UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RINALDO MOUZALAS DE SOUZA E SILVA

AUTOTUTELA PELO PARTICULAR NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

Recife
2023

RINALDO MOUZALAS DE SOUZA E SILVA

AUTOTUTELA PELO PARTICULAR NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha

Recife
2023

Catalogação na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

S719a Souza e Silva, Rinaldo Mouzalas de.
Autotutela pelo particular no Direito privado brasileiro / Rinaldo Mouzalas de Souza e Silva. -- Recife, 2023.
318 f.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo José Ribeiro Coutinho B. Carneiro da Cunha.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco.
Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2023.

Inclui referências.

1. Direito Privado - Brasil. 2. Autotutela. I. Cunha, Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da (Orientação). II. Título.

346.81 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ 2023-13)

RINALDO MOUZALAS DE SOUZA E SILVA

AUTOTUTELA PELO PARTICULAR NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Transformações do Direito Público.

Aprovado em: 16/05/2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Sergio Torres Teixeira (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Roberto Paulino de Albuquerque Junior (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral (Examinador Externo)
Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)

Prof. Dr. Heitor Vitor Mendonça Fralino Sica (Examinador Externo)
Universidade de São Paulo (USP)

Profa. Dra. Maria José Oliveira Capelo Pinto de Resende (Examinadora Externa)
Universidade de Coimbra

À minha família,

meu porto seguro e maior fonte de inspiração.

AGRADECIMENTOS

A Deus. Sempre. Ele é minha força e a certeza de que tudo sempre dará certo. Obrigado, Senhor.

À minha esposa Ilcléia Mouzalas e aos meus filhos Vitor Mouzalas e Beatriz Mouzalas. Meus tesouros na Terra, estímulo de minha dedicação ao trabalho e ao estudo. Peço-lhes desculpas pela minha ausência durante o período de doutoramento. Agradeço, a vocês, o incondicional apoio. Sempre lembrarei do orgulho de vocês ao me verem estudando logo cedo e, muitas vezes, finalizando essa atividade só no fim da noite. Frases como “papai será doutor”, “papai já leu todos estes livros”, ditas pelos meus filhos e que logo foram realçadas com orgulho da minha esposa, tornaram prazerosa a missão.

Ao meu pai, Rinaldo de Souza e Silva, e à minha mãe, Helene Mouzalas. Jamais esquecerei dos esforços de vocês para minha formação pessoal, escolar e profissional. Gostaria que meu pai estivesse aqui. Ele lutou muito por mim e nunca me deixou desanimar. Essa conquista também é sua. Minha gratidão, papai. Onde você estiver, agradeço-lhe. À minha mamãe, sou muito agradecido por ter me orientado a fazer o curso de direito e a seguir a vida acadêmica, que você desempenhou por muitos anos com amor e maestria. Admiro sua história de vida. Vi-lhe passar por muitas adversidades, mas isso nunca foi motivo para desistir do magistério público e, sim, para buscar novas possibilidades.

Aos meus irmãos, Jules Mouzalas e Giordano Mouzalas, que me estimularam a alcançar conquistas acadêmicas. Tive vocês como exemplos e o prazer de dividir estudos, material escolar, idas e vindas à escola e à universidade. Tenho os melhores irmãos que Deus poderia me dar. Muito obrigado.

Ao meu orientador, professor Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha. Admiração surgida desde 2010, quando do meu ingresso no mestrado, a qual apenas se fortaleceu no curso do doutorado. Obrigado por toda sua ajuda na elaboração deste trabalho e pelo seu exemplo de dedicação e de humildade. Minha eterna gratidão.

Aos professores Sérgio Torres e Roberto Paulino, da Universidade Federal de Pernambuco, que participaram da banca de qualificação, ajudando, de forma significativa, na construção e no melhoramento da versão inicial deste trabalho científico, a partir de perguntas, reflexões e indicações de outros pontos a serem abordados.

Aos professores Maria José Capêlo (Universidade de Coimbra), Antônio do Passo Cabral (Universidade do Estado do Rio de Janeiro) e Heitor Sica (Universidade de São Paulo), que compuseram a banca de doutoramento como avaliadores externos a prestar relevante contribuição no fortalecimento das ideais postas e no aprimoramento da tese.

Aos amigos, que sempre me estimularam e lembraram da minha missão, sobretudo quando se deparavam com questões relacionadas ao tema desta tese de doutorado, sendo João Otávio Terceiro Neto, certamente, o mais emblemático. Além de fazer diversas viagens comigo entre João Pessoa e Recife, foi incansável na indicação de livros e de artigos, assim como nas provocações e nas reflexões relacionadas à autotutela. À amiga Andrea Neiva, que, durante seu período de doutoramento na Itália, prestou relevante auxílio no

fornecimento de diversos textos dos autores daquele país, o que foi essencial para o aprofundamento da pesquisa.

Aos colegas do doutorado, Denarcy, Fernando Braga e Isabelle Marne. Os chamados “usfera”. Vocês fizeram com que a trajetória fosse rica e leve. Pudemos realizar diversos debates sobre os temas de nossas teses, além de desfrutar de agradáveis conversas. Foram excelentes lembranças que as guardo comigo.

A todos os meus sócios de escritório, sobretudo, Valberto Azevedo, Daniel Azevedo, Amanda Luna, Larissa Maia, José Lucas, Ingrid Neves, Camila Cavalcanti, Juliana Lira e Ricardo Messetti. Além de terem tornado discretas minhas ausências, leram e releram esse trabalho por algumas vezes. Também à minha ex-estagiária e, hoje, brilhante advogada, Maria Luíza Negreiros, que, prontamente, elaborou a tradução do resumo desta tese. Todos eles torceram por mim e, em muito, contribuíram até alcançar a versão final. Meu muito obrigado a vocês.

Aos colegas de magistério da Universidade Federal da Paraíba, na pessoa do professor Aécio Bandeira, que ajudou na elaboração do projeto de pesquisa que foi fundamental para meu ingresso no curso de doutorado da Universidade Federal de Pernambuco. A todos os demais, por se prontificarem a me substituir durante meu período de licença.

Se esqueci de nomear alguém, receba também meu sincero agradecimento. Faltou o seu nome, mas, nunca, a minha gratidão. Se errei deixando de nomeá-lo, não poderia errar novamente deixando de nomear aqueles que eu lembrei.

RESUMO

Por estar, a ideação em torno da autotutela, equivocadamente associada ao uso da força, o seu exercício pelo particular seria permitido apenas quando houvesse urgência e expressa autorização legal, pois, assim, diminuir-se-ia a prática de atos violentos. Entretanto, sobretudo pelo aumento da intensidade de certificação dos fatos e da imaterialidade dos bens jurídicos colocados em disputa, justifica-se a revisitação do instituto. Este trabalho tem como objetivo geral a formação, em contexto atual, do conceito de autotutela exercida pelo particular no direito privado brasileiro. A partir de uma pesquisa-ação, realizada de forma indireta, pelo método hipotético-dedutivo, o trabalho apresenta os diversos conceitos utilizados pela doutrina, os casos típicos e atípicos de exercício de autotutela, bem como os institutos assemelhados de uso admitido e proibido. Após realizar uma análise crítica, identifica e sistematiza os pressupostos de caracterização e os requisitos necessários ao exercício da autotutela pelo particular no direito brasileiro, para, depois, estabelecer os seus limites e, ao fim, realizar a atualização conceitual.

PALAVRAS-CHAVE: Autotutela; Exercício pelo particular no direito privado brasileiro; Atualização conceitual.

ABSTRACT

As the ideas concerning self-defense are mistakenly associated with the use of force, its exercise by an individual would only be allowed when there is urgency and express legal authorization, given that, as such, this would diminish the practice of violent acts. However, due to the increase in the intensity of the certification of facts and the immateriality of the legal interests in dispute, above all, revisiting the institute is pertinent. This work aims to form the concept of self-defense exercised by an individual in private Brazilian law in the current scenario. Through a research-action, carried out indirectly by means of the hypothetical-deductive method, this work presents the diverse concepts used by the scholars, the typical and atypical cases of exercising self-defense, as well as the similar permitted and prohibited institutes. After carrying out a critical analysis, this work identifies and systematizes the characterization premises and the requirements for the exercise of self-defense by an individual in Brazilian law, in order to establish afterwards its limits and, finally, perform a conceptual update.

KEYWORDS: Self-defense; Exercise by an individual in Brazilian law; Conceptual update.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 13
2 CONCEITO DE AUTOTUTELA EXERCIDA PELO PARTICULAR 19
2.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS 19
2.2 ESTUDOS DOUTRINÁRIOS ACERCA DA AUTOTUTELA PELO PARTICULAR 23
2.2.1 Itália 23
2.2.2 México 30
2.2.3 Chile 32
2.2.4 Peru 35
2.2.5 Brasil 36
2.3 CONSTATAÇÕES PARCIAIS 43
2.4 ARREMATE DA SEÇÃO 45
3 EXERCÍCIO DA AUTOTUTELA NO DIREITO PRIVADO 46
3.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS 46
3.2 ARGUMENTOS PARA ADMITIR O EXERCÍCIO DA AUTOTUTELA 47
3.2.1 Previsão expressa do sistema para algumas hipóteses e tolerância para outras não previstas expressamente 47
3.2.2 Impossibilidade de oferta tempestiva e plena de prestação jurisdicional 53
3.2.3 Suficiência da certificação 65
3.2.4 Disputa por bens jurídicos imateriais e aperfeiçoamento das técnicas de realização de direito, mesmo que relacionadas a bens materiais 74
3.2.5 Afirmação da autonomia privada como fonte de obrigações 77
3.2.6 Possibilidade de controle jurisdicional 85
3.2.7 Imposição de respeito às esferas jurídicas 89
3.2.8 Redução de custos para o Estado e para as partes da relação jurídica ... 96
3.3 ARGUMENTOS PARA NÃO ADMITIR O EXERCÍCIO DA AUTOTUTELA 100
3.3.1 Monopolização da atividade jurisdicional 100
3.3.2 Violação ao devido processo legal 108
3.3.3 Exercício da autotutela constituiria estímulo à violência com consequente comprometimento da ordem pública e perturbação da paz social 112
3.4 CONSTATAÇÕES PARCIAIS 125
3.5 ARREMATE DA SEÇÃO 125

4 HIPÓTESES DE EXERCÍCIO DE AUTOTUTELA PELO PARTICULAR NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO 127
4.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS 127
4.2 HIPÓTESES DE AUTORIZADO USO DA AUTOTUTELA PELO PARTICULAR NO DIREITO BRASILEIRO 128
4.2.1 Suspensão de obrigação contratual 128
4.2.2 Extinção contratual 132
4.2.3 Direito de desistência 139
4.2.4 Restrição de crédito 141
4.2.5 Aplicação de penalidades típicas 144
4.2.6 Apropriação de quantias pecuniárias ou de bens em pagamento ou em indenização 146
4.2.7 Retenção 148
4.2.8 Apreensão e retenção de bens para posterior constituição de penhor legal 153
4.2.9 Compensação 157
4.2.10 Expropriação 160
4.2.11 Averbação premonitória 171
4.2.12 Saída de sócio em sociedade por prazo indeterminado 173
4.2.13 Exclusões 175
4.2.14 Desforço imediato para reintegração e para manutenção de posse 183
4.2.15 Corte de raízes e de ramos de árvores que ultrapassem estremas de prédios 188
4.2.16 Ingresso em imóvel vizinho para reparação, construção, reconstrução e limpeza ou para apoderamento de coisas e de animais 190
4.3 HIPÓTESES DE ADMITIDO USO DA AUTOTUTELA 191
4.3.1 Interdição de uso contra condômino ou possuidor antissocial 194
4.3.2 Imissão em posse de bem abandonado 197
4.3.3 Desconto realizado por depositário 198
4.3.4 Expropriação por pacto marciano 200
4.3.5 Aplicação de medidas coercitivas atípicas 204
4.3.6 Realização de direitos potestativos 206
4.3.7 Situações urgentes 207
4.4 CONSTATAÇÕES PARCIAIS 208

4.5 ARREMATE DA SEÇÃO 212
5 INSTITUTOS JURÍDICOS ASSEMELHADOS À AUTOTUTELA 214
5.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS 214
5.2 INSTITUTOS DE USOS ADMITIDOS 214
5.2.1 Legítima defesa 215
5.2.2 Estado de necessidade 222
5.3 INSTITUTOS DE USOS PROIBIDOS 227
5.3.1 Exercício arbitrário das próprias razões 228
5.3.2 Abuso de direito 236
5.3.3 Pacto comissório 238
5.4 INSTITUTOS ESTRANGEIROS ASSEMELHADOS 242
5.4.1 *Acção directa* do direito português 242
5.4.2 *Selbsthilfe* do direito alemão 245
5.5 CONSTATAÇÕES PARCIAIS 247
5.6 ARREMATE DA SEÇÃO 248
6 LIMITES AO EXERCÍCIO DA AUTOTUTELA 249
6.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS 249
6.2 RAZOABILIDADE 252
6.3 PROPORCIONALIDADE 257
6.4 CONSTATAÇÕES PARCIAIS 261
6.5 ARREMATE DA SEÇÃO 262
7 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS AO EXERCÍCIO DA AUTOTUTELA NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO 263
7.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS 263
7.2 APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS E DOS REQUISITOS IDENTIFICADOS PELA DOUTRINA 264
7.3 APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DE OUTROS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS NÃO IDENTIFICADOS PELA DOUTRINA 272
7.4 CATEGORIZAÇÃO E SISTEMATIZAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS E DOS REQUISITOS DA AUTOTUTELA 277
7.5 CONSTATAÇÕES PARCIAIS 279
7.6 ARREMATE DA SEÇÃO 280
8 CONCEITO DE AUTOTUTELA PELO PARTICULAR NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO 281

8.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS 281
8.2 Conceito de autotutela pelo particular no direito privado.....281
8.3 FUTURAS PERSPECTIVAS 286
8.4 ÚLTIMAS CONSTATAÇÕES 288
9 CONSIDERAÇÕES FINAIS 289
REFERÊNCIAS.....293

1 INTRODUÇÃO

Em 2018, um empresário da construção formulou uma consulta a este pesquisador. Queria saber se poderia, apesar da resistência da outra parte da relação jurídica, resolver contrato de promessa de compra e venda de unidade futura sem precisar intentar ação perante o Poder Judiciário. Não lhe resignava o fato de a atividade jurisdicional ser muito custosa e lenta. Acrescentava que preferiria pagar eventual compensação pecuniária em razão de danos morais que viessem a ser reconhecidos, do que ter de suportar o pagamento de elevadas custas processuais e esperar longo período até que ocorresse a efetivação do seu direito.

Sua explicação partia de um raciocínio matemático. Ele defendia que compensaria agir de mão própria, mesmo que o ato praticado fosse considerado um ilícito. Explicou que os prejuízos decorrentes da desvalorização do imóvel pelo seu uso, acrescidos aos valores de eventual inadimplência decorrente do não pagamento de despesas condominiais e de tributos, bem como o não recebimento de aluguéis pelo período da tramitação processual, seriam elevadíssimos, maiores que o pagamento de qualquer indenização por danos morais que viesse a ser imposta por condenação judicial frente àquela situação.

Na época, junto ao Superior Tribunal de Justiça, vigia o entendimento de que, a despeito da disposição legal trazida pelo art. 474 do Código Civil e da existência da expressa previsão em instrumento contratual, a resolução deveria ser realizada perante o Poder Judiciário, a quem caberia verificar a validade da cláusula contratual, a ocorrência do respectivo termo ou condição resolutiva, bem como a regularidade da interpelação remetida, para, só assim, decidir se o direito reivindicado poderia ser realizado de forma regular.

Diante daquela situação de profunda irresignação apresentada pelo empresário, este pesquisador buscou entender o que poderia ser compreendido como ilícito, caso o particular realizasse o seu direito de resolução contratual mediante exercício regular de autotutela.

Contudo, mesmo após prolongada reflexão, detido na análise das razões que impulsionavam diversos outros casos de admitido exercício de direito por mão própria, não lhe veio à mente a identificação de nenhuma razão que justificasse

considerar ilícito o ato de resolução contratual em autotutela, se prevista em contrato e praticada em respeito ao devido processo legal.

Da mesma forma, este pesquisador não compreendeu como o particular poderia ser condenado a pagamento de compensação pecuniária por danos morais se, posteriormente, colocada a resolução contratual sob o controle judicial, fosse constatada a regularidade da cláusula, da verificação do termo ou da condição resolutiva e da interpelação remetida à outra parte da relação jurídica.

A angústia do consulente, inibido de agir em autotutela, parecia ter sentido. Ficava, então, a indagação: o particular, a considerar a orientação do Superior Tribunal de Justiça, não poderia resolver diretamente o contrato firmado, se não encontrasse a concordância da parte adversa da relação jurídica?

Essa narrativa envolve uma história real que teve alguns outros capítulos, os quais serão posteriormente trazidos. Por enquanto, cabe apresentar o primeiro deles, que, associado às diversas provocações trazidas neste trabalho, despertou o interesse no estudo da autotutela exercida pelo particular no direito privado brasileiro, e indagar: os fatos que envolveram a consulta formulada pelo empresário da construção civil poderiam servir à elaboração de um trabalho científico, cuja temática seria a autotutela ou ela se encontraria pacificada e inserida num contexto de extrema repulsa?

Pensar que a autotutela, face à sua repulsa, trazida em diversos estudos, sobretudo de história do direito, de introdução ao direito e de teoria geral do processo, poderia ser considerado um “não tema” para um trabalho científico, constitui erro. É, ao contrário, uma oportunidade. Se um trabalho científico há de contribuir ao enfrentamento de problemas contemporâneos, o pesquisador deve sempre ir além, passando, claro, por caminhos antes percorridos, mas apontando outros novos, nunca explorados.

Entretanto, não cabe ao pesquisador se dedicar a resolver qualquer problema, até porque muitos não guardam importância, e, por isso, não justificam a elaboração de um trabalho acadêmico. O problema deve ser relevante. Sua solução deve servir à sociedade, justificando, inclusive, o largo investimento no (e do) pesquisador, que se dedica, por largo tempo, à coleta de material, à pesquisa, à reflexão, à escrita e à propagação de suas ideias[1]. Inclusive porque, quando a

[1] SOUTO MAIOR BORGES, José. **Ciência feliz**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 46.

pesquisa é voltada à área jurídica, a missão do pesquisador é ainda mais árdua, pois encontra resistência aos influxos da atualidade, já que o direito venera a tradição, as práticas antigas, os rituais e desconfia das mudanças de paradigmas, da superação de dogmas, sendo, em consequência, avesso a rupturas[2].

Tais características, que são próprias do direito, fazem com que alguns institutos fiquem adormecidos por anos, sem qualquer interesse da comunidade científica, só retornando ao campo dos debates quando um cenário de crise estabelece desconforto, a ponto de o pesquisador precisar buscar novas soluções, por vezes, encontradas em antigos institutos[3].

Este fenômeno está a ocorrer com a autotutela exercida pelo particular no direito privado[4]. Se atualizado o seu conceito, a autotutela pode ter uso estimulado, colocando-se como meio adequado de tratamento de conflitos.

Mas, qual seria o atual conceito da autotutela exercida pelo particular no direito privado brasileiro?

Como se mostrará, além de se estar muito longe de haver consenso quanto ao conceito da autotutela exercida pelo particular no direito privado, não havendo, muitas vezes, sequer coincidência de elementos formativos[5], as lições apresentadas a seu respeito estão desatualizadas, sem contextualização ao cenário atual, o que termina por desestimular o seu exercício. Dogmas trazidos da antiguidade, em torno da autotutela, cercados de elementos que lhe dão atributos negativos, ainda são considerados na formação conceitual, transmitindo, por isso, ideação equivocada.

De fato, a concepção em torno da autotutela remonta ao início da civilização[6]. Quando o Estado passou a se organizar de forma mais sofisticada, criando estruturas dedicadas à solução de litígios entre particulares, a utilização e, por

---

[2] Neste sentido: AZEVEDO, Paulo Faraco. **Limites e justificação do poder do Estado**. Petrópolis: Vozes, 1979, p. 52; POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 167; BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 22.

[3] A este respeito: MERÉJE, João Rodrigues. **O Estado de Necessidade**. São Paulo: Editora EDIGRAF Ltda., 1957, p. 09; GUERRA, Alexandre. Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos: **A Eficácia Jurídico-Social como Critério de Superação das Invalidades Negociais**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 142.

[4] A apresentar idêntica perspectiva: SICA, Heitor Vítor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**: passado, presente e futuro. Malheiros, 2013, p. 436; CABRAL, Antônio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. **Civil Procedure Review**, v. 12, nº 2: mai-ago 2021, pp. 69-102, p. 90.

[5] Não é diferente noutros países, a exemplo do que ocorre na Itália, como registra: RICCIARDONE, Angela de Sanctis. **Biblioteca di Diritto Privato Ordinata da Pietro Rescigno**. Itália: Jovene Editore Napoli, 2011, p. 8.

[6] Neste sentido: RICCIARDONE, Angela de Sanctis. **Biblioteca di Diritto Privato Ordinata da Pietro Rescigno**. Itália: Jovene Editore Napoli, 2011, p. 3.

consequência, o interesse pelo exercício da autotutela pelo particular foram relegados. Ao particular, não havia mais sentido realizar diretamente o seu direito, que usualmente se relacionava a bens jurídicos materiais, quando encontrava resistência da parte adversa. Em vez de arriscar sua vida e sua saúde, ao particular, era conveniente apresentar sua questão à solução estatal[7].

Contudo, este anterior cenário, que estimulava a busca do particular pela tutela ofertada pelo Estado, mudou. Uma série de fatores, que serão apresentados no transcorrer deste trabalho, fez com que a jurisdição estatal não fosse sempre atrativa. Além de ter se tornado cara, o particular, para alcançar a solução do conflito pelo Estado, atualmente, precisa aguardar considerável intervalo de tempo[8].

Mas, o que justificaria estudar, hoje, especificamente, o conceito de autotutela exercida pelo particular no direito privado?

A autotutela, regularmente exercida pelo particular, além de rápida e de baixo custo, traz consigo segurança, proporcionada pelo aumento da certificação dos fatos e pela sua associação a direitos relacionados a bens jurídicos imateriais. Essa mudança de contexto em torno da autotutela exercida pelo particular justifica a revisitação do instituto com a atualização do seu conceito[9]. Até porque, não se pode defender e, também, estimular o seu exercício como método adequado de tratamento de conflitos, se os particulares não têm sequer precisão conceitual[10].

Basta dizer que, por tal razão, embora muitas vezes cabível o seu exercício, a autotutela não é utilizada pelo particular ante o receio de cometer um ato ilícito.

Essa renitência guarda contradição à circunstância de, atualmente, existirem diversos casos que podem ser resolvidos pelo particular em justiça de mão própria. Embora muitas sejam as possibilidades de autotutela, são pouquíssimos os estudos voltados à sua conceituação e ao seu exercício[11]. E quando se refere ao seu exercício pelo particular no direito privado, são ainda mais escassas as letras dedicadas à temática.

---

[7] RICCIARDONE, *op. cit*, p. 5.
[8] A respeito: RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 22.
[9] Neste sentido: POSNER, *op. cit*, p. 185; MONTECCHIARI, Tiziana. **Ius singulare e autotutela privata – Contributo allo studio di una categoria**. Collana: Quaderni de Il Foro napoletano, 31. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, Itália, 2019, p. 163.
[10] Neste sentido: MONTECCHIARI, *op. cit*, pp. 29-30.
[11] No mesmo sentido: LAMPIS, Michela. Autotutela pubblica e privata. In: LAMPIS, Michela. PUBUSA, Francesca; PUDDU, Stefania (a cura di) Procedimento, provvedimento e autotutela: Evoluzione e involuzione. **Quaderni di Diritto e processo amministrativo**, 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p.116; MONTECCHIARI, *op. cit*, p. 35

Todavia, por se tratar de método que, como se mostrará, coloca-se como adequado de tratamento de conflitos, a autotutela deve ser alçada à posição de protagonismo, como está a ocorrer em alguns países da Europa, onde o seu exercício pelo particular, por ser questão de elevado interesse social[12], é estimulado.

Logo, a atualização do conceito da autotutela contribuirá para a efetivação de direitos e, quando for introjetada a cultura de realização direta de direito, impor-se-á respeito às esferas jurídicas dos particulares. Esta atividade representará uma ruptura de dogmas, com aderência aos anseios da sociedade contemporânea, que já adianta passo neste sentido, mesmo sem encontrar alicerces firmes, deixando a autotutela de ser uma exceção[13].

A temática deste trabalho é fascinante e, em alguns aspectos, por sua transversalidade, complexa[14]. Estudar um instituto que atravessou épocas diversas até chegar à atualidade, a partir de incursões pelo direito civil, processual civil, administrativo, penal, além de filosofia, de sociologia e de economia, é um desafio.

Para alcançar o objetivo específico proposto, este trabalho fará uma pesquisa-ação, realizada de forma indireta, a partir do método hipotético-dedutivo.

Assim, em seu segundo capítulo, o trabalho apresentará os conceitos de autotutela exercida pelo particular no direito privado, os quais são utilizados em diversos países, sobretudo, mas não apenas, na Itália e no Brasil. A partir daí, identificará, de forma preliminar, os respectivos elementos formativos dos conceitos trazidos pela doutrina.

Depois, no terceiro capítulo, a justificar a viabilidade deste trabalho, mas também a verificar se há outros elementos nucleares da formação conceitual não trazidos pela doutrina, serão apresentados e analisados os argumentos favoráveis e contrários ao exercício da autotutela pelo particular no direito privado.

