

Princípio da Adequação Social

Tauã Lima Verdan¹

Resumo:

Devido a uma relação de notória e necessária interdependência entre a Ciência Jurídica e a Sociedade, a fim de manter toda uma relação estruturada na constante e progressiva adaptação às novas e plurais realidades, faz-se pungente avaliar certos aspectos inerentes ao Direito. A partir dessa premissa, será estruturada toda a discussão a cerca da utilização dos Princípios – pressupostos e mandamentos -, para o melhor emprego dessa Ciência, bem como a materialização da máxima eficiência diante do caso concreto. Nesses termos, faz-se mister discorrer sobre a gama de influências decorrentes do Princípio da Adequação Social. Em face disso, avaliá-lo não como um simples elemento a ser utilizado em questões de lacunas da lei. Ao revés, como elemento basilar da interpretação das normas que integram o Ordenamento Jurídico Brasileiro e definem a postura a ser adotada tanto pelos operadores do Direito quanto pelos juízes e, por conseqüência, se adaptar aos distintos casos que a realidade apresenta, avaliando todas as características e aspectos singulares que permeiam esses fatos.

Palavras – chaves: adequação social, justiça, vingança, Direito Penal, sociedade.

Sumário: 1 – Considerações Iniciais; 2 – Breve Histórico dos Princípios: Positivismo x Pós-Positivismo; 3 – Relação entre os Princípios e o Direito Penal; 4 – Princípio da Adequação Social; 5 – Lei N°. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), a necessidade de uma Adequação; 6 – Conclusão.

¹ Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Especializando em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Gama Filho Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

1 – Considerações Iniciais.

Ao longo da história, a Ciência Jurídica, bem como as ramificações que a integram, sofreram constantes e progressivas evoluções a fim de se ajustar às necessidades que se apresentavam. Em sua gênese, o Direito possuía aspectos que o assinalavam como algo pétreo, estagnado e impermeável, tendo uma essência de vingança seja privativa ou pública, resquícios do primitivismo humano – Lei de Talião "olho por olho, dente por dente". Tal fato ocorria, uma vez que o juiz, indivíduo imbuído de poder pelo ente estatal, era apenas a representação da lei, se mantendo fixo ao que a sua redação determinava, ou seja, era apenas um mero elemento que propaga a vontade da lei. No que tange aos operadores do Direito, era vedada a utilização de meios e instrumentos que possibilitassem uma inovação no ordenamento, com a finalidade de ajustá-lo à realidade.

Todavia, nessa nova conjuntura, uma das características que mais se destaca é a mutabilidade, sendo uma resultante da relação de interdependência mantida com a sociedade. Em face disso, faz-se necessário citar o brocardo jurídico "*Ubi societas, ibi jus*", isto é, "Onde está a sociedade, está o Direito", com a finalidade de explicitar tal relação e a imperativa necessidade para a manutenção de ambos. Por este prisma a sociedade passa ser um elemento determinante da legislação, estabelecendo quais características devem estar implícitas a redação das normas, acrescentando uma valoração de sentimentos ao texto das leis.

Isso é fundamental, para que o binômio Direito-sociedade possa manter a harmonia indispensável para a paz social e, por conseguinte, tutelar bens indisponíveis de crucial importância. A partir dessa exposição é estruturado o artigo a ser apresentado, visando analisar o Direito Penal que tenha como fundamento às influências dos Princípios. Buscando conceder substancial atenção as bases de sustentação que norteiam a ramificação criminal quanto à aplicação das normas, sobretudo, às relativas ao postulado da Adequação Social, que o sustenta e o norteia na aplicação de suas normas.

2 – Breve Histórico dos Princípios: Positivismo x Pós-Positivismo.

Na esfera jurídica, a concepção dos princípios foi desenvolvida a partir de duas distintas correntes, marcadas por características singulares que

constituíam a sua essência. O Jus Positivismo, foi a primeira corrente e teve sua formação a partir da necessidade externada pela sociedade de estabelecer de forma escrita às leis que vigiam um Estado. Tal aspecto passou a atribuir ao Direito uma feição de estagnação, além disso, observava-se ainda certo repúdio ou reticência, por parte da comunidade jurídica, quanto ao emprego dos princípios.

