

## 42 POSSIBILIDADES DE REVIGORAMENTO E EXPANSÃO DOS INSTRUMENTOS DE AUTOTUTELA EM FACE DO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL

Raquel Bellini de Oliveira Salles<sup>1</sup>  
William Roberto de Oliveira Rezende Júnior<sup>2</sup>  
Sarah Santos Lavinias<sup>3</sup>

**Palavras-chave:** Autonomia. Autotutela; Contratos; Inadimplemento; Remédios.

O presente projeto de pesquisa visa enfrentar, na experiência brasileira, o problema da aplicabilidade e utilidade da autotutela nas relações contratuais contemporâneas, especialmente no tocante à efetividade de seus instrumentos em face do inadimplemento, que é uma das mais frequentes patologias do contrato.

Após o primeiro esforço sistemático e reconstrutivo da figura da autotutela devido a Emilio Betti (1936; 1959) e uma posterior elaboração e aprofundamento de um conceito unitário de autotutela no direito privado pela autora italiana Lina Bigliuzzi Geri (1971; 1988), outros autores estrangeiros dedicaram-se ao tema, mas muitas incertezas a respeito remanescem na atualidade. Em defesa de um poder geral de autotutela se pronunciou Angelo Saturno (1995), aderindo ao entendimento de alguns autores alemães que identificam na autotutela uma utilidade social, enquanto integração da tutela jurídica estatal. Na mesma linha, defendeu Dagnino (1988) que a autotutela traduz um poder geral de defesa dos direitos, inerente à capacidade jurídica reconhecida aos indivíduos. Segundo Bianca (2000), que defende um sistema aberto, não há propriamente uma proibição da autotutela como tal, mas, sim, um preceito geral de respeito aos direitos alheios. Na doutrina alemã, Shünemann (1985, apud BIANCA, 2000) afirmou que a autotutela também desempenha na vida jurídica um importante papel, sendo que, com base no direito vigente, não é sustentável uma “proibição de autotutela” correlata a um “monopólio estatal da defesa de direitos”. A autotutela, segundo o autor, não é uma exceção em derrogação de uma tal proibição, mas, ao contrário, é parte da ordem geral de tutela dos direitos.

No direito brasileiro, a autotutela não tem um explícito reconhecimento de caráter geral, sendo controversas e pouco exploradas suas possibilidades de aplicação. A doutrina prevalecente, inclusive, a

---

<sup>1</sup> Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFJF, Mestre e Doutora em Direito Civil pela UERJ e Orientadora do Projeto de Iniciação Científica “Possibilidades de revigoramento e expansão dos instrumentos de autotutela em face do inadimplemento contratual”.

<sup>2</sup> Acadêmico do Curso de Direito da UFJF e Pesquisador Bolsista do Programa de Iniciação Científica BIC/UFJF.

<sup>3</sup> Acadêmica do Curso de Direito da UFJF e Pesquisadora do Programa de Iniciação Científica PROVOQUE/UFJF.

considera proibida em via de princípio (CINTRA, 1998). As raízes dessa proibição encontram-se na reprovação das formas primitivas de justiça privada, não mais tolerada em fases mais evoluídas da civilização humana. Na época moderna, tal proibição teve em doutrina uma matriz ideológica na concepção pan-estatal, segundo a qual é o Estado que concede os direitos e é, portanto, somente o Estado que deve prover a sua respectiva tutela. Assim, a autotutela seria proibida qualquer que fosse a forma utilizada pelo sujeito para a defesa da sua própria esfera jurídica. A justiça, então, seria monopólio do Estado por ser este a fonte do direito. Como corolário dessa concepção, o exercício arbitrário das próprias razões, em vários ordenamentos, constitui crime, e, especificamente no código penal brasileiro, a conduta encontra-se tipificada no respectivo artigo 345, entre os crimes contra a administração da justiça. A norma visa à punição de quem, tendo ou acreditando ter direito contra outra pessoa, em vez de recorrer à justiça, arbitrariamente satisfaz sua pretensão, seja esta legítima ou ilegítima. Do teor da mencionada norma, depreende-se, todavia, que não há uma vedação absoluta do exercício das próprias razões, claramente admissível mediante permissão legal, a configurar o exercício regular de direito (NUCCI, 2007).