Em seguida, no quarto capítulo, o trabalho apresentará os atuais casos de autorizado e de tolerado exercício de autotutela pelo particular no direito brasileiro, apontando se os elementos preliminares indicados pela doutrina, que comporiam o

---

[12] Neste sentido: BANDEIRA, Luiz Octávio Vilela de Viana. **Exceção de insegurança no direito brasileiro.** São Paulo: Almedina, 2022, p. 37; ANDRADE, Érico. GONÇALVES, Gláucio Maciel. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Autonomia privada e solução de conflitos fora do processo: autotutela executiva, novos cenários para a realização dos direitos? **Revista de Processo**. vol. 322, pp. 437-476. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 3; LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 187.

[13] Como assim definem vários autores, a exemplo de: CRETELLA JÚNIOR, José. Da autotutela administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, v. 108, p. 47–63. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1972, p. 48.

[14] LAMPIS, *op. cit.*, pp.115-116; MONTECCHIARI, *op. cit.*, pp. 9-10.

conceito de autotutela, são confirmados ou não, bem como se há outros elementos a serem considerados na formação conceitual.

No quinto capítulo, serão apresentados e analisados institutos, de uso permitido e de uso proibido, assemelhados à autotutela. Depois, proceder-se-á à aproximação e à diferenciação entre a autotutela e os referidos institutos, com a identificação dos elementos comuns e dos característicos, mostrando, ainda, como aqueles influenciaram a compreensão e a criação de dogmas em torno da autotutela no direito privado brasileiro.

Já no sexto capítulo, será realizada a identificação dos limites necessários ao exercício da autotutela pelo particular no direito privado brasileiro, nomeadamente porque, ao assim se proceder, aqueles, além de delimitarem a atuação do particular, contribuirão à formação do conceito que é objeto específico deste trabalho, passando a fazer parte dos elementos nucleares.

Após identificados os limites necessários ao exercício da autotutela, seguir-se-á, no sétimo capítulo, com a identificação, a análise, a categorização e a sistematização dos respectivos pressupostos e requisitos, que constitui passo fundamental para, além de conceituar o instituto, facilitar a sua compreensão e a sua utilização.

Por fim, no oitavo capítulo, a partir do que trazido nos capítulos anteriores, o trabalho apresentará o conceito atualizado de autotutela exercida pelo particular no direito privado brasileiro, mostrando que a sua ideação, hoje, é muito diferente daquela tradicionalmente apresentada pela doutrina.

2 CONCEITO DE AUTOTUTELA EXERCIDA PELO PARTICULAR

2.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

A elaboração de um conceito se baseia em processo de captação de dados possíveis de serem absorvidos pela consciência, os quais são processados pelo intelecto, para formar uma ideia que servirá de esquema. O que, do mundo real, adentra no conceito (ideia), constitui o seu objeto[15].

Este processo de elaboração do conceito passa pela identificação do caráter essencial de alguns elementos (nucleares) em relação a outros (considerados secundários), a serem reunidos num espaço único, diverso daqueles já ocupados por conceitos existentes[16].

Tal se dá com o esclarecimento da origem do instituto a ser conceituado, seguido ao apontamento dos fatos da realidade histórico-social-humana (que serão identificáveis da expressão escolhida) e à significação da palavra ante as vivências experienciadas[17].

Depois, afastam-se os significados falsos (aqueles que são isolados ou arbitrários), que não tenham relação com o nome ou com a expressão escolhida, para, finalmente, apontar os traços distintivos, os essenciais e aqueles expressivos do conceito[18-19].

Em razão disso, passo importante para a construção do conceito é, além de estudar os reconhecidos casos de autotutela pelo particular, investigar os institutos

---

[15] VILANOVA, Lourival. **Sobre o conceito de direito.** Escritos jurídicos filosóficos. Vol. 1. São Paulo: IBET/Axis Mundi, 2003, p. 10.

[16] PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Almedina: Coimbra, 2016, p. 13.

[17] Neste sentido: PALMER, Tom. G. **Constituição da liberdade**: um tratado sobre direitos e deveres. Trad. Matheus Pacini. São Paulo: Faro Editorial, 2020, 152. Em semelhante sentido, João Rodrigues Meréje: "Ao abordarmos um tema, devemos inicialmente conceituá-lo, isto é, circunscrevê-lo para uma melhor compreensão, ainda que a título provisório. Para tal teremos de partir das noções vulgares ou comuns, para depois, progressivamente, chegarmos a um conceito exato tanto quanto possível na sua precisão". MERÉJE, João Rodrigues. **A Legítima Defesa**. São Paulo: Editora EDIGRAF Ltda., 1957, p. 12.

[18] DILTHEY, Wilhelm Guillermo. **La essencia de la filosofia.** 2 ed. Buenos Aires: Losada, 1952, p. 76-77.

[19] A propósito: "Uma questão conceitual nunca é apenas uma questão conceitual. O emprego do termo 'autotutela' para designar figuras que vão muito além da extensão útil do conceito gera dois riscos em sentidos opostos. Por um lado, pode desnecessariamente dificultar a aceitação de mecanismos que, embora fundados na autonomia da vontade, não se revistam dos traços essenciais que fizeram da autotutela figura de admissibilidade excepcional. Por outro lado, a generalização do emprego de 'autotutela para designar mecanismos sem aqueles traços essenciais traz o perigo de que se naturalize a aceitação da autotutela propriamente dita, aquela que se reveste de tais atributos, sem que se atine para a diferença de um caso e outro'". TALAMINI, Eduardo; CARDOSO, Eduardo Guskow. Smart contract, "autotutela" e tutela jurisdicional. In: OLIVEIRA, Marco Aurélio Belizze; ALVIM, Teresa Arruda; CABRAL, Trícia Navarro Xavier Cabral (coords.). **Execução civil:** novas tendências. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022, p. 188.

assemelhados, extraindo, deles, os seus elementos de diferenciação, mas também os de aproximação, a fim de estabelecer a sua delimitação no sistema.

Se o conceito jurídico buscado já é existente, ao pesquisador cabe realizar a análise em razão do contexto em que elaborado e da evolução ocorrida. A confirmação do conceito conduz à sua ratificação. Mas, se tal não acontecer, deve-se proceder à sua atualização[20]-[21].

Este trabalho tem como um de seus objetivos específicos analisar o conceito de autotutela pelo particular no direito privado brasileiro. Por isso, neste capítulo, serão apresentados os estudos mais relevantes realizados pela doutrina, até a presente data, e identificados, preliminarmente, os elementos nucleares do conceito.

Logo em seguida, quando apresentado o estado da arte, este trabalho verificará, em razão do contexto atual, considerando, assim, os casos de autorizada e de admitida realização do direito pelo próprio titular, se o conceito de autotutela pelo particular deve ser ratificado ou se ele deve ser atualizado.

Serão, para tanto, confrontados os elementos de formação conceitual extraídos dos estudos doutrinários (que serão neste capítulo a seguir apresentados) com as hipóteses de reconhecido exercício de autotutela pelo particular (a serem apresentadas no terceiro capítulo).

Pelo corte metodológico adotado por este trabalho, os conceitos de autotutela (que servirão ao processo de ratificação ou de atualização) restringir-se-ão às situações em que o exercício do direito é realizado pelo particular no âmbito do direito privado[22].

---

[20] Inclusive (mas não apenas) porque "el derecho positivo, pues, fruto del arbitrio humano es un ente o casa variable, mudable, susceptible de cambio. El derecho es derecho en el tiempo y en un espacio determinado; no existe la vigencia eterna o atemporal del derecho, ni un derecho que carezca de límites espaciales". FERREYRA, Raúl Gustavo. Enfoque sobre el mundo del derecho. Constitución y derechos fundamentales. Internalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional. **Revista sobre ensenãnza del derecho.** Buenos Aires, n. 21, pp. 243/282, 2013, p. 243.

[21] O conceito, quando construído em aderência a momento passado, pode não mais se compatibilizar a situações atuais, sendo necessária sua atualização. Isso apesar da advertência de POSNER: "O direito é, das profissões, aquela que é mais voltada para a história. Para sermos mais exatos, é a profissão que mais volta seu olhar para o passado, aquela que dele mais "depende". O direito venera a tradição, o precedente, o ritual, o costume, as práticas antigas, os textos antigos, a terminologia arcaica, a maturidade, a sabedoria, a experiência que vem com a idade, a gerontocracia e a interpretação concebida como método de resgate dos fatos históricos. Desconfia da inovação, das rupturas, das 'mudanças de paradigma', bem como da energia e do ímpeto dos jovens. Essas atitudes arraigadas são obstáculos para aqueles que, como eu, gostariam de redirecionar o direito para caminhos mais científicos, econômicos e pragmáticos. Ao mesmo tempo, porém, a teoria pragmática do direito tem de se conciliar com a história.". POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 167.

[22] Como ensina Sundfeld (SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 75.), por direito privado, compreenda-se o conjunto de normas jurídicas

Foram escolhidas obras de autores de diversos países, sobretudo (mas não exclusivamente) da Itália e do Brasil, porque são onde se identificam, segundo padrões estatísticos, a maior quantidade e a maior relevância quanto às produções bibliográficas acerca do tema aqui estudado[23].

Especificamente em relação ao Brasil, a escolha das obras relacionadas dá-se também em razão da delimitação espacial adotada por este trabalho, que considera, quanto ao exercício da autotutela pelo particular, especificamente, o direito privado brasileiro.

Antes de proceder à análise do conceito de autotutela, por uma necessária questão também metodológica, identifica-se, aqui, o sentido a ser adotado em relação ao vocábulo, a considerar que, em razão dos seus elementos compositivos, ele é polissêmico.

Afora o sentido mais usual de autotutela, associado à realização de direito pelo seu titular, o vocábulo autotutela é também compreendido como a escolha, pela própria pessoa, no estado de capacidade, de quem será o seu tutor, caso ela venha a se tornar incapaz[24]-[25].

---

destinadas a disciplinar o exercício das atividades privadas (não atribuídas ao Estado como sendo de sua titularidade). Se a atividade foi conferida ao particular, será privada e, em consequência, regulada pelo direito privado. No mesmo sentido, Orlando Gomes (GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil curso de direito civil.** Vol. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 29): "As regras do sistema jurídico de um povo diversificam-se conforme sua finalidade. Relações jurídicas travadas para a ordenação de interesses particulares disciplinam-se por disposições legais que podem ser agrupadas, como tradicionalmente se faz, sob a denominação genérica de direito privado".

[23] Essas conclusões são adotadas levando em consideração aos padrões estatísticos apresentados pelos buscadores. Disponível em: https://www.academia.edu/, https://www.zotero.org/ https://www.mendeley.com/ e https://harzing.com/resources/publish-or-perish. Acesso em 15 dez. 2022.

[24] "El ius resistentiae constituye un modo específico a través del cual se puede manifestar la categoría más general de la autotutela, la cual describe un proceder humano que se dirige a proveer de la protección necesaria a los intereses que le son propios al sujeto, que a su vez son tutelados por este mismo." GARCÍA, Rosa María Morato. **Derecho de resistencia y ejercicio irregular del poder de dirección:** especial referencia a la autotutela indivudual em situaciones de riesco grave e inminente. Tese de Doutorado. Universidade de Salamanca. Salamanca, 2009, p. 315.

[25] Para Eloy Sanchez Torres, "[…] la autotutela, valga estenuevo vocablo, es la manifestación práctica de más acusa la cristalización jurídica del discutido problema de los derechos sobre la propria persona". TORRES, Eloy Sanchez. Una nueva modalidad tutelar. **Revista Critica de Derecho Inmobiliario**. Madrid: Civitas, pp. 345-352, 1928, p. 348. Nas palavras de Rodrigo Sánchez Fernandes, a autotutela constitui "el acto jurídico unilateral revocable, por meio del cual una persona capaz, nombra tutor y su correspondiente substituto, o excluye de manera expressa a determinada persona del ejercicio de la tutela que pudiere corresponderle, en pervisión de algúm accidente, enfermidade o vejez, que traiga como consecuencia la incapacidad". SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Rodrigo. **Designación de tutor em previsión de la incapacidad.** Tese de doutorado. Universidad La Salle. México: 2008, p. 89. No mesmo sentido, dentre outros: SANTIAGO, Rolando Castillo. La autotutela, derecho comparado en México. **Revista Lex da Faculdad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidade Alas Peruanas.** Ano XVII, nº 23. Peru, 2019, p. 174; UGALDE, Carlos Rendón. Fundamentos teóricos y prácticos de la autotutela. **Revista de derecho privado.** Madrid: Cortez, 2015, p. 77; PLO, Laura Murillo. **La autotutela y los poderes preventivos.** Universidad de Zaragoza, 2021, p. 4; VICENTE, Montserrat

A polissemia do vocábulo se dá porque o prefixo “auto” traz o sentido de reflexividade[26-27], enquanto o radical “tutela” significa “proteção, defesa, guarda”[28-29]. Logo, a conjunção do prefixo com o radical, a formar o vocábulo autotutela, tanto pode significar a escolha do próprio tutor, como a realização do próprio direito.

Isso sem contar que a autotutela é vocábulo genérico que encontra espaço em vários setores, expressão jurídica que se associa a institutos que às vezes são muito diferentes uns dos outros, não havendo, por isso, identificação segura de sua natureza e de seus limites, que ainda permaneceram incertos[30-31].

Inclusive, em alguns países, como na Alemanha, na Áustria, na Suíça e nos Estados Unidos, os vocábulos que contemplam o conceito de autotutela, apesar de

---

Pereña. Autotutela y mandato de protección futura em el Código de Napoleón. la ley de 5 de marzo de 2007. **Revista Crítica de Derecho Inmobiliario**, vol. 73, pp. 2235-2253. Madri, 2007, p. 246.

[26] “O prefixo auto é reflexivo: traz sobre o garantido (protegido, defendido, guardado) a própria garantia. Neste sentido, tal reflexividade qualifica a relação sujeito/objecto dessa mesma garantia: o que é garantido é o próprio garante; este garante-se a si mesmo. O tutor é-o de si mesmo, numa tendencial confusão entre sujeito e objecto.” FONSECA, Rui Guerra. **O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública.** Coimbra: Almedina, 2012, p. 244.

[27] “No sentido de acção do próprio sujeito para garantia de si mesmo. Nesta perspectiva se fala, portanto, em tutela do próprio interesse operada directamente pelo próprio interessado.” FONSECA, Rui Guerra. **O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública.** Coimbra: Almedina, 2012, p. 244.

[28] “A expressão tutela, na sua origem latina, significa protecção, defesa, guarda. Se pretendermos atribuir-lhe um significado geral, juridicamente comprometido, embora ainda não institucionalmente concretizado, podemos dar-lhe um sentido de garantia; e garantia de uma situação relevante para o direito. Assim, se tutelar é garantir, o tutor é aquele que garante (que protege, que defende, que guarda).” FONSECA, Rui Guerra. **O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública.** Coimbra: Almedina, 2012, p. 243.

[29] “[...] la tutela, configurata, insieme con la sanzione, quale nota logica del diritto oggettivo, è stata da taluno definita come l'« insieme dei mezzi organizzati dal potere ed eventualmente anche rimessi alla facoltà dei soggetti del diritto, coi quali l'ordinamento giuridico mira a garantire I'imperatività delle norme».” GERI, Lina Bigliazzi. **Profili Sistematici Dell´Autotutela Privata**. Milão: Mvlta Pavcis, 1971, p. 11.

[30] Como afirma Luciana D’acunto, “[...] l’autotutela è concetto ampio e generico che trova spazio in vari settori dell’esperienza giuridica ed espressione in istituti talora molto diversi tra loro, e, anche quando gli sforzi ricostruttivi di autorevoli studiosi hanno riguardato singoli versanti dell’ordinamento giuridico¹, la sua natura ed i suoi confini sono rimasti piuttosto incerti. Tanto è dipeso, e dipende, dalle generali difficoltà definitorie che accompagnano la nozione di «tutela», della quale l’autotutela costituisce speciflcazione2 e dalle forti interferenze ed interrelazioni esistenti fra autotutela ed autonomia privata, che rendono difficile individuarne i reciproci rapporti3. Un peso non secondario nel radicamento di tali incertezze sembra poi da attribuire al gioco di spinte e controspinte sotteso al riconoscimento del fenomeno in esame: all’esigenza di speditezza e duttilità della tutela in vista della sua effettività corrisponde l’evidente preoccupazione che un’eccessiva apertura all’autotutela possa rappresentare un rischio per la preservazione dell’ordine pubblico e della pace sociale.” D’ACUNTO, Luciana. **Recesso e autotutela nei rapporti di consumo**. Collana: Quaderni de IL Foro napoletano - 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 13-14.

[31] Segundo Roberto Flor, “Il termine "autotutela", invece, evoca, oltre che l' "autotutela tecnologica", concetti diversi, fra cui "autotutela privata", "autotutela sindacale", "autotutela amministrativa", "autodichia", autotutela conosciuta dal diritto Internazionale”. FLOR, Roberto. **Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d’autore nell’epoca di Internet.** Un’indagine comparata in prospettiva europea ed inter-nazionale, CEDAM, Padova, 2010, p. 400.

terem pontos concêntricos, compreendem outros significados, circunstância essa que levou muitos a cometerem equívocos conceituais[32].

Este trabalho adstringir-se-á ao sentido habitual do vocábulo autotutela. Por isso, os conceitos que serão apresentados e, em seguida, de uma forma geral, analisados (para fazer a identificação preliminar dos elementos formativos), dizem respeito, especificamente, à realização do direito por seu respectivo titular.

2.2 ESTUDOS DOUTRINÁRIOS ACERCA DA AUTOTUTELA PELO PARTICULAR

A análise do conceito de autotutela, a fim de verificar se ele deve ser ratificado ou atualizado, passa pela apresentação, em ordem cronológica crescente em cada país (para facilitar a compreensão do contexto relacionado), dos estudos realizados sobre o tema até se chegar ao atual estado da arte.

Foram escolhidos escritos de autores de diversos países (concentrados, repita-se, na Itália e no Brasil[33]), sobretudo aqueles considerados mais relevantes (que, como se verá, acabaram, alguns deles, tendo forte influência no direito brasileiro), e que tratam especificamente do tema autotutela.

2.2.1 Itália

a) Massimo Ferrara Santamaria

[32] Miguel Bajo Fernández explica que "la expresión Selbsthilfe no tiene una traducción castellana satisfactoria. La propia expresión alemana carece, en el lenguaje no estrictamente legal, de sentido unívoco. Prueba de ello es que bajo el nombre de Selbsthilfe se incluyeron las causas de justificación en general. Así H. HIRTZ, Die Selbsthilfe im deutschen Strafrecht, Gummersbach, 1931, estudia en tal trabajo la legítima defensa y el estado de necesidad. Y W. KULEMANN, Selbsthilfe, en ZStW, 11 1891, págs 329 y 354 refiere su trabajo a determinados supuestos del derecho de corrección. Hoy, se reserva la expresión para los supuestos de los parágrafos 229 a 231, 561 y 859 del Código civil alemán, J. CORDOBA, en trad. y notas al Tratado de R. Maurach, Barcelona, 1962, pág. 420 la traduce por «autoayuda». J. ORLANDIS, La prenda como procedimiento coactivo en nuestro Derecho medieval, en Anuario de Historia del Derecho español, 1942-3, pág. 84, rechaza la expresión «autoayuda» y prefiere la de «autotutela», «una locución – dice – que se ha introducido en la moderna terminología jurídica y que, a mi entender destaca más claramente lo que constituye su característica peculiar». Sin embargo, la expresión autotutela se presta a equívocos porque puede referirse a la propia designación de tutor para el futuro. Así L. RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, ¿Existe la posibilidad de la autotutela em nuestro Derecho?, en Revista Crítica de Derecho inmobiliario, t. 26, 1953, págs. 349 a 354". FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. **La realización arbitraria del propio derecho.** Santiago: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2019, p. 57.

[33] A Itália é o país onde existe a maior quantidade de escritos sobre o tema, enquanto o México, aquele onde foi escrito o texto de maior relevância (de autoria do professor Niceto Alcalá-Zamora y Castilo). O Brasil, por sua vez, é escolhido por conta do corte metodológico realizado por este trabalho.

Massimo Ferrara Santamaria, expressamente, associa a permissão da autotutela a situações de urgência, quando impossível buscar a proteção de órgãos públicos. Só seria lícito o seu exercício quando impossibilitada ou, pelo menos, dificultada a intervenção de um órgão judicial em tempo útil[34].

A razão para a autotutela privada residiria nas necessidades próximas às do estado de necessidade[35] ou da legítima defesa[36]. Ordem pública e segurança social não seriam incomodadas por quem, para se defender de ameaça atual e injusta, repeliria coerção com coerção, violência com violência[37].

A autotutela deveria ser justa e adequada às circunstâncias do caso. Mas, numa análise abstrata, a autotutela repressiva deveria ser cercada de maiores garantias, relativamente à preventiva, especialmente considerando as colisões de direitos e os casos de emulação ou de abuso doloso de direitos[38].

A apropriação de garantias seria um caso de permitido exercício de autotutela, porque, como afirmaria antigo brocardo, “quem conserva não atenta”[39]. Este mesmo adágio justificaria a autotutela em alguns casos de relações de vizinhança e de relações de convivência conjugal[40].

Também seria possível, em exercício da autotutela; a) o possuidor de boa-fé reter a coisa até a satisfação das benfeitorias; b) o agente comercial reter a entrega de mercadoria até receber o pagamento; c) o depositário reter as coisas que lhe foram depositadas até o pagamento dos seus custos e da sua remuneração[41].

Além disso, o credor do penhor mercantil, na ausência de acordos especiais para a modalidade de venda, poderia, nos termos da lei, proceder à venda das coisas penhoradas para garantir o pagamento do crédito para o qual o penhor não foi prestado (seria uma concretização da exceção do contrato não cumprido)[42].

b) Piero Calamandrei

---

[34] SANTAMARIA, Ferrara. **La giustizia privata**. Jovene: Napoli, 1937, p. 122.
[35] SANTAMARIA, *op. cit.*, p. 118.
[36] SANTAMARIA, *op. cit.*, p. 109.
[37] SANTAMARIA, *op. cit.*, p. 102.
[38] SANTAMARIA, *op. cit.*, p. 109.
[39] SANTAMARIA, *op. cit.*, p. 109.
[40] SANTAMARIA, *op. cit.*, p. 117.
[41] SANTAMARIA, *op. cit.*, p. 121.
[42] SANTAMARIA, *op. cit.*, p. 121)

Para Piero Calamandrei, a autotutela seria própria de uma sociedade primitiva, sem uma autoridade superior capaz de decidir (e de impor sua decisão), em que só existiriam duas formas de resolver os conflitos de interesses entre os cidadãos: o acordo ou o choque violento com uso da própria força[43].

Entretanto, a utilização da força privada, que seria ínsita à autotutela, constituiria a negação de todo o direito e da convivência social pacífica, além do que, deixar aos próprios interessados a missão de resolver por si os próprios conflitos, significaria excluir a possibilidade de uma decisão imparcial[44].

Segundo Calamandrei, só haveria solução pacífica se, dos envolvidos no conflito, fosse subtraído o poder de decisão (porque eles não teriam a necessária serenidade para construir e, depois, aplicar a norma jurídica apropriada), a ser confiado a um terceiro[45].

Com a extensão e o progressivo fortalecimento da ingerência jurisdicional do Estado na defesa dos direitos privados[46], o exercício da autotutela teria sido considerado crime, por decorrência natural do caminhar da história do Estado e da própria civilização humana[47].

Contudo, a proibição do uso da autotutela não seria operante, na prática porque o Estado não ofereceria, para combater toda transgressão a direito, meios mais fortes e mais eficazes do que a força privada[48]. Impor-se-ia, assim, gradual limitação da autotutela[49], mas não a sua extinção.

Calamandrei, em todo momento, associa a autotutela à força privada por parte envolvida no conflito (sendo este um dos fatores pelo qual haveria vedação legal) e, embora não diga expressamente, deixa entender que, quando permitido o uso, existiria associação a situações de urgência[50].

---

[43] CALAMANDREI, Piero. Instituições de Direito Processual Civil. v. 1, 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 189.
[44] CALAMANDREI, *op.cit.*, p. 189.
[45] CALAMANDREI, *op.cit.*, p. 192.
[46] O Estado assumiria diretamente a função de garantir o direito, mediante órgãos próprios investidos de autoridade pública, aos quais os particulares estariam obrigados a recorrer para a composição das controvérsias. CALAMANDREI, *op.cit.*, p. 192.
[47] CALAMANDREI, *op.cit.*, p. 189.
[48] CALAMANDREI, *op.cit.*, p. 189.
[49] CALAMANDREI, *op.cit.*, p. 191.
[50] Ratifica esta conclusão o seguinte trecho, que trata da "Iniciativa pública e iniciativa privada para a observância do direito": "[...] o Estado, diante da concreta inobservância de uma norma jurídica, não reage sempre de uma forma igualmente imediata. [...] A reação do Estado contra a injustiça não tem a mesma rapidez, a mesma energia em todos os casos". CALAMANDREI, *op.cit.*, p. 115.

Seriam exemplos de autotutela a greve e a paralisação. Todavia, elas seriam consideradas ilícitas, pois os conflitos coletivos trabalhistas deveriam ser submetidos à conciliação ou à arbitragem. Por consequência, Calamandrei compreende que a ilicitude do ato (a contrariedade a direito) não descaracterizaria a autotutela.

c) Lina Bigliazzi Geri

Lina Bigliazzi Geri entende que haveria exercício de autotutela nos casos em que o ordenamento jurídico, em razão de expressa previsão, ofereceria aos particulares a possibilidade de obtenção extrajudicial de resultado total ou parcialmente semelhante ao obtido com o julgamento[51].

