

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS – GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FABÍOLA SANTOS MESSIAS

**A DIVERGÊNCIA ENTRE O TJDF – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO
FEDERAL – E O TJMG – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS – NA
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO CRIME DE
“PIRATARIA”**

**BRASÍLIA,
JUNHO 2016**

FABÍOLA SANTOS MESSIAS

**A DIVERGÊNCIA ENTRE O TJDFE – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO
FEDERAL – E O TJMG – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS – NA
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO CRIME DE
“PIRATARIA”**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora do Curso de Direito do Instituto de Direito Público – IDP, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Flávio Rodrigues Calil Daher.

**BRASÍLIA,
JUNHO 2016**

FABÍOLA SANTOS MESSIAS

A DIVERGÊNCIA ENTRE O TJDFE – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL – E O TJMG – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS – NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO CRIME DE “PIRATARIA”

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora do Curso de Direito do Instituto de Direito Público – IDP, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Brasília – DF, 18 de junho de 2013.

Prof. Me. Flávio Rodrigues Calil Daher
Professor Orientador

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

A DIVERGÊNCIA ENTRE O TJDFE – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL – E O TJMG – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS – NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO CRIME DE “PIRATARIA”

Fabíola Santos Messias

Sumário: 1. Introdução, 2. A limitação imposta ao exercício punitivo do estado pelos princípios do direito penal, 3. Princípio da adequação social, 4. O posicionamento dos tribunais na aplicação do princípio da adequação social nos crimes de pirataria de CDs e DVDs, 5. Levantamento da incidência de aplicação do princípio da adequação social nos acórdãos do TJMG e do TJDFE em relação ao crime de exposição e venda de mídias falsificadas, 6. Conclusão, 7. Referências Bibliográficas.

Resumo

No presente trabalho busca-se analisar a aplicação do princípio da adequação social pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJDFE e Tribunal de Justiça de Minas Gerais no julgamento do crime de pirataria, especificamente a conduta de expor e vender CDs e DVDs piratas. Diante do tema proposto, a divergência entre o TJDFE e o TJMG na aplicação do princípio da adequação social no crime de “pirataria”, origina-se uma inquietação, a qual pode ser traduzida na seguinte questão: em que medida o posicionamento do TJMG em aplicar o princípio da adequação social no crime de pirataria se amolda melhor à realidade social que o formalismo legal do TJDFE? Esse questionamento leva a uma possível hipótese: a aplicação do princípio da adequação social pelo TJMG para afastar a tipicidade da conduta de quem vende e expõe CDs e DVDs piratas se amolda melhor à realidade social. Entretanto, ao se realizar a pesquisa de campo, comparando-se a jurisprudência desses Tribunais, verificou-se que ambos possuem uma jurisprudência que põe de lado a aplicação deste princípio e não considera atípica a conduta supramencionada, assim, não se comprovou a hipótese proposta. Apesar da impossibilidade de se comprovar que a aceitação do princípio da adequação social pelo TJMG para afastar a tipicidade da conduta de quem vende e expõe CDs e DVDs piratas se adequa melhor à realidade social defende-se ao final a aceitação do princípio da adequação social, expondo alternativas diversas da criminalização da conduta, para combater tal prática.

Palavras-chave: Princípio da adequação social. Atipicidade da conduta de expor e vender CDs e DVDs “piratas”. Posicionamento do TJDFE e do TJMG. Realidade social.

Abstract

In the present study seeks to analyze the application of the principle of social fairness by the Court of Justice of the Distrito Federal - TJDFE and Court of Minas Gerais in the murder trial of piracy, specifically the conduct of exhibiting and selling pirated CDs and DVDs. Before the proposed theme, the divergence between TJDFE and TJMG on the principle of social fairness in the crime of "piracy", stems from an

uneasiness, which can be translated in the following question: to what extent the application of the principle of social adaptation by TJMG the crime of piracy should prevail the legal formalism of TJDFT? This question leads to a possible hypothesis: the principle of social adaptation by TJMG must prevail to ward off the typicality of the conduct of those who sell and exposes pirated CDs and DVDs. However, when conducting field research, comparing the jurisprudence of these Courts, it was found that both have a law that sets aside the application of this principle and does not consider unusual the above-mentioned conduct thus not proved the hypothesis proposed. Despite the impossibility of proving that the acceptance of the principle of social fairness by TJMG must prevail to ward off the typicality of the conduct of those who sell and exposes pirated CDs and DVDs, it is argued to end the acceptance of the principle of social fairness, exposing several alternatives the criminalization of conduct to combat the practice.

Keywords: Principle of social adequacy. Atypical conduct to expose and sell fakes CDs, DVDs. Positioning TJDFT, and TJMG. Social reality.

INTRODUÇÃO

O fato do comércio de produtos “piratas” estar sempre em pauta nos noticiários e fazer parte do cotidiano das grandes e pequenas cidades, despertou o interesse em escrever o presente trabalho.

Sabe-se que a conduta de expor e vender mídias falsificadas se amolda formalmente a um tipo penal previsto do Código Penal brasileiro, entretanto, é inegável que o Estado muitas vezes deixa de coibir tal delito. E outras vezes, chega até a fomentar o comércio de produtos falsificados, ao regularizar e conceder uma aparência de legalidade a *shoppings* populares e feiras, que negociam esses produtos, de forma livre e às claras.

Diante desse fato social, de ocorrência nacional, inevitável se fazer um paralelo com o princípio da adequação social, o qual afirma que condutas proibidas sob a ameaça de uma sanção penal não podem abarcar aquelas consideradas adequadas pela sociedade, pois, diante disso, essas condutas deveriam ser consideradas atípicas.¹ Portanto, ao se realizar esse paralelo da realidade social com o instituto jurídico do princípio da adequação social, se mostra necessário averiguar o posicionamento dos tribunais, quanto à aplicação desse princípio ao

¹ WELZEL, 1997 apud SILVEIRA, 2010, p. 24.

crime de violação de direito autoral. Aqui, de modo específico se abordará a jurisprudência de dois tribunais, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, pois, no âmbito de jurisdição de ambos, há polos comerciais populares de reconhecida relevância econômica para esses entes federados e legislação que disciplina *shoppings* populares e feiras com grande presença de produtos falsificados.

Dessa forma, o tema a ser abordado no presente trabalho é a divergência entre o TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal – e o TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais – na aplicação do princípio da adequação social no crime de “pirataria”, especificamente a conduta prevista no art. 184, § 2º, do Código de Penal², expor e vender CDs e DVDs piratas. Diante deste tema, verifica-se que de um lado há o formalismo legal do TJDFT, o qual aplica a letra fria da lei, sem analisar o contexto social do caso concreto e os princípios que gravitam em torno do caso, os quais deveriam ser considerados no julgamento, e de outro, a aplicação do princípio da adequação social em decisões do TJMG, para afastar a tipicidade da conduta mencionada a cima.