Essa situação ocorria uma vez que os postulados configuravam como meros instrumentos paliativos empregados em circunstâncias que a legislação não contemplava determinada situação e fazia-se necessário a fim de sanar as lacunas, possuindo apenas um caráter consultivo. Entretanto, mesmo frente a este fato, utilizavam-se apenas os Princípios que estavam positivados no texto do Ordenamento Jurídico, impedindo o uso de outros ou mesmo evitando-se a aplicação de outros.

Em suma, nessa corrente houve uma valoração exacerbada das normas escritas, em detrimento dos postulados que, por vezes, tinham a sua utilização vedada, prevalecendo o formalismo. Ao passo que o Pós-Positivismo se pautou em uma oposição ao que antes vigorava, passando a privilegiar os Princípios, para tanto, garantindo substancial destaque dentro da legislação. Nessa vertente houve a adoção de uma dicotomia entre as normas, classificando-as em **regras** ou **princípios**.

As regras compreendem a legislação elaborada pelo Poder Legislativo, de forma típica, e que é imposta de modo cogente pelo Estado, bem como as que são elaboradas de forma atípica pelo Poder Executivo, exercendo a função de legislar. Já os princípios passam a ser evidenciados, tendo destaque e, por vezes, elevados a categoria de Princípios Constitucionais, isso é, passam compor a Carta Política dos Estados, a exemplo do Brasil. Tal fato ocorre em função da maleabilidade intrínseca em se adequar e adaptar as questões, devido a peculiaridade de possuir maior abrangência.

3 – Relação entre os Princípios e o Direito Penal.

Utilizando a definição proposta por Bitencourt (2000, pág. 02), "*Um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes - penas e medidas de segurança*", dessa forma conceitua-se o Direito Penal. Em consonância com os

demais ramos que formam a Ciência Jurídica, a ramificação criminal foi inserida na esfera de influências do Pós-Positivismo e passou a aplicar os Princípios como normas generalíssimas que orientam toda a legislação que o integra. Por extensão, essa visão adotada também pelo Ordenamento Jurídico Máximo de um Estado, permite a adoção da denominação de "normas das normas" que em certas ocasiões esses postulados recebem.

Não obstante, essa valorização do homem permitiu que o Direito Penal se constituísse a partir de uma base em que a valoração do indivíduo se faz pungente a fim de garantir a integridade física e mental. Para isso, foi desenvolvida uma ótica em que se privilegia a figura do ser humano em detrimento da punição estruturada no simples ato de penitenciar. Em contraponto, sanar a utilização da sanção como um simples instrumento de mortificação pela prática do crime.

Isto é, em breves considerações, a sanção não tem o mero papel de punir o indivíduo pela conduta socialmente condenável, delitos ou infrações. Ao revés, estende-se e supera essa função, buscando, em face do fato, desenvolver formas e meios para prevenir o aumento da prática e ressocializar o indivíduo. Dada essa exposição, é permitido afirmar que o Direito Penal busca adaptar-se a realidade e anseios que a sociedade exterioriza e, por conseguinte, avaliar o indivíduo como elemento que integra a sociedade, buscando sua ressocialização, para estar apto ao convívio com a coletividade e extirpar a prática das condutas que atentem contra a harmonia da paz social.

4 – Princípio da Adequação Social.

Em tradução a palavra Adequação é proveniente do latim "*adaequare*" e significa adaptar ou ajustar-se. Tendo como fundamento principal essa premissa, estrutura-se toda a concepção referente ao "**Princípio da Adequação Social**" e que possui como aspecto primordial à necessidade de constante adaptação, por parte do Ordenamento Jurídico, aos fatos produzidos pela coletividade, a fim de manter a relação de interdependência – "*Ubi societas, ibi jus*". O penalista Welzel foi o primeiro a conceber esse postulado, adotando como base, o fato que nenhuma conduta pode ser considerada delituosa ou socialmente condenável, mesmo que se enquadre no que está

determinado pela legislação, se tiver ampla aceitação por parte coletividade ou por um grupo que a pratique.