A par dessa colocação, de necessária correspondência do resultado da ação própria com eventual resultado de decisão judicial que seria construída para o caso concreto, a autotutela, para ser assim caracterizada, não poderia ser um ato ilícito (considerando que o pronunciamento jurisdicional é lícito).

Lina Bigliazzi Geri segue afirmando que a atuação em autotutela se justificaria por uma lesão a direito, que poderia ser efetiva ou potencial. Mas, para restar caracterizada a autotutela, o ato praticado em defesa do direito dependeria da atividade exclusiva do seu titular[52].

Para ser legítima, a autotutela deveria ser praticada nos limites fixados pelo sistema jurídico (a observar, inclusive, a proporcionalidade), sendo, por isso, imprescindível verificar, de tempos em tempos, se o ato continuaria a respeitar as balizas estabelecidas[53].

Em qualquer caso, seria necessário permitir ao juiz rever o "mérito" do ato praticado a pretexto de exercício da autotutela[54]. Logo, mesmo que correspondente, a autotutela, ao resultado do pronunciamento judicial, o exercício do direito de ação deveria ser garantido à parte interessada.

Seriam casos de autotutela: a) suspensão da execução do serviço por alteração das condições contratadas; b) separação entre cônjuges por condenação

[51] GERI, Lina Bigliazzi. Profili Sistematici Dell´Autotutela Privata. Milão: Mvlta Pavcis, 1971, p. 3.
[52] GERI, *op.cit.*, p. 87.
[53] GERI, *op.cit.*, p. 92.
[54] GERI, *op.cit.*, p. 95.

criminal ou por impedimento perpétuo ao exercício de cargos públicos por parte de um deles; c) exclusão do acionista por desqualificação ou por condenação[55].

As partes poderiam estabelecer autotutela contratual (não haveria proibição expressa no ordenamento jurídico). Mas tal não significaria absoluta liberdade[56], inclusive porque haveria casos em que a lei preveria certo esquema típico que permitiria ao interessado obter determinado resultado, situação em que as partes ficariam impedidas de modificar a sua estrutura ou o seu conteúdo[57].

Segue afirmando que a atividade de autotutela (como ocorreria nos atos de transação) poderia se exprimir, por vezes, mediante instrumento de negociação ou nele encontrar a fonte imediata dos poderes atribuídos (mediante indicação no respectivo instrumento)[58].

Inclusive, o negócio de acertamento serviria para eliminar a controvérsia da relação jurídica, com a eliminação da "incerteza" (a fortalecer a observância de suas próprias normas)[59], e, em ocorrendo fora do juízo, ele (assim como a transação) seria expressão típica de autotutela privada[60].

d) Andrea Lepore

Andrea Lepore afirma que a autotutela teria a função de proteger um direito ferido ou potencialmente em perigo[61]. Segundo ele, o monopólio da administração da justiça por parte do Estado deveria ser negado, sendo importante apoiar vigorosamente a ideia de um maior poder de autotutela aos particulares. Isso levaria a uma ampliação da força jurídica e da capacidade do cidadão, numa forma de libertação do poder central[62].

Ratificaria essa ideia o fato de que, atualmente, o quadro histórico-cultural, em comparação ao início do século passado, em que se viveriam um “romance legislativo”, haveria mudado significativamente. Hoje, os valores seriam bem

[55] GERI, *op.cit.*, p. 23.
[56] GERI, *op.cit.*, p. 63-64.
[57] GERI, *op.cit.*, p. 78-79.
[58] GERI, *op.cit.*, p. 6.
[59] GERI, *op.cit.*, p. 7.
[60] GERI, *op.cit.*, p. 3-4.
[61] LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 103.
[62] LEPORE, *op.cit.*, p. 19.

diferentes[63]. Assim, antes de considerar a conduta de um particular como inadmissível, dever-se-ia analisar se sua ação seria legítima, lícita por estar de acordo com o sistema, e se haveria consentimento informado da outra parte da relação jurídica[64].

Andrea Lepore compreende, assim, que a autotutela corresponderia a um ato lícito.

Segue afirmando que a estigmatização da autotutela seria fruto de uma preocupação única: a de não estender excessivamente o instituto para não comprometer a ordem pública e a paz social[65]. Contudo, não se poderia mais aceitar dogmas consolidados acriticamente, aderindo à visão tradicional e definir a autotutela como instituição apenas excepcional[66].

Por isso, defende a possibilidade do uso da autotutela com observância da proporcionalidade e da razoabilidade[67]. Se ultrapassados tais limites, caberia ao juiz, escolher a sanção a aplicar: nulidade (que deveria ser enquadrada como sanção excepcional[68]), indenização por danos, preservação do negócio mediante redução equivalente (da contraprestação), entre outras[69].

Haveria um tipo penal, previsto no artigo 392 do Código Penal Italiano, que puniria todo aquele que, a pretexto de exercer suposto direito, em vez de recorrer à autoridade judiciária, faria justiça arbitrariamente (cometendo ilícito), por meio da violência contra as coisas, ou de violência ou ameaça contra a pessoa[70].

O texto do Código Penal Italiano vedaria comportamentos violentos e arbitrários[71]. Por consequência, seria possível concluir que a autotutela privada poderia ser admitida, desde que não visasse à concretização de comportamento violento e arbitrário[72].

---

[63] LEPORE, *op.cit.*, p. 18.
[64] LEPORE, *op.cit.*, p. 19.
[65] LEPORE, *op.cit.*, p. 21.
[66] LEPORE, *op.cit.*, p. 21.
[67] LEPORE, *op.cit.*, p. 58.
[68] LEPORE, *op.cit.*, p. 141.
[69] LEPORE, *op.cit.*, p. 22.
[70] LEPORE, *op.cit.*, p. 23.
[71] LEPORE, *op.cit.*, p. 23.
[72] LEPORE, *op.cit.*, p. 24.

A ratificar a conclusão de permitido uso da autotutela, segundo Andrea Lepore, o juiz estatal não seria juiz exclusivo de qualquer litígio, já que se admitiria a arbitragem como meio legítimo de solução de conflitos[73].

Em seguida, continua defendendo que a jurisdição civil estatal não seria uma imposição, mas um serviço prestado pelo Estado e colocado à disposição dos cidadãos[74], o qual, mesmo diante de autorizado uso da autotutela, a possibilidade de sua busca (da jurisdição civil estatal) não seria excluída como alternativa[75].

Explica que a cultura de quem viveu em regime ditatorial seria influenciada pela perspectiva de que o Estado deveria controlar tudo e que o campo de ação dos particulares deveria ser limitado[76]. Todavia, num regime democrático, a autotutela privada não seria uma exceção ao sistema[77], até porque nenhuma disposição legal preveria a obrigação de disposição regulamentar expressa de formas de autotutela (isso seria apenas uma leitura costumeira da doutrina e da jurisprudência)[78].

Em reforço a esta conclusão, Andrea Lepore afirma que, se as partes teriam o direito de estabelecer seus próprios regulamentos privados, não se compreenderia por que negar modelos de autotutela para resolver quaisquer disputas de forma "pré-judicial"[79].

Logo, a autotutela, mesmo que não expressamente prevista em lei, deveria ser admitida, mas, desde que conforme razoabilidade e proporcionalidade, e se funcional ao caso concreto[80] (por isso, não seria correto circunscrever as hipóteses de autotutela a uma espécie de "tabela legislativa"). Tal não significaria admitir o fracasso da proteção estatal[81], mas, sim, atribuir aos particulares elementos úteis e rápidos para a resolução de controvérsias[82].

Finaliza sustentando que a autotutela seria uma faculdade[83] a ser exercida em "tempo brevíssimo"[84] cujo objeto nem sempre seria direito potestativo[85-86], além

[73] LEPORE, *op.cit.*, p. 24.
[74] LEPORE, *op.cit.*, p. 26.
[75] LEPORE, *op.cit.*, p. 26.
[76] LEPORE, *op.cit.*, p. 29.
[77] LEPORE, *op.cit.*, p. 31.
[78] LEPORE, *op.cit.*, p. 32.
[79] LEPORE, *op.cit.*, p. 35.
[80] LEPORE, *op.cit.*, p. 45.
[81] LEPORE, *op.cit.*, p. 48.
[82] LEPORE, *op.cit.*, p. 49.
[83] LEPORE, *op.cit.*, p. 53.
[84] LEPORE, *op.cit.*, p. 53.
[85] LEPORE, *op.cit.*, p. 53.

do que não estaria associada necessariamente ao uso da força, nem muito menos teria a urgência como seu pressuposto.

e) Tiziana Montecchiari

Para Tiziana Montecchiari, a autotutela seria método destinado a resolver conflitos entre indivíduos com maior presteza, redução de custos e com desfecho mais certo, porque amparado numa reação rápida, capaz, muitas das vezes, de prevenir futuras disputas[87].

O conceito de autotutela estaria associado à existência de um poder de reação conferido ao titular de direito violado ou ameaçado. Por isso, ela pressuporia uma lesão atual (ou uma exposição atual a perigo) em relação a um interesse relevante para o sistema[88].

Outrossim, a autotutela se caracterizaria pela estrutura unilateral de seu exercício (que não retiraria, no entanto, a possibilidade de existir, quanto à sua previsão, um acordo prévio) e pela sua extraprocessualidade[89] (colocada como alternativa em relação aos procedimentos jurisdicionais de reparação[90]).

Não seria pressuposto, ao exercício da autotutela, a verificação de danos suportados pelo titular do direito, justamente porque aquela buscaria, em razão daquele que é seu objetivo primordial, evitar a experimentação, atribuindo, por isso, a possibilidade de uma postura ativa fora do mecanismo judicial[91].

Para exercício de direito em autotutela, conclui Tiziana Montecchiari, seria necessária expressa autorização legal[92] ou previsão contratual[93].

2.2.2 México

---

[86] De acordo com Salvatore Satta (SATTA, Salvatore. **Direito processual civil**. São Paulo: LZN, 2003, p. 441), potestativos "são os direitos os quais não têm por conteúdo uma pretensão do titular versus a parte contrária, mas, sim, a exaurirem-se facultando à produção de um determinado efeito jurídico, independentemente da vontade daquele que estiver sujeito à alteração".
[87] MONTECCHIARI, Tiziana. **Ius singulare e autotutela privata** – Contributo allo studio di una categoria. Collana: Quaderni de Il Foro napoletano, 31. Napoli: Edizioni Sci-entifiche Italiane, Itália, 2019, p. 164-165.
[88] MONTECCHIARI, *op. cit.*, p. 37.
[89] MONTECCHIARI, *op. cit.*, p. 73.
[90] MONTECCHIARI, *op. cit.*, p. 37.
[91] MONTECCHIARI, *op. cit.*, p. 38.
[92] MONTECCHIARI, *op. cit.*, p. 55.
[93] MONTECCHIARI, *op. cit.*, p. 164-165.

a) Niceto Alcalá-Zamora y Castillo

Para Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, a autotutela, por combinar parcialidade e egoísmo, apresentar-se-ia como deficiente e perigosa, razão por que os sistemas jurídicos, de uma forma geral, proibiriam seu uso. Apenas em situações excepcionais é que a autotutela seria autorizada e, mesmo assim, com um possível controle jurisdicional[94].

A autotutela seria caracterizada pela ação dos sujeitos, às vezes até com luta ou guerra, na tentativa de resolver (ou tentar resolver) o conflito de um com o outro, mediante ação direta, em vez de buscar o Estado por meio do processo judicial[95]. A característica essencial, pois, seria a imposição de decisão tomada por uma das partes contra a outra[96]-[97].

Continua dizendo que, apesar dos seus riscos e da proibição generalizada pelos sistemas, a autotutela somente careceria de razão de existir (ou deveria ser reduzida aos limites do mínimo e do inevitável), a ser considerada um mal (por completo), se a organização do Estado fosse considerada perfeita. Mas, a realidade estaria longe de corresponder a tal perspectiva[98]. A autotutela pelo particular, então, subsistiria, sendo impossível para qualquer Estado sustentar o monstruoso orçamento que resultaria se tentasse submeter todos os litígios (inclusive os mais triviais) à atividade jurisdicional[99].

Mas, isso não significaria ignorar os perigos da autotutela, nem advogar a sua generalização, pois se tal acontecesse, suporia a falência do Estado, incapaz de manter a ordem jurídica no seu território (sem ter, inclusive, o risco de o ofendido que pretende fazer justiça com as próprias mãos seja mais fraco do que o autor do

---

[94] CASTILLO, Nicelo Alcalá-Zamora Y. **Proceso, Autocomposición y Autodefensa Contribuición al Estudio de los fines del Proceso**. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2000, p. 13.
[95] CASTILLO, *op. cit.*, p. 50.
[96] CASTILLO, *op. cit.*, p. 52.
[97] Por isso, afirma: "En resumen: lo que distingue a la autodefensa no es ni la preexistencia de un ataque, que falta en varias de sus formas, ni la inexistencia de un determinado procedimiento, que en ocasiones interviene y hasta podría ser igual al procesal, sino la concurrencia de estas dos notas: a) la ausencia de juez distinto de las partes, y b) la imposición de la decisión por una de las partes a la outra". (CASTILLO, Nicelo Alcalá-Zamora Y. **Proceso, Autocomposición y Autodefensa Contribuición al Estudio de los fines del Proceso**. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2000,, p. 53)
[98] CASTILLO, *op. cit.*, p. 55.
[99] CASTILLO, *op. cit.*, p. 55.

atentado, e longe de obter a reparação do dano sofrido, experimente um novo e mais grave)[100].

Assim, diz Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, o que se tenta destacar é a atual impossibilidade de eliminar a autotutela e algumas das vantagens que ela ofereceria em meio às desvantagens da atividade jurisdicional oferecida pelo Estado. Não seria, então, prudente, fora dos casos em que se causa considerável perturbação social, proibir a autotutela, já que o processo também tem seu custo, sem desprezar que, às vezes, a defesa privada custa menos socialmente e rende mais[101].

Segue indicando os meios de neutralização ("corretivos") dos riscos da autotutela (sendo eles: a processualização para discutir o ato praticado pelo particular; a homologação judicial[102]), realizando a sua classificação (como lícita ou autorizada, tolerada e proibida[103-104-105]) e defendendo que a sentença de homologação do ato praticado em autotutela seria de eficácia declarativa (ou de acertamento), enquanto da que o cassa, condenatória[106].

2.2.3 Chile

a) Jordi Delgado Castro, Diego Palomo Vélez e Germán Delgado

Para Jordi Delgado Castro, Diego Palomo Vélez e Germán Delgado, a violência seria ínsita à tradicional acepção de autotutela[107-108], sendo ela o principal

---

[100] CASTILLO, *op. cit.*, pp. 57-58.
[101] CASTILLO, *op. cit.*, pp. 57-58.
[102] "Por otra parte, los riesgos de la autodefensa se encuentran en parte neutralizados mediante dos correctivos importantes: la que hemos llamado procesalización de algunas de sus formas, y la homologación judicial de otras. No basta, como es natural, con que A afirme haber matado a B en legítima defesa" (CASTILLO, Nicelo Alcalá-Zamora Y. **Proceso, Autocomposición y Autodefensa Contribuición al Estudio de los fines del Proceso**. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2000, pp. 57-58)
[103] CASTILLO, *op. cit.*, pp. 60-61.
[104] Ela não seria uma vingança, porque esta pressupõe um propósito preconcebido e malévolo de simples retaliação. (CASTILLO, *op. cit*, p. 166)
[105] Alguns atos seriam praticados em permitida autotutela, mas que, depois, teriam sido proibidos, a ponto de serem considerados, no atual estágio, como crime. Por isso, algumas formas atuais de autotutela poderiam desaparecer (como aconteceu, por exemplo, com a "vingança de sangue", que um dia foi permitida, mas hoje é proibida). (CASTILLO, *op. cit*, p. 62 e p. 66)
[106] CASTILLO, *op. cit.*, p. 58.
[107] Para o autor, "este tipo de autotutela prohibida por nuestro ordenamiento tiene su antecedente más cercano en el art. 421 del Código Penal español de 1850 que condenaba como delito la realización arbitraria dei propio derecho". CASTRO, Jordi Delgado; VÉLEZ, Diego Palomo; DELGADO, Germán. Autotutela, Solución Adecuada Del Conflicto Y Epossession: Revision Y Propuesta. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte.** Ano 24, nº 2, pp. 265-289, 2017, p. 282-283.

elemento a justificar sua proibição geral como método de resolução de conflito[109], decorrendo daí (e das consequências penais correlatas) a sua má fama[110].

Por isso, sempre se aduziria que, com o avanço da civilização, levou-se a uma preferência pela solução pacífica dos conflitos, cabendo aos particulares abandonar qualquer iniciativa que importasse violência, a qual seria de uso exclusivo do Estado no exercício da atividade jurisdicional[111].

A autotutela, em sua acepção tradicional, teria graves consequências porque nem todas as pessoas estariam em condições de fazer uso dela para defender seus direitos, além do que, em muitas ocasiões, a força utilizada em seu exercício seria superior ao necessário, a ponto de gerar mais tensões para o futuro[112]. Por isso, essa forma de encarar a proibição da autotutela introduziria um viés que inviabilizaria qualquer tipo de ação que envolvesse aquilo que chama de "uso físico".

Contudo, destacam que, a rigor, o que se impede é a violência associada a autotutela e não os objetivos por ela perseguidos[113]-[114]. Em razão disso, afirmam Jordi Delgado Castro, Diego Palomo Vélez e Germán Delgado, parece que haveria concordância na doutrina de que a solução dos conflitos deveria ser efetuada por meios não violentos, não devendo, as ações executadas, serem fomentadas como vingança[115].

E por existirem meios de solução de conflitos que não implicariam violência física, haveria uma tendência em pensar que a autotutela seria imoral, já que não permitiria a igualdade das partes, e que poderia ensejar imposição por medo ou uma situação privilegiada[116]-[117].

---

[108] No mesmo sentido: MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. **Autotutela del accedor y protección penal del deudor.** La realización arbitraria del propio derecho frente a los delitos contra la libertad, la propriedad y el patrimonio. Ediciones Jurídicas de Santiago: Santiago, 2009.

[109] CASTRO, *op. cit.*, p. 265.

[110] CASTRO, *op. cit.*, p. 274.

[111] CASTRO, *op. cit.*, p. 268.

[112] Neste sentido: CASTRO, *op. cit.*, p. 271; VALLESPÍN PÉREZ, David. **El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil.** Barcelona: Atelier, 2002.

[113] CASTRO, *op. cit.*, p. 272.

[114] Segundo o autor, "en ocasiones, el soslayo de la expresión violencia, en favor de otras, quizá nos conduce a generar confusión. Es decir, cuando, por ejemplo, SERRA DOMÍNGUEZ (2008), señala que lo que se prohíbe 'incluso penalmente' es el ejercicio de la acción directa y específica que la realización arbitraria del propio derecho presupone la existencia de un derecho y termina convirtiéndose en un delito contra la Administración de justicia, genera una imagen que puede llevar a confusión. Puesto que, en puridad, lo que se sanciona es la violencia asociada a estos fenómenos y no los objetivos perseguidos con las acciones". CASTRO, *op. cit.*, p. 272.

[115] CASTRO, *op. cit.*, p. 273.

[116] CASTRO, *op. cit.*, p. 276.

Todavia, os autores defendem que seria possível o uso da autotutela em situações urgentes, em que se exigisse uma atuação imediata para evitar um mal maior (porque não daria para esperar a tramitação de processo em tribunal), motivo pelo qual existiriam excludentes na legislação penal[118].

Inclusive, a confirmar a possibilidade de uso autotutela, haveria exemplos dela em diversos sistemas jurídicos, autorizando-se a retenção de equipamentos e de automóveis[119]. Mas, de uma forma geral, haveria proibição de, em autotutela, satisfazer o crédito com a apreensão de bens[120].

No exercício da autotutela, dever-se-ia respeitar a "ausência de violência ou de perturbação da ordem", sendo aconselhável que o credor, na execução material, quando perceber resistência mínima do devedor ou de terceiros, interrompa sua execução[121] para não cometer um crime[122].

Se exercida a autotutela sem violência e sem causar perturbação social, haveria, no máximo, um ilícito civil, e, se baseada em disposição contratual, o ato realizado deveria ser considerado lícito[123]-[124], sem direito, pela parte adversa, de qualquer eventual reparação.

---

[117] No mesmo sentido: WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo. Algunas consideraciones sobre la prohibición del pacto comisorio y el pacto marciano. **Revista Chilena de Derecho Privado**, nº 13, 2009, p. 95-122.

[118] Transcrevem-se as palavras do autor: "El caso más claro de esta manifestación es la institución penal conocida como legítima defensa. Recogida en el art. 10 del Código Penal en sus numerales 4, 5 y 6 permite, al eximir de responsabilidad penal, que las personas que sufren una agresión ilegítima – y siempre que no medie provocación – puedan defenderse, directamente, de forma racional para conseguir repeler aquella agresión. Por tanto, se permite la justicia por la propia mano, probablemente, justificado por la necesidad de actuación inmediata para evitar un mal mayor que, de ninguna manera, pudiera esperar la tramitación ante un Tribunal de Justicia, ni tan siquiera en forma automática. En esta misma línea, podríamos señalar también el estado de necesidad (art. 10, ,° 7, CP) y la obediencia debida o cumplimiento de um deber (art. 10, n° 10, CP). CASTRO, *op. cit*., p. 276.

[119] O autor ainda indica que "la repossession es um institución por la qum un acreedor, generalmumte un bumo o una automotora, toma fiumcamente un bien que había sido adquirido, o sobre elumue recaía un leasing o arrendaumnto común, con el objeto de veumrlo y pagarse con el producto, del mismo modo qumsi se tratara de unumventa al martillo, o en pública subasta, pero siumla necesidad pasar por un Tribunaumde Justicia, ni tramitar un proceso de cognición previo.". CASTRO, *op. cit.*, p. 278. No mesmo setido: MENTSCHIKOF, Soia. Paceful Repossession under the Uniform Commercial Code: A constitutional and economic analysis. **William & Mary Law Review**, Vol. 14, nº 4, 1973, p. 767-786.

[120] CASTRO, *op. cit.*, p. 277.

[121] CASTRO, *op. cit.*, p. 280.

[122] CASTRO, *op. cit.*, p. 283 e p. 286.

[123] Afirma o autor que "El elemento, entonces, que convierte a esta institución en algo prohibido entre nosotros es el empleo de la violencia. De tal suerte que la ausencia de violencia solamente conduciría a un eventual ilícito civil, y en nuestra opinión siempre que aquello derivara de una actividad contractual, no daría derecho a reparación indemnizatoria.". CASTRO, *op. cit.*, p. 284.

[124] Neste mesmo sentido, Garrido Montt: "Esta situación ofrece la posibilidad al titular de un derecho para hacerse justicia de propia mano. Corresponde negar tal eventualidad en el ordenamiento jurídico nacional, por lo menos el empleo de la violencia o de la coacción con tal objetivo, porque hay disposiciones que implícitamente lo descartan". MONTT, Mario Garrido. **Derecho Penal.** Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 153.

Uma concepção moderna de autotutela envolveria necessariamente o despojamento do conceito de justiça pelas próprias mãos, afastando-se sua execução por meio de atos violentos. Se compreendido que esta justiça deveria ser desenvolvida em termos pacíficos cujo objetivo seria evitar os males derivados da aglomeração sofrida pelo sistema judicial civil, dar-se-ia um passo rumo a uma sociedade mais madura, moderna e democrática, que aceitaria que os indivíduos resolvessem suas disputas civis diretamente.

Provavelmente, isso aliviaria os ônus da jurisdição e daria uma resposta rápida e adequada para garantir a melhora do tráfego comercial, ante a expectativa de que o credor reparasse o seu patrimônio caso o devedor não arcasse com o seu pagamento[125].

2.2.4 Peru

a) Marianella Ledesma Narváez

Para Marianella Ledesma Narváez, a autotutela estaria, por vezes, associada ao uso da força para a realização de direito, sendo cabível o seu controle jurisdicional. Contudo, se o exercício da autotutela não afetasse ou vulnerasse bens jurídicos, o ato consequente não precisaria de um controle para garantir a sua validação[126].

Segue defendendo que o efeito final do eventual controle do ato praticado em autotutela se expressará na sua aprovação ou na sua reprovação, com indicação do tipo legal ofendido[127]. Em razão disso, poder-se-ia dizer que a autotutela seria tolerada e, em alguns casos, até expressamente admitida pelo sistema jurídico, a guardar, aí, eficácia e validade[128].

Assim, em resumo, Marianella Ledesma Narváez defende que o ato praticado em autotutela poderia ser submetido ao controle jurisdicional e, quando não violasse direito de outrem, seria considerado válido.

---

[125] CASTRO, *op. cit.*, p. 287.
[126] NARVÁEZ, Marianella Ledasma. Conflicto, Autotutela Y Control Jurisdiccional. **Ius et Veritas**, v. 23, n. 46, p. 204-219, 25 abr. 2013, p. 213.
[127] NARVÁEZ, *op. cit*, p. 213.
[128] NARVÁEZ, *op. cit*, p. 213.

2.2.5 Brasil

a) Pontes de Miranda

Pontes de Miranda afirma que a autotutela seria a aplicação da regra jurídica pelo próprio interessado, em situação em que, quem deveria atender à incidência (da regra jurídica), a ela não atendeu. O interessado, então, colocar-se-ia no lugar do Estado-juiz[129].

Somente se permitiria a autotutela (a substituição do Estado-juiz pelo justiçador no desempenho de atividade típica) nas situações em que concorressem todos os pressupostos necessários (sobretudo a urgência)[130]. Caso contrário, estar-se-ia diante de um ilícito.

