

A PIRATARIA E O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

NESS, Lucas Mello¹; LUCAS, Ana Cláudia Siqueira²

¹Universidade Federal de Pelotas – Bacharelado em Direito - lucasness@gmail.com

²Universidade Federal de Pelotas – anaclaudialucas@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo é fruto do trabalho de conclusão de curso realizado como requisito parcial à obtenção de título de Bacharel em Direito junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas. Desenvolveu-se uma análise acerca da pirataria, crime tipificado no artigo 184 parágrafo segundo do Código Penal Brasileiro (Decreto Lei 2.848/40) e a mitigação de sua aplicabilidade frente à utilização do princípio da adequação social.

A pirataria, apesar de sua tipificação expressa e vigente, é prática social amplamente difundida no seio social (NESS, 2013), incapaz de gerar repúdio pela sua prática. Médios e grandes centros urbanos estão repletos de comerciantes informais, ambulantes ou sites em centros de comércio popular (shoppings populares), onde diariamente tem a prática delituosa que lhe garante subsistência aportada pelo poder público.

O Direito é uma ciência social aplicada que tem por escopo tutelar relações jurídicas, conferindo ao Direito Penal a tutela dos bens que são mais caros a sociedade, prevenindo aos comportamentos que lhe ameacem uma cominação legal e consequente sanção. Contudo, o Direito é incapaz de amoldar-se instantaneamente às realidades sociais que importam suas alterações, visto que o sistema legislativo carece de burocracias para assegurar seu funcionamento e não se permitir alterações oportunistas.

A burocracia, por outro lado, importa também em descompasso gravoso entre um elevado número de leis que não condizem ao bem jurídico tutelado. Dessa incapacidade que reside no âmbito do Poder Legislativo, soluções casuísticas são propostas pelo Poder Judiciário. Ao confrontar a larga aceitação do tipo penal que descreve a pirataria, bem como a convivência do poder público ao aportar os centros de comércio popular, decisões esparsas de magistrados de diferentes Tribunais de Justiça tem arguido a tese da aplicação do princípio da adequação social a fim de não condenar acusados de pirataria.

O princípio da adequação social foi proposto por Hans Welzel e suscita a reflexão de que se uma determinada conduta é aceita pela sociedade, não pode haver um tipo penal que há preveja como proibida, visto que o tipo penal deve refletir, justamente, um modelo de conduta proibida (TOLEDO 1994). Sua aplicação prática dá-se no âmbito da hermenêutica jurídica, ou seja, ao interpretar a aplicação das leis a situações fáticas, o operador do Direito (no caso em estudo, membro da magistratura) observa que a conduta tipificada não mais condiz à realidade social, lançando mão do princípio da adequação social para inaplicar a cominação prevista.

Não se trata de revogar tacitamente um tipo penal, mas permitir-se analisar o caso concreto. No Brasil, crime é definido como conduta típica, ilícita e culpável (NUCCI, 2011), sendo que é preciso que todos os elementos dessa definição estejam presentes para que se caracterize a cometimento de um crime por

determinado agente. O princípio da adequação social ataca o elemento típico do conceito de crime. De acordo com a proposta de Zaffaroni (GRECO, 2008), a tipicidade deve ser compreendida como “tipicidade conglobante” pela qual é preciso que a conduta fira não só o Direito Penal e suas previsões codificadas, mas todo o ordenamento jurídico de forma orgânica; essa compreensão parte da premissa de que um tipo penal prevê uma antinormatividade, visto que, embora o agente execute a conduta prevista no tipo, ele estará violando a norma penal, que visa, justamente, proteger o bem jurídico ali tutelado através da cominação penal.

A compreensão de que o princípio da adequação social pode relativizar a aplicação do tipo penal que criminaliza a pirataria, contudo, tem grande limitação quando enfrentada nos Tribunais Superiores Brasileiros (Supremo Tribunal Federal – STF; Superior Tribunal de Justiça – STJ), uma vez que os princípios são consideradas fontes subsidiárias do Direito, não contendo o condão de relativizar a aplicação de lei vigente (BRASIL-A, 2013; BRASIL-B, 2013). Correntes doutrinárias, por outro lado, defendem a inserção de princípios hermenêuticos – capazes de relativizar a aplicação da lei posta em face de sua inaplicabilidade prática – na legislação pátria (LUISI, 2003), o que, contudo, não parece ser a solução melhor aplicável frente o choque de interesses em haver constituídos “dois Poderes Legislativos”. Isso porque o sistema jurisprudencial brasileiro tende a uniformidade, calcando-se em paradigmas decisórios no sentido de tolhir correntes que contradigam compreensões já sedimentadas nos Tribunais Superiores.

O estudo do princípio da adequação social leva, necessariamente, a compreensão de institutos correlatos, como os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade (SANTOS J., 2008), ambos faces do princípio da intervenção mínima. Este visa manter o Direito Penal resguardando apenas os bens jurídicos de maior relevância social e, portanto, não devendo preocupar-se de quaisquer direitos; a face da fragmentariedade atenta ao fato de que, havendo outros ramos do Direito aptos a tutelar determinado bem deve-se optar por sua utilização frente o Direito Penal, que deve ser compreendida como *ultima ratio*, ou seja cartada final do Direito (NUCCI, 2011). Já a face da subsidiariedade protege esse status do Direito Penal, defendendo que nem todos os direitos devam ser por ele tutelados, a fim de que a legitimidade Penal não se perca frente sua ordinariedade (LUISI, 2003).

