Adimplemento substancial não deve ser usado em decisões penais

Spacca

A recepção, o *legal transplant* e a circulação são alguns dos instrumentos de que se serve o Direito Comparado para classificar os processos de "importação" de institutos, conceitos, figuras, normas e categorias jurídicas. Em um extenso artigo sobre a influência do Código Civil alemão no Direito brasileiro, demonstrou-se que essas expressões são plurívocas e, para alguns autores, delas não se afasta a ideia de que a recepção do Direito estrangeiro é conatural a uma posição de preeminência do "exportador" em face do "receptor", traduzível por uma relação de força ou de superioridade política, cultural ou econômica.[1]

Para além do debate sobre se a recepção e os fenômenos adjacentes fundam-se em uma relação de coordenação ou de subordinação entre ordenamentos jurídicos distintos, há algo mais sensível a ser examinado, que é a maneira criticável com que se dão esses processos na prática. A esse respeito, também não foram poucas as colunas escritas, como as intituladas Problemas na importação de conceitos jurídicos e Fonte estrangeira pode fundamentar decisão nacional?

Ambas as colunas dão maior ênfase ao Direito Privado Comparado, no entanto, Carlos Bastide Horbach examinou, em sua coluna, o tema sob a óptica do Direito Constitucional. Segundo ele, baseado no *justice* norte-americano Antonin Scalia, existe hoje o fator *cherry-picking*, uma espécie de falácia de supressão das provas ou de prova incompleta, por meio da qual se seleciona aquilo que se pretende citar com o objetivo de se comprovar o que já se predefiniu como o resultado adequado. Dito de outro modo: colhem-se as cerejas (as saborosas e elegantes referências ao Direito estrangeiro) de modo discricionário e com o propósito nada honesto de se demonstrar um resultado previamente conhecido (ou decidido).

Nas citadas colunas, o leitor encontrou vários exemplos de "importação" inadequada, ultrapassada ou falaciosa de institutos, normas e concepções doutrinárias do exterior. Em um país capitalista periférico como o Brasil, com menos de 20% da população com títulos universitários e com um sério "complexo de vira-lata", como costuma denunciar Lênio Luiz Streck, há uma perversa conjugação de fatores, que agravam essa situação. E eis que ficamos entre o paroquialismo estéril e a subserviência cega, agravada pelo *cherry-picking* ou pela distorção de institutos estrangeiros. Esses dois caminhos são perigosos e têm ganhado adeptos cada vez mais aguerridos de cada lado.

O Direito Civil brasileiro, que vive uma das mais preocupantes fases de sua história, é um campo no qual esses problemas são salientes. Temas como as relações contratuais de fato, a eficácia dos direitos fundamentais, a violação positiva do contrato e o adimplemento substancial ocupam lugares privilegiados no catálogo de desvios e má aplicação de institutos e conceitos estrangeiros no Direito nacional.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Nesta coluna, porém, será examinado um caso particular de circulação jurídica: a utilização da teoria do adimplemento substancial no Direito Penal.

Em doutrina, começam a surgir os primeiros trabalhos sobre o adimplemento substancial em matéria criminal. Em artigo sobre o tema, Bruno Preti de Souza, que é evidentemente um pesquisador sério, apresenta os seguintes argumentos em favor dessa possibilidade: a) o Brasil experimenta uma dramática realidade prisional, marcada pela dificuldade de acesso dos custodiados a advogados e defensores públicos; b) é certo também que "o princípio da proporcionalidade/razoabilidade, em um Estado Democrático de Direito, deve atuar como instrumento de realização das normas e princípios positivados no texto da Constituição Federal, a fim de tutelar os direitos fundamentais presentes em determinado caso concreto, ora em prol do indivíduo, ora em prol da coletividade, visando coibir, principalmente, os excessos"; c) a teoria do adimplemento substancial, de natureza privatística, permite ao devedor, que "não cumpre parcela ínfima de sua obrigação", não sofra a resolução do contrato, "já que os efeitos pretendidos pelas partes permanecem intactos frente ao inadimplemento insignificante"; d) de tal sorte, "na hipótese de descumprimento de alguma das condições impostas na suspensão condicional do processo, por exemplo, diante de um adimplemento tão próximo do resultado final, exclui o interesse de punir do Estado, sendo de rigor a declaração da extinção da punibilidade do agente, pois não seria crível que ao réu seja concedido um benefício e, diante do cumprimento quase totalitário das condições que lhe fora imposta, deva responder uma ação penal"; e) assim, "o adimplemento substancial, sob a ótica da proporcionalidade e da proibição do excesso, deve ser utilizado como espécie de readequação dos fatos, de tal modo a adequar a sanção prevista ao caso concreto e suas peculiaridades, diante do sistema de garantias instituído com a Constituição Federal".[2]

Em linhas gerais, tem-se a combinação de elementos do Direito Constitucional (proporcionalidade e razoabilidade, além da proibição do excesso e preservação dos direitos fundamentais), dos Direitos Penal e Processual Penal (extinção da punibilidade, suspensão condicional do processo e pena) e do Direito Civil (obrigação e adimplemento substancial).