A autotutela ocorreria no plano extrajudicial e o justiçador não se substituiria ao devedor, ao obrigado, ou excepto, mas, sim, ao juiz[131]. O titular do direito afirmaria sua titularidade, ou informando o que pensa sobre o assunto, ou exigindo prestação ou exercendo ação, ou exceção[132].

O justiçador não poderia dar, ao que enuncia, eficácia de julgado em causa própria, mas, como acrescenta Pontes de Miranda, poderia lançar mão de todos os meios dispostos ao juiz na distribuição de justiça estatal[133].

Não havendo urgência, não poderia, por exemplo, o proprietário da casa desalojar seu inquilino e o credor apanhar, no patrimônio do devedor, aquilo com que se pague. Nem sequer se permitiria, no direito brasileiro, o arresto e a penhora de mãos próprias[134].

A ideia trazida, então, é de que a autotutela sempre estaria associada a uma situação de urgência, onde o titular do direito poderia realizá-lo em razão de uma deficiência do Estado-juiz em ofertar prestação jurisdicional em tempo considerado adequado.

b) Cândido Rangel Dinamarco

---

[129] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 223.
[130] PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 260.
[131] PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 223.
[132] PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 223.
[133] PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 260.
[134] PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 223.

Para Cândido Rangel Dinamarco, a realização de direito partiu da autotutela e chegou até a jurisdição (em monopólio estatal), passando, antes, por um sistema de arbitragem voluntária, em seguida, pelo *ordo judiciorum privatorum*, e, depois, por uma arbitragem obrigatória[135].

Segundo o autor, quanto mais se reforçaria a organização política, mais se restringiria o uso da autotutela[136]. Por conta disso, a autotutela estaria relacionada às sociedades primitivas, já que seria a mais precária e socialmente perigosa forma de defesa dos interesses privados[137].

Continua afirmando que, na autotutela, cada um faria valer seu interesse na medida de sua força e não de seu direito, sem necessidade de demonstrar a um terceiro desinteressado e imparcial, ou a quem quer que seja, a procedência de sua ação[138].

Cândido Rangel Dinamarco prossegue defendendo que, na autotutela, por um lado, seriam impostos sacrifícios considerados desumanos ou superiores ao débito, e, por outro, permitir-se-ia que o direito de quem não tivesse maior força para arrebatar o adversário ficasse sem proteção[139].

Em arremate, afirma que o sistema de solução dos conflitos internacionais por meio da guerra serviria para demonstrar a precariedade da autotutela[140].

c) Ada Pellegrini Grinover

Para Ada Pellegrini Grinover, a autotutela seria precária e aleatória, porque não garantiria a justiça, mas a vitória do mais forte, astuto e ousado[141]. Enquanto o Estado foi se afirmando, impondo-se frente aos particulares, ele absorveu o poder de ditar as soluções para os conflitos, passando, assim, da justiça privada para a pública.

---

[135] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 31.
[136] DINAMARCO, *op. cit*., p. 31.
[137] DINAMARCO, *op. cit*., p. 30.
[138] DINAMARCO, *op. cit*., 30.
[139] DINAMARCO, *op. cit*., p. 30.
[140] DINAMARCO, *op. cit*., p. 30-31.
[141] GRINOVER, Ada Pellegrini. A Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e uma Nova Modalidade de Autotutela. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 10 – jul./dez. 2007, p. 13)

Surgiu, aí, a jurisdição, como atividade desempenhada pelos juízes, ocasião em que o Estado assumiu todo o poder de dirimir conflitos e de pacificar pessoas[142]. Entretanto, apesar da enérgica repulsa à autotutela como meio ordinário de tratamento de conflitos, para certos casos especialíssimos, a própria lei abriria exceções à proibição[143].

Seriam exemplos de autotutela: o direito de retenção (arts. 578, 644, 1.219, 1.433, inc. II, 1.434 do CC); o desforço imediato (art. 1.210, §1°, do CC); o direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio (CC, art. 1.283); a realização de prisões em flagrante (CPP, art. 301); os atos que, embora tipificados como crime, sejam realizados em legítima defesa ou estado de necessidade (CP, arts. 24-25; CC, arts. 2188, 929 e 930)[144].

A autotutela se justificaria por duas razões: “a) a impossibilidade de estar o Estado-juiz presente sempre que um direito esteja sendo violado ou prestes a sê-lo; b) a ausência de confiança no desprendimento alheio, inspirador de uma possível autocomposição”[145]. Por isso, a urgência (nas obrigações de fazer ou não fazer) seria pressuposto explícito da autotutela[146]. Mas existiriam pressupostos implícitos, sendo eles: a boa-fé, a eticidade, a fustigação do abuso do direito[147].

Ada Pellegrini Grinover esclarece, ainda, que a utilização da autotutela correria por risco e conta do credor (assim como ocorreria com os provimentos de antecipação provisória realizados pelo próprio juiz)[148], destacando que a via judicial permaneceria aberta a quem não se conformasse com o resultado do exercício ou com a forma de exercício do direito, garantido, pois, o controle jurisdicional[149].

Além disso, nas hipóteses em que admitida a autotutela, não haveria ferimento ao contraditório e à ampla defesa, porque seriam garantias a serem exercidas no plano processual[150].

d) Ari Possidonio Beltran

---

[142] GRINOVER, *op. cit.*, p. 13.
[143] GRINOVER, *op. cit.*, p. 15.
[144] GRINOVER, *op. cit.*, p. 15.
[145] GRINOVER, *op. cit.*, p. 15.
[146] GRINOVER, *op. cit.*, p. 18.
[147] GRINOVER, *op. cit.*, p. 18.
[148] GRINOVER, *op. cit.*, p. 18.
[149] GRINOVER, *op. cit.*, p. 19.
[150] GRINOVER, *op. cit.*, p. 19.

Segundo Ari Possidonio Beltran, a autotutela seria a mais primitiva forma de solução de conflitos. Constituiria ato pelo qual alguém procuraria impor a outrem, pela força física (ou dela se valendo), a solução daquilo que chamou de "pendência"[151].

O autor afirma que, não raro, a coação psicológica e moral seriam meios utilizáveis, acrescentando que, "nem sempre, a autotutela encontra sustentação no ordenamento, como o exercício arbitrário das próprias razões, que constitui crime tipificado"[152].

Diante do contexto que apresenta, Ari Possidonio Beltran entende que seriam exemplos de autotutela: a legítima defesa; o jejum prolongado como forma de protesto; as invasões de propriedade; os bloqueios de estradas; as marchas de agricultores; as rebeliões de detentos[153].

Pelos exemplos postos, a autotutela poderia se basear ou não em medidas coercitivas, que poderiam ou não ser lícitas, para realizar um ilícito ou um direito.

Finaliza defendendo que, no desforço imediato (relacionado à manutenção ou à reintegração de posse), os atos de defesa não poderiam ultrapassar o indispensável[154].

e) Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa

Para Eduardo Henrique Oliveira Yoshikawa, a autotutela seria a mais antiga forma de composição de litígios, na qual, um dos contendores, na disputa pelo mesmo direito, subjugaria unilateralmente o outro, a satisfazer suas "necessidades"[155].

Apesar disso, o uso da força, por si só, não caracterizaria a autotutela, porque ela, ao menos em potência, também se encontraria presente no processo jurisdicional estatal[156]. Acrescenta que a impossibilidade de obter em tempo

---

[151] BELTRAN, Ari Possidônio. **A Autotutela nas Relações de Trabalho.** São Paulo: LTR, 1996, p. 25.
[152] BELTRAN, *op. cit.*, p. 26.
[153] BELTRAN, *op. cit.*, p. 26.
[154] BELTRAN, *op. cit.*, p. 31.
[155] YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal.** Atlas: São Paulo, 2010, p. 9.
[156] YOSHIKAWA, *op. cit.*, p. 10.

adequado a tutela jurisdicional e a existência de direito não seriam pressupostos ao exercício da autotutela[157].

Quanto às espécies de conflitos, Eduardo Henrique Oliveira Yoshikawa entende que apenas aquelas relacionadas a crises de adimplemento e de cooperação é que poderiam ser solucionadas pela autotutela, pois, nelas é que a força poderia alcançar a satisfação[158].

Segue afirmando que o poder político dependeria da capacidade de decidir imperativamente e de impor a observância das decisões. Em razão disso, há uma progressiva restrição ao uso da autotutela, sendo natural considerá-la um ilícito penal, como ocorreria no Brasil, em que tipificada como exercício arbitrário das próprias razões.

Apesar de tais razões, subsistiriam, nos sistemas jurídicos, hipóteses de autorizado uso da autotutela, sob a justificativa de impossibilidade de prestação jurisdicional tempestiva[159]. Essa permissão ao uso da autotutela poderia ser explicada mais pelo respeito à tradição do que por sua indispensabilidade[160].

Prossegue dizendo que, para restar caracterizada a autotutela, seria necessária a invasão da esfera jurídica da outra parte, pois o simples exercício de um direito, sem a prática de algum ato que substitua a conduta do outro, fazendo o que deveria ter sido feito (e não foi), não seria suficiente[161].

Da mesma forma, o uso de meios de coação para se tentar obter a satisfação do direito do credor não seria autotutela porque dependeria da colaboração do devedor[162]. Por isso, a autotutela, no atual estágio de desenvolvimento da civilização, representaria sempre uma substituição da atividade jurisdicional[163].

f) Raquel Bellini Salles

Raquel Bellini Salles entende que “a autotutela representa, tradicionalmente, uma ‘suplência’ pelo privado das funções estatais de tutela, e a sua proibição parte

---

[157] YOSHIKAWA, *op. cit.*, p. 10-11.
[158] YOSHIKAWA, *op. cit.*, p. 12.
[159] YOSHIKAWA, *op. cit.*, p. 23.
[160] YOSHIKAWA, *op. cit.*, p. 24.
[161] YOSHIKAWA, *op. cit.*, p. 24.
[162] YOSHIKAWA, *op. cit.*, p. 25.
[163] YOSHIKAWA, *op. cit.*, p. 28.

da pressuposição de que a proteção e o auxílio estatal são, em regra, imediatamente disponíveis"[164].

Todavia, ressalta que, atualmente, em razão da morosidade do Estado na entrega da prestação jurisdicional, a devolução, ao particular, das funções estatais, tem sido prática cada vez mais constante, e "sem caráter subsidiário"[165]. E mesmo que o Estado fosse eficiente na entrega da prestação jurisdicional, seria, além de pertinente, necessário "debruçar-se sobre a autotutela e seu potencial expansivo"[166].

Apesar disso, entende não seria possível o uso da autotutela como a "panaceia de todos os conflitos de interesses", com o abandono das formas tradicionais de tutela legal e dos mecanismos estatais de solução de conflitos[167].

Raquel Bellini Salles lembra que, no Estado Democrático de Direito, não se confundiria autotutela com vingança privada ou com exercício arbitrário das próprias razões. Da mesma forma, não deveria ser compreendida numa óptica voluntarista e individualista típica do liberalismo clássico, com permissão de seu uso sem limites e sem controle[168].

Por isso, não se justificaria, a pretexto de uso da autotutela, realizar "agressão física contra o devedor para que pague uma promissória vencida", como também "o uso da força para pagamento de remuneração por serviços de natureza sexual", assim como "a subtração de coisa alheia para pagamento de dívida"[169].

Da mesma forma, não seria possível "o apossamento da coisa pelo comprador antes do acordo sobre o preço, a retenção pelo empregador de objetos do empregado para satisfazer um crédito e a retirada de cambial da mão do credor para impor compensação"[170].

Acentua que a autotutela possuiria amparo constitucional, especificamente para a proteção à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade[171], defendendo que, mesmo que o Estado fosse eficiente na entrega da prestação jurisdicional, abrir-se-ia, ao próprio titular do direito, a autorização, "sempre que

---

[164] SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 72.
[165] SALLES, *op. cit.*, p. 72.
[166] SALLES, *op. cit.*, p. 73 e 74.
[167] SALLES, *op. cit.*, p. 74.
[168] SALLES, *op. cit.*, p. 74.
[169] SALLES, *op. cit.*, p. 75.
[170] SALLES, *op. cit.*, p. 76.
[171] SALLES, *op. cit.*, p. 81.

necessário e urgente, para autotutelar-se contra qualquer ameaça razoável da sua violação"[172].

Assim, o preconceito ideológico contra a autotutela deveria ser repensado, com redimensionamento e nova fundamentação, em especial no que diz respeito ao seu exercício para a proteção de direitos fundamentais[173].

Lembra, Raquel Bellini Salles, que não se poderia descurar do possível (e, às vezes, até necessário) controle jurisdicional *a posteriori*, "referentemente ao uso arbitrário das próprias razões e ao abuso do direito (a serem viabilizados por via da aplicação de princípios, tais como o da razoabilidade, da proporcionalidade e da boa-fé)". Este seria o remédio para se abrir, em definitivo, o caminho para a aceitação de uma renovada forma de autotutela, apta a se antecipar ou a se complementar a tutela estatal[174].

A autotutela somente seria legítima se praticada em reação a uma lesão ou a uma ameaça de lesão a um interesse merecedor de tutela[175], podendo assumir as funções conservativo-cautelar, resolutiva e satisfativa[176].

g) Eduardo Talamini e André Guskow Cardoso

Para Eduardo Talamini e André Guskow Cardoso, a autotutela consistiria na solução de um conflito pela ação unilateral e direta de uma parte contra a outra[177]. Ela seria fundada num juízo próprio da parte que, colocando-se como juíza do caso[178], agiria de forma parcial para prevalecer um interesse seu, mediante a supressão ou a limitação de bem de vida que vem sendo usufruído ou titularizado pela parte adversária[179].

Em razão disso, a autotutela seria um modo de solução de conflito de interesses, fundada num ato comissivo direto (realizado pelo titular do direito, sem intervenção de terceiros), que pressuporia uma pretensão negada ou insatisfeita.

---

[172] SALLES, *op. cit.*, p. 82.
[173] SALLES, *op. cit.*, p. 82.
[174] SALLES, *op. cit.*, p. 82.
[175] SALLES, *op. cit.*, p. 247.
[176] SALLES, *op. cit.*, p. 336.
[177] TALAMINI, Eduardo; CARDOSO, Eduardo Guskow. Smart contract, "autotutela" e tutela jurisdicional. In: OLIVEIRA, Marco Aurélio Belizze; ALVIM, Teresa Arruda; CABRAL, Trícia Navarro Xavier Cabral (coords.). **Execução civil: novas tendências.** Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022, p. 187.
[178] TALAMINI, *op. cit.*, p. 187.
[179] TALAMINI, *op. cit.*, p. 186.

Seria até concebível uma autotutela preventiva, mas ela pressuporia uma ameaça objetiva e atual de lesão ao interesse a ser autotutelado[180].

Especificam que a autotutela seria exercida pelo particular, mas ressalva que seria até concebível que o ente estatal a exercesse, mas tal só ocorreria quando ele estivesse inserido em uma relação ou em uma situação jurídica em que excepcionalmente se sujeite ao regime de direito privado[181].

Outrossim, entendem que a autotutela poderia ter previsão contratual, embora sua realização fosse unilateral. Acrescentam que, embora, na autotutela, a parte proporcione uma solução egoística, fazendo prevalecer o seu interesse sobre o do adversário, isso não significaria necessária injustiça[182].

Finalizam dizendo que, na autotutela, não haveria necessário uso da força (violência física), até porque, eventualmente, ela poderia operar providências constitutivas ou desconstitutivas[183].

2.3 CONSTATAÇÕES PARCIAIS

A partir dos estudos apresentados, embora não haja unanimidade quanto à necessidade de verificação, nem muito menos, de cumulação, identificam-se, preliminarmente, os seguintes elementos que formariam o conceito de autotutela pelo particular no direito privado: a) prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) constatação de urgência; c) previsão legal ou pelo menos contratual; d) exercício pelo próprio titular do direito; e) associação ao uso de força; f) resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

A apresentação destes elementos formativos do conceito de autotutela, entretanto, é apenas preliminar, realizada exclusivamente com base nos estudos doutrinários trazidos, não se dispensando, além da indicação de outros, suas análises.

Com efeito, embora alguns elementos, como se mostrará, até hoje se justifiquem, outros, indicados pela doutrina, estão relacionados a contexto histórico

[180] TALAMINI, *op. cit*., p. 186.
[181] TALAMINI, *op. cit*., p. 187.
[182] TALAMINI, *op. cit*., p. 187.
[183] TALAMINI, *op. cit*., p. 187.

longínquo[184] e, por isso, arraigados a dogmas construídos por ocasião da concepção inicial do instituto[185], que somente são trazidos até aqui por absoluta falta de análise crítica[186].

---

[184] Segundo Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, "[...] a justiça privada existia, pela rudimentariedade da nascente justiça estatal (justiça de mão própria> justiça estatal)". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 225. Para Ada Pellegrini Grinover, nas fases primitivas da civilização dos povos, quando não existiam leis gerais e abstratas, nem muito menos órgãos estatais com soberania e autoridade para garantir o cumprimento de direitos, quem pretendesse alguma coisa teria, diante da resistência apresentada por outrem, de utilizar a própria força para alcançar a satisfação. GRINOVER, Ada Pellegrini. A Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e uma Nova Modalidade de Autotutela. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 10 – jul./dez. 2007, p. 13. Para Cândido Rangel Dinamarco, em razão do que chama de "razoável probabilidade", quanto mais se reforçaria a organização política, mais se restringiria o uso da autotutela. Por conta disso, o uso da autotutela estaria relacionado às sociedades primitivas, porque seria a mais precária e socialmente perigosa forma de defesa dos interesses privados. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 30-31.

[185] Girolamo Bongiorno, quanto à previsão inicial em texto da autotutela, esceve que: "Le XII tavole prevedevano casi nei quali ai consociati era addirittura consentito fare uso della forza privata per comminare una sanzione di carattere penale. Si pensi al taglione che consentiva al soggetto, che avesse subíto una lesione permanente, una reazione privata tale da arrecare all'oflensore un danno della medesima entità di quello provocato; all'adulterio, che legittimava il manto e il pater familias ad uccidere la donna adultera ed il suo complice, ove fossero stati colti sul fatto; ai casi di fur nocturnus e di fur manifestus in cui all'offeso era consentito di farsi giustizia da sé uccidendo il ladro che si fosse difeso (qui se telo defendit). Si badi che in tutte queste situazioni, prima di esercitare la forza privata, era necessario che l'offeso chiamasse i vicini a raccolta perché prendessero atto di quanto stava accadendo. Altre forme di difesa privata erano lo stato di necessità e la legittima difesa (di sé stessi, del proprio onore o dei propri beni), usualmente considerate come espressioni di autodifesa preventiva; mentre gli interdetti possessoni riguardanti i beni immobili (de vi cottidiana e de vi armata), che consentivano al proprietario di rientrare nel possesso dei propri beni senza l'intervento degli organi pubblici, facevano parte degli atti di difesa privata reattiva. Anche in materia di locazioni e di condominio era accordata una tutela privata, operata direttamente dallo stesso interessato (il locatore poteva cacciare dal proprio fondo il colono resosi moroso nel pagamento del canone, e lo ius prohibendi veniva esercitato senza il ricorso all'autorità giudiziaria). L'uso della forza privata era parimenti consentito al proprietario per recuperare la cosa mobile posseduta illegittimamente da terzi, al retentore per far valere un proprio diritto connesso com il bene ritenuto e al proprietario del fondo nel quale si fossero inoltrati i rami degli alberi appartenenti al fondo del vicino, per un'altezza inferiore ai quindici piedi". BONGIORNO, Girolamo. **L'autotutela Esecutiva.** Milão: A. Giuffrè Editore, 1984, p. 20-21.

[186] Essas omissões decorrem, além do comodismo, como coloca Ripert, usualmente do hábito e da circunstância de ser o direito uma ciência de intenso respeito às tradições. Por diversas vezes, ele passa a ocupar espaços herméticos que desprezam, por completo e, por isso, de forma indevida, fatores que deveriam influenciar na construção de normas jurídicas. RIPERT, Georges. **Evolution et progrès du droit.** Pádua: CEDAM, 1953, p. 2-3. Contudo, o direito deveria estar amplamente aberto aos influxos que impulsionam à modernização dos conceitos. Como destaca Richard Posner, "a forma antiga recebe um novo conteúdo e, com o tempo, até mesmo a forma se modifica para ajustar-se ao significado que lhe foi atribuído". Não se pode, por isso, hoje, continuar conceituando a autotutela pelo particular como "primitiva", da mesma forma como se fazia em época (ou em relação a ela) "primitiva". POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 245. Até porque, afirma Flávia Paiva Ribeiro, o direito "[...] não se deve deixar acomodar aos padrões arcaicos e sedimentados – os hábitos podem e devem ser revistos. É necessário romper tradições mitos e mentalidade conservadoras. O âmbito institucional jurídico não é lugar para dogmas, uma vez que haveria inevitável contradição com a mutabilidade da cultura e da sociedade". RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34. Tal é compreensível, mas não acertado, porque, ao longo de anos, a jurisdição estatal foi colocada como a solução de todos os problemas. Seus satisfatórios resultados, até há pouco apresentados, levaram as pessoas a desenvolver um hábito que terminou por mitigar as críticas. Como ensina Ribeiro, "[...] toda atividade humana está sujeita ao hábito e, quando frequentemente repetida, torna-se um padrão cultural. A jurisdição estatal tem a seu favor um hábito criado ao longo dos anos – ela está incorporada, interiorizada em cada um dos jurisdicionados, estudiosos ou aplicadores do direito –, sendo mais fácil aceitá-lo a aderir a uma cultura nova, como aquela da jurisdição privada". Como o

2.4 ARREMATE DA SEÇÃO

Antes de realizar a análise de todos os elementos conceituais trazidos pela doutrina, a fim de verificar se eventualmente trazem compreensões descabidas ao tempo hodierno, é preciso constatar a viabilidade do presente estudo, o que será feito a partir da apresentação e apreciação dos argumentos favoráveis e contrários ao exercício da autotutela pelo particular.

Em seguida, concluindo-se pela viabilidade do estudo proposto, analisar-se-ão os atuais casos de autorizado e de tolerado exercício de autotutela pelo particular no direito brasileiro, a fim de constatar se os elementos preliminares indicados, que comporiam o conceito de autotutela, confirmam-se ou não, bem como se há outros que devem ser considerados na formação.

A análise dos elementos formativos do conceito de autotutela será apoiada também nas considerações relativas à viabilidade do estudo proposto. É que, verificados os argumentos favoráveis e contrários ao exercício da autotutela, serão realizados enfrentamentos úteis à formação conceitual. Com isso, restará justificado que a precedência necessária não é apenas uma questão de prejudicialidade.

Caso não sejam confirmados os elementos de formação indicados pela doutrina, apontar-se-á para a necessidade de atualização do conceito de autotutela pelo particular no direito brasileiro. E, se verificada a existência de outros elementos necessários à formação do conceito, eles serão relacionados e justificados, a fim de alcançar o objetivo geral deste trabalho.

Estado, na oferta de prestação jurisdicional, apresentava resultados satisfatórios, com distribuição de justiça em tempo razoável e, quando necessária, aplicada de força de forma razoável e proporcional, a autotutela, inserida num cenário antigo, foi relegada a um plano secundário. RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34. Apesar disso, vários representantes da doutrina continuam a assim fazer, como é o caso de Miguel Bajo Fernández: “El derecho de prenda extrajudicial se corresponde a un estadio cultural y social primitivo desprovisto de una organización política desarrollada. «Es un fenómeno - dice general de las sociedades que atraviesan un estadio cultural rudimentario -, en que no há llegado aún a tomar cuerpo una organización poIítica vigorosa con un conjunto de fines comunes de tipo público y de medios propios que aseguren la eficacia de su acción, el que el individuo tenga que procurarse por sí mismo la protección de sus derechos que no puede garantizarle una autoridad pública»”. FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. **La realización arbitraria del propio derecho.** Santiago: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2019, p. 38.

3 EXERCÍCIO DA AUTOTUTELA NO DIREITO PRIVADO

3.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

A apresentação e a análise dos argumentos favoráveis e contrários à admissão da autotutela pelo particular no direito de privado têm dois objetivos primordiais, embora não sejam os únicos.

O primeiro, se realmente forem coerentes os argumentos, é saber se o estudo acerca do tema guarda viabilidade. É que, não sendo possível a superação dos argumentos contrários, há grande probabilidade de o estudo ser inviável ou, pelo menos, de ser necessário um ajuste nos objetivos do trabalho, em especial quanto à formação do conceito da autotutela.

Logo, se os argumentos desfavoráveis, que serão a seguir apresentados, forem insuperáveis, não se poderá ter, como um dos objetivos específicos, o estímulo ao uso da autotutela pelo particular no direito privado. O estudo se adstringiria a construir o conceito buscado, mas, em cumprimento aos objetivos específicos, apontar-se-ia para a inviabilidade do uso mais amplo da autotutela.

O segundo objetivo da análise é verificar se os argumentos favoráveis são, além de aplicáveis, coerentes ao sistema jurídico brasileiro, a se extrair, deles, em caso positivo, elementos nucleares à formulação do conceito buscado, que, por sua vez, serão identificados a partir dos casos de autorizado e de admitido uso de autotutela pelo particular.

Se qualquer dos argumentos favoráveis não for coerente com o sistema jurídico brasileiro, ele, por consequência, deverá ser desconsiderado.

Sendo superados os argumentos contrários e se extraindo, dos favoráveis, elementos nucleares do conceito, poder-se-á cumprir o objetivo geral deste trabalho e sustentar a viabilidade do exercício da autotutela pelo particular, o que constituirá importante contribuição face ao reconhecimento de mais um meio legítimo de proteção e realização de direito com tratamento de conflitos.