No tocante às relações privadas, os meios e a intensidade da intervenção estatal evoluíram de acordo com as concepções políticas, sociais, culturais e econômicas de cada época. Os abusos perpetrados sob a égide do liberalismo clássico conduziram a uma fase de intenso intervencionismo. Esta fase perdurou até que o Estado mostrasse as suas limitações para responder às demandas da pós-modernidade (BARROSO, 2011), decorrentes de um mundo culturalmente cada vez mais complexo, globalizado (ARNAUD, 1999), economicamente hiperdinâmico e marcado por relações despersonalizadas e massificadas (MARQUES, 1999).

O desprestígio do Estado na seara político-econômica inevitavelmente estendeu-se ao Estado juiz, ante a ineficiência da máquina judiciária em dar respostas e soluções mais rápidas aos conflitos. Não é por acaso que as recentes discussões acerca do novo Código de Processo Civil têm por objeto diversas propostas de simplificação do processo visando à sua agilidade. A par disso, os meios alternativos de solução de conflitos difundem-se cada vez com maior intensidade, o que demonstra o esgotamento e insustentabilidade da máquina judiciária nos moldes atuais (TARUFFO, 2009). Tal fenômeno ilustra a paulatina substituição do Estado-Providência pelo Estado Mediador ou Moderador (CADIET, 2006), mas não significa a supressão da função jurisdicional, que apenas deve ser poupada de processos em que, sobretudo em relações paritárias e patrimoniais, pretendam-se soluções mais ágeis e especializadas para os respectivos conflitos de interesse (TEPEDINO, 2009).

Especificamente no que tange às relações contratuais, foco do presente projeto, a intervenção estatal, sobretudo pela via judiciária, com frequência não oferece uma solução célere e eficiente para os conflitos. Se, por um lado, reconhece-se a necessidade de controle judicial dos atos de autonomia privada

com o fim de proteger o mais fraco, coibir abusos e promover o equilíbrio, é certo que a necessidade de chancela estatal para se remediar toda e qualquer patologia contratual pode inviabilizar ou dificultar sobremaneira a realização de interesses merecedores de tutela.

Natalino Irti (1980), já na década de 80, havia atentado para o desafio colocado ao direito privado no sentido de conciliar uma tutela mais incisiva e rigorosa dos interesses existenciais com uma tutela mais “*liberística*” da autonomia negocial e dos interesses patrimoniais, fomentando a capacidade do indivíduo e do empreendedor para livremente atuarem na vida econômica.

Além do argumento atinente à necessidade de reforço da autonomia para a tutela mais efetiva e célere de interesses legítimos, também militam em favor da autotutela razões de eficiência econômica. Nesse sentido, o tema do presente projeto coloca em voga a relação entre direito e economia (ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel, 2005), mas o que se pretende não é propriamente estabelecer a eficiência econômica como fundamento ou grande justificativa para a autotutela, e, sim, enfatizar que, entre as vantagens da autotutela, está aquela de propiciar ao contratante lesado meios para minimizar, prevenir ou estancar os efeitos e prejuízos decorrentes da lesão pelo inadimplemento, afastando riscos contratuais não assumidos, bem como a de reduzir o chamado “risco judiciário” (SEFER, 2011).

O judiciário impacta no desempenho econômico do país por quatro canais: o progresso tecnológico, a eficiência das empresas, o investimento e a qualidade da política econômica (PINHEIRO, 2011). De fato, constata-se facilmente que um adicional de risco judiciário muito pesado pode ser intolerável para certas empresas. Portanto, entre outras soluções possíveis (reformular a legislação processual, aprimorar o judiciário, incrementar meios alternativos de resolução de conflitos), a autotutela, especialmente no campo contratual, também é (uma) medida que se mostra eficiente sob a perspectiva econômica.

Nesse contexto, a pesquisa ora apresentada busca romper a tradicional resistência, na experiência brasileira, em relação à autotutela como meio de reação a lesões de direitos, especialmente no âmbito contratual, e demonstra, com fundamento no princípio da autonomia privada, a admissibilidade de uma autotutela respaldada e limitada pela ordem constitucional vigente (TEPEDINO, 2007), que não se confunde com a noção de vingança primitiva e tampouco se enquadra no crime de exercício arbitrário das próprias razões. Por isso, a autotutela que se delineia não representa uma possibilidade de atuação absoluta do credor em relação ao devedor, porquanto é voltada para a realização e defesa de interesses legítimos (SALLES, 2013) e é devidamente controlada pela incidência dos princípios da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso do direito. Devem, por conseguinte, ser analisadas as possibilidades de aplicação e as restrições ao exercício dos instrumentos de autotutela contratual observando-se interesses existenciais porventura envolvidos (MEIRELES, 2009), a seriedade e

substancialidade do inadimplemento, bem como os deveres de informação que orientam a operatividade dos remédios no âmbito da relação obrigacional complexa.

