDO GALVÃO.³⁸

No entender de ANÍBAL BRUNO, na ação socialmente adequada, com o que exemplifica com o caso da intervenção cirúrgica, "materialmente elimina-se o juízo de ilicitude porque se trata de um gênero de atividade considerado socialmente útil, e nessa

³³ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal – parte geral*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982, p. 306; REALE JR, Miguel. *Teoria do delito*, p. 57; CAMARGO, Antonio Luís Chaves. Op. cit., p. 102; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 208; MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 104; GOMES, Luiz Flávio. “Aborto anencefálico: exclusão da tipicidade material”. In: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060605152743473>. Acesso em 08.10.2006; CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 107-108; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Princípios penais constitucionais: o sistema das constantes constitucionais. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 779, p. 443

³⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 131-132

³⁵ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luiz Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 38.

³⁶ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal, vol 1*, p. 356.

³⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 32-33.

³⁸ GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 23.

utilidade social se baseia o Direito para autorizar e regular sua prática".³⁹ Neste sentido, GALDINO SIQUEIRA.⁴⁰

HIRSCH, seguido por forte setor doutrinário, entende tratar-se de princípio geral de interpretação.⁴¹ Neste sentido, JESCHECK/WEINGEND, MUÑOZ CONDE e CANCIO MELIÁ.⁴² No Brasil, CEZAR BITENCOURT.⁴³

Para HELENO FRAGOSO, as ações socialmente adequadas não se delineiam como causa excludente de ilicitude, mas como um "princípio regulador geral da conduta típica".⁴⁴

Posição merecedora de destaque é a de LUIZ REGIS PRADO. Na linha da doutrina dos professores de Zaragoza, GRACIA MARTÍN e sua discípula RUEDA MARTÍN,⁴⁵ identifica dois níveis na adequação social. Para o referido mestre, em um primeiro nível, analisa-se o grau de tolerabilidade da conduta, juízo feito abstratamente pelo legislador para excluir o desvalor penal do resultado. O segundo nível, este feito no caso concreto com lastro no risco permitido, resulta numa causa de justificação, caso em que, por ausência de dolo ou culpa – desvalor da ação –, não se lhe pode imputar o resultado lesivo – desvalor do resultado.⁴⁶

5. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL: UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Com a alteração do método proposto pelo finalismo, dentro da epistemologia do Direito Penal, em que ao ente são imanes certas categorias (estruturas lógico-objetivas),

³⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, tomo II*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967, p. 15.

⁴⁰ SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947, t. I, p. 381-382.

⁴¹ HIRSCH, Hans Joachim. Op. cit., p. 12.

⁴² JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho penal – parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5ª edición. Granada: Editorial Comares, S.L., 2002, p. 270; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría geral do delito*, p. 46; CANCIO MELIÁ, Manuel. Teoría final de la acción e imputación objetiva: consideraciones sobre la teoría de la adecuación social. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 143.

⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – parte geral*. 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 18.

⁴⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – parte geral*. São Paulo: Bushatsky, 1983, p. 190.

⁴⁵ GRACIA MARTÍN, Luís. Op. cit., p. 26-27. Para o referido autor, que não confunde adequação social com dever objetivo de cuidado, este começa onde aquela termina.

⁴⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – parte geral*, p. 145-147; PRADO, Luiz Regis e CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado*, p. 145-146.

aproximou o mundo ontológico do axiológico. Com o conceito de finalidade, estrutura indissociável da ação humana voluntária, resgata a ideia de ser humano ser pensante.

O homem deixa de ser um dado axiologicamente neutro e passa a valer como um fim em si mesmo. Consagra-se, assim, dignidade humana como fundamento do ordenamento jurídico.⁴⁷

Na perspectiva de uma concepção de Estado de Direito Democrático, amplamente adotada na grande maioria dos países, não se deve furtar à ideia de que a Constituição seja, mais do que uma carta política de conteúdo programático dirigida à consecução de políticas públicas, também a garantia de direitos fundamentais e da liberdade individuais. Neste aspecto, o Direito Penal radica seus fundamentos na Carta Magna, conformadora do conceito que se tem de sociedade contextualizado historicamente.

O legislador constituinte emite uma mensagem ao legislador ordinário para que não fuja às normas constitucionais, cuja dicção muitas vezes se arraiga em princípios. Da mesma forma se dá com a relação estabelecida com o Direito Penal, que tem seus princípios fundantes na Constituição.

As Constituições modernas têm tido como característica a presença de princípios do Estado Liberal (*Rechtsstaatsprinzip*), tradução do ideário iluminista.⁴⁸ Dentre estes, destacam-se os princípios da legalidade (em seus diversos corolários), proporcionalidade, intervenção mínima, culpabilidade, humanidade, exclusiva proteção de bens jurídicos etc., a maioria dos quais já se encontrava na obra do imortal BECCARIA.

De forma diversa não se dá com a adequação social, postulado de um sistema jurídico-penal garantidor do homem como centro e finalidade do ordenamento. Trata-se de princípio implicitamente contido no texto constitucional, ou na ordem social estabelecida.