Verifica-se que desse tema, a divergência entre o TJDFT e o TJMG na aplicação do princípio da adequação social no crime de “pirataria”, origina-se uma inquietação, a qual pode ser traduzida na seguinte questão: em que medida o posicionamento do TJMG em aplicar o princípio da adequação social no crime de pirataria se amolda melhor à realidade social que o formalismo legal do TJDFT? Esse questionamento leva a uma possível hipótese: a aplicação do princípio da adequação social pelo TJMG para afastar a tipicidade da conduta de quem vende e expõe CDs e DVDs piratas se amolda melhor à realidade social. No intuito de responder a esses questionamentos, o presente trabalho analisará em seu capítulo I a limitação imposta ao exercício punitivo do Estado pelos princípios do Direito Penal, os quais estabelecem junto com a lei um parâmetro na aplicação de sanções penais, protegendo o indivíduo do livre arbítrio do Estado.

² BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, RJ, 1940.

No capítulo II, se abordará o princípio da adequação social, analisando-se a evolução deste instituto ao longo dos anos e como ele interfere no Direito Penal, ao incluir a realidade social na hora de se aplicar a legislação repressiva.

Por sua vez, o capítulo III tratará acerca do posicionamento dos tribunais, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT e Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG, na aplicação do princípio da adequação social no crime de pirataria de CDs e DVDs, levando em consideração a realidade social da localidade em que esses Tribunais se encontram.

Por fim, no capítulo IV, há um levantamento de dados a respeito da incidência de aplicação do princípio da adequação social nos acórdãos do TJMG e do TJDFT em relação aos recursos de apelação interpostos contra sentenças que analisaram a conduta prevista no art. 184, § 2º, do CP, (exposição e venda de mídias falsificadas). Esse levantamento foi feito nos sítios eletrônicos desses Tribunais, utilizando-se a busca livre avançada, no período de 01/01/2008 a 01/01/2010, com os seguintes termos: “princípio da adequação social art. 184 § 2º pirataria”.

Na construção deste trabalho utilizou-se a dogmática instrumental, com o uso da jurisprudência do TJDFT e TJMG e abordagem de conceitos chaves da doutrina, como o conceito de alguns princípios do Direito Penal, o princípio da adequação social e uma passagem acerca da teoria da tipicidade conglobante, no capítulo III. Ademais, por meio de uma pesquisa de campo, analisando as decisões de segundo grau desses tribunais, foi possível avaliar a aceitação do princípio da adequação social entre os Desembargadores do Distrito Federal e de Minas Gerais.

1 A LIMITAÇÃO IMPOSTA AO EXERCÍCIO PUNITIVO DO ESTADO PELOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

O direito de punir, *ius puniendi*, é um direito subjetivo do Estado³, este por ser o legítimo titular daquele tem o poder de decidir quais comportamentos serão considerados crimes, as sanções aplicáveis e se haverá a imposição dessas

³ BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal, Introdução e Princípios Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

sanções quando houver o descumprimento das normas penais⁴. Mas, esse direito de punir no âmbito de um Estado Democrático de Direito possui vários limitadores, entre eles pode-se destacar a Constituição, as leis, os Tratados internacionais e os princípios, estes são normas jurídicas de caráter cogente e extraídos daqueles, principalmente da Constituição.⁵

Os princípios têm como função principal limitar a intervenção estatal nas liberdades individuais, e, segundo Paulo Bonavides: “os princípios enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regímen, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, plenitude e abrangência”.⁶

A função dos princípios de limitar a intervenção estatal no âmbito das liberdades de cada indivíduo ganha ainda mais relevância dentro do Direito Penal, pois, aqui, a intervenção é mais grave, por afetar de forma direta uma grande quantidade de direitos fundamentais, como a liberdade, a intimidade e a vida privada. Portanto, extremamente necessário limitar a aplicação do Direito Penal, no intuito de se evitar ações dotadas de excesso de poder punitivo.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 colaborou imensamente para a proteção dos direitos e garantias individuais ao adotar expressamente alguns princípios do Direito Penal em seu art. 5º. Estão presentes na Constituição os princípios da legalidade, da irretroatividade da lei penal e da humanidade.

O art. 5º, inciso XXXIX,⁷ da Constituição Federal traz o princípio da legalidade ao determinar que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Com isso, as normas incriminadoras e as suas sanções só podem ser instituídas por meio de lei, a qual será elaborada pela União, pois compete a esta legislar sobre Direito Penal, conforme art. 22, I,⁸ da Constituição Federal. O princípio da irretroatividade da lei penal está previsto igualmente no art.

⁴ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Curso de direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

⁵ Ibid., p. 52.

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 295.

⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁸ Ibid.

5º da Lei Maior, inciso XL, *in verbis*: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Assim, a regra é a irretroatividade da lei penal, entretanto, se surgir uma lei nova que seja mais branda ou benéfica ao réu, esta retroagirá para alcançá-lo.

Por sua vez, o princípio da humanidade proíbe a aplicação de penas que possam ferir a dignidade da pessoa humana, esta pode ser traduzida como algo inerente à condição humana, irrenunciável e que deve ser respeitado por todos. Neste último ponto, o Estado não deve apenas respeitar, mas também, disponibilizar meios de proteção contra qualquer ação degradante ou desumana.⁹ Com intuito de preservar a dignidade humana, a Constituição traz em seu art. 5ª, incisos XLIX e XLVII, as seguintes garantias, respectivamente: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” e “não haverá penas cruéis”¹⁰.

Há outros princípios que embora não expressamente previstos na Constituição possuem igual importância na proteção dos direitos individuais. Como o princípio da intervenção mínima, igualmente conhecido como *ultima ratio*, preconiza a utilização das medidas penais como última opção, quando medidas civis e administrativas forem insuficientes para protegerem um bem jurídico e manter a ordem social.¹¹ Essa proteção ao bem jurídico que justifica a intervenção do Direito Penal, não ocorre por qualquer bem jurídico, mas apenas bens jurídicos considerados importantes pelo ordenamento jurídico, o qual reflete, ou deveria refletir, a valoração dada pela sociedade a determinado bem jurídico. Isto é conhecido no âmbito penal como princípio da fragmentariedade.

O princípio da fragmentariedade, como se pode perceber, está radicalmente ligado ao princípio da intervenção mínima, pois controla onde haverá a atuação do Direito Penal e se é realmente necessário a criminalização de determinada conduta humana.

No princípio da ofensividade parece haver a união entre os dois princípios supramencionados, pois, afirma que o Direito Penal só deve ser aplicado, quando

⁹ GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 9. ed. Niterói: Impetus, 2015.

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

houver um dano grave a um bem jurídico relevante do ponto de vista jurídico e social. Assim, vê-se aqui também a característica subsidiária do poder punitivo estatal.