Seguir-se-á, abaixo, primeiramente, com a análise dos argumentos favoráveis ao exercício da autotutela. Isso ocorrerá não por tentar se defender o uso da autotutela, mas sim porque a análise deles, além de trazer alicerces ao

enfrentamento posterior, poderá trazer elementos que justifiquem a superação dos argumentos desfavoráveis.

3.2 ARGUMENTOS PARA ADMITIR O EXERCÍCIO DA AUTOTUTELA

3.2.1 Previsão expressa do sistema para algumas hipóteses e tolerância para outras não previstas expressamente

O mais claro argumento para admitir o exercício da autotutela é o da existência de expressa previsão legal para algumas hipóteses trazidas pelo legislador e da própria tolerância, pela jurisprudência, de outras mais, embora elas não estejam expressamente previstas[187]-[188]. Se não fosse possível a realização do direito diretamente pelo próprio titular, o sistema não preveria, nem muito menos toleraria, hipóteses de autotutela[189]. Não por outra razão, há muito, os tribunais ratificam a possibilidade de exercício de direito em autotutela[190].

De qualquer forma, a leitura em torno da autotutela ainda é muito míope. Por ser indevidamente inserida num cenário diferente, costuma-se dizer que ela seria proibida diante da suposta obrigatoriedade de submeter a solução dos conflitos à prestação jurisdicional. Haveria, então, um apregoado impedimento quanto ao uso

---

[187] Quanto ao argumento, é pertinente a lição de Alexandre Santos de Aragão em torno da pré-ponderação realizada a partir do texto legal: "Quando o intérprete se deparar com situações para as quais não exista norma abstrata pré-ponderando os interesses envolvidos, em que não há como se pressupor uma necessária supremacia de alguns desses interesses sobre outros, deve realizar a ponderação de interesses in concreto, à luz dos valores constitucionais envolvidos, que podem pesar, ora em favor de interesses públicos, ora de interesses privados. A prevalência só existiria após a ponderação concreta entre os princípios colidentes. Não haveria, pois, a supremacia antecipada e automática, mas posterior e fundamentada". ARAGÃO, Alexandre Santos de. A "Supremacia do Interesse Público" no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interesses **Públicos versus Interesses Privados:** Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2007, p. 5.

[188] Neste exato sentido, Alvino Lima, inclusive deixando claro que "o adágio, que repudia a aplicação da justiça privada, não é absoluto; a própria lei o desmente em um sem número de seus dispositivos". LIMA, Alvino. **O Direito de Retenção e o Possuidor de Má-Fé.** 2ª ed. São Paulo: LEJUS, 1995, p. 40.

[189] Como afirma Antônio do Passo Cabral: "Todas essas previsões na legislação brasileira denotam que nosso sistema jurídico não é infenso à autotutela, e permite a adoção de métodos de *private enforcement* que apresentam para o indivíduo alternativas de tutela dos direitos de cariz não jurisdicional." CABRAL, Antônio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. **Civil Procedure Review**, v. 12, nº 2: mai-ago 2021, pp. 69-102, p. 91.

[190] A título de ilustração, faz-se referência ao Recurso Extraordinário 223075-1-DF, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 23 de junho de 1998, cujo acórdão foi relatado pelo Ministro Ilmar Galvão, aos RE nº 158.215-RS e RE nº 201.819-RJ e ao AgRg nº 346.501-SP, também do STF, que reconheceram a possibilidade de exclusão de associados, e, por fim, à ADI nº 5135, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, que reconheceu que a restrição de crédito não restringe direitos fundamentais e, por isso, serve de instrumento de autotutela.

da autotutela, o que se contradiz à existência de diversas situações de autorizado exercício. É que, se haveria obrigatoriedade, por disposição constitucional, de tratar os conflitos pela atividade jurisdicional, lei ordinária não poderia autorizar autotutela.

Pior que isso, se houvesse impedimento de ordem constitucional (apresentado como suposta obrigatoriedade de buscar atividade jurisdicional), sequer haveria tolerância à autotutela nas situações em que não existe expressa previsão legal. Mas, não havendo vedação expressa ao exercício da autotutela, e com amparo no art. 5º, II, da Constituição Republicana, a garantir que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", conclui-se, por consequência, que ela está devidamente autorizada[191].

Até porque, a busca pela prestação jurisdicional é uma faculdade. Não constitui uma obrigatoriedade. Um direito pode ser realizado fora de juízo. Se ela fosse uma obrigação, repita-se, lei infraconstitucional não poderia trazer situações de autorizado exercício de autotutela. Por isso, deve-se pontuar, o que é proibido não é a autotutela, mas a sua colocação como uma forma de solução definitiva de disputas (retirando a possibilidade de seu controle pela prestação jurisdicional), ou seu uso relacionado à força (causando perturbação social), como costumava ocorrer na origem do instituto.

Essas razões levam a doutrina a reconhecer que é possível, sim, o exercício de autotutela. E, dentre os seus representantes, há quem se posicione no sentido de que seria possível, às partes, criar, em contrato, hipóteses de autotutela[192].

Quem entende contrariamente, justifica que, na carência de previsão legal expressa, haveria um dever de buscar a prestação jurisdicional[193-194-195], sob pena de cometimento de crime de exercício arbitrário das próprias razões.

---

[191] Neste sentido: CARIMINI, Francesca. Sequestro convenzionale e autotutela. **Collana: Quaderni della Rivista Giuridica del Molise e del Sannio**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italine, 2008, p. 51; RICCIARDONE, Angela de Sanctis. Biblioteca di Diritto Privato Ordinata da Pietro Rescigno. Itália: Jovene Editore Napoli, 2011, p. 32.

[192] Neste sentido: BETTI, Autotutela. **Enciclopedia del diritto**. v. IV. Milão: Giuffrè. 1959, p. 532-533, p. 529 e ss; BIANCA, C. Massimo. **Autotutela** (diritto privato). Enc. dir. Aggiornamento, IV. Milão, 2000, p 134; CARIMINI, Francesca. Sequestro convenzionale e autotutela. **Collana: Quaderni della Rivista Giuridica del Molise e del Sannio**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italine, 2008, p. 43; FONSECA, Rui Guerra. **O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública.** Coimbra: Almedina, 2012, p. 334; LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 19); SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 53 e ss.

[193] Neste sentido: VEDANA, Alexandre Torres. Incorporação Imobiliária e Leilão Extrajudicial. In: VEDANA, Alexandre Torres. **Jurisdição, Crise, Efetividade e Plenitude Institucional.** Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 455-456.

Só que essa conclusão não se compatibiliza com premissa trazida pelo inciso II do art. 5º da Constituição Republicana. Até porque, ensina Orlando Gomes, o "ato ilícito é, assim, a ação ou omissão culposa com a qual se infringe, direta e imediatamente, um preceito jurídico do direito privado, causando-se dano a outrem". Para sua configuração, exige-se a conjugação dos seguintes elementos: "a) a ação, ou omissão, de alguém; b) a culpa do agente; c) violação de norma jurídica de direito privado; d) dano a outrem"[196]. Se não existe norma jurídica a proibir expressamente a autotutela, ela é permitida.

Por isso, como coloca Andrea Lepore[197], a autotutela não pode ser considerada uma exceção ao sistema. É admitida, a par da ausência de expressa vedação, sempre que a ação do justiçador não violar valores protegidos pelo sistema jurídico.

Pensar diferentemente seria ignorar a rápida evolução das relações jurídicas, que exigem tratamento adequado e, por isso, impõem necessária plasticidade ao sistema[198]. Cabe, então, o exercício da autotutela, sempre que não seja proibida e desde que observados os pressupostos e requisitos necessários ao seu exercício.

---

[194] Girolamo Bongiorno revela que essa posição advem de muito tempo: "Ritornando alle originarie situazioni di autotutela va consilerato che nel diritto romano l'esigenza di difendersi da sé era nata dalla posizione di debolezza di uno Stato che, non potendo fare affidamento su organi pubblici, capaci di risolvere le controversie insorte tra i membri della comunità, rimaneva estraneo alla contesa, sia nella fase di cognizione che in quella di esecuzione, anche perché nessun consociato avvertiva l'esigenza di deferirce a terzi la realizzazione del contenuto di un proprio diritto; ma la preferenza per una tutela attuata direttamente dall'interessato continuò a manifestarsi pur quando l'esercizio della funzione giurisdizionale venne affidato agli organi dello Stato, anche se con riferimento a fattispecie rigidamente determinate. Tant'è che fino al diritto post-classico e alla cognitio extra ordinem, in mancanza di un precetto di carattere generale che facesse divieto al singolo di fare ricorso alla autotutela, l'esercizio dell'autorità giudiziaria rimase limitato ad un numero rìstretto di figure tipiche, che costituivano il rivestimento mediante forme legali della difesa privata; in tale lungo arco di tempo il potere di autodifendersi fu esercitato o per conservare lo status quo (c.d. difesa preventiva), ovvero per ristabilire la situazione di fatto compromessa dall'altrui comportamento (c.d. difesa privata reattiva)". BONGIORNO, Girolamo. **L'autotutela Esecutiva.** Milão: A. Giuffrè Editore, 1984, p. 18-20.

[195] Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda aparentemente se posiciona de forma contrária à criação de hipóteses de autotutela, quando afirma que "nem a autonomia da vontade pode estabelecer casos em que se exercite a justiça de mão própria". Todavia, em leitura atenta do seu texto, percebe-se que ele admite, sim, a criação de hipóteses de autotutela quando "o sistema jurídico não a condena". Logo, só em situações de expressa proibição da autotutela, a considerar a norma formada a partir do art. 5º, II, da Constituição, é que ela não pode ser disposta em contrato. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 237.

[196] GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil curso de direito civil.** Vol. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 540.

[197] LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 31.

[198] Andrea Lepore se posiciona no sentido de admitir interpretações extensivas como forma de contemplar novas situações decorrentes da evolução social: "Cio dimostra che anche chi ravvisa il carattere eccezionale dele forme di autotutela, non esclude «la possibilità di una interpretazione estensiva, suggerita dalle nuove esigenze connesse alla progressiva evoluzione dei rapporti sociali e commerciali». Avremmo in questo caso norme

Inclusive, em período atual, vige a Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), reconhecendo presunção de paridade entre as partes contratantes (art. 7º, que incluiu o art. 421-A ao Código Civil) e estabelecendo a intervenção mínima por parte do Poder Judiciário na revisão de cláusulas contratuais (art. 7º, que deu nova redação ao parágrafo único do art. 421 do Código Civil).

Mais que isso, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, em seus artigos 20 e 21, prevê que o juiz deve sempre considerar as consequências práticas do seu ato decisório, evitando, por exemplo, decretação de invalidades que não conduzirão as partes a outro fim que não aquele alcançado pela autotutela.

A lógica, agora, é no sentido de que a intervenção jurisdicional deve ser mínima, diante de um contrato (e das relações jurídicas) que se presume firmado de forma paritária. Só haveria irregularidade se o contrato ensejasse algum ilícito, o que não parece ser, *a priori*, a previsão de hipótese atípica de autotutela.

Não há como se obrigar as partes do conflito a buscar a atividade jurisdicional se a disputa pode ser resolvida sem violência e sem qualquer perturbação social. Seria, no mínimo, a imposição de um ato de poder sem promessa de resultados efetivos que podem ser alcançados pela autotutela.

Em plena época de busca à preservação dos contratos[199] (e das relações jurídicas) paritários, não se pode compreender a razão pela qual não se aceitar a previsão concreta de novas hipóteses de autotutela, que, há alguns anos, jamais poderiam ser previstas pelo legislador, a considerar o contexto existente.

Se o sistema admite a autotutela, se as partes têm liberdade de contratar, se estão preservados os interesses delas e os da sociedade, a conclusão pelo impedimento de previsão de nova hipótese de autotutela constitui unicamente manifestação abusiva de ato de poder[200].

---

eccezionali suscettibili di interpretazione extensiva". LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 106.

[199] Anderson Schreiber faz as seguintes ponderações, que podem ser acrescidas à justificativa encimada: "Atualíssima doutrina refere-se a uma nova perspectiva de exame dos institutos jurídicos que denomina 'perspectiva remediar'. Trata-se, a rigor, de corolário da funcionalização dos institutos jurídicos: a valorização do fim a ser concretizado, em oposição à tradicional abordagem limitada à estrutura, estimula maior preocupação com os mecanismos de realização prática da função. A perspectiva remedial valoriza, portanto, a efetiva concretização dos fins da ordem jurídica, ainda que por mais de uma via, cumulativa ou alternativamente colocadas à disposição do intéprete. Trata-se não propriamente de uma metodologia, mas de um modo de enxergar os. problemas jurídicos, que, conquanto aparentemente simplório, tem propiciado transformações relevantes no tratamento de temas relativos ao Direito das Obrigações". SCHREIBER, Anderson, et al. **Código Civil Comentado.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 784.

[200] Neste sentido, Tiziana Montecchiari: "Le varie ipotesi legali tipiche di autotutela contenute nel codice, citate solo in parte finora, confermano che l'autotutela è ammessa nel nostro ordinamento, come principio generale e si

Como ressalta Raquel Bellini de Oliveira Salles[201], o reconhecimento da autotutela como instrumento de tratamento dos conflitos a partir de sua previsão em contrato constitui "reforço da autonomia privada, da segurança e da confiança na seara contratual". Se há hipóteses típicas de admitido exercício de autotutela, reguladas de forma abstrata, que são intensamente mais conflituosas, não haveria sentido impedir a regulação concreta de situações atípicas, as quais são muito menos conflituosas[202]. Esta posição, além de se alinhar à liberdade estabelecida pelo inciso II do art. 5º da Constituição, concretizam o art. 1º, inciso IV, e o art. 170[203].

E se está, neste trabalho, a inserir também a possibilidade de criação de situações relacionadas à urgência, nas quais a prestação jurisdicional, como se verá, não tem condição de garantir a preservação do direito titularizado por parte integrante de relação contratual, de modo que não há razão para colocar o processo judicial como via de passagem obrigatória.

Como se mostrará, além de se afirmar a velocidade necessária à preservação e à realização de direito e ao tratamento de litígios, o que guarda, também por isso, aderência ao bloco de constitucionalidade, a parte que age em exercício de autotutela em situação de urgência pode ter sua responsabilidade eventualmente elidida[204].

---

sostanzia spesso in una scelta negoziale delle parti di inserire — all'interno del rapporto giuridico costituito — alcune clausole cautelari38 per predisporre una tutela futura contro potenziali inadempimenti, oppure è l'ordinamento che legittima una "difesa" contro un danno ingiusto altrui, come prevede l'art. 2044 c.c., oppure il diritto di ritenzione, l'eccezione di inadempimento, e altre ipotesi su richiamate nel testo". MONTECCHIARI, Tiziana. Ius singulare e autotutela privata – Contributo allo studio di una categoria. **Collana: Quaderni de Il Foro napoletano**, 31. Napoli: Edizioni Sci-entifiche Italiane, Itália, 2019, p. 64.

[201] SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 59.

[202] Oportunas as considerações de Francesca Carimini: "La conferma dell'assunto si rinviene nelle varie ipotesi legali tipiche contenute nel codice, le quali confermano che l'autotutela è ammessa nel nostro ordinamento. L'assenza, in proposito, di una norma di carattere generale, pone all'interprete il compito, non certo agevole, di ricercare una nozione più ampia comprensiva di tutte le fattispecie riguardate dalle singole norme. Sviluppando il ragionamento, vien da domandarsi per quale motivo, se è lecito pattuire la clausola salve et repete, il pactum de non petendo, il recesso, le ca-parre, le decadenze contrattuali, la clausola risolutiva, non dovrebbe essere lecito riconoscere legittimità a clausole atipiche ma ispirate alla stessa ratio e mirate alla stessa finalità". CARIMINI, Francesca. Sequestro convenzionale e autotutela – **Collana: Quaderni della Rivista Giuridica del Molise e del Sannio.** Napoli: Edizioni Scientifiche Italine, 2008, p. 49.

[203] Afinal, "a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o próprio homem escolhe seus comportamentos pessoais". RIVERO, Jean; MOUTOUH Hugues. **Liberdades Públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 8.

[204] Neste sentido: CASTRO, Jordi Delgado; VÉLEZ, Diego Palomo; DELGADO, Germán. Autotutela, Solución Adecuada Del Conflicto Y Epossession: Revision Y Propuesta. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte.** Ano 24, nº 2, pp. 265-289, 2017, p. 276.

Pondera-se, assim, que, nas situações de urgência, nem previsão contratual de sua existência se faz necessária, mas, se houver, haverá maior legitimação ao instituto da autotutela. E mesmo nas situações em que não haja urgência, a liberdade contratual pode, sim, permitir a criação de hipóteses de autotutela.

Mas isso não quer dizer que, nas situações em que não haja urgência, não seja possível exercício de direito em autotutela sem que haja previsão legal ou contratual. Até porque, se, a cada dia, são ampliadas as hipóteses típicas de admitido exercício, compreende-se que há ainda maior tolerância à autotutela atípica[205]. Em verdade, a autotutela, como se mostrará, é sim possível, desde que observados os pressupostos e preenchidos os requisitos de exercício, dentre os quais não se incluem, para todos os casos, a previsão legal ou contratual[206].

O enfoque, portanto, deve ser na admissibilidade, pelo sistema, do modo como se procederá com a realização do direito, e não na generalizada proibição da autotutela[207]. Quando se defende que o sistema impediria o uso de autotutela

---

[205] Neste sentido, Michela Lampis: "La crescita esponenziale delle fattispecie tipiche di autotutela, anche ad opera della legislazione speciale, contribuisce a rafforzare, l'idea secondo cui il fenomeno non è più avversato dall'ordinamento, ma è addirittura da esso riconosciuto e tutelato, e ciò in ragione della disparità che l'esercizio di un siffatto potere, quand'anche attribuito dalla legge, determina all'interno del rapporto giuridico, con conseguente necessità di assicurare adeguate forma di tutela a favore di chi subisce tale potere, attraverso la previsione di limiti — anche intrinseci— all'esercizio dello stesso". LAMPIS, Michela. Autotutela pubblica e privata. In: LAMPIS, Michela. PUBUSA, Francesca; PUDDU, Stefania (a cura di) Procedimento, provvedimento e autotutela Evoluzione e involuzione**. Quaderni di Diritto e processo amministrativo**, 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 126-127.

[206] Embora não seja expressa, neste sentido, Tiziana Montecchiari pondera: "Se l'unico presupposto richiesto dal sistema giuridico è quello per cui l'interesse verso il quale si esercita l'autotutela deve essere espressamente previsto o indirettamente qualificato meritevole di tutela, attraverso i principi e le clausole generali, ciò non significa anche che la fattispecie deve essere "tipica", nel senso che sia corrispondente una specifica condotta nominata dall'interno dell'ordin amento, bensì che l'interesse da proteggere deve essere, anche solo in via generale, previsto dalla legge e assumere valore giuridico". MONTECCHIARI, Tiziana. Ius singulare e autotutela privata – Contributo allo studio di una categoria. **Collana: Quaderni de Il Foro napoletano**, 31. Napoli: Edizioni Sci-entifiche Italiane, Itália, 2019, p. 64.

[207] Em sentido semelhante: Francesca Carimini: "In realtà, pare, che l'unico vero presupposto richiesto dall'ordinamento – e sul quale non si può non concordare – è che l'interesse per il quale si esercita l'autotutela deve essere espressamente protetto dallo stesso ordinamento; con il che non si intende dire che la fattispecie deve essere tipica ossia che la legge deve prevedere espressamente quel determinato comportamento ma soltanto che l'interesse da proteggere deve avere valenza giuridica". CARIMINI, Francesca. Sequestro convenzionale e autotutela – **Collana: Quaderni della Rivista Giuridica del Molise e del Sannio.** Napoli: Edizioni Scientifiche Italine, 2008, p. 50; Érico Andrade *et alli*: "é de se assentar a irrevogável necessidade de procedimentalizar a atuação do credor, como ocorre no âmbito do pacto marciano no direito italiano e na execução extrajudicial das garantias fiduciárias no direito brasileiro, com a regulamentação do passo a passo para a atuação direta do próprio credor, com apuração de valor do bem imóvel, por meio, por exemplo, de laudo a ser produzido por experto neutro e imparcial, com a previsão da forma de devolução ao devedor de eventual excesso, no caso de o bem ser de valor superior ao da dívida" ANDRADE, Érico. GONÇALVES, Gláucio Maciel. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Autonomia privada e solução de conflitos fora do processo: autotutela executiva, novos cenários para a realização dos direitos? **Revista de Processo.** vol. 322, pp. 437-476. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 470.

atípica, afirma-se que tal ocorreria para impedir que a violência (supostamente consequente) ocasionasse atentados contra a ordem pública e a paz social.

Por conseguinte (e como se mostrará com maiores detalhes adiante), fica claro que o impedimento não é da autotutela, mas sim da violência.

3.2.2 Impossibilidade de oferta tempestiva e plena de prestação jurisdicional

A velocidade é colocada como um dos valores mais cultivados pela atual sociedade[208]. A duração dos trajetos das viagens, das aulas, o período necessário a se chegar de "zero a cem" foram sensivelmente reduzidos. A velocidade da leitura, o tempo necessário à sua conclusão [...] foram modificados, sendo as sinopses os livros técnicos mais vendidos e as manchetes acessíveis por smartphones, os conteúdos preferidos.

A própria arquitetura dos prédios mudou, deixando de trazer detalhes, antes vistos pelos pedestres que caminhavam pelas calçadas, mas que, hoje, não são sequer percebidos nem muitos menos apreciados por quem trafega em velocidade, no seu carro, para não perder tempo. Este, o tempo, para muitos, é o bem mais precioso da vida. Por isso, a valorização da velocidade. É ela quem influencia as diversas relações.

Não foi diferente com a formação das relações jurídicas, intensamente acelerada, em especial pela acessibilidade à internet e às plataformas de comércio e de contratos eletrônicos. Como que por uma exigência social, ela foi muito mais rápida. A ansiedade do "ser" e do "ter", bem como do "aparentar ter" e do "aparentar ser", foi tratada pela velocidade. Esta mesma velocidade deve ser aplicada ao tratamento dos conflitos jurídicos entre particulares.

Neste sentido, tenta caminhar o Estado na oferta de prestação de atividade jurisdicional. Ele busca, de forma perene, tornar o tempo de tramitação processual mais exíguo, utilizando, para isso, de várias estratégias. Cria, modifica e até estimula a adaptação de procedimentos, numa perspectiva de torná-los mais céleres[209],

---

[208] BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 50 e ss.

[209] Alberto Lopes da Rosa anota que "a massificação do uso de aparelhos celulares inteligentes (smartphones) criou hábitos na sociedade. A realidade hoje demonstra que através de smartphones é possível celebrar os mais diferentes tipos de transações, como contratação dos mais variados serviços e também a aquisição de bens e mercadorias. Por meio dos chamados aplicativos é possível efetuar compras, realizar transações bancárias, contratar serviços de hospedagem e transporte, dentre outros". ROSA, Alberto Lopes da. Autonomia Privada

sinalizando, assim, que não compactua com o aumento continuado do tempo de tramitação processual[210].

Essa premissa é confirmada pela análise do conteúdo das últimas reformas processuais, cuja maior parte visou a imprimir velocidade, escolhendo, para isso, procedimentos, direitos materiais e grupo de pessoas. E mais: revelou que situações, antes não colocadas como urgentes, passassem a ser, sinalizando, assim, que, em futuro breve, outras também passarão.

Mas, como, sem ocasionar elevação de custos ao Estado, solucionar rapidamente os conflitos que só aumentam?

A autotutela é inserida neste contexto, sendo a impossibilidade de oferta de prestação jurisdicional tempestiva e plena pelo Estado um dos mais recorrentes argumentos utilizados para justificar a justiça de mão própria[211]. Alguns chegam ao ponto de sustentar que, mesmo cônscio da situação de inefetividade da atividade jurisdicional, não haveria interesse do Estado em ampliar o serviço porque, além de

---

Criadora e o Judiciário: o Caso "Uber". **Revista Brasileira de Direito Comercial**. Porto Alegre: LexMagister, v.28, pp. 26-52, abr./maio, 2019, p. 36.

[210] Neste sentido: TREVES, Renato. L'amministrazione della giustizia in Italia: bilancio di uma indagine. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 27, n. 1, p. 96-108, 1997, p. 96.

[211] Neste sentido: GOMES, Magalhães. **Direito de retenção.** São Paulo: Saraiva, 1931, p. 266; LEMOS SOBRINHO, Antônio. **Da Legítima Defesa**. São Paulo: Saraiva & Cia, 1939, p. 29; SILVA, Germano Marques da. **Da Tutela dos Direitos da Acção Directa**. Prêmio da Ordem dos Advogados para Estudantes de Direito, 1968, p. 35; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. **Proceso, Autocomposiõn y Autodefensa**. México: UNAM, 1970, p. 55; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 226; WACH, Adolf. **Manual de Derecho Procesal Civil**. v. I. Tradução de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1977, p. 22; MAGANO, Octávio Bueno. **Direito Coletivo do Trabalho.** São Paulo: LTr Editora, 1993, p. 213; LIMA, Alvino. **O Direito de Retenção e o Possuidor de Má-Fé.** 2ª ed. São Paulo: LEJUS, 1995, p. 41; CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1, 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 191; CARIMINI, Francesca. Sequestro convenzionale e autotutela – Collana: Quaderni della Rivista Giuridica del Molise e del Sannio. Napoli: Edizioni Scientifiche Italine, 2008, p. 51; MURINO, Filippo. **L'autotutela Nell'escussione Della Garanzia Finanziaria Pignoratizi**a – Quaderni di Giurisorudenza Commerciale, 337. Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 67-68; FLOR, Roberto. **Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet.** Un'indagine comparata in prospettiva europea ed inter-nazionale, CEDAM, Padova, 2010, p. 400; MÜLLER, Júlio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017, p. 351; D'ACUNTO, Luciana. Recesso e autotutela nei rapporti di consumo. Collana: **Quaderni de IL Foro napoletano** - 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 9-10; ADDABBO, Stefano. Destrutturazione del pegno ordinario e autotutela satisfattoria dell'interesse creditorio. **Rivista di diritto dell'impresa**. Edizioni Scientifiche Italiane E.S.I. SpA, p.357- 389, 2018; SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 32; MONTECCHIARI, Tiziana. Ius singulare e autotutela privata – Contributo allo studio di una categoria. **Collana: Quaderni de Il Foro napoletano**, 31. Napoli: Edizioni Sci-entifiche Italiane, Itália, 2019, p. 164-165; LAMPIS, Michela. Autotutela pubblica e privata. In: PUBUSA, Francesca; PUDDU, Stefania. Procedimento, provvedimento e autotutela Evoluzione e involuzione. **Quaderni di Diritto e processo amministrativo**, 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p.137.

se exigir elevados investimentos, ensejaria retroalimentação com consequente aumento do quantitativo de processos[212].