Segundo o magistério de LUIZ REGIS PRADO, o princípio da adequação social se revela de caráter constitucional penal. Outra conclusão não se poderia ter, pois que, em cotejo

⁴⁷ Neste sentido, PRADO, Luiz Regis et al. *Teorias da imputação objetiva do resultado*, p. 53.

⁴⁸ Uma breve distinção entre *Rechtsstaatsprinzip* e *Sozialstaatsprinzip* reside em que os primeiros princípios advêm do Estado de Direito; e os segundos, do Estado Social. Vide PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 25-26.

com os valores constitucionalmente estabelecidos, a adequação social aparece com o sentido de impor limitações ao legislador penal e ao aplicador da norma incriminadora.

Destarte, pelo condicionamento histórico-social de valores consagrados pela Constituição, o princípio da adequação social traduz a ponderação de interesses sociais, consubstanciando o grau de tolerabilidade de uma conduta que agride um bem jurídico com respaldo no sentimento geral da sociedade. Note-se que a norma penal é carregada de carga valorativa ética. Assim, condutas que não agridam nem ofendam os valores éticos hauridos da sociedade não podem ser criminalizadas. Na lapidar síntese de MIR PUIG, “não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto”.⁴⁹

6. RELAÇÃO COM OUTROS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Pondera RUEDA MARTÍN que princípio da adequação tem como característica “a necessidade de *afetação a um bem jurídico*, no sentido de que o legislador não considera com caráter geral tipicamente relevante uma ação que pretende alcançar uma utilidade social e para a qual é absolutamente necessária a afetação a um bem jurídico, conforme ao ordenado funcionamento da vida social” (destaque nosso).⁵⁰ Admitindo a função do Direito Penal a proteção de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e ao convívio social, sem que haja bem jurídico a ser protegido não se pode falar em delito, tampouco em intervenção do Direito Penal.

Da mesma forma, em não se havendo lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico determinado, não se admite a intervenção penal. Assim, por uma questão axiológica, não se interpreta uma ação socialmente adequada como lesiva ou provocadora de um perigo para determinado bem juridicamente tutelado. Pode, como visto alhures, causar uma leve afetação no bem jurídico (exemplo da lesão provocada por uma incisão cirúrgica, que não agride de forma substancial a integridade física do paciente) com vistas a uma utilidade maior

⁴⁹ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1976, p. 154. Apud: TOLEDO, Francisco de Assis. Op. Cit., p. 132.

⁵⁰ RUEDA MARTÍN, Maria Ángeles. *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, p. 235-236. Apud: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – parte geral*, p. 145.

(convalescimento do enfermo). Em verdade, são condutas que não colocam em risco a existência do bem jurídico afetado.

Para a proteção daqueles bens jurídicos merecedores de dignidade, o Direito Penal só está legitimado a intervir quando estritamente necessário. Apenas em hipóteses de outros ramos do Direito não se darem por suficientes para a garantia protetiva daqueles bens é que está autorizado a intervir na esfera de liberdade do cidadão. Da mesma forma, somente contra aquelas formas de agressão socialmente intoleráveis pode estender suas garras, mesmo assim como *ultima ratio*.

Tendo a teoria da ação finalista transportado o dolo e a culpa para o fato típico, salta aos olhos a relevância da culpabilidade como sinônimo de responsabilidade subjetiva, critério para a imputação subjetiva. Se a conduta humana não é vazia axiologicamente, sendo a ela imanente a finalidade, o que determina a tipificação de uma ação como criminosa não é o resultado causado, e sim o desprezo a determinados valores agasalhados pela sociedade. Da mesma forma em delitos culposos, em que há lesão do dever de cuidado objetivo.⁵¹

Entendendo insuficiente a adequação social para excluir danos irrelevantes, ROXIN propõe a introdução de outro princípio geral para a determinação do injusto.⁵² Trata-se do denominado princípio da insignificância, que permite excluir da teoria dos tipos danos de pouca importância, pelo qual o Direito Penal, por seu caráter fragmentário, só vai até onde for necessário para a proteção do bem jurídico.⁵³ No entanto, como bem observa LUIZ REGIS PRADO, alguns autores equiparam o princípio da insignificância com o da adequação social – o que não se pode admitir, visto que há diferenças marcantes entre eles no que tange à finalidade dos casos englobados por seus critérios.⁵⁴

⁵¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 88-89.

⁵² ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 48 e ss.

⁵³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p. 133.

⁵⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro – parte geral*, p. 148-149.

CONCLUSÕES

O Direito é dinâmico, não podendo se estagnar no tempo. Deve, pois, acompanhar o desenvolvimento pelo qual transpassa a sociedade para que não se torne obsoleto frente às novas necessidades e paradigmas que vão surgindo com o passar dos anos. Assim, não deve a dogmática jurídica, ao imiscuir-se no âmbito penal, refugiar-se às modernas discussões. Dessa forma, o Direito Penal, que outrora se revelava de caráter nitidamente punitivo, inibitório, hoje, manifesta-se em sua forma mais garantista, protetora dos direitos e garantias do cidadão, na sua acepção mais lata.