Essa ideia tem começado a ganhar projeção nos tribunais.[3] E, o pior dos mundos, em breve o tema deverá ser incorporado às provas de concursos públicos ou ao Exame de Ordem, nas questões de Direito Processual Penal.

Muito bem, mas qual o problema de se utilizar essa teoria do Direito Civil nos Direitos Penal e Processual Penal?

Essa pergunta deve ser respondida com base em dois níveis de argumentação.

a) O primeiro está na prévia necessidade de imunização do problema quanto aos efeitos de um discurso pretensamente consequencialista e que confunde elementos metajurídicos ou de política criminal com o exame de uma teoria específica pelo Direito Penal.

Os debates jurídicos vêm sendo marcados pelo uso retórico de expressões como "dignidade humana", "defesa dos vulneráveis", "justiça social", "proteção ao mais fraco", "melhor interesse" e outras. Ora, quem pode se colocar "contra" esses valores ou princípios? Qualquer interlocução nesse campo é sempre

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

limitada por esses apelos retóricos que, na verdade, escondem falácias argumentativas. Parafraseando o versículo bíblico, “se estamos com a dignidade humana ao nosso lado, quem poderá contra nós?”. É nesse risco que incorrem os que pretendem discutir a aplicabilidade do adimplemento funcional nas relações entre o Estado e os condenados que cumprem penas nas masmorras brasileiras, eufemisticamente denominadas de presídios. Quem pode *não* desejar o fim da superpopulação carcerária ou que os apenados continuem em suspensão condicional, mesmo quando infringem de modo “ínfimo” o regime que lhes foi assinado pelo juiz? Pois bem, esses dois argumentos não podem frequentar um debate sobre o uso técnico de uma doutrina do Direito Privado, desenvolvida para uma realidade de *common law* e que foi recepcionada no Brasil há pouco mais de 40 anos.

É importante neutralizar qualquer crítica à tese da não aplicabilidade do adimplemento substancial ao Direito Penal que não se ocupe de questões técnicas. Aqui não se colocam os problemas metajurídicos e os de política criminal. A tragédia do Processo Penal brasileiro não é posta em dúvida. O que se pretende refutar é a má circulação de uma ideia jurídica. E se isso não for feito pela doutrina, esta última não terá mais qualquer utilidade e a teoria do adimplemento substancial perderá sua *ratio*. Quanto a este último efeito, ela caminhará celeremente para o cemitério das teorias arruinadas.

b) O segundo nível de argumentação está na inviabilidade técnica do aproveitamento da teoria pelo Direito Penal.

O Direito Civil, até por ser a mais antiga de todas as províncias jurídicas, tem sido uma fonte inesgotável de institutos, teorias, figuras e categorias, que serviram de base para o nascimento ou a estruturação de vários ramos do Direito. Os exemplos não faltam. No Direito Administrativo, o que é a teoria dos motivos determinantes senão que a transposição da teoria civilista da causa? As teorias das nulidades e da conversão substancial do negócio jurídico, ministradas em qualquer curso de Direito Civil, estão na base das modernas técnicas de controle de constitucionalidade das leis e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. A moderna imputação objetiva, estudada no Direito Penal, nasceu em 1927, graças uma tese do civilista alemão Karl Larenz, sobre a teoria da imputação hegeliana e analisada sob a óptica jurídica ampla (sem referência específica ao Direito Penal).[4] A boa-fé objetiva tem sido invocada no Direito Administrativo e, com certo exagero, no Direito Processual Civil.

São múltiplos os exemplos de proveitosa influência do Direito Civil em outras áreas. A única restrição a que isso se dê é a de ordem técnica. Pois bem, vamos a essas objeções.

O adimplemento substancial nasceu no Direito Privado inglês no século XVIII e, desde então, conheceu um série de precedentes (Kingston v. Preston [1774]; Boone v. Eyre [1777]; Cutter v. Powell [1795]; Hoenig v. Isaacs [1952] e Bolton v. Mahadeva [1972]). Nesses julgados, com maior ou menor sistematicidade, estão presentes elementos como: a) a existência de uma relação de *contraprestação* e de aproximação entre o resultado atingido e aquele esperado; b) a satisfação do interesse do credor; c) a conduta subjetiva do devedor.

