

ADEQUAÇÃO SOCIAL: AINDA UM CRITÉRIO ÚTIL PARA A LIMITAÇÃO DO DIREITO PENAL? EXAME DO ART. 229, CP

SOCIAL ADEQUACY: STILL AN USEFUL CRITERIA FOR THE LIMITATION OF THE CRIMINAL LAW? AN EXAM OF THE ARTICLE 229 OF THE PENAL CODE

Gustavo Britta Scandelari¹

RESUMO

O texto busca resgatar a essência do critério welzeliano da adequação social, que tem sofrido críticas especialmente diante de sua vagueza. Sua feição originária é a de um método de interpretação geral do Direito penal que cobra uma verificação teórica do nível de tolerância coletiva a respeito das condutas incriminadas. A descrição típica da conduta “manter casa de prostituição” expressa um conteúdo de proibição que já não é mais apoiado por uma carga de rejeição social que lhe legitime. O exemplo concreto desse tipo penal (CP, art. 229) permite a proposição de que a adequação social exige aproximação dos tipos com a realidade social. Apesar de procedente a crítica em geral, a adequação social ainda se apresenta útil para tornar presente a ideia de que é possível e necessário um controle público a respeito da eventual defasagem de normas penais em relação com a pauta de (in)tolerância da sociedade.

Palavras-chave: Adequação Social; Interpretação; Realidade Social; CP, Art. 229; limitação do Direito penal.

ABSTRACT

The text seeks to rescue the essence of the Welzel’s criterion of adequacy, which has suffered criticism especially due to its vagueness. Its original feature is that of a criminal law general interpretation method, which demands a theoretical verification of the collective tolerance levels regarding the conduct in question. The typical description of “maintaining

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela UFPR. Professor de Direito Penal no UNICURITIBA e em cursos de pós-graduação em Direito. Advogado. *E-mail*: gustavo@dotti.adv.br

a prostitution establishment” expresses a prohibition content that is no longer supported by the amount of social rejection required to legitimate it. The concrete example of this criminal conduct (Penal Code, art. 229) allows to further conclude that the social adequacy method requires bringing the criminal law closer to the social reality. Despite well-founded criticism in general, the social adequacy method still presents itself useful to divulge the idea that some public control regarding possible criminal standards lag in relation to the agenda of social (in)tolerance is possible and necessary.

Keywords: Social Adequacy; Interpretation; Social Reality; Penal Code, Art. 229; Criminal Law Limitation.

INTRODUÇÃO

Adequação social é o nome que se deu a uma fórmula quase centenária de Hans Welzel segundo a qual uma atividade humana poderia constituir crime em todos os seus aspectos formais e legais, mas, ainda assim, dispensaria punição por se encontrar dentro de uma esfera de tolerância social – fenômeno que prescindiria de previsão legal específica. A aceitação de dita fórmula nunca foi pacífica na literatura especializada, muito porque seus contornos básicos, bem como suas possibilidades de rendimento teórico seriam nebulosos, conforme os críticos. Mas se trata de um assunto que ainda suscita muito interesse².

Em que pese haver resistência científica, a maioria dos autores que trata da adequação social acaba reconhecendo que haveria algum *mérito* seu como mecanismo com um bom poder, ainda, de limitação do aparato penal. Isso reforça, apesar das dúvidas sobre sua natureza, seu pioneirismo garantista na ciência penal. Permanece então, ao menos em princípio, a possibilidade de obtenção de algum rendimento teórico do seu estudo para a contribuição com o desenvolvimento de um *método de* contenção de eventuais abusos do aparato penal, que é o que motiva o presente resgate de sua essência para que se debata a sua utilidade ainda hoje. E isso, aqui, é testado pelo exame de um tipo penal ainda em vigor: o do art. 229, CP – *manter casa de prostituição*³.

Pretende-se verificar se a clássica teoria penal da adequação social pode, de alguma forma, ser novamente pensada e aplicada para o Direito penal contemporâneo. Para tanto, serão vistos, nesta ordem: a essência da adequação social; as principais críticas que lhe são feitas; sua utilidade na avaliação da aplicabilidade do tipo do art. 229, CP; a possível utilização atual do critério de adequação social como exigência de respeito à realidade.

² ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 293; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos da adequação social em Direito penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 16-17.

³ A ideia de redigir artigo sobre a presente temática surgiu justamente quando se tratou brevemente do tipo penal do art. 229, CP, durante o curso da disciplina de Crítica do Direito Criminal, ministrada pelo Prof. Dr. Paulo César Busato no Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. O texto foi, então, apresentado como parte da avaliação na disciplina. Aproveito para agradecer ao Prof. Busato a gentileza das indicações bibliográficas e a sua costumeira disponibilidade para uma sempre rica troca de ideias.

1 ADEQUAÇÃO SOCIAL: UM MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO

Hans Welzel é o artífice da ideia – teoria, critério ou princípio – da adequação social no Direito penal, desenvolvida a partir da década de 30 do século XX. Em que pese pesquisadores ainda discutam a sua natureza (mormente se é princípio ou não), tal questão restará prejudicada pela conclusão alcançada no presente texto. Inicialmente, é necessário resgatar o significado primordial de adequação social de acordo com Welzel e, também, conforme alguns de seus intérpretes.