A expressão em latim *nullum crime sine culpa* (não há crime sem culpa ou dolo) relaciona-se com uma das vertentes do princípio da culpabilidade. Este princípio possui duas vertentes, a primeira não permite a imposição de pena a quem agiu sem culpa ou dolo, não se reconhecendo a responsabilidade objetiva no direito penal. A segunda se traduz na determinação de que a pena deve estar de acordo com o grau de reprovabilidade da conduta do agente (a culpabilidade é a medida da pena). Com isso, o juízo de culpabilidade da conduta orienta o aplicador da lei na hora de fundamentar e medir a pena a ser imposta ao réu.¹²

Igualmente na busca de se evitar excessos, encontra-se o princípio da proporcionalidade. Este deve ser observado, primeiramente, na fase legislativa, ao se editar uma lei que passa a considerar determinada conduta como típica, criminalizada, pois, com isso, automaticamente se restringe o campo de escolhas e liberdades do indivíduo. Diante disso, deve-se questionar se determinada lei é necessária, se não há outros meios de se atingir o objetivo almejado, meios menos gravosos. Portanto, deve existir um equilíbrio entre o grau de intervenção na esfera de direitos de um indivíduo e o resultado que o legislador pretende ao editar uma lei.¹³

O princípio da proporcionalidade também tem lugar na aplicação da uma pena adequada, essa adequação pode ser atingida utilizando-se a culpabilidade, mencionada em parágrafos anteriores, como medida da pena. Isso pode ser traduzido na seguinte afirmação: “um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências - crimes, vinganças e punições arbitrárias - que ele pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar”.¹⁴

¹² JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal, Concursos e OAB**. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

¹³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 69.

Entre os princípios em destaque na jurisprudência brasileira nos últimos anos, encontra-se o princípio da insignificância. Este exclui do âmbito da tipicidade material condutas com ínfima lesividade ao bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico, assim, é o grau de lesividade que justifica ou não a intervenção do Direito Penal. Portanto, pode um determinado fato se amoldar na descrição típica de um ilícito, entretanto, ao se analisar o caso concreto, verifica-se que o injusto sofrido é mínimo, com gravidade insignificante. Isso ocasiona a exclusão da tipicidade material da conduta e a não punição do fato. Com isso, o princípio da insignificância restringe os tipos penais, pois apenas será típico e objeto de sanção, a conduta que ofender gravemente um bem jurídico protegido pela lei penal.¹⁵

Merecedor de uma maior atenção, por ser objeto principal de estudo do presente trabalho, o princípio da adequação social será tratado no tópico seguinte, no qual será analisado de forma pormenorizada.

2 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

O instituto da adequação social foi criado por Hans Welzel em 1939, mas sofreu várias modificações com a evolução do pensar de seu criador. Inicialmente, a adequação social foi considerada uma teoria, como se verifica na passagem a seguir:

Dessa forma, como Welzel propõe, a adequação social acaba por se mostrar não como uma regra, mas como uma teoria que pretende fornecer os princípios para um juízo de valor que desempenhe uma dúplici função: uma negativa, limitando, em nome da ordem ético-social, as condutas enquadradas nos tipos penais, e outra positiva, como método geral de interpretação dos tipos penais à luz de uma ideia social.¹⁶

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e Outras Excludentes de Tipicidade**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁶ WELZEL, 1997 apud SILVEIRA, 2010, p. 111.

Entretanto, essa concepção mudou e Welzel, em sua última leitura sobre a adequação social, passou a defini-la como um princípio geral de interpretação, que complementa a ordem social.¹⁷

Sabe-se que o Direito Penal tem a missão de tutelar bens jurídicos que são vitais para o indivíduo e para a sociedade. Para Welzel a escolha dos bens jurídicos deve observar uma escala de valores da vida em sociedade e, com isso, será possível definir as ações que contrariam os valores éticos-sociais fundamentais de uma determinada comunidade. Essas ações contrárias à ordem social, tidas como comportamentos desvaliosos, serão passíveis da incidência de consequências jurídico-penais, pois ultrapassam os limites da liberdade do indivíduo na vida comunitária.¹⁸

Como se percebe, o pensamento welzeliano busca a interação da lei penal com os valores da ordem social, assim, a adequação social veio para preencher o vazio existente entre a valoração jurídico-penal e a valoração ético-social, unindo-as para se chegar a um resultado que se aproxime do ideário social.

A tese inicial do princípio da adequação social tem como critério principal a valoração social da ação, assim, todas as condutas socialmente aceitas estariam fora do conceito de injusto.¹⁹ Pois, o injusto deve refletir apenas as ações fora da ordem moral da vida social ativa, assim, deve-se interpretar o injusto sempre por meio de uma perspectiva das regras sociais. Com isso, as condutas que se encontram de acordo com o marco das ordens sociais nunca podem estar compreendidas dentro dos tipos de delito.²⁰

Percebe-se que o princípio da adequação social tem como função restringir a intervenção penal em determinados casos, os quais, mesmo atingindo bens jurídicos

¹⁷ Ibid., p. 114.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

²⁰ WELZEL, Hans. **Derecho Penal, Parte General**. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. Por eso, se debe comprender también el carácter de lo injusto, siempre y solamente a través de una referencia a los órdenes Morales de la vida social activa. Acciones que se mueven dentro del marco de los órdenes sociales, nunca están comprendidas dentro de los tipos de delito. p. 63. (Tradução nossa).

protegidos pela lei, não implicam em uma aversão social que justifique a incidência da reprovação penal.²¹ Mas a falta de reprovação social da conduta não significa que essa seja exemplar ou sirva de modelo de um ponto de vista ético ou moral, a única exigência é que tal conduta esteja inserida na pauta de comportamento do socialmente tolerado. Com isso, esse princípio permite que os valores vigentes na sociedade possam ser reproduzidos no âmbito jurídico, permitindo que a interpretação do Direito Penal a ser aplicado no caso concreto seja atual e adequada à realidade vigente.²²

Como mencionado à cima, o pensamento de Welzel acerca do princípio da adequação social passou por uma evolução ao longo dos anos. Inicialmente, sustentava que a adequação social estava relacionada com o tipo penal, ou seja, considerava atípicas as ações que, apesar de formalmente subsumíveis aos tipos, continuavam integradas ao agir da vida comunitária, dessa forma, não eram objeto de reprovação social, em um certo período histórico.²³

Entretanto, em uma segunda fase de seu pensamento, passou a considerar a adequação social não mais como uma excludente do tipo penal, mas sim, como uma excludente da antijuridicidade. Dessa forma, as condutas socialmente adequadas seriam típicas, porém justificadas, por ser a adequação social uma causa de justificação consuetudinária.²⁴ Portanto, como pontuou Welzel, a adequação social não deixa surgir a antijuridicidade de uma conduta considerada normal pelo ponto de vista social. Assim, a conduta que se subsume ao tipo e é em princípio antijurídica, não o será, pois, essa será justificada por uma situação especial de exceção, que é a adequação da conduta aos costumes da sociedade.²⁵

²¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

²² REIS, André Wagner Melgaço. O princípio da adequação social no Direito Penal. **Revista de Estudos Criminais**, v. 7, n. 27, p. 217-223, out/dez 2007.

²³ Ibid., p. 218.

²⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

²⁵ WELZEL, Hans. **Derecho Penal, Parte General**. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

Essa colocação da adequação social no âmbito da antijuridicidade originou algumas críticas ao trabalho de Welzel, o que o fez repensar sua colocação e retornar o princípio da adequação social para o seu lugar de origem, ou seja, voltou a ser um elemento de exclusão do tipo penal. Pode se constatar essa mudança na seguinte passagem:

A ação socialmente adequada está desde de logo excluída do tipo, porque se realiza no âmbito de normalidade social, por outro lado, ação amparada por uma causa de justificação só não é crime, malgrado socialmente inadequada, em razão de uma autorização especial para a realização da ação típica.²⁶

Portanto, o princípio da adequação social passou em definitivo a ser uma excludente de tipicidade. A atipicidade gerada ao se aplicar o princípio da adequação social à análise de um determinado fato, quando examinada em conjunto com a teoria constitucionalista do delito, pode ser melhor entendida.