Assim, por não conseguir, ou mesmo por não querer, em determinadas situações, ofertar tutela efetiva, o Estado admitiria que o titular agisse de mão própria para alcançar a proteção ou a satisfação do seu direito[213-214-215], porque, agindo de forma imediata, o agente conseguiria preservar sua esfera jurídica em tempo hábil, em razão da necessidade de atos processuais prévios (e necessários)[216].

Não há, por isso, como se eliminar, da vida em sociedade, a realização de direitos em autotutela[217]. Se a justiça estatal é insuficiente, impõe-se o exercício da autotutela, buscada porque a prestação jurisdicional, além de ter elevado custo, nem

---

[212] Até porque, apesar de inalcançável este objetivo, exigir-se-ia, para tentar se aproximar mais dele, a realização de elevadíssimos investimentos, em prejuízo de outros setores de maior essencialidade, como educação, saúde e segurança. Rodolfo de Carmago Mancuso, inclusive, tece duras críticas à política de aumento de investimentos na máquina judiciária, porque, além de gerar retroalimentação do sistema, o orçamento do Estado "é cada vez mais onerado em face das contínuas requisições de verba para custeio e novos investimentos no setor". MANCUSO, Rodolfo De Camargo. A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito. São Paulo, 2009, p. 183.

[213] Neste sentido, Pubusa: "A rafforzare i poteri di intervento dei privati ha infine contribuito l'incapacità dello Stato ad assolvere la sua funzione tutoria. Difatti, colui che lamenta la lesione attuale o potenziale di un proprio interesse esige un intervento immediato, che l'ordinamento giuridico non è però più in grado di garantire. Ecco perché lo Stato, preso atto della propria inidoneità a soddisfare le istanze di tutela dei privati, non opponendosi dinanzi all'uso sempre più ampio e diffuso degli strumenti di autotutela previsti dal codice civile, ha di fatto delegato l'esercizio della funzione tutoria, riconoscendo — implicitamente — al titolare dell'interesse leso il potere di intervenire a tutela dello stesso, e di soddisfarlo in tempi molto più celeri rispetto a quelli generalmente imposti dal ricorso agli ordinari strumenti di tutela giurisdizionale". PUBUSA, Francesca. Semplificazione, dichiarazioni sostitutive, qualità dell'istruttoria ed effettività dell'autotutela. In: PUDDU, Stefania (org.). Procedimento, provvedimento e autotutela Evoluzione e involuzione. **Quaderni di Diritto e processo amministrativo**, 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 137.

[214] Nas palavras de Saba, "[...] o brocado segundo o qual a ninguém é lícito fazer justiça pelas próprias mãos comportaria certa relativização nos casos em que o Estado não consegue resguardar um interesse juridicamente protegido de forma eficaz, sendo, então, subsidiariamente aplicável a defesa privada". SABA, Diana Tognini. **Direito de retenção e seus limites**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 103.

[215] Segundo Pontes de Miranda, "o que interessa é saber-se se, estando compostos os elementos da falta do juízo e da perda ou extrema dificultação do direito, podia ser usada a justiça de mão própria. A resposta é afirmativa". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 226.

[216] Neste sentido, Michela Lampis: "A rafforzare i poteri di intervento dei privati ha infine contribuito l'incapacità dello Stato ad assolvere la sua funzione tutoria. Difatti, colui che lamenta la lesione attuale o potenziale di un proprio interesse esige un intervento immediato, che l'ordinamento giuridico non è però più in grado di garantire. Ecco perché lo Stato, preso atto della propria inidoneità a soddisfare le istanze di tutela dei privati, non opponendosi dinanzi all'uso sempre più ampio e diffuso degli strumenti di autotutela previsti dal codice civile, ha di fatto delegato l'esercizio della funzione tutoria, riconoscendo — implicitamente — al titolare dell'interesse leso il potere di intervenire a tutela dello stesso, e di soddisfarlo in tempi molto più celeri rispetto a quelli generalmente imposti dal ricorso agli ordinari strumenti di tutela giurisdizionale". LAMPIS, Michela. Autotutela pubblica e privata. In: PUBUSA, Francesca; PUDDU, Stefania (a cura di) Procedimento, provvedimento e autotutela Evoluzione e involuzione. **Quaderni di Diritto e processo amministrativo**, 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 137.

[217] Neste sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 232.

sempre é tempestiva[218]. Logo, a velocidade associada à autotutela, em contraposição ao burocrático trâmite do processo jurisdicional, é estímulo atrativo ao seu uso[219], conquanto ela deva se justificar também por outros fatores[220].

Como consequência, a doutrina geralmente relaciona o uso da autotutela a situações de urgência, sendo esta colocada como elemento conceitual[221]. Só estaria legitimado o exercício da autotutela se verificada urgência associada ao direito lesado ou ameaçado. Apesar disso, essa conclusão usualmente apresentada deve ser ponderada, porque nem sempre a urgência é necessária para justificar o exercício de direito em autotutela, como se mostrará adiante.

Todavia, precisam ser superados antigos dogmas relacionados à autotutela[222], com a quebra de grilhões que injustificadamente prendem a doutrina (e a jurisprudência) a um cenário jurídico-social diferente, completamente dissociado

---

[218] Defende Niceto Alcalá-Zamora y Castillo que "la autodefensa sólo desaparecerá el dia en que Estado y divinidad se identifiquen. Mientras tanto, la autodefensa subsistirá, porque el mecanismo estatal dista mucho de ser perfecto y porque es prácticamente imposible que ningún Estado, por grande que sea su potencia económica, soporte el monstruoso presupuesto que resultaría si pretendiese someter a cauces procesales la totalidad de los litigios, inclusive los más nimios, que en su territorio se produzcan (AD.a)". ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. **Proceso, Autocomposiõn y Autodefensa**. México: UNAM, 1970, p. 55.

[219] Como realça Ada Pellegrini Grinover, "as formalidades do processo - no limite necessário a assegurar suas garantias - exigem tempo, e o tempo é inimigo da função pacificadora". GRINOVER, Ada Pellegrini. A Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e uma Nova Modalidade de Autotutela. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 10 – jul./dez. 2007, p. 14. Em razão disso, Leonardo de Faria Schenk ressalta que "a demora no julgamento cria uma instabilidade na situação jurídica das partes, incompatível com a noção de segurança jurídica, valor essencial a toda sociedade democrática". Por isso, "a exigência de uma tutela efetiva dos direitos, entregue em tempo razoável, tem estímulo, entre nós, o fenômeno da desjudicialização". SCHENK, Leonardo Faria. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. Revista eletrônica de Direito Processual, v.2, n.2, 2008, p. 4.

[220] Germano Marques da Silva considera que "[...] não parece também suficiente para justificar a acção directa que a realização do direito possa demorar o tempo necessário para correr um processo. Se assim fosse a justiça privada deveria ser admitida para toda a pretensão de execução imediata. [...] Agora o problema é outro. Trata-se simplesmente de saber se em certos casos não será preferível a justiça privada à justiça pública. A possível vantagem da justiça privada pode resultar de variadas razões e sempre que haja necessidade de uma execução rápida e barata". SILVA, Germano Marques da. **Da Tutela dos Direitos da Acção Directa**. Prêmio da Ordem dos Advogados para Estudantes de Direito, 1968, p. 7-18 e p. 53. Em verdade, como defende Queiroz, "[...] a percepção que o exercício da função jurisdicional é custoso, de prazo incompatível com interesses tutelados e de difícil previsão de resultado, tem provocado uma expansão da autotutela contratual, na busca da defesa de interesses pelos contratantes, legitimamente estabelecidos e expressos nos contratos e cuja interpretação e controle deve feita à luz da ordem constitucional". QUEIROZ, Ana Alice Lima. **Retenção Pecuniária e Autotutela nos Contratos Empresariais.** 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2017, p. 23-24.

[221] Neste sentido: SANTAMARIA, Ferrara. **La giustizia privata**. Napoli: Jovene, 1937, p. 122; CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1, 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003, p.115; GRINOVER, Ada Pellegrini. A Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e uma Nova Modalidade de Autotutela. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 10 – jul./dez. 2007, p. 18.

[222] Por dogma, compreenda-se "a adesão acrítica a um sistema de verdades estabelecidas, cuja validade não se questiona, e de cujo conteúdo ideológico, que oculta a realidade, geralmente sequer se suspeita". MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**: conceito, objetivo, método. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 143-144., acrescentando-se que ele [o dogma] "atravessa a história das ideias como uma verdade absoluta que se pretende erguer acima de qualquer debate" LYRA FILHO, Roberto. **Para um direito sem dogmas**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1980, p. 12.

da realidade que deveria ser considerada. Não cabe negligenciar o impacto da aceleração impulsionada até por previsão constitucional, mantendo-se, contra o exercício da autotutela, impedimentos próprios de outra realidade[223].

Numa perspectiva moderna, não é mais permitido aceitar acriticamente dogmas consolidados, aderir à visão tradicional e definir a autotutela como uma instituição excepcional[224]. Até porque, se antes, a disputa era de bens materiais, prevalecendo o uso da força em razão da ausência de Estado, este, hoje, além de ser provido por fortes estruturas e de ter desenvolvido novas técnicas de tratamento de conflitos, os bens litigiosos, em grande parte, são imateriais.

Associado a isso, há uma sociedade que chega até a adoecer quando não se imprime velocidade, inclusive porque constata a possibilidade de garantir, mesmo neste cenário de aceleração, maior segurança e controle de atos praticados em autotutela, numa perspectiva muito diferente daquela encontrada no período utilizado pela doutrina para trazer o seu conceito, a colocá-la supostamente como "aleatória".

O século XXI é o da tecnologia, do pragmatismo e da velocidade. A urgência não passa a ser requisito necessário à tomada de decisões, mas um valor a ser cultivado porque ínsito à cultuada velocidade. E isso não quer dizer que, comparativamente a momentos históricos anteriores, haja, por conta do emprego da velocidade, redução da segurança. Ao contrário. Embora a velocidade, inclusive na tomada de decisões, tenha sido aumentada exponencialmente, o seu uso faz-se permitir justamente porque a intensidade da certificação dos fatos aumentou na mesma proporção[225].

---

[223] Assim se posiciona Andrea Lepore, ao escrever especificamente sobre o uso da autotutela em tempos atuais: "Tuttavia, non si può negare che il quadro storico-culturale è mutato. Ragion per cui risulta arduo continuare ancóra a sostenere simili argomentazion in maniera preconcetta, alimentare simili paure, trascurando l'impatto dell'applicazione dei pricípi dela Carta fondamentale, e dunque l'avvento di uma nuova távola dei valori, assai diferente da qella di inizio secolo scorso o dai mores e dalle leges romance". LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. Quaderni della Rassegna di diritto civile. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 18.

[224] São palavras de Andrea Lepore: "Sí che, in una prospettiva piú moderna, non è piú consentito accogliere acriticamente «dogmi consolidati, aderire alla visione tradizionale, e contigura[re] l'autotutela come un istituto eccezionale". LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. Quaderni della Rassegna di diritto civile. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 21.

[225] Foi por isso que a mitigação de determinadas garantias em razão do aumento da segurança das relações passou a fazer parte do cotidiano. Como detecta Heloísa Carpena, "a modernidade passou a atribuir, como exigência à velocidade das contratações, efeitos negociais a uma série de comportamentos sociais, bastando a simples inserção de moeda ou ficha em "máquina de vender" (permita-se a literal e deselegante tradução para vending machinês), por uma criança, para que se considere aperfeiçoado o contrato, inobstante o fato de um dos contratantes não possuir capacidade para os atos da vida civil e o outro, frequentemente, não poder ser

Logo, além de ser segura em razão da certificação dos fatos, a autotutela, por sua rapidez, é necessária. Hoje, ou se conceitua a autotutela[226] (e se sistematiza o seu uso), deixando claro que ela não se restringe às situações expressamente previstas em lei, ou esta será adotada com risco de, em alguns casos, ser aleatória, unicamente porque, ao passo que se mostra necessária, não há indicação adequada de conceito, de limites, de pressupostos e de requisitos[227].

Diante de um risco virtual de violação ou de perecimento do direito, em razão do cálculo em predição do tempo de tramitação processual (ou de apreciação de medidas de urgência), a inseri-lo numa situação de urgência, o titular adotará atos de realização (ou de conservação) de seu direito, mesmo que em situações não tipificadas. O mesmo ocorrerá nas situações não associadas à urgência, porque, repita-se, a sociedade atual cultiva a velocidade dentre os seus valores.

Contudo, pelo amplo desconhecimento em torno do conceito da autotutela pelo particular, o titular do direito arriscará ser condenado a indenizar prejuízos e até de responder criminalmente pelo exercício arbitrário das próprias razões. Assim, também por esta razão, a conceituação (e a sistematização) do instituto da autotutela é, no mínimo, conveniente, a considerar que, verificados os pressupostos e respeitados os requisitos e os limites, proporciona a proteção e a realização de direito, além de justo tratamento de conflito.

---

identificado à primeira vista". CARPENA, Heloísa. **Abuso de Direito nos Contratos de Consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 32-33.

[226] Neste sentido: Érico Andrade: "Certo que, como destaca a doutrina italiana, trata-se de dotar o ordenamento jurídico, dentro de certas condições, de instrumentos mais céleres e ágeis, com menor custo, para realização direta, fora do processo, de direitos de crédito em contexto de inadimplemento e que podem ser denominados de 'autotutela executiva'. Considerando as dificuldades e a lentidão do processo executivo para realização dos direitos de crédito, poder-se-ia ter um antídoto eficaz para tutela do crédito, com o uso desses mecanismos de autotutela executiva". ANDRADE, Érico. GONÇALVES, Gláucio Maciel. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Autonomia privada e solução de conflitos fora do processo: autotutela executiva, novos cenários para a realização dos direitos? **Revista de Processo**. vol. 322, pp. 437-476. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 3; Angelo Luminoso: "Meno frequente è invece la constatazione che in un ordinamento come il nostro, caratterizzato da procedure individuali e collettivi di espropriazione forzata farraginose e infinitamente lunghe, ciò che si fa sentire quotidianamente, con conseguenze pratiche gravissime che si arradiano nel tessuto dell'intero sistema economico, è la mancanza di un adeguato sistema di strumenti legali e convenzionali di autotutela esecutiva". LUMINOSO, Angelo. Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva. **Rivista di Diritto Civile**, v. LXIII, n. 1, p.20-32. Padova, 2017, p. 20.

[227] Os conceitos de autotutela, justamente por serem construídos levando em consideração a momentos históricos absolutamente diferentes, desprezam a existência, hoje, pela sociedade contemporânea, de uma significativa valorização da velocidade, mesmo em situações não consideradas urgentes. Essa constatação foi confirmada por Luiz Fux, que, ao afirmar que "aspiração social é a da justiça urgente", registrou: "O processo hodiernamente se encontra sob o crivo da efetividade dos direitos que reclama realizabilidade prática, satisfatividade plena e celeridade. Essa dissintonia entre o processo e as novas exigências revela uma crise, capaz de ser solucionada com novos instrumentos, diante desse fenômeno dos novos direitos ou novos anseios". FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência** - Fundamentos da Tutela Antecipada. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 306.

Logo, se o Estado não cumpre sua promessa de resolução de conflitos, ele deve tolerar o uso da autotutela[228]-[229].

Tiziana Montecchiari, referindo-se à constituição italiana (mas com coerência à constituição brasileira), registra que a proteção, absorvida pela garantia do julgamento justo, não pode se limitar apenas à proteção processual, que, na realidade contemporânea, está em evidente crise[230].

O uso da autotutela, pois, precisa ter uma concepção ampliada, para além das hipóteses expressamente admitidas.

Entretanto, há quem enfrente a temática da ampliação da autotutela e se posicione de forma contrária, conquanto não apresente argumentos sustentáveis. É o caso de Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa[231], que, embora reconheça que o processo não mais atende às expectativas dos jurisdicionados, afirma que a solução seria melhorá-lo e não permitir a justiça de mão-própria, a qual seria uma "solução egoísta ao melhor estilo 'cada um por si e Deus por todos'".

O autor não aponta, porém, como se poderia melhorar o processo, esquecendo que, apesar das várias reformas ocorridas nos últimos anos, a atividade jurisdicional continua a atentar contra a razoabilidade temporal. Ele também esquece, por outro lado, da significativa ampliação, ao longo dos últimos anos, dos meios de certificação, bem assim da permanente possibilidade de eventual controle jurisdicional que legitimam o exercício de direito em autotutela.

---

[228] Apontando para este sentido: António Menezes Cordeiro: "Ao abandonar os cidadãos à sua sorte, o Estado terá, pelo menos, de lhes reconhecer o recurso à autotutela" CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. 2º V.: Direito das obrigações. 3º t.: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 492; Germano Marques da Silva: "Em todos estes casos, a justiça pública não garante eficazmente o meu direito e, por isso, se quer garantir-se o direito, torna-se indispensável permitir a actuação da justiça privada. Isto é, no momento em que falta a força dos poderes públicos, é que a defesa privada pode ser eficaz, enquanto a justiça pública não o seria, há necessidade de actuação da justiça privada para evitar a inutilização prática do direito. É uma aplicação do provérbio vulgar: a necessidade não tem lei". SILVA, Germano Marques da. **Da Tutela dos Direitos da Acção Directa**. Prêmio da Ordem dos Advogados para Estudantes de Direito, 1968, pp.14-15.

[229] Flávia Danielle Santiago Lima afirma: "a justiça para assegurar, com eficácia, rapidez, simplicidade e economia, certos direitos, permite o uso da justiça privada, não só na defesa do interesse particular, como do interesse público". E conclui: "deixá-los desprovidos desta segurança é muito mais nocivo do que assegurá-lo dentro de normas que admitam, regulem e justifiquem a justiça privada". LIMA, Flávia Danielle Santiago; ANDRADE, L. D. **Repercussão geral em sede de recurso extraordinário**: seletividade 'à moda da casa' no Supremo Tribunal Federal. Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça, v. 2, p. 20-41, 2016, pp. 32-33.

[230] MONTECCHIARI, Tiziana. Ius singulare e autotutela privata – Contributo allo studio di una categoria. **Collana: Quaderni de Il Foro napoletano**, 31. Napoli: Edizioni Sci-entifiche Italiane, Itália, 2019, p. 163.

[231] YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal**. Atlas: São Paulo, 2010, p. 126.

Além disso, o autor não traz à tona casos cotidianos, que hoje superlotam o Poder Judiciário, com a insistente resistência apresentada por litigantes habituais em questões, que, objeto de julgados vinculantes, poderiam ser tratados celeremente, sem nenhum contato físico entre os particulares e com considerável segurança. Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa, como se percebe, em sua perspectiva que se apresenta descontextualizada com a realidade, ignora que existe uma crise irreversível da justiça civil advinda da incapacidade do Estado de oferecer tutela efetiva, com soluções rápidas e aderentes às necessidades da sociedade civil, à vista da excessiva quantidade de relações firmadas[232].

Isso tem contribuído sobremaneira para aumentar o número de conflitos, que surgem em ritmo contínuo, justamente numa sociedade de novos interesses e de novas necessidades, que não se compatibilizam ao modelo tradicional de tutela, a sobrecarregar, assim, a função judiciária[233]. É, como se justificará, preferível que, nos casos em que o Estado não consegue sequer ofertar prestação jurisdicional tempestiva para reafirmar sua posição em relação a questões (mas não apenas neles), seja permitida, ao titular, a proteção e a realização de seu direito em autotutela.

Não sendo assim, estar-se-ia a impor que, mesmo a quem teve seu direito claramente violado, tenha sempre de buscar o longo, e muitas vezes intempestivo, caminho do processo judicial. Enquanto isso, por apego a dogmas descabidos à realidade contemporânea, quem claramente violou ou ameaçou direito de outrem, continuaria em posição confortável, a desprezar as esferas jurídicas alheias[234].

---

[232] Rodrigo Fernandes Rebouças ressalta que "o denominado fenômeno da Internet, embora extremamente recente se comparado com a evolução da humanidade pós revolução industrial, resultou em profunda e rápida evolução dos meios de comunicação global, tendo relevante impacto na forma de realização de inúmeros negócios jurídicos e certamente com um crescimento exponencial, empregando uma velocidade no trato das relações jurídicas nunca vista antes na história da humanidade e seus respectivos reflexos nos negócios jurídicos, especificamente quanto aos contratos firmados por meio eletrônico. Nas estimativas do Governo Federal, o Brasil, terá mais de 70 milhões de lares conectados à Internet". REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos eletrônicos:** formação e validade – aplicações práticas. São Paulo: Almedina, 2015, p. 17.

[233] Informações contidas no discurso de Pasquale Ciccolo (2017), Procurador-Geral do Tribunal de Cassação Italiano, proferido na Assembleia Geral da Corte. Disponível em: https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Intervento_deL_Procuratore_Generale_dott_Pasquale_Ciccolo.pdf. Acesso em 19 jan. 2021.

[234] Em fundada crítica, afirma Rodolfo de Carmargo Mancuso: "Entendimento diverso ficaria na contramão do quanto vem sendo historicamente sinalizado pelo legislador, ao positivar diversos elementos de contenção, ora preordenados a prevenir a formação dos processos, ora a obstar seu prosseguimento, ora a sumarizar seu curso: a súmula de caráter persuasivo, operando como "precedente na uniformização da jurisprudência" (CPC, art. 479), instituto depois reforçado com o alvitre da assunção de competência (CPC, art. 555 e § 1°); a antiga argüição de relevância no juízo de admissibilidade do recurso extraordinário ao STF (EC O1/69, art. 119, § 1º)".

Seja como for, ao se impedir que o particular aja em autotutela, mesmo quando o Estado não consegue ofertar jurisdição em tempo oportuno, alimenta-se uma grave incongruência. Impõe-se a busca pela prestação jurisdicional, que, por sua vez, é incapaz de solucionar todos os conflitos surgidos. Acontece que, se a garantia da prestação jurisdicional em tempo razoável é direito fundamental[235] (e portanto, autoaplicável), o Estado, ao não a realizar, deve permitir que o particular realize ou proteja seu direito em autotutela. Quando o Estado impede que o particular tutele seus próprios interesses, ele viola, além do direito de ter prestação jurisdicional efetiva, em acréscimo, diversos outros, que, inclusive, podem ser considerados também fundamentais[236].

Para dar coerência ao sistema, afastando a incongruência apontada, não sendo cumprido (ou possível de ser cumprido) o direito de prestação jurisdicional em tempo razoável, o Estado, especialmente em situações de urgência, não deve impedir sua realização pelo titular do direito. Este é um comportamento compatível com a Constituição. Incompatível é o Estado deixar de ofertar tutela tempestiva e impedir o exercício da autotutela pelo titular do direito em disputa[237], pois essa situação, além violar o direito de acesso efetivo à prestação jurisdicional, estimula a violação à esfera jurídica do particular e estimula o litígio.

Não bastasse isso, a imposição de obrigatória busca à prestação jurisdicional ocasiona gravíssimo efeito colateral, pois, como acentua Rodolfo de Camargo

---

MANCUSO, Rodolfo De Camargo. A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito. São Paulo, 2009, p. 188.

[235] Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni: "Para resumir, basta evidenciar que há direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e preventiva. A compreensão desses direitos depende da adequação da técnica processual aos direitos, ou melhor, da visualização da técnica processual a partir das necessidades do direito material. [...] tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela". MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. rev. e atual. São. Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 142-143.

[236] E o que é pior, como será mostrado adiante, com signos direcionados a uma desvirtuada interpretação, o Estado acaba, de certa forma, por inibir o exercício da autotutela. Por isso, Nuno Santos Neves, há muito, registrou: "Ficamos, assim, diante desta incongruência chocante: o Estado coíbe, considera crime, fazer justiça pelas próprias mãos (Código Penal, arts. 163, 164 e 345) e afirma, quase como uma consequência, que 'a todo direito corresponde uma ação que o assegura' (Código Civil, art. 75) mas contém no seu sistema legal, hipótese em que a pessoa só pode fazer justiça por seu alvedrio, por sua conta e risco (Código Civil, art. 160 n.° II)". NEVES, Nuno Santos. **O Estado de necessidade no Direito Civil**. Oficina Técnica de Vitória: Espírito Santo, 1958, p. 148.

[237] Luciana D'Acunto ressalta que, antes, é do interesse do consumidor, mas também do mercado e, pelo menos abstratamente, do vendedor, ter a possibilidade de ser fácil e rapidamente liberado da obrigação contratual no caso de não cumprimento persistente. D'ACUNTO, Luciana. Recesso e autotutela nei rapporti di consumo. **Collana: Quaderni de IL Foro napoletano** - 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 202.