Em Welzel, a adequação social de uma conduta decorre de sua teoria do significado social da ação⁴, mas também se relaciona intimamente com a sua teoria do tipo e seu método para melhor interpretá-lo em vista de casos reais – daí a opção por incluir, neste breve texto, a avaliação de um tipo legal. Para ele, na função dos tipos de representar um modelo de conduta proibida está claro que todas as condutas selecionadas e neles descritas possuem uma carga, de intensidade variável, de *inadequação social*. “Nos tipos está patente a natureza social e ao mesmo tempo histórica do Direito penal: indicam as formas de conduta que se distanciam profundamente das ordens históricas da vida social”⁵.

Essa ideia impacta a compreensão mais adequada dos tipos, demandando que se procure verificar não apenas a relação formal de subsunção, mas também, e sempre, se a descrição legal é ou não a de uma conduta que está verdadeiramente fora “do marco da ordem social, histórica, normal, da vida”, para que se possa considerá-la uma “ação típica de lesão”⁶.

Além do clássico exemplo do sobrinho que convence o tio, de quem é herdeiro, a utilizar com frequência um meio de transporte, desejando firmemente que morra em um acidente (o que vem a ocorrer), Welzel cita outros exemplos de ações que, embora pareçam formalmente típicas, deixam, quando corretamente interpretadas, entrever uma carência de tipicidade material por impossibilidade de imputação do resultado (o que ocorre no exemplo do sobrinho herdeiro⁷) ou por carência de ofensa suficiente ao bem jurídico tutelado: lesões corporais insignificantes; privações de liberdade irrelevantes; entrega habitual de presentes de ínfimo valor, em datas festivas, para servidores públicos; condutas meramente indecorosas ou impertinentes etc.

⁴ Como ele indica em seus comentários sobre a fundamentação da “ação social” (WELZEL, Hans. **Estudios de derecho penal**. Tradução: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: BdeF, 2007, p. 15-35).

⁵ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 4. ed. Trad. da 11. ed. alemã por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 4. ed. Chile: Jurídica de Chile, 1997, p. 66.

⁶ Idem, p. 66.

⁷ A literatura também utiliza (com apoio em Welzel) o critério da adequação social para discutir a criação de um risco e a sua realização no âmbito da imputação objetiva.

Como explica o penalista, as condutas socialmente adequadas são aquelas que, independentemente de previsão típica (mas inclusive quando típicas), podem ocorrer dentro dos marcos da liberdade de ação conferida pela sociedade⁸. São as condutas *aceitas* e as *toleradas* pela sociedade⁹, sendo que “é a postura da sociedade diante do caso concreto” que definirá “a aceitação (postura consensual) ou tolerância (postura indiferente)” em relação ao fato concreto¹⁰.

Por isso, restam excluídas dos tipos penais (isto é, do ponto de vista material) as ações consideradas socialmente adequadas, mesmo quando correspondam perfeitamente (isto é, formalmente) à descrição típica. As ações socialmente adequadas são materialmente atípicas¹¹. Ou seja, a concepção sistemática do delito welzeliana, como lembra Gracia Martín, era caracterizada como um “*todo ôntico-axiológico*”, em que a ação representa o âmbito ôntico e os “juízos essencialmente normativos” da adequação social, sua componente axiológica¹².

A adequação social de uma conduta a insere no âmbito das formas de conduta normais de liberdade social de ação¹³ e corresponde, também, a um *princípio interpretativo geral* de correspondência típica e do Direito penal como um todo. Essa concepção corresponde à última versão da noção de adequação social de Welzel, segundo notícia Roxin¹⁴: “os tipos devem *interpretar-se* de tal modo que somente se lhes encaixem condutas socialmente inadequadas”.¹⁵

Em linhas gerais, Prado e Carvalho lembram que

a adequação social surgiu como um instituto que buscava afastar do âmbito da intervenção jurídico-penal determinadas hipóteses não desvaloradas do ponto de vista social, nas quais as lesões aos bens jurídicos ocorriam dentro do funcionamento normal da vida em sociedade.¹⁶

⁸ Idem, p. 67.

⁹ RODRIGUES, Eliane de Andrade. **O princípio da adequação social no Direito penal**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 47.

¹⁰ Idem, p. 48.

¹¹ BRODT, Luís Augusto Sanzo. Welzel e o Direito penal de hoje. **Ciências Penais**, v. 16/2012, jan./jun. 2012, p. 9.

¹² GRACIA MARTÍN, Luis. Prólogo. In: RUEDA MARTÍN, Maria Ángeles. **La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)**. Barcelona: J. M. Bosch, 2001, p. 25. Itálicos originais. Tradução livre.

¹³ RODRIGUES, Eliane de Andrade. **O princípio da adequação social...** Op. cit., p. 68.

¹⁴ ROXIN, Claus. **Derecho penal...** Op. cit., p. 294, nota de rodapé 68.