O iminente JOSE CEREZO MIR, prefaciando obra de LUIZ REGIS PRADO,⁵⁵ aduz que há “uma relação entre Constituição e a escolha dos bens jurídicos que devem ser objeto de amparo do Direito Penal”. E continua, afirmando que em sua seleção e “nas formas de agressão diante das quais devem ser protegidos, desempenham um papel decisivo, ao lado das concepções ético-sociais e jurídicas, as orientações políticas dominantes de uma sociedade, num determinado momento histórico. Estas orientações políticas têm reflexo na Constituição, nos regimes democráticos.”

Teoria proposta pela doutrina finalista, a adequação atua como importante critério para ensejar a não criminalização daquelas condutas socialmente aceitas dentro de um contexto historicamente construído em determinada comunidade. Criada por uma dogmática jusfilosófica que deposita no homem valores antes não reconhecidos, e que eleva sua dignidade ao ápice da pirâmide dos princípios, caracterizando-o como fim em si mesmo, encontra plena consonância com os postulados iluministas. Não obstante princípio não expressamente previsto na Carta Política, não se lhe pode enjeitar o merecimento de acolhida constitucional, vez que a Constituição é a positivação dos valores e da estrutura sociais postos. Assim, não se pode punir o que é aceito pela sociedade.

Os princípios fundamentais situam o ser humano no âmago do sistema penal,⁵⁶ limitando a ingerência punitiva do Estado na esfera de liberdade do cidadão. Encontra-se,

⁵⁵ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

⁵⁶ PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 23.

pois, ao lado de outros princípios fundamentais, dos quais não se afasta, ainda que distinto, devendo com eles manter íntima relação.

A adequação social se revela importante princípio de interpretação de condutas, quer se conclua pela sua atipicidade, quer pela excludente de antijuridicidade, ou, como o faz autorizado setor doutrinário, por ambos.

Não se confunde com a teoria social de ação, que, com a finalidade de conceituar ação como o comportamento socialmente relevante, pecou por sua fluidez e volatilidade. Também não se há que confundi-la com risco permitido, apanágio das modernas teorias da imputação objetiva.

Ainda que tenha recebido diversas críticas, especialmente por sua conceituação dificultosa e insegura, o que poderia propiciar discricionariedade excessiva, a teoria da adequação social é, sem dúvida, merecedora de guarida constitucional como princípio implícito. Como princípio, não se afasta do consectário garantista patentado por um Estado Democrático de Direito.

No tocante aos aspectos controversos, não pode a doutrina desincumbir-se da tarefa de perquirir o problema sempre com dedicação pujante, realizando um estudo crítico e atualizado, no sentido de caminhar juntamente com o desenvolvimento incessante rumo a construções dogmáticas que satisfaçam as necessidades de seu tempo. O estudo sistemático não pode ser substituído por um exame tópico, casuístico, o que acarretaria a inevitável contradição e a perda da necessária segurança que o Direito deve ofertar à sociedade.

Independente do modelo manejado pela doutrina, a dogmática penal não pode perder a sua identidade como instrumento garantista dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal, vol. 1*. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – parte geral*. 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, tomo II*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora Livraria Paulista, 2002.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Teoría final de la acción e imputación objetiva: consideraciones sobre la teoría de la adecuación social. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 55 – jul/ago 2005.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – parte geral*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal – parte geral*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – parte geral*. São Paulo: Bushatsky, 1983.

GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. “Aborto anencefálico: exclusão da tipicidade material”. In: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060605152743473>. Acesso em 08.10.2006.

GRACIA MARTÍN, Luís. O finalismo como método sintético real-nomativo para a construção da teoria do delito. Trad. Érika Mendes de Carvalho. In: *Revista de Ciências Penais*, vol. 02 – jan/jun 2005.

GRECO, Luís. *Imputação objetiva: uma introdução*. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. e introdução de Luís Greco. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – parte geral*. 6ª edição. Niterói: Editora Impetus, 2006.

HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho Penal. Obras completas*, tomo III. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000.

- JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luiz Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago. 3ª edição Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Princípios penais constitucionais: o sistema das constantes constitucionais. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 779, p. 417-451.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – parte geral*. 19ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – parte geral*. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PRADO, Luiz Regis e CARVALHO, Érika Mendes de. Adequação social e risco permitido: aspectos conceituais e delimitativos. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 844 – fev/2006.
- PRADO, Luiz Regis e CARVALHO, Érika Mendes de. A imputação objetiva no Direito Penal brasileiro. In: *Revista de Ciências Penais*, vol. 03 – jul/dez 2005.
- PRADO, Luiz Regis e CARVALHO, Érika Mendes de. A metodologia onto-axiológica e o sentido social típico da conduta: crítica à doutrina positivista-normativa. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 839 – set/2005.
- PRADO, Luiz Regis e CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- REALE JR, *Teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal – parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – parte geral*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.