Mancuso[238], estimula uma cultura demandista, alimentada por irrealista garantia, minimizada apenas pela impositiva realização, pelas partes, de acordos insatisfatórios que, muitas vezes, chegam até a ser ruinosos, servis apenas para rechear os números de "conciliações" realizadas[239].

Por todas essas razões, dentre outros, Raquel Bellini Salles[240], após apontar a irreversível crise de funcionalidade dos processos judiciais, defende que "se veja com menos suspeita e maior favor não apenas os modelos legalmente disciplinados de autotutela executiva, mas também novos tipos de defesa privada, especialmente se originados do prévio consenso do devedor", mesmo que não haja urgência associada.

Não se está aqui a cultuar a velocidade por si, como se fosse o único argumento de justificação da autotutela[241], mas não se pode negar que ela é colocada como impulso a uma nova reflexão acerca de antigo instituto em razão das aspirações sociais hodiernas[242]. Se a velocidade é um valor, a autotutela, por proporcionar célere realização de direito, é legitimada, sobretudo (mas não apenas) pela verificação de situações associadas à urgência.

Mas, mesmo que não haja urgência associada, o que ocorre em diversos casos típicos de exercício de autotutela, como se mostrará adiante, não se pode tolerar que o direito seja ameaçado ou violado sem se possibilitar a rápida reação de seu titular. Não seria coerente o Estado, às vezes até por sua intencional inércia,

---

[238] MANCUSO, Rodolfo De Camargo. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo, 2009, p. 167.

[239] E continua Mancuso: "Esse ambiente marcadamente contencioso acaba redundando num perverso círculo vicioso, ou num jogo de soma zero, donde só resultam perdedores: a organização da Justiça, que não tem mãos a medir em face da pletora crescente de processos; o Estado, cujo orçamento é cada vez mais onerado em face das contínuas requisições de verba para custeio e novos investimentos no setor; o jurisdicionado, que se frustra ao receber uma resposta judiciária de baixa qualidade: defasada, custosa e imprevisível; enfim, a sociedade como um todo, ao constatar, desolada, que a promessa da ubiqüidade da justiça (CF art. 5°, XXXV) é meramente retórica, não guardando aderência à realidade brasileira". MANCUSO, Rodolfo De Camargo. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo, 2009, p. 183.

[240] SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019, pp. 337-338.

[241] Embora se reconheça que, "diante de tamanha importância da velocidade, o direito – que tem um tempo próprio – na sociedade pós-industrial não é mais o único ou o mais importante meio de transformação ou controle social". BECKER, L. A. **Execuções especiais:** SFH – SFI – Alienação Fiduciária – Crédito Rural e Industrial. Malheiros: São Paulo, 2002, p. 375.

[242] Em sintonia, Raquel Bellini de Oliveira Salles: "Meios alternativos de solução de controvérsias, e a própria autotutela que se defende neste trabalho, teriam a função precípua de reduzir o inchaço da máquina judiciária. Mais do que isso, e antes disso, referidos mecanismos surgem e crescem a partir da necessidade de se reconhecer à autonomia privada possibilidades efetivas de atuação em defesa de interesses legítimos, assegurando-se um sistema mais amplo de tutela de direitos. O colapso da máquina judiciária é, assim fator que contextualiza e impulsiona o movimento de desjudicialização, não seu fundamento". SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais.** Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 37.

impor que o particular suportasse situação indesejada justamente por não conseguir (ou não querer) prestar jurisdição tempestiva.

Apesar disso, as ideias a serem desenvolvidas em torno de autotutela não devem se descuidar da preservação de cenário de necessária segurança jurídica e de impedimento à prática de atos violentos por qualquer das partes, sobretudo aqueles que atentem contra a ordem pública e a paz social[243]. A autotutela, embora constitua mecanismo a reduzir os males do tempo, só alcançará sustentação se for inserida num contexto de segurança e que seja intolerante à violência[244].

Considerando a absoluta impossibilidade de se controlar todos os atos de violação ou de ameaça a direito, provocados principalmente pela intensa multiplicação das relações jurídicas na sociedade atual, o intérprete, em vez de estimular o acesso indiscriminado à prestação jurisdicional (que não é do interesse nem do próprio Estado[245]), deve, desde que preenchidos os pressupostos e observados os requisitos, bem como respeitados os limites de exercício, estimular a autotutela.

Em caso de eventual abuso, será possível, em prestação jurisdicional, a reparação dos danos e até o desfazimento do ato.

Estimulado o uso da autotutela, serão invertidos os efeitos decorrentes do retardo da prestação jurisdicional, retirando-os daquele que se encontra numa situação de urgência ou até mesmo de evidência quanto à violação, ou à ameaça de seu direito, e transferindo-os à outra parte da relação jurídica, que, muitas vezes, deseja mesmo a judicialização.

E essa postura afirmativa não estimulará a prática indiscriminada de atos que não se reconheça como de autotutela, especialmente porque eles poderão, além de

---

[243] Por isso, não são procedentes as críticas formuladas por Joel M. Gora, segundo as quais a preocupação com a velocidade, daqueles que defendem a autotutela, não poderiam suprir outras diversas garantias proporcionadas pelo devido processo legal. GORA, Joel M. **Due Process of Law**. Lincolnwood: National Textbook Company, 1985, p. 7.

[244] Angelo Luminoso defende que a autotutela seria um antídoto à lentidão do processo judicial: "le considerazione appena svolte mostrano che, nella attuale realtà processuale – di fronte ai moderni risultati ottenuti, quanto alla riduzione dei tempi del processo esecutivo, mediante le numerose riforme approvate negli ultimi tempi –, un efficace antidoto rispetto alla lentezza delle procedure di espropiazione forzata potrebbe essere rappresentato dall'impiego diffuso di strumenti di autotutela esecutiva, sia nella forma dell''autodifesa satisfattoria consensuale' sia in quella della 'esecuzione forzata in autotutela'.". LUMINOSO, Angelo. Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva. **Rivista di Diritto Civile,** v. LXIII, n. 1, p.20-32. Padova, 2017, p. 21.

[245] Tanto que, conforme lembra Rodolfo de Camargo Mancuso, "se fosse possível, ou desejável, a acessibilidade franca e liberalizada à Justiça estatal, o próprio ordenamento não excogitaria desses e de outros tantos filtros e elementos dissuasórios". MANCUSO, Rodolfo De Camargo. A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito. São Paulo, 2009, p. 188.

configurar crime, ser controlados. A tendência, diferentemente, será de sensível redução ao abuso do direito de defesa, cujo maior álibi, hoje, como se costuma observar, é justamente a demora da prestação jurisdicional. Retarda-se a realização de direitos, mesmo ciente das suas existências, para se usufruir deles ou para se tentar impor a realização de acordos desvantajosos ao titular.

E quando se aponta para o possível estímulo ao uso da autotutela, não se está eliminando o direito de defesa, nem mesmo o cerceando, mas, apenas fazendo com que ele seja exercido de forma séria. O uso da autotutela certamente seria um fator de desestímulo ao abuso, forçando que o direito de defesa seja exercido de forma responsável.

Por isso, quando Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa[246], com base em passagem absolutamente descontextualizada de texto de autoria de José Ignácio Botelho de Mesquita, retirada de artigo científico intitulado "Limites ao Poder do Juiz nas Cautelares Antecipatórias", afirma que o direito de defesa ficaria suprimido pela realização de direito em exercício da autotutela, ele comete equívoco.

Com efeito, a autotutela não elimina a defesa do direito porque não se afasta o controle jurisdicional[247]. Pelo contrário. O estímulo ao uso da autotutela passa ao lado da possibilidade de controle jurisdicional, mas impondo uma litigância responsável, cabendo, a quem entender por questionar o ato praticado, a assunção imediata dos custos processuais, ficando impossibilitada de usufruir, durante (e após) o curso do processo, de direito titularizado por outrem.

Como a autotutela pode ser realizada em afirmação à necessária velocidade, sem descurar do respeito à segurança jurídica e sem violência[248], não se deve

---

[246] Segundo Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa, "não há a menor dúvida de que o que realmente toma tempo ao processo é a defesa do réu, mas daí a achar que a supressão da defesa do réu possa representar solução para a melhoria do processo vai uma enorme distância e só faz sentido para quem não deseje, do processo, outra coisa senão que acabe logo". YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal.** Atlas: São Paulo, 2010, p. 2010.

[247] Em tom semelhante, a expressão de Raquel Bellini Salles: "O direito pode e deve responder às demandas da contemporaneidade reforçando a segurança e a confiança no âmbito contratual, na medida em que a autotutela possibilita aos contratantes meios de prevenção ou de reação, extrajudiciais e imediatos, a uma lesão a interesse juridicamente protegido, sem prescindir, caso necessário, do ulterior controle judicial, que deve ser criteriosamente adequado". SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais.** Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 379.

[248] Logo, também é improcedente a afirmação de Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa, segundo a qual "um certo grau de 'ineficiência' é o preço (nunca muito caro) que se paga pelo Estado de Direito, como já perceberam há algum tempo os estudiosos do processo penal e apenas recentemente se dão conta os estudiosos do processo civil". Afinal, nenhum preço deixa de ser caro, quando ele precisa ser pago por quem teve ser direito violado ou ameaçado. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal.** Atlas: São Paulo, 2010, p. 128.

impor, ao titular do direito, a assunção de ônus descabidos pela ineficiência do ou pela política de Estado.

Se, há algum tempo, principalmente desde o início da vigência da Lei nº 10.444/2002, a execução mudou, passando a ser realizada ao interesse do titular do direito (credor), a autotutela deve seguir mesmo rumo[249].

Por isso que Raquel Bellini Salles, após justificar que a autotutela possui amparo constitucional, especificamente para a proteção à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, ressalta que, atualmente, em razão da morosidade do Estado na entrega da prestação jurisdicional, a devolução, ao particular, das funções estatais, tem sido prática cada vez mais constante, e sem caráter subsidiário[250].

Essa concepção em torno da autotutela é um largo passo a se repensar a suposta obrigatoriedade de acesso à prestação jurisdicional. Permitir, num primeiro momento, a análise de conflitos que podem ser objeto de autotutela, com a modificação do ônus relacionados à busca da prestação jurisdicional, não constitui nenhuma violação a direito fundamental, mas, diversamente, concretização de diversos outros colocados em apreciação e que não são realizados em tempo hábil.

3.2.3 Suficiência da certificação

A suficiência da certificação proporciona um contexto de maior segurança para tomada e controle de decisões, sejam elas havidas no plano processual ou no plano extraprocessual. Embora não seja apresentada pela doutrina, a suficiência da certificação serve de argumento para justificar a admissão do exercício da autotutela pelo particular no direito privado.

Essa conclusão é ratificada por algumas evidências ocorridas nos últimos anos, como, além da criação de novas hipóteses típicas de autotutela: a previsão legal de cada vez mais títulos executivos extrajudiciais, que, a despeito da ausência de prévia atividade jurisdicional, consideram que os fatos relacionados são passíveis

---

[249] O art. 612 do Código de Processo Civil de 1973 já previa que, "ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados".

[250] SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 72.

de serem certificados com segurança[251]; a edição de vários precedentes vinculantes por tribunais superiores e locais, a partir de novos institutos disponibilizados pelo legislador, que legitimam a adoção de determinado comportamento[252].

A segurança proporcionada pela certificação está relacionada especialmente: ao desenvolvimento e à popularização da tecnologia[253-254]; à confiabilidade dos suportes destinados à realização de registros; ao aumento quantitativo dos registros dos fatos jurídicos; à repetitividade de situações jurídicas, as quais alguns dos conflitos relacionados foram antes colocados à solução jurisdicional.

Em alguns casos, os negócios firmados pelas partes podem até ser registrados em plataformas consideradas muito seguras, com baixíssimo risco de corrupção das informações, capazes de serem acionadas sozinhas, quando

---

[251] Além dos previstos no art. 784 do Código de Processo Civil, estão os criados por leis especiais, podendo ser listados os seguintes: a) contrato de honorários de advogado (art. 24 da Lei nº 8.906/1994); b) créditos da Previdência Social (art. 39, § 1º, da Lei nº 8.212/1991); c) Cédulas de Crédito Rural (art. 41 do Decreto-Lei nº 167/1967); d) Cédulas de Crédito Industrial (Decreto-Lei nº 413/1969; e) Contratos de Alienação Fiduciária em Garantia (art. 5º do Decreto-Lei nº 911/1969); f) Cédula de Crédito Imobiliário (art. 20 da Lei nº 10.931/2004); g) Cédula de Crédito Bancário (art. 28 da Lei nº 10.931/2004); h) Certificado de Depósito Agropecuário (Lei nº 11.076/2004); i) Warrant Agropecuário; j) Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio (Lei nº 11.076/2004); k) Letra de Credito do Agronegócio (Lei nº 11.076/2004); l) Certificado de Recebíveis do Agronegócio (Lei nº 11.076/2004).

[252] Como a súmula vinculante, a repercussão geral dos recursos extraordinários, a relevância das questões federais nos recursos especiais, o incidente de resolução de demandas repetitivas, entre vários outros surgidos nos últimos anos.

[253] Os registros passaram a dispor de acesso público, mesmo em larga distância física, e, por vezes, até com transmissão em tempo real, o que não ocorria, nem se imaginava ocorrer, até há bem pouco tempo. Aqueles que nasceram antes da década de oitenta do século XX, quanto aos fatos ocorridos em seu tempo, registraram unicamente aqueles que foram mais marcantes e, muitas vezes, só pela memória, sem qualquer registro em suporte físico ou eletrônico. Basta dizer que viagens longas, realizadas por dias ou até por meses, quando em suporte, eram registradas unicamente em fotos (papel físico), que não passavam de algumas poucas "poses", carentes de uma deseja naturalidade, sem filmagem e sem áudio. Contudo, agora, qualquer evento, por menos especial que ele seja, é registrado por fotografias e por filmagens (geralmente com áudios), de autoria própria ou alheia, que, por vezes, são disponibilizados publicamente e também em tempo real. Além desses registros com fotografias e filmagens, há vários outros, como, por exemplo, emissão de notas fiscais e de comprovantes outros em todos os negócios jurídicos celebrados pelos particulares. Não se vai, hoje, a um shopping center, bem como a diversos outros lugares, sem ser filmado, sem ter a placa do veículo que realizou o transporte identificada, sem se emitir um comprovante de entrada em estacionamento e de seu respectivo pagamento. Se for celebrado qualquer negócio jurídico, uma compra de mínimo valor... fornecesse-se comprovante, com caracterização do produto e seu quantitativo, identificação do local, do preço, da data, do horário etc. Inclusive, costuma-se registrar e publicizar os negócios firmados em diversas redes sociais, ato este realizado com habitualidade por algum dos integrantes da relação jurídica. Essas publicizações costumam, ainda, ser impulsionadas por terceiros, com repostagens, marcação para outras pessoas e com adição do registro em coleções, ou até mesmo gravados em outros suportes, inclusive por empresas que oferecem serviços de registro pretérito, sendo praticamente impossível apagar definitivamente os respectivos dados e informações.

[254] Rodrigo Fernandes Rebouças afirma: "acreditamos que seja praticamente impossível apagar definitivamente dados e informações que se tornaram públicos, ou ainda, o seu perecimento pelo advento de novas tecnologias, pois todas as informações eletrônicas são facilmente acessadas por novos aplicativos e/ou formatos". REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos eletrônicos:** formação e validade – aplicações práticas. São Paulo: Almedina, 2015, p. 18.

identificados determinados termos ou condições, ou por algum operador, o que pode ser, neste último caso, espécie de autotutela.

Não se defende, aqui, que os *smart contracts* sustentam hipóteses de autotutela. Pela ínsita inflexibilidade, eles são considerados instrumentos de extensão de consentimento que justificam autoexecução, a descaracterizar, assim, a autotutela[255]. De qualquer modo, eles mostram que a certificação proporcionada pelas plataformas de registro legitima a autorrealização, mesmo sem verificação de urgência e com posterior manifestação de discordância.

Os *smart contracts*, segundo Nick Szabo, são "um protocolo de transações computorizadas que executa os termos de um contrato"[256]. Constituem acordos de vontade automatizados por código que visam a facilitar, a fazer cumprir e a controlar a execução de obrigações contratuais. As partes pactuam os termos sob a forma de código[257], o qual se autorrealiza, sem a necessidade de intermediação, à medida que as instruções definidas pelas partes se concretizam.

Por serem os comandos emitidos para a *blockchain*, a realização dá-se por código da plataforma na qual o *smart contract* fica registado[258], eliminadas ambiguidades próprias dos contratos em geral, aumentando-se a transparência, a integridade e a imutabilidade dos termos pactuados. A certificação proporcionada

---

[255] Neste sentido: TALAMINI, Eduardo; CARDOSO, Eduardo Guskow. Smart contract, "autotutela" e tutela jurisdicional. In: OLIVEIRA, Marco Aurélio Belizze; ALVIM, Teresa Arruda; CABRAL, Trícia Navarro Xavier Cabral (coords.). **Execução civil: novas tendências.** Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022, p. 163 e ss.. Em sentido contrário: CABRAL, Antônio do Passo. Processo e tecnologia: novas tendências. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI; Giovani dos Santos (coords.). **Direito, processo e tecnologia**. São Paulo: Thosmon Reuters Brasil, pp. 83-109, 2020, p. 103.

[256] SZABO, Nick. **Smart Contracts**, 1994. Disponível em: http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html. Acesso em 10 ago. 2021.

[257] Afirma João Pedro Freire que não se deve redigir ou ativar smart contract code cuja execução seja contrária à lei, à ordem pública, contra os bons costumes. O mesmo se diga relativamente aos chamados direitos indisponíveis, os quais não deverá ser permitida a utilização de smart contract code para alterar ou para os transferir aqueles a outrem. FREIRE, João Pedro. **Blockchain e Smart Contracts:** Implicações Jurídicas. Coimbra: Edições Almedina, 2021, p. 89.

[258] Os professores Mariana Oliveira de Melo Cavalcanti e Marcos Nóbrega ensinam que "[...] a característica da descentralização remete à inexistência de uma autoridade ou servidor central para garantir sua existência e autenticidade, porquanto seus dados estão distribuídos por vários pontos de rede e podem ser confirmados por qualquer pessoa. Uma vez realizado seu upload, o contrato estará escrito na blockchain e poderá ser acessado diretamente por meio da plataforma ou qualquer API (Application Programming Interface – Interface de Programação de Aplicações) desenvolvida para tanto". CAVALCANTI, Mariana Oliveira de Melo; NÓBREGA, Marcos. Smart Contracts ou "Contratos Inteligentes": O Direito Na Era Do Blockchain. **Revista Científica Disruptiva**, V. II. Faculdade CERS. Recife, 2020, p. 102.

pela plataforma aumenta a eficiência na realização do direito, reduzindo o risco de incumprimento e os comportamentos oportunistas[259].

João Pedro Freire afirma que, "a concretização dos *smart contracts* e a sua articulação com a tecnologia *blockchain* é muitas vezes associada à ideia de que já não será mais necessário o papel do julgador"[260], porque a tecnologia utilizada permite a realização de instruções de forma imutável, a fim de alcançar a resolução de eventuais litígios. Todavia, essa conclusão, diz João Pedro Freire, não se afiguraria correta, a considerar que poderia haver controle jurisdicional, conquanto fosse do contrato já autorrealizado, impondo, por consequência, a inversão de ônus[261].

Em razão da segura certificação das instruções contidas em plataforma, os *smart contracts* permitem a autorrealização, a minimizar a participação de intermediários na solução de eventuais conflitos, reduzindo, como consequência, os custos próprios da atividade jurisdicional, que seria necessária para a satisfação do direito em caso de eventual inadimplemento[262].

A autorrealização, assim, proporcionada pelos *smart contracts*, legitima-se pela forte intensidade da certificação e pela impossibilidade generalizada de ocorrência de perturbação à ordem pública e à paz social, fator de legitimação da autorrealização. Quando o direito é realizado diretamente pelo titular, em alguns casos, pode ocorrer perturbação coletiva, mas, não sendo ela verificada, a autotutela, sobretudo quando associada à certeza, tem seu uso legitimado.

Há outros dois institutos que, conquanto não sejam novos como os *smart contracts*, legitimam, pela certeza associada, o agir em autotutela. O primeiro é o negócio de acertamento e, o segundo, o direito potestativo. Enquanto aquele tem certificação pactuada pelas partes do negócio, este tem reconhecida por texto legal em razão da potestatividade atribuída. Tanto num, quanto no outro, a certeza proporcionada legitima a atuação do titular do direito em autotutela.

Veja-se:

---

[259] FREIRE, João Pedro. **Blockchain e Smart Contracts:** Implicações Jurídicas. Coimbra: Edições Almedina, 2021, p. 47-48.
[260] FREIRE, *op. cit.*, p. 94.
[261] FREIRE, *op. cit.*, p. 94.
[262] Neste sentido: FLORIANI. Lara Bonemer Rocha. **Smart contracts nos contratos empresariais:** um estudo sobre possibilidade e viabilidade econômica de sua utilização. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021, p. 56.

Antônio do Passo Cabral[263] afirma que o negócio de acertamento funciona como um instrumento de obtenção de certeza jurídica independentemente de propositura de ação declaratória. As partes, como sujeitos da relação jurídica pré-existente, a partir do firmamento de negócio, ou seja, em autocomposição, afastam eventuais dúvidas pelo estabelecimento de novo regulamento[264], desestimulando a busca por atividade substitutiva.

Alguns até afirmam tratar-se, o negócio de acertamento, de uma atividade de autotutela[265] destinada a eliminar incertezas voltadas à relação jurídica. Todavia, por ser realizado de forma consensual, o negócio de acertamento não se caracteriza como hipótese de autotutela. Não contém sequer, de forma necessária, acordo para a realização de autotutela. Trata-se, sim, de negócio de certificação, em confirmação ou em modificação, cujo objeto pode ser uma regra destinada a legitimar o exercício da autotutela. É a certeza proporcionada pelo negócio de acertamento que justifica o exercício da autotutela, que, por sua vez, não se relaciona, de forma necessária, com a urgência.

Quanto aos direitos potestativos, a lei confere certificação suficiente, atribuindo, ao titular, pelo menos de regra, mediante declaração de vontade sua[266], poder de realização unilateral. A esfera jurídica de uma pessoa fica sujeita ao poder de outra[267], que pode criar, modificar ou extinguir uma situação subjetiva. E apesar de o exercício do direito potestativo implicar interferência na esfera jurídica de outro sujeito, este fica juridicamente impossibilitado de neutralizar o poder[268].

A certeza atribuída ao direito potestativo, confirmada pela desnecessidade de participação da parte contrária da relação jurídica, legitima o agir sem concordância, ainda que não haja urgência. A manifestação de vontade do titular é suficiente para

---

[263] CABRAL, Antônio do Passo. Negócio de certificação: introdução, objeto e limites. **Revista de Direito Civil Contemporâneo** [Recurso Eletrônico]. São Paulo, n.29, out./dez. 2021. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/42469. Acesso em: 09 dez. 2021.

[264] Neste sentido: LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 89.

[265] Neste sentido: LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, pp. 91-92.

[266] Neste sentido: AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista de Direito Processual Civil**. São Paulo, 2016, p. 3).

[267] Neste sentido: MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária.** Campinas: Millennium, 2000, p. 240.

[268] Neste sentido: PERLINGlERI, Pietro. **Perfis do Direto Civil.** Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 123.

produção de efeitos[269], pois a unilateralidade[270] do direito potestativo coloca a parte adversa da relação jurídica em estado de sujeição[271].

Mas isso não implica que todos os direitos passíveis de realização em autotutela sejam potestativos[272], nem que todos os direitos potestativos são realizáveis em autotutela. Há direitos, que, embora não sejam potestativos, podem ser tutelados diretamente por seu titular e há direitos que, embora sejam potestativos, não podem ser realizados diretamente por seu titular. Isso se dá porque a autotutela se legitima pela certeza[273], mas não apenas por ela.

A ser assim, se houver resistência possível que, para ser vencida, ocasione perturbação à paz pública e à ordem social, o direito, ainda que seja potestativo, não deve ser realizado, porque ensejaria o cometimento de um ilícito. Outrossim, o de apropriação de valores, a título de exemplo, embora não seja potestativo, pode ser realizado em autotutela.

Tecidas essas considerações, deve-se dizer que, até há alguns poucos anos, a anunciada situação de intensa certificação não era imaginável para a maioria da população mundial e, por isso, igualmente, para os legisladores e para os profissionais do direito, encarregados da criação de textos e da construção de

---

[269] Como ensina Flávio Pimentel de Lemos Filho, "há casos, no entanto, em que a declaração de vontade do titular do direito potestativo não produz efeito jurídico de per si, sendo imperiosa uma decisão judicial. [...] Portanto, dependendo da natureza da relação jurídica, haverá a necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para que o sujeito ativo veja produzidos os efeitos almejados. [...] [Contudo] Não poderá o juiz, em tese, deixar de reconhecer o direito potestativo do autor. São exemplos de direito potestativo exercitável por meio de decisão judicial o pedido de divórcio, o direito de renovação da locação de imóvel não residencial [...] dissolução de condomínio". LEMOS FILHO, Flávio Pimentel de. **Direito Potestativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 37.

[270] Segundo Rui Guerra Fonseca, "[...] o que caracteriza o poder potestativo é a modelação unilateral da ordem jurídica". FONSECA, Rui Guerra. **O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 336.