¹⁵ Ibid., p. 295. Itálicos nossos. A adequação social corresponde hoje mesmo, genericamente, a um “princípio geral de hermenêutica” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos...** Op. cit., p. 13).

¹⁶ PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. Adequação social e risco permitido: aspectos conceituais e delimitativos. **Revista dos Tribunais**, v. 844, fev. 2006, p. 1.

Uma de suas utilidades seria funcionar como um “critério externo de interpretação”¹⁷, reconhecendo a ausência de resultado socialmente danoso de determinadas condutas. Ou, ainda, ela age como um “filtro normativo – a saber, como um critério hermenêutico extra-sistemático – que exclui do âmbito do desvalor do resultado determinadas condutas valoradas, do ponto de vista social, como adequadas”.¹⁸

De acordo com Vico Mañas, trata-se de uma ferramenta de hermenêutica que permite excluir “da esfera de incidência do tipo penal as condutas que, embora formalmente típicas, não são mais objeto de reprovação social”.¹⁹ A importância dessa regra decorre da inevitabilidade de que as descrições típicas – embora na grande maioria dos casos representem crimes perfeitos – venham a abarcar também condutas com baixíssimo nível desvalor social, ou seja, condutas aceitas ou toleradas socialmente e, portanto, lícitas²⁰. E condutas lícitas não podem ser, ao mesmo tempo, ilícitas (como o são, geralmente, as condutas típicas).

A adequação social foi proposta como uma via de escape para situações de engessamento legislativo, quando as soluções positivadas se tornam, pela passagem do tempo e com a mudança de pautas morais, incompatíveis com os instrumentos jurídico-penais positivados disponíveis e com a realidade econômico-social em dada comunidade²¹. “É o caso hoje no Brasil”, como percebe Vico Mañas, “da exploração de motéis, que, em tese, configuraria o delito previsto no art. 229 do Código Penal”.²²

2 AS PRINCIPAIS CRÍTICAS

Ocorre que tal construção teórica, na obra do próprio Welzel, passou por diversas mutações²³. Primeiramente, era o “significado social” de uma conduta humana, a qual

¹⁷ Ibid., p. 3.

¹⁸ Ibid., p. 4.

¹⁹ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 31.

²⁰ Ibid., p. 32.

²¹ Ou, no conceito de Renato de Mello Jorge Silveira, adequação social é “o instituto que pugna pelo afastamento da incidência do Direito penal de certas condutas, tidas como aceitáveis dentro de uma perspectiva histórico-social” (**Fundamentos...** Op. cit., p. 24).

²² Ibid.

²³ Roxin relata que, por conta de mudanças de concepção de seu criador, a teoria da adequação social sofreu alterações: foi de causa de justificação de Direito consuetudinário a critério de interpretação restritiva do tipo, e, hoje, a literatura a classifica como causa de exclusão do tipo, de justificação, de exculpação ou

somente poderia ser considerada crime se fosse inadequada socialmente. Para isso, concorriam o grau de ofensa ao bem jurídico e a aceitação ou rejeição social da conduta. A adequação social era uma questão de tipo; já que a ação em questão era, em princípio, uma ação típica.

Após, Welzel passou a situá-la no âmbito da antijuridicidade, assumindo a função de “justificação consuetudinária”. Welzel chegou a admitir essas alterações em sua teoria da adequação social. Ao longo do tempo, foi apontando a “insuficiente distinção entre a adequação social e as causas de justificação”²⁴, o que havia “desde as suas origens”. Por fim, o autor devolveu a adequação social aos limites do tipo, mas, agora, como um “princípio geral de interpretação”²⁵, que não tem relação com a vigência das leis, mas com o seu entendimento e com sua (in)adaptação à realidade.

Em virtude de tais inseguranças provocadas pelas mudanças de opinião de seu próprio artífice, a teoria da adequação social perdeu campo de aplicação e passou a sofrer severas críticas²⁶. Roxin considera tal teoria supérflua, porque “reconhecer que a conduta socialmente adequada é atípica não tem substancialmente alcance maior do que a perspectiva de que o tipo deve ser entendido como tipo de injusto; unicamente supõe uma remissão ao desvalor social”, que é seu fundamento material de reprovação²⁷.

Busato classifica a adequação social como “uma espécie de filtro categorial, um *topoi* axiológico”²⁸ que Welzel inseriu em sua teoria do delito para oferecer alguma limitação ao aspecto formal do tipo. Mas vê em tal filtro algo etéreo, que migrou dentro do injusto “entre a tipicidade e a antijuridicidade, sem encontrar lugar de pouso”²⁹. Percebe ser

como princípio interpretativo geral, enquanto que alguns simplesmente a rejeitam (ROXIN, Claus. **Derecho penal...** Op. cit., p. 293).

²⁴ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2. ed. Tradução: Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 67.

²⁵ MARTINELLI, João Paulo Orsini. Casa de prostituição: a adequação social e a moral pública. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 110, set./out. 2014, p. 9.