A teoria constitucionalista do delito afirma que a tipicidade penal possui três dimensões a tipicidade formal, tipicidade material e dolo ou culpa. Importante analisar as duas primeiras dimensões, tipicidade formal e tipicidade material, para posteriormente se fazer uma ligação com o princípio da adequação social.²⁷

A tipicidade formal é a adequação de um fato a uma lei penal, ou seja, subsunção do fato a todas as exigências da letra da lei. A segunda dimensão da tipicidade penal, tipicidade material, é composta pelo juízo de valoração da conduta e juízo de valoração do resultado jurídico, requisitos externos à descrição típica.²⁸ No juízo de valoração da conduta se verifica se a conduta criou ou não um risco proibido relevante, e após, se observa se há uma desaprovação da conduta, ou seja, “se o risco criado é permitido ou tolerado ou aceito ou juridicamente não desvalorado”.²⁹ Já no juízo de valoração do resultado jurídico é preciso se observar a presença de seis requisitos, para que o resultado jurídico seja considerado

²⁶ REIS, André Wagner Melgaço. O princípio da adequação social no Direito Penal. **Revista de Estudos Criminais**, v. 7, n. 27, p. 217-223, out/dez 2007. p. 219.

²⁷ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. Curso de direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120). Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

²⁸ BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Curso de direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

²⁹ Ibid., p. 228.

desvalioso e o agente possa ser responsabilizado penalmente, os quais são: resultado jurídico concreto ou real, relevante, transcendental (afeta bens jurídicos de terceiros), intolerável, objetivamente imputável ao risco criado ou incrementado e presente na área de tutela da norma penal.³⁰

Ao se analisar a teoria constitucional do delito concomitantemente com o princípio da adequação social, que determina que uma norma deva ser interpretada tendo como referencial a sociedade, percebe-se que esse princípio não permite que se complete o juízo de tipicidade material. Porquanto, ao se examinar o juízo de valoração da conduta e o juízo de valoração do resultado da tipicidade material, não há um dano valorado negativamente pela sociedade, portanto, não há o desvalor da conduta, nem do resultado.³¹

Quando a conduta é socialmente aceita fica afastada sua desaprovação, porque se trata de conduta que cria risco tolerado, aceito. Quando o resultado é socialmente adequado, fica afastado o requisito da ofensa intolerável, não há desaprovação do resultado.³²

Portanto, as condutas socialmente adequadas são formalmente típicas, pois há a subsunção do fato à lei penal, mas não são típicas em sentido material, pois o resultado danoso que elas produzem não é inadequado do ponto de vista social, a ofensa ao bem jurídico não é valorada de forma negativa. Assim, ao não se ultrapassar a segunda dimensão da tipicidade, a tipicidade material, não se completa o juízo de tipicidade, sendo a conduta atípica.

3 O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NOS CRIMES DE PIRATARIA DE CDS E DVDS

Neste tópico será analisado o posicionamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG, em segunda instância, na aplicação do princípio da adequação social nos

³⁰ Ibid., p. 229.

³¹ Ibid., p. 362.

³² BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Curso de direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. p. 364.

crimes de “pirataria”, especificamente a conduta de expor e vender CDs e DVDs piratas, prevista no art. 184, § 2º, do Código Penal – CP.³³

O delito conhecido popularmente como crime de pirataria encontra-se previsto no art. 184 do Código Penal como violação de direito autoral.³⁴ Este é um crime que possui como bem juridicamente protegido a propriedade intelectual e tem a obra literária, artística ou científica como objeto material do delito.³⁵ Como mencionado no parágrafo anterior se abordará este delito de forma mais restrita, atendo-se à conduta de expor e vender mídias audiovisuais contrafeitas, que é modalidade qualificada do crime de violação de direitos autorais, prevista no § 2º, do art. 184, do CP.³⁶

A conduta de expor e vender mídias audiovisuais piratas, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente, encontra-se incluída na modalidade qualificada do crime devido à finalidade lucrativa da ação³⁷, isso faz com que a pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano do caput do art. 184 do CP seja majorada para reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos no §2º do artigo mencionado.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF se apega ao formalismo legal e vem afastando de forma unânime em seus acórdãos a aplicação do princípio da adequação social no crime de pirataria. Segundo o entendimento deste Tribunal, o qual é unânime, a prática difundida de venda e exposição de CDs e DVDs falsificados e a tolerância, e até mesmo a aceitação, de uma grande parte da sociedade quanto a esta prática, não podem afastar a incidência do art. 184, § 2º, do CPP.³⁸ Porquanto, a venda desses produtos falsificados causa prejuízos a uma cadeia de pessoas, que teriam ganho com os

³³ BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, RJ, 1940.

³⁴ “Direito autoral consiste nos benefícios, vantagens, prerrogativas e direitos patrimoniais, morais e econômicos provenientes de criação artísticas, científicas, literárias e profissionais de seu criador, inventor ou autor”. (Tratado de Direito Penal, Parte Especial, dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009).

³⁵ GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

³⁶ Ibid.

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Especial, dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

³⁸ Ibid.

direitos autorais, e ao Fisco, que deixa de arrecadar tributos. Além disso, afirma que o direito autoral está inserido no rol das garantias constitucionais do art. 5º, inciso XXVII, da atual Constituição Brasileira,³⁹ assim, diante de tal proteção, deve se considerar a conduta mencionada como típica, pelo menos até que haja uma modificação legislativa. Esse entendimento unânime do egrégio Tribunal pode ser confirmado, a título de exemplo, na ementa a seguir:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EXPOSIÇÃO, VENDA E LOCAÇÃO DE CDs E DVDs FALSIFICADOS. CONFISSÃO DO RÉU. PRETENSÃO À ABSOLVIÇÃO. TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. PROVA CONTUNDENTE DA AUTORIA E MATERIALIDADE.

1 O réu foi acusado de infringir o artigo 184, § 2º, do Código Penal por

Alugar e expor à venda nas prateleiras da sua vide locadora cópias falsificadas de obras cinematográficas e musicais reproduzidos ilicitamente com violação do direito do autor. A materialidade e autoria do crime estão comprovadas pela apreensão dos produtos "pirateados" e no laudo pericial, corroborados pelas provas orais, inclusive a confissão do réu.

2 A teoria da adequação social procura solucionar conflitos entre a lei e as ações humanas toleradas na vida comunitária, postulando a não incriminação de condutas as quais, mesmo se ajustando à tipicidade normativa, não implicam ofensividade social. O fato de existir em cada esquina um vendedor de produtos falsificados e um consumidor ávido por pagar menos para assistir filmes ou ouvir músicas não afasta a nocividade extrema dessa atividade parasitária, que frustra o pagamento de impostos e a justa remuneração do criador da obra, acarretando efeitos nefastos à economia e ao desenvolvimento do País.