A recepção do adimplemento substancial no Brasil deu-se principalmente na obra de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, posteriormente introduzida na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que foi aluno de Couto e Silva. No país, a teoria foi adaptada ao modelo jurídico de *civil law*, como ocorreu em outras nações de

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

tradição romano-germânica, e se tornou uma causa paralisante do direito potestativo de resolução negocial.

Evidenciam-se assim duas características que inviabilizam a pura e simples transposição do adimplemento substancial para o Direito Penal:

a) Não há uma relação de natureza obrigacional entre o condenado e o Estado. O réu cumpre uma pena e o fundamento de sua sanção, que assume variegadas explicações ao longo da História do Direito Criminal, não é o de uma *contraprestação* a um crédito ou débito contraído pelo apenado.

A história das sanções criminais demonstra sua enorme proximidade com os conceitos de pena privada e de responsabilidade civil. As funções de repressão geral, de repressão especial ou de retribuição da pena, cuja prevalência tem sido posta em xeque no Direito alemão desde o Projeto Alternativo de Código Penal (*Alternativ Entwurf* -AE 1966), não se confundem com o princípio geral da equilíbrio estático dos patrimônios (que dá fundamento ao Direito Restituitório) ou com a velha causa natural romana (*do ut des, do ut facias, facias ut des, facias ut facias*).

É possível, portanto, estudar as semelhanças e as dessemelhanças entre a causalidade penal e civil, a conduta do agente em um ato ilícito civil e um ilícito penal, o dolo e a culpa, ou ainda o conceito jurídico de dano e de lesão. Não é sem motivo que a tese de Larenz, de 1927, fez enorme sucesso no Direito Penal do pós-guerra e que o Direito Civil deveria olhar com mais interesse para as discussões sobre causalidade do Direito Penal contemporâneo.

Não se pode, no entanto, desnaturar uma teoria tipicamente *negocial* para emprego em uma relação fundada em causa ilícita, de enorme assimetria entre os sujeitos, que não se unem por vontade e sim por efeito de uma pena.

E, em respeito ao Direito Penal, não há nada mais anti-garantista do que considerar o cumprimento da pena como uma retribuição “obrigacional” do preso à sociedade. Afinal, não teria a pena uma função ressocializadora?

b) O apenado não é um “devedor”, muito menos a suspensão condicional assume caráter de um negócio jurídico. Se esta distinção é correta, não há como se reconhecer um “direito potestativo” à “resolução” do *sursis* (as aspas são propositais). Por mais belos que possam ser os requisitos do adimplemento substancial no Direito Civil, é totalmente impossível adaptá-los aos esquemas teóricos igualmente respeitáveis do Direito Penal.

Este civilista, com extrema humildade, reconhece suas limitações em tratar de questões criminais. Pede-se ao leitor as devidas escusas pela ingerência em uma área cujos conhecimentos mais verticalizados do colunista se devem às aulas de pós-finalismo no doutorado, sob regência do falecido professor Antônio Luís Chaves Camargo, então titular de Direito Penal do Largo São Francisco e que formou uma geração de brilhantes criminalistas, ao exemplo do professor titular Renato de Mello Jorge Silveira. Apesar dessa confessada limitação, como civilista, não seria intelectualmente honesto manter o silêncio diante da utilização indevida do adimplemento substancial.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Em tudo se parece que os fins pretendidos pelos defensores do adimplemento substancial em questões criminais mais se assemelham a um julgamento por equidade, algo muito comum no Direito contemporâneo, mesmo no Direito Penal, do que ao *cherry picking* levado a efeito no uso da *substantial performance*. Mais que um problema de *cherry picking*, deve-se dizer, não sem uma dose de humor, é que se pretendeu selecionar cerejas e terminou por ser colher laranjas. Tanto pelo tamanho, quanto pela cor, elas são inconfundíveis.

---

[1] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 938, p. 79-155, dez. 2013.
[2] SOUZA, Bruno Preti de. A teoria do adimplemento substancial no direito penal. **Revista Magister de direito penal e processual penal**, v. 9, n. 54, p. 43-64, jun./jul. 2013.
[3] Acórdão nº 70011591484, do Tribunal de Justiça do RS, Sétima Câmara Criminal, 7-7-2005.
[4] LARENZ, Karl. **Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung**: ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der “juristischen Kausalität”. Go?ttingen, R.- u. staatswiss. Diss. v. 11. April 1927.

Date Created
10/09/2014

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.