²⁶ “As principais críticas são: imprecisão, incerteza, amplitude, relatividade, insegurança jurídica, impossibilidade de revogação de lei pelos costumes, suprallegalidade, violação da separação dos poderes e ausência de critérios limitadores” (RODRIGUES, Eliane de Andrade. **O princípio da adequação social...** Op. cit., p. 52). Gracia Martín debita a proliferação de tais críticas não a algum problema da adequação social, mas a uma falha de organização dos finalistas, que, ao se concentrarem na defesa do aspecto ontológico do sistema (a ação), deixaram de lado seu aspecto axiológico (a adequação social), “quase o deixando morrer” – o que, segundo o autor, não poderia ter ocorrido dada a importância central de tal categoria para a teoria do crime (GRACIA MARTÍN, Luis. Prólogo... Op. cit., p. 26).

²⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal...** Op. cit., p. 295.

²⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 291.

²⁹ *Ibid.*, p. 293.

“bem verdade que a vagueza da concepção welzeliana de *adequação social* em muito contribuiu para essa situação de instabilidade”³⁰. Todavia, ainda assim o autor reconhece o mérito e a importância histórica da criação de Welzel para o estudo da teoria do delito:

Welzel, dentro da construção finalista, ao propor a adição de um recorte da imputação com sua fórmula da adequação social, foi quem, pela primeira vez, trouxe, ainda que de modo impreciso, pois que pairando sem lugar específico na estrutura de teoria do delito, um perfil material à imputação relacionando a estrutura punitiva ao objeto afligido pela conduta delitiva. [...] O raciocínio de Welzel era de que se o tipo é um tipo de injusto, ou seja, se indica descritivamente a prática de um injusto penal, não pode, obviamente, descrever uma ação que seja considerada socialmente adequada.³¹

E Roxin, embora afirmando que há critérios de interpretação mais precisos do que a adequação social, reconhece que ela “certamente persegue o objetivo, em si mesmo correto, de eliminar do tipo condutas não correspondentes ao tipo (classe) de injusto”³². Nessa altura, considerando-se o mesmo objetivo identificado por Roxin e como se trata de um debate com potencial de prover resultados práticos, convém a análise do desempenho teórico da adequação social junto a um tipo penal específico, inclusive com o apoio de comentários acadêmicos em relação a um acórdão do STF.

3 EXAME DO ART. 229, CP

A questão é a seguinte: o art. 229, CP³³ (manter casa de prostituição), que tem sido muito pouco aplicado pelos tribunais nos últimos anos na sociedade brasileira, deve ser revogado por descrever conduta que se tornou adequada socialmente? A discussão é mais profunda do que essa indagação dá a entender. Porém, para o objetivo do presente texto, ela cumpre seu papel satisfatoriamente.

Greco, em comentários a um acórdão do STF (HC 104467) que, tratando especificamente do art. 229, CP, concluiu que a adequação social seria inaplicável nesse debate porque não tem o condão de revogar tipos penais e que, por isso, esse tipo deveria

³⁰ Ibid., p. 293.

³¹ Idem, p. 330.

³² ROXIN, Claus. **Derecho penal...** Op. cit., p. 297.

³³ “Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009). Pena – reclusão, de dois a cinco anos, e multa”.

continuar em vigor, concorda com tal decisão. Aduz que, diferentemente do que alguns autores afirmam, a adequação social não seria um princípio, mas uma simples indicação ao legislador.³⁴ Propõe, como solução, a preservação do tipo penal no ordenamento, porém ajustado com a *interpretação teleológica*, caso a caso, do seu elemento “exploração sexual”, para que se puna unicamente as condutas que violem a autodeterminação sexual de outrem.³⁵ As outras condutas que se poderiam amoldar ao tipo, mas que não implicam tal violação não demandariam punição por simples atipicidade.

Já Martinelli, discorrendo sobre o mesmo acórdão do STF, discorda. Isso porque, segundo explica, embora a adequação social realmente não tenha por objetivo revogar leis expressamente, isso não é suficiente para se afastar seu propósito nesse debate. A adequação social pode servir como critério de interpretação de normas penais em casos concretos, tornando-as inaplicáveis sem necessariamente expurgá-las formalmente do ordenamento.³⁶ Prossegue o autor:

Atribui-se a Hans Welzel a construção da adequação social como critério de interpretação do tipo penal. [...] No Direito penal, a interpretação possui importância fundamental para verificar a tipicidade material, uma vez que a tipicidade formal não é suficiente para confirmar o injusto penal. Diferente é a revogação, que consiste na perda da vigência de uma norma. Quer dizer, a revogação possui efeito erga omnes, pois é característica da norma jurídico-penal sua generalidade. A interpretação da norma penal é, sobretudo, o exercício de determinar sua força e seu alcance, conforme os dados atuais de um problema, pois a intenção do jurista é conhecer a norma – enquanto diretivo para o comportamento – tendo em vista as condições de decidibilidade de conflitos.³⁷

Entende, com isso, que

desprezar a adequação social simplesmente porque “apenas uma norma pode revogar outra norma” é não compreender o conteúdo dogmático do risco juridicamente proibido no âmbito da imputação objetiva. Aplicar a adequação ao caso concreto – casa de prostituição – é *verificar se o agente praticou comportamento que está além do socialmente aceitável* e, com isso, foi além do risco permitido.³⁸

³⁴ GRECO, Luís. Casa de prostituição (art. 299 do CP) e Direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 92, set./out. 2011, p. 7.