3 Apelação desprovida.⁴⁰

A escolha das jurisprudências do TJDF e do TJMG se mostram interessante ao presente trabalho, pois há tanto no Distrito Federal como em Minas Gerais importantes polos comerciais, Feira dos Importados e Shopping Oiapoque, respectivamente, nos quais sabe-se que a venda e exposição de CDs e DVDs piratas ocorre em geral de forma livre, a qualquer hora do dia. Além disso, diante da importância destes polos comerciais para a economia destes entes federados, criou-

³⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão n. 401052, da 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, apelante: Urlei de Sousa Linhares, apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, relator: Exmo. Sr. Des. George Lopes Leite. Brasília, DF, 12 de novembro de 2009.

se o Decreto Distrital nº 28.535,⁴¹ que entrou em vigor em 12 de dezembro de 2007, o qual disciplina a organização e o funcionamento das feiras e *shoppings* feiras no Distrito Federal, e o Decreto nº 11.424, em 22 de agosto de 2003, que disciplinou a criação de *shoppings* populares em Belo Horizonte.

A situação desses polos comerciais populares se coaduna com a tipicidade conglobante, teoria criada por Eugenio Raúl Zaffaroni e que auxilia na correção da tipicidade legal. Nas palavras do criador da tipicidade conglobante:

O juízo de tipicidade não é apenas um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa.⁴²

Esta teoria afirma que apesar de existir uma tipicidade legal, pode ocorrer a atipicidade conglobante, quando uma norma proíbe o que outra norma ordena ou incentiva⁴³. Isto se aplica ao caso supramencionado, pois, de um lado há um polo comercial popular, onde há a venda e exposição de mídias audiovisuais falsificadas, em geral de forma aberta e livre, com um decreto que fomenta esta atividade, e do outro o Código Penal, que no seu artigo 184, § 2º,⁴⁴ capitula como crime a conduta de vender e expor à venda produtos que violem os direitos autorais.

Como pontuado anteriormente, a jurisprudência do TJDFT nega de forma unânime em seus acórdãos a aplicação do princípio da adequação social, já no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG, há algumas decisões aplicando o princípio da adequação social. Isto se deve à uma interpretação que considera desnecessária a censura do Direito Penal na venda e exposição de mídias audiovisuais falsificados, por se tratar de uma conduta socialmente aceita e, portanto, materialmente atípica. Para corroborar essa afirmação, vale a pena colacionar parte da fundamentação do Desembargador Fernando Starling, que

⁴¹ DISTRITO FEDERAL. Decreto n.28.535, de 12 de dezembro de 2007. Disciplina a organização e o funcionamento das feiras e shoppings feiras no âmbito do Distrito Federal. Brasília, DF, 2007.

⁴² PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 413.

⁴³ Ibid., p. 495.

⁴⁴ BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, RJ, 1940.

utilizou o princípio como um dos fundamentos para absolver o réu do crime previsto no art. 184, §2º do Código Penal,⁴⁵ *in verbis*:

O princípio da adequação social, por sua vez, surgiu como uma regra de hermenêutica, ou seja, possibilita a exclusão de condutas que, embora se amoldem formalmente a um tipo penal (tipicidade formal), não mais são objeto de reprovação social, eis que se tornaram socialmente aceitas e adequadas. Esse princípio possui uma dupla função: restringe o âmbito de aplicação do direito penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade; orienta o legislador na eleição das condutas que se deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes, seja incluindo novas condutas, seja excluindo condutas não mais inadequadas à convivência em sociedade. Observando a conduta do réu aos fatos sociais alhures descritos, entendo ser inaplicável as sanções previstas no artigo 184, §1º, do Código Penal. A pena privativa de liberdade fixada pelo magistrado em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa mostra-se desproporcional entre a gravidade da ação e a penalidade a ser imposta. Diante do exposto e de tudo mais que dos autos consta, DOU PROVIMENTO AO RECURSO para absolver o apelante com fulcro no art. 386, III, do CPP.⁴⁶

A decisão do Desembargador, ao utilizar o princípio da adequação social como causa suprallegal de exclusão da tipicidade, considerou fatores sociais, ou seja, elementos extra normativos, quando interpretou a lei. Porquanto, como é inerente ao princípio mencionado, a tipicidade passa a exigir que a ofensa seja intolerável, assim, quando o resultado jurídico é amplamente aceito, deve-se afastar a criminalização da conduta e a aplicação da pena. Ainda, para ratificar o posicionamento do Desembargador, importante pontuar que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro consignou em seu art. 5º o seguinte: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.⁴⁷ Portanto, o jurista ao interpretar e aplicar a lei não pode se furtar a decidir

⁴⁵ BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, RJ, 1940.

⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação 1.0702.07.368386-5/001, da 4ª Câmara Criminal, apelante: Wesley Carneiro de Freitas, apelado: Ministério Público do Estado de Minas, relator: Exmo. Sr. Desembargador Fernando Starling. Belo Horizonte, MG, 23 de setembro de 2009.

⁴⁷ BRASIL. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei nº 4.657, 4 de setembro de 1942. Rio de Janeiro, RJ, 1942.

de acordo com o contexto social e a tabela de valoração de condutas do seu tempo.⁴⁸

Ante a decisão colacionada acima, percebe-se a necessidade de o sistema jurídico ser aberto, para que não impeça o desenvolvimento social e jurídico. Mas para que o sistema possa ser maleável, precisa de elementos elásticos, e o princípio da adequação social proporciona esta elasticidade. Porquanto, o normativismo fechado, sem considerar a realidade social, pode levar a um grau insuportável de injustiça e a um descolamento entre a realidade e a lei. Dessa forma, uma consideração de justiça sob o prisma social pode afastar, em nome do justo, algumas imputações penais.

A aplicação da lei não mais de forma literal, mas sim considerando a convicção social e até mesmo a análise do que é justo ou injusto, não faz com que a adequação social, ao excluir determinada conduta do âmbito típico, substitua o ordenamento jurídico, levando a uma insegurança jurídica. Ao contrário, ao invés de se contrapor à lei, ela complementa o ordenamento, pois, o juízo de valor de uma norma não advém da lei em abstrato, mas sim, de um contexto de valores da sociedade, em um determinado momento histórico, que serão analisados pelos operadores do Direito.⁴⁹

Ao se aplicar o princípio da adequação social para se afastar a tipicidade do crime de venda e exposição de CDs e DVDs “piratas”, está se analisando não só a aceitação social da conduta, mas também a situação de quem vende o produto. Assim, leva-se em consideração a situação econômica e social de quem pratica essa atividade, a qual serve como forma de complementar a renda familiar de alguns indivíduos, ou até mesmo, em época de grandes índices de desemprego, como única fonte de renda. Ademais, essa aceitação social, pode advir de uma identificação entre quem compra e vende esses produtos. Pois, em geral, quem compra mídias falsificadas o faz por não ter condições de comprar o produto original sem que prejudique a aquisição de produtos de primeira necessidade do dia a dia. E

⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2013.

⁴⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

quem vende os CDS e DVDs piratas, em sua maioria, o faz por necessitar daquela renda para cobrir as necessidades básicas diárias.