Dessa forma, pode-se salientar que esse princípio se constitui a partir de um critério de subjetividade de aceitação ou reprovação, determinado pela sociedade, e que, por vezes, se desdobra em uma exteriorização a ser materializada pelo legislador e pela comunidade jurídica. Isto é, o legislador não possui a faculdade de produzir, por meio da legislação, normas que firam, seja de forma explícita ou implícita, o consenso de justiça estabelecido e abraçado pela sociedade. Além disso, o Direito como um reflexo dos anseios da sociedade, não tem por meio da comunidade jurídica a "permissão" da população de cominar uma sanção ao fato concreto, se ele for considerado como algo típico e costumeiro.

Tal fato ocorre, haja vista que a evolução dos costumes e hábitos, adotados pela população, diante de específicos assuntos e "instituições", deve prevalecer e, por conseguinte, estar em consonância com o anseio geral. Como forma de ilustrar o exposto, basta analisar a questão da discriminação do artigo 240, do Código Penal Brasileiro, que antes cominava uma pena para os crimes que configurassem como adultério e que foi revogado pela Lei N° 11.103/2005. Tornou-se pungente esse fato, devido ao cenário de concepção do diploma legal, ano de 1940, e a sociedade que hoje ele rege, século XXI.

Em sua criação, o Código Penal e, em especial, o artigo exemplificado, refletiam os anseios e os costumes relativos a uma sociedade construída sobre uma ótica patrimonialista, em que a instituição a ser protegida era o casamento, como uma resultante da forte influência de determinados hábitos e da religião ainda na sociedade. Por conseqüência, abarcava-se essa conduta como algo anormal e que atentava contra toda a gama de bons-costumes e moral existentes, carecendo, portanto, sua extirpação a fim de não corromper nem macular todo o equilíbrio dos bons-costumes.

Todavia, com uma evolução dos pensamentos que integravam a sociedade, essa visão passou a ser avaliada como algo em desuso uma vez que a sociedade pós-década de 1940 não refletia mais esses sentimentos. Ao revés, se estruturou em uma visão diametralmente oposta e que privilegia outros costumes e hábitos.

Para tanto, basta adotar como prisma a Carta Magna de 1988, que se estruturou em uma visão humanista e que valorizou a instituição família em detrimento do casamento, bem como concedeu destaque aos conceitos de dignidade do indivíduo. Nesse aspecto, essa norma passou a ser o reflexo de um passado longínquo e diferente da realidade, revelando-se anacrônica e obsoleta uma vez que não atingia os aspectos da nova realidade. Isto é, a conduta que antes afrontava toda uma concepção de bons costumes e moral não era algo a ser combatido, porém, aceito pela sociedade.

A guisa de citação, um outro exemplo a ser apresentado tange a questão da circuncisão praticada pelos indivíduos que integram a cultura judaica. Mesmo sendo considerado como uma conduta costumeira, excluindo-se a tipicidade devido à utilização da Adequação Social. Por uma questão de se adequar ao fato existente, a Lei N°. 11343/2006 estabeleceu a não punição dos indivíduos que são dependentes químicos. Buscando sanar essa mazela social (o tráfico de drogas), o Estado passou a primar por medidas educativas, tratamento e prestação de serviços comunitários. Além disso, essa norma abrangeu novas situações que antes não existiam como, por exemplo, a criação de elementos que qualifiquem o delito de tráfico de entorpecentes e a criação da figura do indivíduo que financia esse comércio. Após essa apresentação, é importante discorrer a cerca de alguns elementos que integram o "Princípio da Adequação Social".

4.1 – Tipicidade

Desde a sua origem a palavra tipicidade, se limita a descrever determinado tipo criminal de forma abstrata. Conforme Gama (2006, pág. 367) expõe, essa espécie deve reunir todos os requisitos pré-estabelecidos pelos artigos que integram a legislação a fim de se configurar, a partir da ótica jurídica, como um crime. Contudo, com a evolução do pensamento houve a necessidade de se estabelecer a dicotomia entre a tipicidade formal e tipicidade material. A primeira se embasa na definição proposta por Gama e se restringe a uma mera adequação do fato concreto ao tipo criminal descrito na legislação.