³⁵ *Ibid.*, p. 12-13.

³⁶ MARTINELLI, João Paulo Orsini. Casa de prostituição: a adequação social e a moral pública. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 110, set./out. 2014, p. 8.

³⁷ *Ibid.*, p. 9.

³⁸ *Ibid.*, p. 10. Itálicos não originais.

Conclui que a adequação social não pode ser desprezada em Direito penal na análise da aceitação ou não de tipos penais, pois ela cumpre papel de “delimitar o poder punitivo do Estado e ampliar a liberdade de comportamento pela não configuração da tipicidade material”³⁹ e, então, “seria socialmente aceitável – e, por isso, dentro do juridicamente permitido – a manutenção da casa de prostituição em que não houvesse exploração, mas apenas livre exercício da atividade sexual”.⁴⁰

A rigor, tanto Greco quanto Martinelli alcançam conclusões muito parecidas – entendem que é necessário limitar o alcance da norma incriminadora – embora por caminhos distintos. Não parece, efetivamente, que a adequação social seja um obstáculo para o teste da aceitabilidade social da conduta descrita tipo penal.

Em outras palavras e de forma mais objetiva: “por vezes, busca-se enfraquecer o princípio da adequação social sob o argumento de que o costume não tem força para revogar a lei penal, argumento que não deve ser acatado”. Isso porque desde Welzel estava claro que a adequação social não busca a revogação de leis, mas a “interpretação dos tipos penais, auxiliando o legislador a reavaliar uma série de tipos penais ultrapassados, e o próprio magistrado, no momento de não enquadrar no rigor da lei penal certas condutas que gozam de aceitação pacífica pela sociedade”.⁴¹

Para Rodrigues, comentando o art. 229, CP, “difícil é visualizar como uma conduta amplamente aceita pela sociedade é, nos dias atuais, legalmente criminosa”.⁴² Continua:

Ademais, não há como ignorar que as casas de prostituições, anunciadas com diversos nomes, são amplamente divulgadas em notas de jornais e, ainda, que é autorizado por meio de alvarás das prefeituras seu funcionamento, sem que haja qualquer reação social negativa. Ao contrário, elas são altamente frequentadas.⁴³

Explicitamente tratando da adequação social como princípio de Direito penal, Bitencourt dá ênfase ao aspecto da tipicidade material ínsito na construção welzeliana. Concorde que “o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao *socialmente permitido* ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica”.⁴⁴ Embora reconheça que “Welzel vacilou

³⁹ Ibid., ibidem.

⁴⁰ Ibid., p. 11.

⁴¹ FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios constitucionais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 183.

⁴² RODRIGUES, Eliane de Andrade. **O princípio da adequação social...** Op. cit., p. 86.

⁴³ Idem, p. 87.

⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1, p. 59-60. Itálicos originais.

sobre seus efeitos”, percebe que ele acabou aceitando a adequação social “somente como *princípio geral de interpretação*, entendimento até hoje seguido por vários penalistas”⁴⁵.

O fato é que o aparato público de investigação faz vista grossa à existência de estabelecimentos em que se pratica sexo com fins econômicos. Suas localizações frequentemente não são ignoradas, mas a atuação repressiva o é. Simplesmente não se repreende; sequer se fiscaliza. E não é como se os proprietários desses estabelecimentos levassem vida de fugitivos do sistema. O que se dá é, na verdade, – ao menos na maioria dos casos – uma ausência de rejeição, tanto pela sociedade, quanto pelas próprias autoridades constituídas. Trata-se de uma conduta vista com inegável indulgência pelo povo e pelo poder público – afinal, uma coisa leva à outra.

O argumento segundo o qual a conduta ainda seria rejeitada pela sociedade porque ninguém se gaba de ser dono de um prostíbulo não procede. O art. 229, CP, não deve permanecer sendo aplicado apenas por isso. Tanto é assim que o adultério deixou de ser crime há poucos anos⁴⁶ (em 2005), mas, da mesma forma, os adúlteros não costumam divulgar sua infidelidade ao público ou familiares, tampouco a sociedade atual vê nisso algum mérito. Ainda se consideram as traições conjugais em geral algo errado⁴⁷, indicativo de falha de caráter ou algo do gênero, mas nem tudo que é errado necessita ser crime⁴⁸, pois o direito não resume ao Direito penal, assim como a imoralidade nem sempre é assunto do Estado.

Também não vinga o argumento de que o crime de manter casa de prostituição proíbe a violação da dignidade sexual ou a sua exploração abusiva e por isso mereceria continuar sendo aplicado. Ocorre que tais violações já são criminalizadas em vários tipos penais (CP, arts. 213 a 228) e, no que tange ao proveito econômico, há o crime de rufianismo (CP, art. 230). É dizer: além de o art. 229, CP, seguir pauta social defasada de reprovabilidade, há outros tipos penais que dão conta de proibir as condutas que lhe são próximas, mas permanecem efetivamente rejeitadas pela sociedade.