O trabalho também não se furta à análise do Poder Judiciário brasileiro que, apesar de não se utilizar de um sistema de vinculação obrigatória entre as decisões dos Tribunais Superiores e seus Juízos singulares, é assombrado pelo enrijecimento jurisprudencial oriundo de uma subordinação intrínseca. Decisões que já tenham paradigmas bem definidos dificilmente são rediscutidos, limitando-se a fazer referência à adoção reiterada daquele entendimento.

O estudo objetiva, à luz do caso da pirataria e do princípio da adequação social, avaliar sua aplicabilidade, bem como refletir acerca do Poder Judiciário e seu sistema de decisões repetitivas.

2. METODOLOGIA

O trabalho utilizou-se do método indutivo (MEZZAROBBA, 2006) para alcançar seus objetivos. Desse modo, buscou-se junto à jurisprudência pátria decisões judiciais que afastassem a aplicação do tipo penal do artigo 184

parágrafo segundo do Código Penal com base no princípio da adequação social (MATO GROSSO DO SUL, 2010). Corroborando as teses contidas nas decisões, elencou-se cabedal teórico que justificasse e esclarecesse o teor decisório. Considerando que a tese levantada ainda é minoritária, analisou-se a jurisprudência dominante, que afasta a aplicação do princípio da adequação social nos casos de pirataria.

Outrossim, compreendendo o Direito como ciência social aplicada, cuja prática se dá partir da experiência dos operadores do Direito, entrevistou-se uma representante do Ministério Público e um membro da Magistratura Federal acerca da tese aqui defendida.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

O estudo do princípio da adequação social, no início de sua análise, deve compreender que seu próprio proponente Hans Welzel o compreendeu como regra geral de hermenêutica (TOLEDO, 1994). O que a princípio parece um desestímulo à sua defesa, pelo contrário, confere-lhe credibilidade ao passo que orienta sua aplicabilidade prática, não apenas em um plano intangível. Assim, sua aplicação é possível quando do enfrentamento realizado pelos magistrados na aplicação do Direito positivado. A partir da entrevista realizada junto a representante da Magistratura Federal, observou-se no campo prático que a tese levantada estava em consonância a teoria exposta, bem como tinha aplicabilidade viável, visto que assim expressou: “Do ponto de vista teórico é uma teoria com grande caminho de sucesso – digo grande caminho porque precisa ainda de mais pensamento e reflexão sobre a possibilidade de enfrentamento na realidade do processo penal, de pensamentos que a vão consolidando.”.

Observou-se que o maior entrave a aplicação do princípio da adequação social nos casos de pirataria está na sedimentação havida nos Tribunais Superiores que tendem ratificar seu posicionamento, sob o argumento de que “este é o entendimento deste Tribunal”, furtando-se a refletir sobre o tema. A partir da observação de que os Tribunais Superiores exercem alto grau de influência sobre os juízos ordinários, a reiteração acéfala de entendimentos tende a tolhir novos entendimentos e, por consequência, limitar a digna prestação jurisdicional.

4. CONCLUSÕES

A partir do estudo realizado, recoloca-se o Direito Penal em sua posição de *ultima ratio* e compreende-se que a atual conjuntura penal tende a banalizar sua aplicabilidade, de forma condutas socialmente aceitas, e incentivadas pelo poder público, são criminalizadas. Não se pode permitir que a reiteração reverencial de proposições implique em parca prestação jurisdicional.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BECCARIA, C. **Dos delitos e das Penas**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. Tradução: J. Cretella Jr. E Agnes Cretella.
- BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848 , de 07 de dezembro de 1940, atualizado até a data do acesso. **Código Penal**. Acessado em: 23 de julho de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2848.htm>

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, atualizada até a data do acesso. Acessado em: 13 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- BRASIL-B. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1154462, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 12 de março de 2013. Acessado em 21 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br.htm>
- BRASIL-A. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em Habeas-corpus nº 115986, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 25 de junho de 2013. Acessado em 21 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br.htm>
- CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**, volume 1: parte geral. 12ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FERRAJOLI, L. **Direito e razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- GRECO, R. **Curso de Direito Penal**. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- HUNGRIA, N. **Comentários ao código penal**: Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- JAKOBS, G. **Fundamentos do Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. Tradução André Luís Callegari, colaboração Lúcia Kalil.
- LUIZI, L. **Os princípios Constitucionais Penais**. 2ª Edição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.
- MATO GROSSO DO SUL, Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Recurso em Sentido Estrito nº 2010.017284-5/0000-00, da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, 27 de setembro de 2010. Acessado em 27 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br>
- MEZZAROBBA, O.; MONTEIRO, C. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.
- NESS, L. A influência da pirataria na difusão cultural: a quantidade de filmes piratas como fator determinante da exigência do público consumidor. **Orson - Revista dos Cursos de Cinema do Cearte UFPEL**, Pelotas, nº 4, 2013. Disponível em: <<http://orson.ufpel.edu.br/content/index.html>> Acesso em 01 de agosto de 2013.
- NUCCI, G. **Manual de Direito Penal**. 7ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**, 27ª Edição – ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROXIN, C. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tradução: Luís Greco.
- SANTOS, J. C. dos **Direito Penal**: parte geral. 3ª Edição. Curitiba: Lumen Juris, 2008.
- SANTOS, M. **Direito Autoral na Era Digital**: impactos, controvérsias e possíveis soluções. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TELLES, N. M. **Direito Penal I**: parte geral. Acessado em 15 de agosto de 2013. Disponível em: neymourateles.com.br/direito-penal
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1994.