A situação exposta a cima, de recusa unânime na aplicação do princípio da adequação social nos acórdãos do TJDFT e uma certa aceitação na aplicação do princípio em alguns acórdãos do TJMG, será analisada de maneira detalhada no tópico seguinte.

4 LEVANTAMENTO DA INCIDÊNCIA DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NOS ACÓRDÃOS DO TJMG E DO TJDFT EM RELAÇÃO AO CRIME DE EXPOSIÇÃO E VENDA DE MÍDIAS FALSIFICADAS

Para o levantamento da incidência de aplicação do princípio da adequação social nos acórdãos do TJMG e do TJDFT, no crime capitulado no art. 184, § 2º, do CP,⁵⁰ descrito como venda e exposição de obras audiovisuais e videofonográficas falsificadas, foram analisados os recursos de apelação que tinham como tese a aplicação do princípio da adequação social. Esse levantamento, como já especificado na introdução, foi feito nos sítios eletrônicos desses Tribunais no campo de busca avançada, restringindo o período de pesquisa aos julgamentos realizados entre 01/01/2008 a 01/01/2010. A escolha desse interstício de tempo se deve ao fato de que já estavam em vigor os decretos que disciplinavam os polos comerciais populares, como feiras e *shoppings* do povo, tanto no Distrito Federal (entrada em vigor em 12 de dezembro de 2007) como em Minas Gerais (entrada em vigor em 22 de agosto de 2003). Com isso, é possível analisar o posicionamento jurisprudencial dos dois Tribunais, havendo uma legislação que apoia e fomenta a conduta que é proibida pelo art. 184, § 2º, do CP, pois se tornou necessário disciplinar essa atividade que é exercida não só nesses dois entes federados, mas no país inteiro.

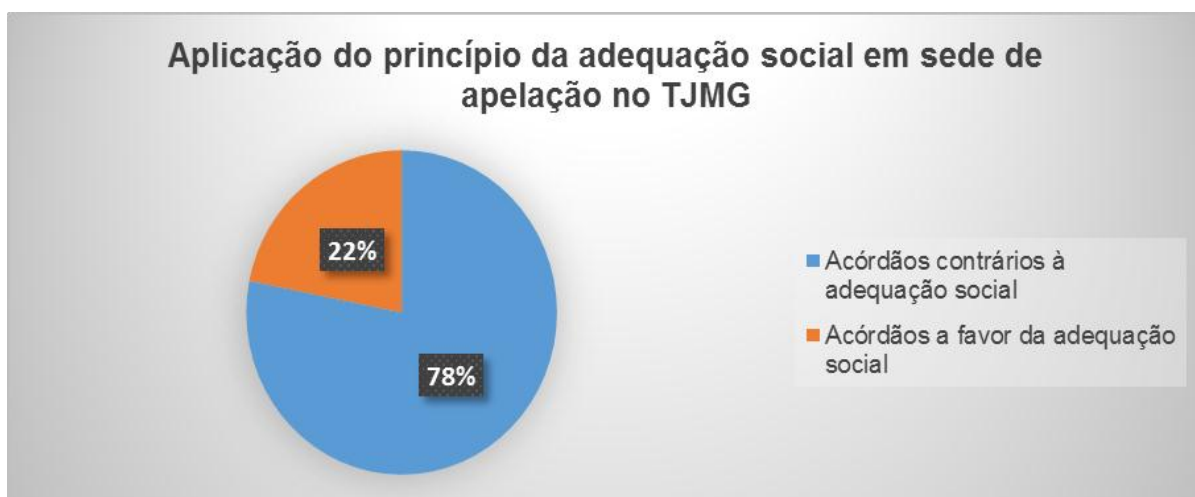
Da análise dessas decisões no âmbito do TJMG, verifica-se que do universo de 32 (trinta e duas) apelações⁵¹ interpostas contra decisões de primeiro grau que

⁵⁰ BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, RJ, 1940.

⁵¹ Número de referência das apelações segundo o sítio eletrônico do TJMG: 1.0024.07.407196-0/001, 1.0702.07.368386-5/001, 1.0604.08.010468-9/001, 1.0470.08.047272-8/001, 1.0470.08.049360-9/001, 1.0145.06.299034-9/001, 1.0079.05.225465-7/001, 1.0223.06.202464-9/001, 1.0476.08.006781-4/001,

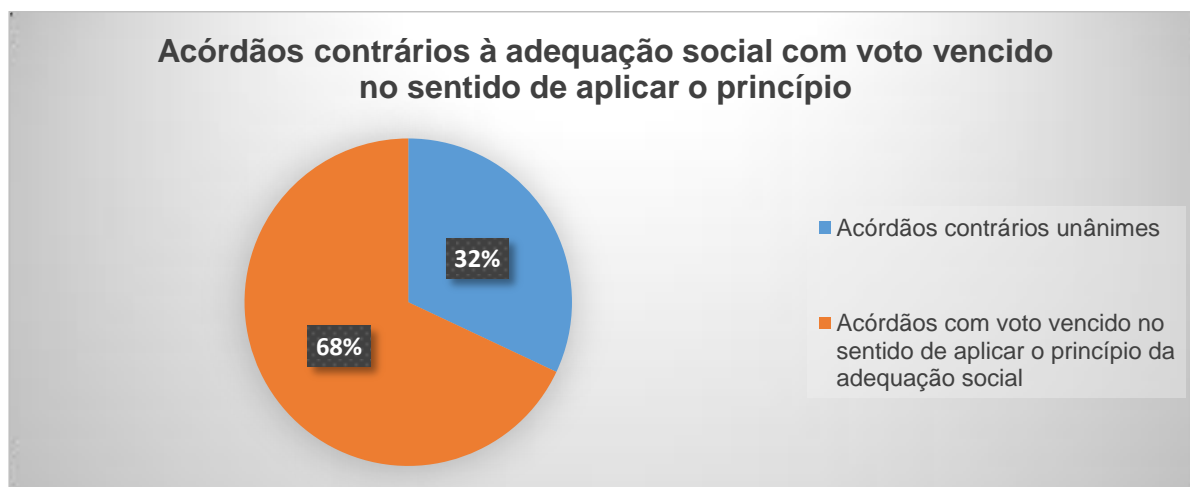
analisaram a prática da conduta prevista no art. 184, § 2º, do CP, 25 (vinte e cinco) tiveram como resultado a não aplicação da adequação social, e 7 (sete) aceitaram a aplicação do princípio. Entretanto, dos 25 (vinte e cinco) acórdãos que não aceitaram o instituto da adequação social, apenas 8 (oito) foram julgados de forma unânime, ou seja, houve consenso entre os três Desembargadores ao votarem. Dessa forma, houve 17 acórdãos que tinham um voto vencido no sentido de aplicar a adequação social e absolver o réu, afirmando ser a conduta desprovida de tipicidade, ou em outras palavras, afastando a incidência da conduta típica do art. 184, § 2º, do CP.⁵² Essa situação pode ser melhor visualizada nos gráficos a seguir:

GRÁFICOS



1.0080.05.001506-6/001,1.0024.07.461613-7/001,1.0223.06.186407-8/001,1.0342.05.064270-7/001, 1.0713.07.073855-2/001,1.0569.05.004330-0/001,1.0431.06.031957-8/001,1.0261.06.038307-0/001, 1.0685.07.003798-9/001,1.0024.04.371019-3/001,1.0525.07.122646-4/001,1.0024.06.069874-3/001, 1.0685.07.003796-3/001,1.0074.05.027279-3/001,1.0471.05.055955-1/001,1.0239.06.005873-6/0011.0079.05.190906-1/001,1.0024.05.656543-5/001,1.0024.05.818835-0/001,0024.04.355998-8/001, 1.0024.04.191423-5/001,1.0024.05.812249-0/001,1.0459.05.023524-9/001.