⁴⁵ Idem, p. 60.

⁴⁶ “No entanto, mesmo antes de sua revogação, a sociedade não mais considerava criminoso a conduta de adultério, que é tolerada e até aceita” (RODRIGUES, Eliane de Andrade. **O princípio da adequação social...** Op. cit., p. 51).

⁴⁷ Não se trata de simples avaliação do certo ou errado, moral ou imoral. O “princípio da adequação social não se refere apenas às condutas aceitas ou corretas, e sim também àquelas toleradas, não sendo necessário que a postura social seja de aprovação da conduta, sendo suficiente a postura indiferente da sociedade diante da mesma” (Idem, p. 88).

⁴⁸ “Importante ressaltar ainda que o princípio da adequação social abrange também aquelas condutas toleradas pela sociedade, que não quer dizer que sejam socialmente corretas, mas que se encontram dentro da liberdade da vida social” (Ibid.).

No parecer da Comissão de Constituição e Justiça ao PL 117/2003 (que se converteu na Lei 11.106/05, a qual revogou o crime de adultério), constou que o adultério traz implicações somente ao direito privado (danos morais podem ser pleiteados no âmbito cível, p.ex.) e que seria “hipocrisia” manter tal conduta criminalizada⁴⁹. Não é determinante a (in)adequação social para a (des)criminalização. Mas certamente também não é irrelevante.

A questão do tipo do art. 229, CP, portanto, parece ser anterior à análise técnico-dogmática de adequação típica nos casos concretos: trata-se da legitimidade da criminalização do conteúdo material que a descrição formal quer abarcar. O seu sentido é o da proibição de que alguém mantenha estabelecimento em cujo interior se pratiquem relações sexuais mediante contraprestação patrimonial. E esse sentido é, já há algum tempo, o de uma conduta aceita socialmente. Doravante, por adequação social, a descrição típica não mais encontra respaldo social de incriminação. Há, aí, um exercício de interpretação que não é meramente jurídico-litera, mas social, de se verificar se determinado tipo penal descreve uma conduta que ainda seja realmente rejeitada pela coletividade.

4 ADEQUAÇÃO SOCIAL COMO EXIGÊNCIA DE RESPEITO À REALIDADE

A situação concreta do art. 229, CP, é uma evidência prática da repercussão da noção jurídico-penal da adequação social: na medida em que a sociedade não mais reprova veementemente a conduta de gerir estabelecimento dessa natureza ou simplesmente se torna indiferente a ela, as autoridades – que, é claro, integram a mesma sociedade – simplesmente desconsideram, na prática, a vigência normativa do dispositivo legal. É a superação, por força da aceitação social – isto é, da *realidade*, de uma norma penal incriminadora em pleno vigor. Nada disso está regulado em lei – até porque, esse tipo penal ainda vige. Manter casa de prostituição, para todos os efeitos, é crime – ao menos em tese. A sociedade carece, logo, de uma “válvula emergencial do sistema penal como um todo” e é a isso que a adequação social pode se prestar⁵⁰.

O que está em jogo é o grau de rejeição social, a intensidade de intolerância que a sociedade atribui a uma descrição típica; tais fenômenos correspondem a juízos axiológicos que sempre devem ter garantidos os seus espaços na teoria do crime, ao invés de serem

⁴⁹ Parecer apresentado em 24 fev. 2005. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=275541&filename=PSS+1+CCJC+%3D%3E+PL+117/2003>. Acesso em: 5 jul. 2018.

⁵⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos...** Op. cit., p. 401.

relegados ao esquecimento. É precisamente nesse ponto em que a adequação social, em sua essência, ainda pode, aparentemente, representar um critério válido de definição pela aplicação ou não de determinada norma incriminadora e, até mesmo, como uma das referências – nunca a única – para atualização do ordenamento positivo conforme os ditames ético-morais de cada sociedade – claro, de forma lenta, gradual e razoavelmente controlável, de preferência mediante o filtro do Judiciário. Nesse sentido, a adequação social é um instituto que, desde a sua formulação, deveria ter a mesma importância “essencial e constitutiva” ao sistema jurídico-penal do que a teoria da ação em si⁵¹.

No fundo, essa é uma questão de legitimidade da atuação do estado ao incriminar, por lei, condutas. É claro que não se espera chegue o dia em que todos (ou a grande maioria) deixarão de considerar intolerável o homicídio, o roubo, o estupro etc. Não é aí, já advertia (com evidente razão) Welzel, que a adequação social cobra sua importância, mas nos âmbitos mais dinâmicos da moralidade coletiva, tais como aqueles relacionados à exploração econômica do sexo, dos jogos de azar, da comercialização de determinados produtos e à regulação dos relacionamentos afetivos. Como explica Brodt, “o respeito à realidade, parece-nos, deve ser o primeiro compromisso de um Direito penal que se pretenda minimamente garantista. A liberdade do legislador restringe-se à seleção dos dados da realidade de acordo com as suas necessidades. Não tem, contudo, a prerrogativa de afrontá-los”. “Para não cair na perversidade”, continua, o Direito penal “deve iludir a tendência a inventar o que no mundo não existe”.⁵²