Mediante análise e crítica de concepções legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais que negam, restringem ou consideram excepcional a aplicação de certos instrumentos de autotutela no campo contratual, propõe-se uma releitura da estrutura e função de tais instrumentos e apresentam-se possibilidades de expansão e otimização de seu uso, levando em consideração as transformações ocorridas no direito das obrigações, o alargamento do conteúdo da prestação com base na confiança negocial, a consequente renovação do próprio conceito de inadimplemento, a complexidade que contemporaneamente caracteriza as relações contratuais, compreendendo tanto contratos singulares quanto conexões ou redes contratuais, e as demandas do mercado por maior efetividade e celeridade dos remédios jurídicos.

Os instrumentos objeto de análise e crítica foram agrupados, para os fins da pesquisa, segundo um critério funcional, ou seja: com função conservativo-cautelar, a exceção de contrato não cumprido e o direito de retenção; com função resolutiva, a cláusula resolutiva expressa e outros possíveis instrumentos de resolução extrajudicial; e, com função satisfativa, a retenção definitiva, o pacto marciano e algumas medidas de mitigação de perdas e danos pelo próprio credor, a exemplo das contratações substitutivas.

## REFERÊNCIAS

ARNAUD, André Jean. *O direito entre modernidade e globalização*. Trad. Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática, *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3209>>. Acesso em: 30 jan 2011.

BETTI, Emilio. Autotutela (dir. priv.). *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959.

\_\_\_\_\_. *Diritto processuale civile italiano*. II. edizione. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1936.

BIANCA, Massimo. Autotutela. *Enciclopedia del diritto*, IV, Aggiornamento, 2000.

CADIET, Loïc. I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano LX, 2006, p. 1169-1194.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DAGNINO, Antonio. *Contributo allo studio dell'autotutela privata*. Milano, Giuffrè: 1988. DI MAJO, Adolfo. Il linguaggio dei rimedi. *Europa e diritto privato*, 2005, p. 347 e ss.

\_\_\_\_\_. *Le tutele contrattuali*. Torino: Giappichelli, 2009.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 19, jul./set. 2004.

GERI, Lina Bigliuzzi. Autotutela: II) Diritto civile. *Enciclopedia giuridica Treccani*, IV, 1988.

\_\_\_\_\_. *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, Milano, Giuffrè, 1971.

IRTI, Natalino. Le incognite del diritto privato (prospettive sul diritto privato – introduzione). *Rivista di diritto civile*, XXVI, 1980, p. 2-4.

MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. *Revista Cidadania e Justiça*, Ano 03, n. 6, Rio de Janeiro, AMB, 1º semestre de 1999, p. 237-248.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MUTARELLI. Per il superamento della colpa nell'ipotesi di clausola risolutiva espressa. *Rivista del diritto civile*, 1978, II, p. 258 e ss..

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: RT, 2007.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto?*, fev. 2003. Disponível em: <[http://www.ie.ufrj.br/datacenter/ie/pdfs/seminarios/pesquisa/direito\\_e\\_economia\\_num\\_mundo\\_globalizado.pdf](http://www.ie.ufrj.br/datacenter/ie/pdfs/seminarios/pesquisa/direito_e_economia_num_mundo_globalizado.pdf)>. Acesso em: 31.01.2011.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. 2011.

\_\_\_\_\_. *Por uma autotutela constitucionalizada nas relações contratuais*. Anais do II Simpósio Direito e Inovação – Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF – Faculdade de Direito / Organizadores Bruno Amaro Lacerda, Joana de Souza Machado, Leonardo Alves Corrêa – Juiz de Fora: Faculdade de Direito, 2013.

SATURNO, Angelo. *L'autotutela privata*. Napoli: ESI, 1995.

SEFER, Tiago Nasser. *O adicional do risco judiciário e seu custo econômico*. Disponível em: <<http://www.iders.org/textos>>. Acesso em: 31 jan. 2011.

TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et al* (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_. Questões controvertidas em tema de arbitragem na experiência brasileira. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, tomo III.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TREITEL, Guenter Heinz. *Remedies for breach of contract – a comparative account*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.