⁵² BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, RJ,1940.



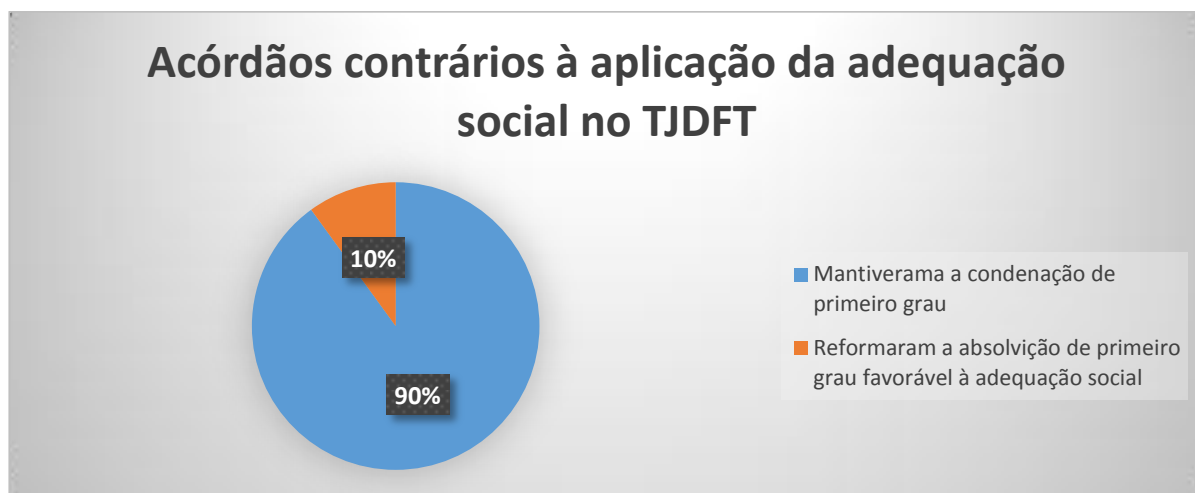
Ainda, examinando-se de forma mais detalhada as apelações favoráveis à aplicação da adequação social, percebe-se que a maioria precisou reformar a sentença de condenação para absolver o réu, utilizando-se o princípio da adequação social como fundamentação. Pois dos 7 (sete) acórdãos favoráveis ao princípio, 5 (cinco) reformaram a decisão de primeiro grau e apenas 2 (dois) mantiveram a decisão para manter a adequação social como fundamento para absolver o agente.

O resultado dessa mesma pesquisa no âmbito do TJDFT foi que no universo de 10 (dez) apelações⁵³ interpostas contra decisões de primeiro grau que analisaram a prática da conduta prevista no art. 184, § 2º, do CP,⁵⁴ todas tiveram como resultado a não aplicação do princípio da adequação social e de forma unânime, ou seja, não houve nenhum voto divergente a favor da aplicação do princípio. E ao se analisar minuciosamente estas decisões, verifica-se que dos 10 (dez) acórdãos que não aceitaram a aplicação da adequação social 9 (nove) não deram provimento ao recurso para manter a condenação do réu e apenas 1 (um) acórdão foi no sentido reformar a sentença de absolvição que utilizou a adequação social como fundamento (acórdão n. 372542). Portanto, a aversão à adequação social, como elemento que leva à atipicidade da conduta e serve de fundamento para a

⁵³ Número de referência dos acórdãos que julgaram as apelações: n.400452, n.401052, n.391155, n.384554, n.372542, n.367248, n.359269, n.357750, n.355625, n.344595.

⁵⁴ BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, RJ, 1940.

absolvição, ocorre tanto na primeira como na segunda instância do Tribunal. Pode-se observar melhor essa conjuntura no gráfico seguinte:



Percebe-se, portanto, a posição legalista do TJDDFT, o que é perfeitamente compreensível, pois no campo do Direito, principalmente, no Direito Penal, a lei proporciona a segurança necessária no Estado democrático de direito. Entretanto, não se pode esquecer que a legislação tem a função precípua, ainda mais na área penalista, de servir como um parâmetro limitador da atuação criminalizante estatal. Portanto, institutos de não imputação, como a adequação social, devem ser considerados para garantir que a aplicação e a interpretação da lei não sejam algo meramente mecânico, mas que levem em consideração a falta de aversão social e os valores de uma comunidade, pois são sobre esses elementos que a legislação deve pautar sua atuação.⁵⁵

A negativa unânime quanto à aplicação do princípio da adequação social, pelo menos na amostragem aqui analisada, no âmbito da segunda instância, no TJDFT, e a aceitação do princípio por uma porcentagem pequena do TJMG, não se coadunam com a realidade de comercialização quase livre de mídias falsificadas nas ruas e feiras do Distrito Federal e de Minas Gerais. Ademais, está se condenando pessoas que têm na pirataria uma fonte de renda, isso ocorre por falta de vagas ou capacidade técnica para exercer atividades regularizadas, fora do âmbito do subemprego. Diante desta realidade, mostra-se imprescindível que o jurista ao

⁵⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

interpretar a legislação avalie também o elemento sociológico do caso concreto. Essa avaliação deve considerar a situação do agente e a aceitação da sociedade quanto à conduta realizada, pois o Direito Penal, como *ultima ratio*, deve se ocupar apenas com ações que geram ofensas intoleráveis e resultado relevante, o que não ocorre no crime de exposição e venda de mídias falsificadas, conforme os ditames da adequação social.

Em relação à afirmação a cima, que não considera existir resultado relevante na conduta de expor e vender CDS e DVDs falsificados, pode-se questionar que para a indústria fonográfica e audiovisual, os artistas e o Fisco há sim um resultado relevante, o que foi exposto nos acórdãos dos Tribunais para afastarem a incidência da adequação social, pois têm grandes prejuízos com a comercialização de produtos contrafeitos. Entretanto, a conduta em análise não traz grandes prejuízos a essas pessoas, pois o agente, por estar no fim da cadeia do sistema de falsificação de produtos, não é alcançado e nem usufrui dos lucros vultosos do crime de pirataria. Portanto, o resultado relevante que o Direito Penal busca punir é causado por quem está no início da cadeia da pirataria, e não pelo agente que se encontra no final dela.

A ausência de critério de distinção no art. 184, § 2º, do CP,⁵⁶ entre quem distribui ou introduz no país produtos falsificados, início da cadeia onde o montante de lucro auferido é grande, e quem expõe e vende esses produtos nas ruas e nas feiras populares, leva à uma inadequação da norma e viola o princípio da proporcionalidade. Pois, não é razoável imputar a mesma pena para condutas que causam consequências e afetam a sociedade de maneiras totalmente distintas. Assim, uma das formas de se corrigir tal distorção é utilizar o princípio da adequação social na interpretação da lei, ao se julgar o agente que comete a ação prevista no art. 184, § 2º, do CP, e incorporar o elemento sociológico nos julgados.