Hoje, a adequação social é vista por vários juristas como um critério ou princípio de interpretação⁵³. Quanto às críticas, embora procedentes em boa medida, não parecem fortes o suficiente para se dispensar por completo tal regra “que, afinal, nada mais faz do que reproduzir no campo jurídico os valores vigentes na sociedade, tornando mais atual e compatível com a realidade o Direito penal a ser aplicado ao caso concreto”⁵⁴. Ademais, em que pese a imputação objetiva avalie suficientemente o risco permitido dentro da tipicidade, “há de serem consideradas algumas situações, quer pelo seu caráter histórico, quer pela sua compreensão social, que acabam por se revelar inaceitáveis antes mesmo de uma consideração ou avaliação da tipicidade penal”, razões pelas quais se pode considerar

⁵¹ GRACIA MARTÍN, Luis. Prólogo... Op. cit., p. 26.

⁵² BRODT, Luís Augusto Sanzo. Welzel e o Direito penal de hoje. **Ciências Penais**, v. 16/2012, jan./jun. 2012, p. 7. Itálicos nossos.

⁵³ Esse estado da literatura também é assim noticiado por BUSATO, Paulo César. **Direito penal**... Op. cit., p. 332. Consoante se percebe da obra de Welzel, acima retratada, ele mesmo tratava da adequação social como critério de interpretação.

⁵⁴ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio**... Op. cit., p. 34. Itálicos nossos.

“válida” ainda hoje a adequação social⁵⁵. Apesar de não ser aceita de modo pacífico, “é impossível deixar de reconhecer sua importância na interpretação da subsunção de um fato concreto a um tipo penal”⁵⁶. Afinal, se a missão do Direito penal é o controle social do intolerável⁵⁷, então, aquilo que se torna tolerável não mais merece tutela penal – e a adequação social como critério de interpretação da realidade da rejeição pode contribuir nesse desiderato.

O legislador, quando define crimes, não realiza, como regra, uma valoração de qual o grau de ofensa ao bem jurídico que se admite, em cada caso concreto, como legitimador da intervenção penal. Em princípio, sempre que a conduta se amolda ao tipo, estará configurado o crime. Tudo o que impede a aplicação da lei penal, aí, pode ser visto com uma exceção. É o que se dá no caso das ofensas irrelevantes, insignificantes, com o furto de uma caneta Bic ou o xingamento muito leve (p.ex.: João chama José de “bobo”).⁵⁸

A adequação social guarda relação com o chamado *princípio da insignificância*, mas ambos não se confundem. Consoante, explica Vico Mañas, “a adequação social pressupõe a aprovação do comportamento pela coletividade, enquanto o princípio da insignificância leva em conta a tolerância do grupo em relação a determinada conduta de escassa gravidade”⁵⁹. Pelo princípio da insignificância, não se deve punir qualquer lesão de um bem jurídico penalmente tutelado, mas somente ofensas de alguma gravidade, tendo em vista que o Direito penal se constitui na forma mais violenta de atuação do direito. A consideração da insignificância se volta mais ao aplicador da lei, como um critério de interpretação da lei escrita – evitando sua leitura exclusivamente literal.

Assim, sempre que uma conduta se amoldar a um tipo penal, mas a ofensa concreta ao bem jurídico for ínfima, essa norma penal – o tipo em si – terá sido afastado pelo princípio da insignificância. Isso não quer dizer que o tipo penal foi revogado no caso concreto ou

⁵⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos...** Op. cit.

⁵⁶ BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125.

⁵⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal...** Op. cit., p. 15-17.

⁵⁸ Silveira lembra vários outros exemplos de condutas que podem vir a ser aceitas socialmente, embora típicas, nos seguintes contextos: intervenções médico-cirúrgicas; acidentes de trânsito; lesões ocorridas no esporte; atividades sexuais; crimes ambientais; *jus corrigendi* doméstico; uso de drogas etc. (Id. **Fundamentos...** Op. cit., p. 354-387).

⁵⁹ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio...** Op. cit., p. 33. No mesmo sentido: BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 124; PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. Adequação social e risco permitido: aspectos conceituais e delimitativos. **Revista dos Tribunais**, v. 844, fev., 2006, p. 7; RODRIGUES, Eliane de Andrade. **O princípio da adequação social...** Op. cit., p. 61-62.

para futuros casos. É claro que, se for constatado que aquele tipo carece de correspondência com a realidade social, aí sim, então, ele poderá vir a ser declarado inconstitucional (ou não) – quando se poderá cogitar da adequação social da conduta concreta.

Apesar das comuns críticas ao uso da adequação social hoje no Direito penal, não se nega que é um instrumento pioneiro e que traz em seu próprio nome a importância do apego à realidade de uma dada sociedade. A continuidade de seu uso (claro, em conjunto com a intervenção mínima⁶⁰) expressa de maneira mais clara e segura a necessária legitimidade das leis, que não deveriam ser feitas senão para o povo e conforme sua realidade.