Enquanto, a tipicidade material avalia a lesividade configurada contra um bem jurídico protegido pelo Estado e se devido sua realização houve substancial prejuízo. Posto isso, é crucial que haja uma dupla configuração,

isto é, o delito tem que está pré-determinado pela legislação, na esfera abstrata, e causar relevante dano ao bem jurídico tutelado pelo ente estatal, na realidade. Quando há a carência de um desses elementos, a conduta é denominada atípica.

4.2 – Fator Sociedade: Valoração e Desvalorização

Um dos pilares primordiais sobre o qual se assenta o Princípio da Adequação Social está associado à questão da subjetividade que é externada pela sociedade e que é concedida à determinada conduta. Isto é, uma conduta só é passível de ser considerada como perigosa para a sociedade, a partir do momento que é acrescida de uma opinião ou comportamento que a caracterize, ou seja, há uma valoração pela coletividade quanto seu grau de periculosidade.

Essa valoração pode se fundamentar a partir de determinadas situações em que há um sentimento de comoção, por vezes, nacional e que implica em sua punição, pelo ente estatal, a fim de evitar que esse elemento atente contra a paz social. O Estado a partir dessa premissa determina a tipificação criminal e a sanção a ser cominada.

Opondo-se a valoração que a sociedade pode conceder, está a desvalorização de determinada conduta, podendo ocorrer pela evolução do pensamento adotado pela coletividade ou mesmo pela tolerância. Isso permite que específicas condutas sejam aceitas pela esfera jurídica, logo, não sofrendo a aplicação de pena alguma. Podendo ser adotada uma "pena" de cunho moral ou religioso, como forma de reprovação pelo ato cometido.

4.3 – Ponderação

Entre os elementos que devem prevalecer para a materialização do Princípio da Adequação Social, é a ponderação, cuja finalidade é evitar exacerbações ou generalizações de certas condutas, seja pela sociedade ou pelo Poder Legislativo. Segundo Houaiss (2004, pág. 581), a ponderação é o ato ou ação de avaliar algo com cuidado ou o seu efeito gerado, para tanto, é necessário uma reflexão profunda sobre o assunto e que seja pautada no bom senso.

A pedra fundamental sobre a qual a ponderação se estrutura é o "conflito" entre dois ou mais interesses, devendo-se priorizar um em detrimento de outro. Dessa forma, cabe ao legislador, como figura responsável por originar

as normas, avaliar quais condutas devem ser discriminadas, devido ao seu cunho arcaico ou obsoleto, a fim de se adequar à realidade que vige ou quais carecem continuar sendo punidas. Por meio dessa avaliação, evitar que determinadas condutas atentem contra a harmonia da sociedade ou mesmo se tornem como ponto destoante da realidade.

4.4 – Instrumento da Abolição de Crimes ("*Abolitio Criminis*")

Inicialmente, deve-se salientar que esse instrumento se materializa de forma mais costumeira no "Princípio da Intervenção Mínima", no entanto exerce papel complementar para a efetiva função do postulado da Adequação Social. Suas bases são configuradas a partir do momento em que específica situação necessita ser discriminada. Isso ocorre, mediante a uma somatória de fatores como, por exemplo, a questão da evolução do pensamento e dos costumes da sociedade ou ainda a forma como dispositivo tem sua aplicação não condiz com a realidade, tornando-se ultrapassado.

Em suma, a abolição do crime está associada com o pressuposto de que o tempo (época) vigente deve reger o ato, atribuindo-lhe feição delituosa ou ato típico de uma sociedade, sendo passível apenas de reprovação moral ou religiosa, por parte da população. Essa concepção tem suas bases fundamentadas no caput do artigo 2º, do Código Penal, determinando que "**Art. 2º** - *Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória*". Por extensão, esse instrumento abrange de forma retroativa as condutas que sofreram punição, extinguindo a pena ou sanção.

5 – Lei N°. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), a necessidade de uma Adequação.

Como o maior exemplo da necessidade de uma Adequação Social aos fatos concretos, pode-se elencar a Lei N° 11.340/2006 – também chamada de Lei "Maria da Penha"-, que teve sua gênese a partir de um clamor, principalmente, das mulheres, as maiores vítimas, para uma punição mais efetiva para as situações de violência doméstica.