Sabe-se que um dos objetivos de se criminalizar determinada conduta é garantir uma convivência pacífica entre os indivíduos, e é por isso que os cidadãos entregam ao Estado o direito de punir. Mas, a partir do momento que esses próprios cidadãos aceitam e toleram uma conduta, ou seja, não há uma afetação na

⁵⁶ BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, RJ, 1940.

convivência pacífica da sociedade, não há motivo para se punir na seara penal essa ação, como é o caso da exposição e venda de mídias falsificadas. Mesmo porque a sanção penal só é necessária quando outros meios, como o Direito Civil, a proibição do Direito Administrativo ou medidas preventivas fora do âmbito jurídico, não forem suficientes para alcançar o mesmo efeito protetivo.⁵⁷

Ademais, é incontestável que a repressão à conduta do art. 184, § 2º, do CP, por meio da legislação penal vem se mostrando ineficiente, pois é notória a expansão do comércio de mídias falsificadas. Com isso, percebe-se que a validade real de uma lei se afere por meio da aceitação e aplicação dela na sociedade. Como se diz popularmente: “tem lei que pega e tem lei que não pega”, essa proibição penal de exposição e venda de CDs e DVDs piratas “não pegou”, pois se afasta dos fatos sociais dos cidadãos brasileiros. Além disso, não se garante a paz e a segurança social apenas com uma técnica legislativa, por mais excepcional que ela seja, se não houver a avaliação de elementos que extrapolam o monopólio da lei.⁵⁸

CONCLUSÃO

Pretendia-se com o presente trabalho demonstrar a divergência entre o posicionamento do TJMG e do TJDFRJ na aplicação do princípio da adequação social, ao se julgar a conduta de violação de direitos autorais, prevista do art. 184, § 2º, do CP, especificamente a exposição e venda de CDs e DVDs “piratas”, e ao fim, demonstrar que o posicionamento do TJMG em aplicar o princípio se amolda melhor à realidade social. Entretanto, ao se realizar a pesquisa de campo, comparando-se a jurisprudência desses Tribunais, verificou-se que ambos possuem uma jurisprudência que põe de lado a aplicação deste princípio e não considera atípica a conduta supramencionada, assim, não se comprovou a hipótese proposta.

Todavia, ao se analisar de maneira aprofundada o julgamento dos recursos de apelação que tinham como tese a aplicação da adequação social, fica evidente que o TJMG possui uma abertura para discutir a aplicação do instituto, pois, na

⁵⁷ ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. Tradução de Luís Greco. **Revista Jurídica**, ano 52, n. 317, março, 2004.

⁵⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

maior parte dos acórdãos com resultado final contrário aos ditames da adequação social (68%), havia um voto vencido no sentido de aplicar o princípio da adequação social para afastar a tipicidade da conduta e absolver o agente do crime de exposição e venda de mídias falsificadas. Ainda, havia um percentual pequeno dos acórdãos (22%), que aceitava a incidência da adequação social, afirmando não encontrar no caso concreto conduta penalmente relevante, e assim, absolver o réu, por considerar a ação atípica, tendo em vista a aceitação desta pela sociedade em geral.

Ao se examinar os julgamentos do TJDFT em sede de apelação, observa-se não haver se quer uma abertura para discussão acerca da aplicação do princípio da adequação social. Diferentemente do TJMG, o posicionamento na segunda instância do TJDFT mostra-se unânime em não aceitar a adequação social e manter a conduta de exposição e venda de CDs e DVDs “piratas” como conduta típica e censurável com a sanção prevista no Código Penal.

Por não ser a aplicação do princípio da adequação social posição pacificada na jurisprudência do TJMG, não se pôde comprovar que a aceitação do princípio por esse Tribunal com intuito de afastar a tipicidade da conduta de quem vende e expõe CDs e DVDs piratas se amolda melhor à realidade social, pois, havia uma parte apenas dos juristas a favor da adequação social. Apesar disso, acredito ser necessária uma maior aplicação e aceitação desse instituto criado por Hans Welzel.

Porquanto, conforme já explicitado no presente trabalho, o fato da conduta de expor e vender CDs e DVDs falsificados ser considerada adequada e aceita por grande parte da sociedade deve ser levado em consideração ao se julgar o caso concreto. Pois, a interpretação e aplicação da lei não deve se tratar apenas da subsunção do fato à norma, mas deve se pautar também na visão da sociedade sobre aquele fato, na realidade social de determinados indivíduos, pois, do contrário, essa lei será ignorada pelos cidadãos e a conduta criminalizada continuará sendo praticada e difundida.

Importante pontuar novamente que a conduta de expor e vender mídias falsificadas encontra-se no fim da cadeia da pirataria, não aferindo lucros vultosos, mas sim o suficiente para manter quem a pratica. Assim, acredito não ser

proporcional punir o agente com a sanção penal prevista no Código Penal, lançando o nome desse indivíduo no rol dos culpados. Não se pretende aqui, ao considerar a conduta mencionada como atípica, defender a pirataria e sua impunidade, mas sim ponderar que há outros meios menos gravosos para se impedir tal prática, não necessitando do Direito Penal para coibi-la.

É possível, por meio da repressão e fiscalização efetiva de várias instituições do Estado, principalmente em âmbito administrativo, se evitar a proliferação da pirataria, sem ter que se recorrer à punição penal do agente. Porquanto, pode-se encontrar no vasto ordenamento brasileiro, em outros campos do Direito, meios eficazes de se coibir tal prática. Ademais, outras medidas preventivas fora do campo jurídico podem ser úteis no objetivo de se impedir a violação aos direitos autorais, como campanhas de conscientização da população e diminuição da carga tributária que recai sobre a indústria vídeo fonográfica, no intuito de se reduzir o preço que chega ao consumidor final. Saber qual é o motivo precursor da pirataria e estudá-lo para se buscar uma forma de impedir a sua ocorrência é mais eficaz do que agir na repressão de suas consequências, o que necessitará de uma grande intervenção do Estado.

Portanto, conclui-se que a aplicação do princípio da adequação social no julgamento do caso concreto, quando envolver a conduta de expor e vender CDs e DVDs falsificados, se adequa perfeitamente à atual realidade social. Pois, afastando-se a tipicidade da conduta mencionada, surgirá a necessidade de se refletir acerca da existência de outros meios menos gravosos de atuação do Estado para reprimir tal prática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. Curso de direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120). Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e Outras Excludentes de Tipicidade. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 9. ed. Niterói: Impetus, 2015.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Direito Penal, Concursos e OAB. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

REIS, André Wagner Melgaço. O princípio da adequação social no Direito Penal. Revista de Estudos Criminais, v. 7, n. 27, p. 217-223, out/dez 2007.

ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. Tradução de Luís Greco. Revista Jurídica, ano 52, n. 317, março, 2004.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

WELZEL, Hans. Derecho Penal, Parte General. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.