Welzel defendia que “as condutas socialmente adequadas, ainda que silogisticamente fossem adequadas à previsão legal, não poderiam representar um tipo penal”⁶¹. Daí ser a adequação social, em princípio, excludente do tipo. O fato é que, como registra Busato, “Welzel certamente percebeu o ganho de rendimento que a ideia de *relevância social* oferecia para a teoria do delito, ao reduzir o âmbito de intervenção”.⁶² É a isso que, como se pode perceber, ela ainda pode se prestar.

CONCLUSÃO

Depender basicamente de um raciocínio por simples subsunção, especialmente no Direito penal, pode não representar o modo mais seguro de se começar a decidir aplicar ou não a norma incriminadora ao caso concreto. O emprego da adequação social como técnica de verificação do nível de rejeição social de condutas tipificadas não é algo frequente ou comum. Pelo contrário: esse tipo de defasagem é algo excepcional, que não se espera, mas que é natural e, por isso, inevitável que ocorra. Ou seja, não se trata de bizantinismo: a adequação social pode se traduzir em resultados práticos de justa limitação do Direito penal – independentemente da sua falta sofisticação sistemática apontada pela doutrina.

Vê-se estar equivocada a orientação do STF no HC 104467; ou seja, a adequação social tem força mais que suficiente para promover a revogação – não de direito, mas de fato – de tipos penais, precisamente porque trata do fundamento de legitimidade da incriminação (a eventual ausência de rejeição social). Com isso, a declaração legislativa

⁶⁰ “[...] o princípio da adequação social encontra-se em harmonia com o princípio da intervenção mínima” (RODRIGUES, Eliane de Andrade. **O princípio da adequação social...** Op. cit., p. 89).

⁶¹ Ibid., p. 331.

⁶² BUSATO, Paulo César. **Direito penal...** Op. cit., p. 331.

da revogação passa a ser mera formalidade que vem apenas a confirmar a alteração do nível de rejeição social no mundo dos fatos.

Ademais, há evidentes aspectos de rendimento da adequação social. Confira-se: a) admite a permanência da norma afastada no ordenamento, para o caso de haver alguma variação daquela mesma descrição de conduta que ainda desperte rejeição; b) definida como método de interpretação, não exige disciplina legal própria; c) a ideia de seu uso tende a produzir permanente preocupação social com a produção legislativa, que deverá prezar, especialmente na área penal, pela maior proximidade possível com a realidade.

A adequação social permite a fundamentação teórica de uma maneira de afastar, com facilidade e aceitação pública, dada a simplicidade do funcionamento de sua ideia essencial, a intervenção penal nos casos em que evidentemente não é necessária – e seria, a rigor, contrária ao interesse coletivo. Se forem as normas penais incriminadoras consideradas superáveis ante a possibilidade de sua adequação social – como algo futuramente institucionalizado na literatura e jurisprudência – poderá haver licença tanto para que deixe de haver novas incriminações, sempre que derivarem de políticas de momento ou de pressões de grupos de interesses, quanto para que se retirem do ordenamento, oficialmente (ainda que não formalmente), normas que, embora em vigor, não contem mais com o necessário apoio legitimador da intensa rejeição social que o Direito penal demanda.

Portanto, a adequação social ainda parece um critério válido para a ideal compreensão do funcionamento teórico e prático do Direito penal, seja como regra de interpretação, seja como meio de limitar a sua aplicação, evitando-a em casos específicos (ainda que em um momento “pré-típico”⁶³). Uma norma penal pode efetivamente restar afastada quando for possível constatar publicamente que a repercussão da conduta que ela regula é praticamente nula no mundo dos fatos (como ocorre com o art. 229, CP) – e essa inteligência aumenta o controle de incriminações legais e judiciais indevidas, combatendo, conseqüentemente, abusos.

⁶³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos...** Op. cit., p. 401.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**: parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.
- BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRODT, Luís Augusto Sanzo. Welzel e o Direito penal de hoje. **Ciências Penais**, São Paulo, v. 16, n. 9, p. 177-203, jan./jun. 2012.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios constitucionais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- GRACIA MARTÍN, Luis. Prólogo. In: RUEDA MARTÍN, Maria Ángeles. **La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)**. Barcelona: J. M. Bosch, 2001. p. 7-33.
- GRECO, Luís. Casa de prostituição (art. 299 do CP) e Direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 92, p. 431-456, set./out. 2011.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. Casa de prostituição: a adequação social e a moral pública. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 110, p. 457-472, set./out. 2014.
- PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. Adequação social e risco permitido: aspectos conceituais e delimitativos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 844, p. 435-451, fev. 2006.
- RODRIGUES, Eliane de Andrade. **O princípio da adequação social no Direito penal**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos da adequação social em Direito penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 4. ed. Tradução da 11. ed. alemã por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Chile: Jurídica de Chile, 1997.
- _____. **Estudios de derecho penal**. Tradução: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B.deF., 2007.
- _____. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 2. ed. Tradução: Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