A maior figura dessa norma foi a cearense Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de uma série de agressões domésticas, por parte do marido, que perduraram por seis (06), oscilando desde "simples" insultos e surras até

duas tentativas de assassinato. A primeira foi por meio de uma arma de fogo, deixando-a paraplégica e a segunda foi constituída por eletrocução e afogamento. O marido de Maria da Penha só foi punido dezenove (19) anos após ter cometido esses atos, ficando somente dois (02) anos preso em regime fechado.

Por uma questão de costumes e hábitos, tornaram-se normais e "aceitáveis" essas situações, havendo apenas como "sanção" ao algoz o pagamento de sextas básicas e trabalhos comunitários. Em face dessa ineficiência, a nova norma jurídica estabeleceu como punições uma gama de atos que vão desde a saída do agressor do lar até a proibição do agressor de ver a mulher e os filhos. Da mesma forma, essa norma estendeu o tempo de detenção, para os indivíduos que cometerem tais atos, que antes era de um (01) ano para o período de três anos (03) e findou a utilização de penas alternativas – pagamento de sextas básicas e trabalhos comunitários -, para punir essas infrações.

Tal fato ocorreu devido a toda uma sucessão de clamores de ordem nacional e, até mesmo internacional, já que o episódio que ocorreu com Maria da Penha Maia não ficou restrito ao país, porém, chegou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos (OEA). Para evitar uma banalização desses fatos e uma Adequação ao valor que a sociedade atribuiu aos episódios de violência doméstica, houve a necessidade da criação dessa norma para se adaptar a realidade histórica.

6 – Conclusão

A partir do que foi apresentado nesse artigo, é possível discorrer sobre determinadas questões que versam sobre o Direito Penal e sua aplicação efetiva em meio à sociedade. Um dos pontos que carecem de singular destaque é a questão das normas serem construídas como reflexos da vontade subjetiva que a sociedade apresenta. Para isso, tal fato deve se materializar por meio de uma valoração do ser humano como elemento que constitui o meio social e necessita ser reintegrado. Em face disso, é primordial que haja uma interpretação fundamentada em princípios que condicionem e norteie a forma como a legislação pode e deve ser interpretada a fim de concretizar a relação de interdependência.

Nesses termos, se destaca a importância do Princípio da Adequação Social como baliza que busca refletir os anseios e costumes da sociedade, adequando o Ordenamento Jurídico com o senso de justiça coletivo. Esse fato ocorre por dois preponderantes fatores, o primeiro se alicerça na necessidade de constante adaptação a evolução oriunda da sociedade e, por consequência, evitar a defasagem das normas. Ao passo que a segunda evita que o Direito se materialize como uma simples forma de vingança, de cunho público ou privado.

Referência:

ALVES, Fabrício da Mota. **Lei Maria da Penha: das discussões à aprovação de uma proposta concreta de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8764>>. Acesso dia 30 de Março de 2008, às 16h49min.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual do Direito Penal - Volume 1** (ed. 6ª rev. e atual.). São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento.** Disponível em: <<http://mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto073.doc>>. Acesso dia 11 de Março de 2008, às 9h36min.

Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Maria_da_Penha>. Acesso dia 30 de Março de 2008, às 16h43min.

FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; GUIMARÃES, F. Marques. **Dicionário Brasileiro Globo** (ed. 53ª). São Paulo: Globo S.A., 2000.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Dicionário Básico Jurídico** (ed. 1ª). Campinas: Editora Russel, 2006.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Minidicionário Houaiss de Língua Portuguesa** (ed. 2ª, rev. e aum.). Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2004.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal – Parte Geral** (ed. 27ª, rev. e atual.). São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

LIMA, Marília Almeida Rodrigues. **A exclusão da tipicidade penal: princípios da adequação social e da insignificância.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=949>>. Acesso dia 11 de Março de 2008, às 9h45min.

POLITO, André Guilherme. **Michaelis – Dicionário de Sinônimos e Antônimos**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal** (ed. 5ª). São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **O papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso dia 22 de Março de 2008, às 20h07min.