[271] Agnelo Amorim Filho afirma que "uma das principais características dos direitos potestativos é o estado de sujeição que o seu exercício cria para outra ou outras pessoas, independentemente da vontade destas últimas, ou mesmo contra sua vontade" AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista de Direito Processual Civil**. São Paulo, 2016, p. 4. No mesmo sentido, Salvatore Satta: "São os direitos os quais não têm por conteúdo uma pretensão do titular versus a parte contrária, mas, sim, a exaurirem-se facultando a produção de um determinado efeito jurídico, independentemente da vontade daquele que estiver sujeito à alteração". SATTA, Salvatore. **Direito processual civil**. São Paulo: LZN, 2003, p. 441.

[272] Em sentido contrário: GERI, Lina Bigliazzi. **Profili Sistematici Dell´Autotutela Privata.** Milão: Mvlta Pavcis, 1971, p. 58 e ss; FONSECA, Rui Guerra. **O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública.** Coimbra: Almedina, 2012, p. 334.

[273] Há quem defenda que o direito de agir em autotutela seria potestativo. Neste sentido: D'ACUNTO, Luciana. Recesso e autotutela nei rapporti di consumo. **Collana: Quaderni de IL Foro napoletano** - 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 38; MONTECCHIARI, Tiziana. Ius singulare e autotutela privata – Contributo allo studio di una categoria. **Collana: Quaderni de Il Foro napoletano**, 31. Napoli: Edizioni Sci-entifiche Italiane, Itália, 2019, p. 43. Mas há quem se posicione em sentido contrário, a exemplo de: LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 53.

normas, pois se inserem em cenários herméticos, cujos focos distam das inovações tecnológicas e de suas predições futurísticas. E, inseridos neste antigo cenário, é que foram escritos e, até recentemente, interpretados textos legais de fundamental importância para o estudo da autotutela pelo particular no direito privado.

Para dar um exemplo, o art. 345 do Código Penal estabelece, em seu texto, cuja redação data de 7 de dezembro de 1940, a suposta obrigatoriedade de acesso à prestação jurisdicional para a realização de direito, a fim de garantir o prestígio da justiça e, como reconhecido por muitos, evitar a prática de atos violentos. Se realizada “justiça pelas próprias mãos”, nos casos não expressamente autorizados por lei, estar-se-ia a cometer crime de exercício arbitrário das próprias razões.

Logo, a atividade jurisdicional, no plano ideal, seria a única a proporcionar solução, além de comprometida com a imparcialidade e com segurança, afastada da aleatoriedade das escolhas fundadas apenas no querer do justiçador. Mas, naquela época, as provas eram geralmente orais (crédula na memória da fonte pessoal), submetidas ao crivo de um magistrado, quem, por sua vez, utilizava técnicas de coleta de depoimentos e de testemunhos para, depois, ofertar seu veredito.

Neste contexto de baixíssima certificação (pois, sendo geralmente orais as provas, a revelação dos fatos jurídicos dependia basicamente da memória), uma forma de se legitimar a realização do direito (sob o pretexto de evitar a aleatoriedade da decisão), era submeter o caso ao Poder Judiciário (porque, nele, sujeito imparcial conheceria os fatos e tomaria decisão), a evitar o cometimento, pelo justiçador, de abusos e de atentados contra a ordem pública e a paz social, reafirmando a legitimação do sistema jurídico.

Entretanto, na década de quarenta do século XX, quando editado o Código Penal, e mesmo também na década de oitenta, quando promulgada a Constituição Republicana, não se previa, repita-se, um cenário de precisa certificação, a ponto de conferir segurança ao exercício do direito e ao eventual controle das decisões de proteção e de realização de direito tomadas por particulares.

Mas, há, sem dúvidas, um vácuo que alcança situações não legisladas, embora, por vezes, até contempladas pela autonomia privada das partes integrantes da relação jurídica ou mesmo por precedentes vinculantes, que justifica a realização

de direitos suficientemente certificados, até mesmo por negócios de acertamento[274], mitigando a aleatoriedade e inibindo os abusos, e sem exercício arbitrário de razões.

Não se estaria, quando se admite a autotutela, a impossibilitar o controle jurisdicional, mas, no máximo, a qualificá-lo[275-276]. Até porque, os sujeitos em conflito, hoje, têm um dever cívico e uma responsabilidade social de esgotar as vias próprias à resolução dos conflitos, antes de procurar o Poder Judiciário. O Juiz não pode ser visto como a primeira, mas sim como a última alternativa para quem se encontra em um conflito[277].

Não há mais sentido impor a busca pela prestação jurisdicional como um caminho indeclinável, quando é possível alcançar idênticos resultados sem causar repercussões coletivas negativas. A fuga do processo é movimento que ganha espaço em solo nacional[278], sobretudo após a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil[279].

---

[274] Segundo Antônio do Passo Cabral, o negócio de acertamento, "para as partes, funciona como um instrumento para obter, fora do processo, essa certeza jurídica independentemente de ação declaratória" CABRAL, Antônio do Passo. Negócio de certificação: **introdução, objeto e limites. Revista de Direito Civil Contemporâneo** [Recurso Eletrônico]. São Paulo, n.29, out./dez. 2021. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/42469. Acesso em: 09 dez. 2021. Ele pode servir à confissão de um fato ou mesmo ao reconhecimento de um direito (CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. **Negócio de Acertamento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 56), servindo para prevenir controvérsias (LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 56)

[275] Movimento este que, hoje, é verificado nos seguintes casos (exemplificativos): a) esgotamento das instâncias administrativas (ou sua prévia utilização ou seu estímulo) para: a.1) ações previdenciárias; a.2) habeas data; a.3) mandado de segurança; a.4) ações relacionadas ao direito desportivo; b) utilização prévia dos meios de autocomposição em: b.1) ações consumeristas; b.2) ações trabalhistas; c) realização de prévia notificação: c.1) ações de contratos imobiliários; c.2) ações de despejo; c.3) ações de busca e apreensão; d) sumarização de procedimentos; d.1) por viabilidade econômica do processo (ações de rito sumariíssimo em Juizados Especiais Cíveis, ações trabalhistas de rito sumário); d.2) por existência de precedentes vinculantes (julgamento imediato de improcedência; julgamento monocrático em instância recursal, restrição de acesso aos tribunais superiores).

[276] Rodolfo de Camargo Mancuso afirma que "entendimento diverso ficaria na contramão do quanto vem sendo historicamente sinalizado pelo legislador, ao positivar diversos elementos de contenção, ora preordenados a prevenir a formação dos processos, ora a obstar seu prosseguimento, ora a sumarizar seu curso: a súmula de caráter persuasivo, operando como "precedente na uniformização da jurisprudência" (CPC, art. 479), instituto depois reforçado com o alvitre da assunção de competência (CPC, art. 555 e § 1.°); a antiga argüição de relevância no juízo de admissibilidade do recurso extraordinário ao STF (EC O1/69, art. 119, § 1º)". E conclui: "a sumula impeditiva de recurso, projetada para o STJ (PEC 358/2005, parte da Reforma do Judiciário que voltou à Câmara). Evidentemente, se fosse possível, ou desejável, a acessibilidade franca e liberalizada à Justiça estatal, o próprio ordenamento não excogitaria desses e de outros tantos filtros e elementos dissuasórios". MANCUSO, Rodolfo De Camargo. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo, 2009, p. 188.

[277] Neste sentido, MÜLLER, Júlio Guilherme**. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017, p. 348.

[278] Havendo título executivo (judicial ou extrajudicial) e consequente aumento da certeza quanto ao direito, aumenta o movimento de desjudicialização e a autotutela se legítima ainda mais. Tanto que o PL 6.204/2019, que "dispõe sobre a desjudicialização da execução civil de título executivo judicial e extrajudicial; altera as Leis nºs 9.430, de 27 de dezembro de 1996; 9.492, de 10 de setembro de 1997; 10.169, de 29 de dezembro de 2000; e

Já há alguns anos, o sistema jurídico brasileiro acolheu diversos textos legislativos que estimulam a atuação extrajudicial[280], inclusive em exercício de autotutela. Tal levou a doutrina a concluir que "deixou de ser um direito de acesso ao Direito através do direito de acesso aos tribunais" para passar a ser um "direito de acesso ao direito, de preferência sem contacto ou sem passagem pelos tribunais, sendo impossível deixar de considerar, nesse aspecto, as execuções"[281].

Num cenário de exponencial aumento de certificação, não há mais sentido insistir em colocar o Poder Judiciário como a salvação do sujeito de direito. Se a segurança é alcançada por intensificada certificação, o risco de aleatoriedade diminui consideravelmente, o que é um grande estímulo para considerar possível a realização de direito não apenas em situações de urgência[282].

Essa reavaliação quanto ao acesso à prestação jurisdicional, em primeiro momento, afasta disputas cuja proteção e realização de direito podem ser objeto de autotutela. A modificação do ônus de ingresso à prestação jurisdicional é justificada pela certificação, não ocasionando violação a qualquer direito fundamental, e, sim, concretizando diversos outros que precisam ser protegidos e realizados no plano extrajudicial.

13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil", concede, ao tabelião de serventia extrajudicial, atribuição para a prática de atos de execução.

[279] Neste sentido: FARIA, Luzardo. **Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já tiverem decorrido efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo**. Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.2.

[280] podendo ser citado como exemplos: a) leilão extrajudicial de cota de terreno (e respectiva parte edificada em incorporação pelo regime de administração, conforme art. 63 da Lei 4.591/1964; b) execução extrajudicial de cédula hipotecária, conforme Decreto-lei nº 70/1966; c) venda, em bolsa de valores, das ações do acionista remisso, conforme art. 107, II, da Lei nº 6.404/1976; d) venda extrajudicial, pelo credor pignoratício, da coisa empenhada, conforme art. 1.433, IV, do CC/02; e) retificação de registro imobiliário, conforme Lei nº 10.931/2004; f) realização de inventário e divórcio consensuais, conforme Lei nº 11.441/2007; g) reconhecimento de usucapião, conforme art. 216-A da Lei 6.015/1973, com redação dada pelo art. 1.071 do CPC/2015; h) retificação de registro civil, conforme Lei 13.484/2017.

[281] FARIA, Luzardo. Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já tiverem decorrido efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo. **Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.3.

[282] Rodolfo de Camargo Mancuso, embora sem fazer referência expressa ao instituto da autotutela, mas claramente preocupado com o tratamento tempestivo de conflitos, afirma que "entendimento diverso ficaria na contramão do quanto vem sendo historicamente sinalizado pelo legislador, ao positivar diversos elementos de contenção, ora preordenados a prevenir a formação dos processos, ora a obstar seu prosseguimento, ora a sumarizar seu curso: a súmula de caráter persuasivo, operando como 'precedente na uniformização da jurisprudência' (CPC, art. 479), instituto depois reforçado com o alvitre da assunção de competência (CPC, art. 555 e § 1°); a antiga argüição de relevância no juízo de admissibilidade do recurso extraordinário ao STF (EC O1/69, art. 119, § 1.º)". MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2009, p. 188.

Logo, a proteção e a realização do direito, mesmo que não associadas a uma situação de urgência, são legitimadas pela suficiente certificação.

Isso confirma que a autotutela deve seguir o mesmo rumo tomado pelas tutelas provisórias, as quais, antes, exigiam a verificação de uma situação de urgência a atentar contra o direito (art. 273 do Código de Processo Civil de 1973), mas, atualmente, em determinados casos, exigem apenas a verificação de evidência baseada em certeza suficiente[283] (art. 311 do Código de Processo Civil de 2015). Se, antes, a urgência justificava a autotutela, hoje, a certificação também pode justificá-la[284]. Existindo certificação suficiente, o processo decisório a ser tomado pelo titular do direito em autotutela é balizado[285] com a necessária segurança, sem sacrifício de interesses maiores.

Em razão disso, mitiga-se sensivelmente o receio de que a decisão tomada pelo titular do direito, por não ser, naturalmente, imparcial, seja ilegítima[286]. Embora traga carga de parcialidade, os atos praticados no exercício da autotutela tendem a ser aceitos pela certificação que ampara a ação. É que, se, eventualmente, cometido algum ilícito, a certificação possibilitará o seu controle mediante atividade jurisdicional. Aquela, além de impor, ao justiçador, absoluto cuidado na realização de seu julgamento, a fim de não suportar os impactos negativos decorrentes das invalidações e das consequentes indenizações, facilita o eventual controle pela atividade jurisdicional.

3.2.4 Disputa por bens jurídicos imateriais e aperfeiçoamento das técnicas de realização de direito, mesmo que relacionadas a bens materiais

---

[283] "No Brasil a tutela da evidencia guarda conexão com o direito líquido e certo, por isso que o mandado de segurança é o protótipo do procedimento estabelecido em consonância com o direito material objeto do juízo." FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência** – Fundamentos da Tutela Antecipada. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 326.

[284] A confirmar essa premissa, como será mostrado a seguir, na maior parte das hipóteses de autotutela autorizadas pela própria lei, não se faz necessária qualquer verificação de urgência, mas apenas a certificação, que direciona o processo decisório.

[285] Por isso, hoje, devem ser vistas, sob outra ótima, as considerações que, habitualmente, a doutrina fazia, aqui representada por Rui Guerra Fonseca, no sentido de que "a passagem da norma à execução compreende sempre de permeio um momento lógico decisório cuja existência é inultrapassável, dado que o enunciado normativo não contém em si a apreciação sobre o facto concreto: por outras palavras, a norma transporta uma valoração de situações abstractas que não constitui um juízo concreto". FONSECA, Rui Guerra. **O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 297.

[286] Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa ressalta essa preocupação, afirmando que a probabilidade de que a solução imposta por uma das partes à outra não seja conforme ao direito seria, intuitivamente, muito alta, porque o interessado, movido pelo egoísmo, tenderia a satisfazer um direito inexistente, total ou parcialmente. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal.** Atlas: São Paulo, 2010, p. 22.

Outro argumento que favorece o uso da autotutela como método de proteção e de realização de direitos e de tratamento de conflitos, é o de que as disputas, hoje, envolvem, com frequência, bens jurídicos imateriais. Se, quando inicialmente concebida a autotutela, as disputas tinham por objeto bens jurídicos materiais[287], atualmente, elas, de forma substancial, estão relacionadas a bens jurídicos imateriais, que, para serem resolvidas, não exigem que as partes sejam colocadas frente a frente[288].

Mas mesmo quando as disputas estão relacionadas a bens materiais, deve-se considerar que elas tiveram aperfeiçoamento de técnicas, que tornam desnecessário o uso da força e, por consequência, a eventual prática de atos violentos. Apesar disso, a propriedade privada, o alimento produzido e outros diversos bens materiais continuam sendo alvo de disputa entre as partes[289]-[290], que, se colocada à solução delas, mediante contato físico direto, caso não haja consenso, poderá redundar (embora não necessariamente redundará) em uso de força com consequente perturbação social.

Na ausência de uma terceira pessoa para intermediar a disputa, apresentada resistência, o conflito que envolve bem material poderá se acentuar. Por essa razão, foi tipificado o crime de exercício arbitrário das próprias razões, que visa, além de

---

[287] "Las disputas por todo lo que en aquel momento se consideraba un bien material – lo que podía incluir también a las personas – se resolvieran por medios no violentos, probablemente para evitar guerras que, finalmente, provocaban inestabilidad y una gran vulnerabilidad frente a los ataques de grupos vecinos provocados probablemente, en la mayoría de los casos, por disputas basadas en la búsqueda de alimentos o en el predominio del linaje. Aunque no siempre tuvieran esos orígenes más comunes, los mismo pueden ser los mayoritarios, al estar basados en una máxima biológica universal suficientemente contrastada: la selección natural, que solamente los seres humanos hemos conseguido poner en cuestión". NIEVA FENOLL, Jordi. **Derecho procesal I. Introducción**. Madrid: Marcial Pons, 2014, p.10.

[288] Essa percepção levou Antônio do Passo Cabral a indagar: "Na atualidade, será que não deveríamos repensar a necessidade do Estado na execução civil? Existe, na execução, um monopólio estatal para a prática de qualquer ato jurídico (reserva de jurisdição), mesmo que não represente subtração forçada de patrimônio corpóreo? Será que todos os atos executivos devem ser operados pelos agentes estatais ou poderiam ser, pela vontade das partes, atribuídos a agentes privados?". CABRAL, Antônio do Passo. **Da instrumentalidade à materialização do processo**: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. **Civil Procedure Review**, v. 12, nº 2: mai-ago 2021, pp. 69-102., p. 94.

[289] Segundo Daniel Sarmento: "O direito de propriedade era o direito por excelência, e a principal liberdade reconhecida ao indivíduo consistia no poder de adquirir, manter e transmitir seus bens, só interferindo o Estado para impedir que terceiros prejudicassem o gozo dessas sacrossantas faculdades. Proteger a propriedade privada – essa era a principal finalidade do Estado, sua missão mais nobre, segundo a óptica então prevalecente." SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. B. Cient. ESMPU, Brasília, a. 4, n.14, p. 167-217, jan/mar 2005, p. 188.

[290] Neste sentido: GONDINHO, André Pinto da Rocha Osorio. **Direitos Reais e Autonomia da Vontade:** o Princípio da Tipicidade dos Direitos Reais. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 421.

preservar a atribuição da solução dos conflitos ao Poder Judiciário, a evitar a arbitrariedade para não causar perturbação à ordem pública e à paz social.

Só que no ano de 1940, quando editado o Código Penal, cujo art. 345 tipificou como crime o exercício arbitrário das próprias razões, as disputas se relacionavam essencialmente a bens materiais. Até de forma mais recente, em 1988, quando promulgada a Constituição Republicana, a ideologia não era tão diferente. O pensamento estava voltado à solução de litígios relacionados a bens materiais. Por isso, a doutrina, influenciada por antigos dogmas da autotutela, colocava o processo judicial como via necessária à solução dos conflitos.

Contudo, as técnicas de realização de direito em disputa foram sensivelmente modificadas. Embora, ainda hoje, seja possível a colocação das partes frente a frente para tratar seus litígios, surgindo daí atos violentos, a tutela de direitos não mais impõe essa situação de forma necessária.

Alguns exemplos, voltados ao direito de propriedade, confirmam essa conclusão. Nas locações para temporada ou de quartos de hotéis, expirado o prazo contratado, o locador, mediante uso de dispositivos eletrônicos, pode, à distância, impedir o acesso do locatário ao imóvel[291]. Se, antes, era necessário, ou pelo menos possível, o contato pessoal entre as partes da relação jurídica para se impedir o ingresso no imóvel locado, agora, isso não necessariamente ocorre. A disputa, embora envolva bem material, é definida sem a prática de atos violentos.

Quanto aos bens imateriais, por sua própria natureza, a realização dos direitos, a eles relacionados, em autotutela, não coloca as partes frente a frente. Se não há contato direto com uma coisa, ela não pode ser resistida pela força física, pelo que, em consequência, a autotutela não causará perturbação social. Para ilustrar a situação, poder-se-ia citar casos relacionados ao direito de crédito. Quando o credor tiver, em seu poder, na condição de depositário, quantia, em conta corrente, pertencente ao devedor, a apropriação com fins de compensação implica autotutela que dispensa qualquer contato físico entre as partes.

Outros vários exemplos relacionados a bens jurídicos imateriais podem ser apresentados para mostrar que, em múltiplos cenários, o titular pode realizar o seu direito sem ter contato direito com a outra parte, não atentando, assim, contra a

[291] Não se trata aqui de um *smart contract*, porque o dispositivo de impedimento de acesso é acionado diretamente por parte da relação contratual. É um simples dispositivo eletrônico que permite o exercício da autotutela sem contato direto entre as partes.

ordem pública e a paz social. É neste contexto que se pode afirmar que a Constituição e o Código Penal não proibiram práticas relacionadas às novas tecnologias, já que estas, além de não atentarem contra qualquer dispositivo, não eram sequer previsíveis para o legislador da época.

Perceba-se que a expressão “justiça pelas próprias mãos”, referida pelo art. 345 do Código Penal, transmite a ideia de ser imperioso, para a realização de direito em autotutela, o contato físico entre as partes, mas isso, hoje, frequentemente, não ocorre, o que confirma que o legislador se encontrava em contexto diferente do atual. E tanto se trata de circunstância nova, que o argumento trazido neste item não é sequer abordado pela doutrina.

O fato é que, preservados caros valores protegidos pelo sistema jurídico, que visam a impedir a prática de atos violentos, que perturbam a ordem pública e a paz social, não há mais razão para preservar o antigo dogma da suposta proibição generalizada da autotutela. Se, ante a natureza imaterial de bens jurídicos em disputa e o aperfeiçoamento das técnicas relativas a bens materiais, não há, na realização de direito, uso de violência, esta não pode ser motivo para impedir a autotutela, que, ao contrário, deve ser estimulada.

3.2.5 Afirmação da autonomia privada como fonte de obrigações

A autonomia está relacionada à prática de atos de vontade. Quem age com autonomia tem a faculdade de decidir livremente pela prática ou não de um ato[292]. Ela se contrapõe à heteronomia, que decorre da sujeição da pessoa à lei ou à vontade de outrem[293].

---

[292] Frank esclarece que “o conceito de autonomia é muito anterior à modernidade. De origem grega, αύτονομία é a junção dos vocábulos aútος (autos), adjetivo que significa "próprio", “por si mesmo’, e νόμος (nomos), substantivo que significa "norma", "lei’ ou "regra". FRANK, Felipe. **Autonomia da Vontade, Autonomia Privada e Negócio Jurídico.** Morrisville: Lulu Press, 2019, p. 3. Assim, etimologicamente falando, a palavra é sinônimo de auto-governo e de independência”. Por isso, afirma Michel Villey, a autonomia “era um conceito relativo ao todo, à política, alheio à noção de individualidade, de vontade do sujeito, e isso perdurou por praticamente toda a ldade Média, mesmo porque o conceito de sujeito de direito pode ser considerado uma invenção moderna”. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 179 e ss.

[293] Como ensina Érico de Pina Cabral, “autonomia significa o poder de se autogovernar. É a faculdade de traçar suas próprias normas de conduta, sem que se seja submetido a imposições de ordem estranha. Direito de tomar decisões livremente, com liberdade, independência moral ou intelectual. É o contrário de heteronomia, que significa a sujeição a uma lei exterior ou à vontade de outrem, com ausência de autonomia”. CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. **Revista de Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 19, pp. 83-129, jul/set 2004, p. 90-91.

Em âmbito específico, relacionado ao direito, a autonomia privada[294], que não se confunde com a autotutela[295], consubstancia-se no poder jurídico[296] (liberdade positiva)[297], não ilimitado, que os particulares têm de resolver seus próprios conflitos de interesses, inclusive com a criação das respectivas regras a serem aplicadas[298].

---

[294] A doutrina indica diferenças entre os significados das expressões "autonomia privada" e "autonomia da vontade". Veja-se: Francisco Amaral: "A expressão autonomia da vontade tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real". AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. Rio de Janeiro. Renovar, 2006, p. 345; Rosa Maria Andrade Nery, "a autonomia da vontade liga-se à vontade real ou psicológica dos sujeitos, no exercício pleno da liberdade própria de sua dignidade humana, que é a liberdade de agir, ou seja, a raiz ou a causa de efeitos jurídicos". Enquanto isso, "a autonomia privada situa-se em outro plano, ligada à idéia de poder o sujeito de direito criar normas juridicas particulares que regerão os seus atos". NERY, Rosa Maria Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil**. São Paulo: RT, 2002, p. 115.

[295] Neste sentido: Tiziana Montecchiari: "In realtà, i due concetti non si identificano, anche se le discussioni in merito sono state molteplici, in particolare da un lato si è proposto di riferire l'autotutela proprio alla nozione di autonomia privata7, per cui nell'ambito del concetto di autonomia —intesa come quella potestà dei privati di dare assetto ai propri interessi o rapporti — sarebbe possibile individuare tre partizioni interne: un'autonomia normativa, un'autonomia esecutiva e un'autonomia giurisdizionale e in definitiva, l'autotutela sarebbe espressione di quest'ultima". MONTECCHIARI, Tiziana. Ius singulare e autotutela privata – Contributo allo studio di una categoria. **Collana: Quaderni de Il Foro napoletano**, 31. Napoli: Edizioni Sci-entifiche Italiane, Itália, 2019, p. 40; Luciana D'Acunto: "Il tema dell'esercizio dell'autotutela privata tende ad intrecciarsi con quello della esplicazione dell'autonomia privata. Va però chiarito che l'autonomia privata è regolazione di interessi in funzione di perseguimento di risultati programmati, mentre l'autotuteia privata è protezione di diritti in funzione di difesa di risultati conseguiti: sono due versanti della tutela delle libertà dei privati". D'ACUNTO, Luciana. Recesso e autotutela nei rapporti di consumo. **Collana: Quaderni de IL Foro napoletano** - 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 10; Michela Lampis: "Ragionando in questi termini, dunque, il potere di farsi giustizia da sé, quale estrinsecazione della libertà individuale, costituirebbe anch'esso espressione del principio di autonomia privata, da intendersi in senso ampio, comprensivo non solo della facoltà di disporre di un dato interesse, ma anche di garantirne autonomamente la tutela, passando, appunto, i tradizionali — e spesso farraginosi — meccanismi giurisdizionali. LAMPIS, Michela. Autotutela pubblica e privata. In: PUBUSA, Francesca; PUDDU, Stefania. **Procedimento, provvedimento e autotutela Evoluzione e involuzione**. Quaderni di Diritto e processo amministrativo, 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 120; Ana Alice Lima Queiroz: "A autotutela está proposta como um mecanismo legítimo de defesa de interesses que são juridicamente protegidos, pela lei ou pela convenção, e se desenvolve no espaço que se abre entre a autonomia privada e o controle jurisdicional do contrato". QUEIROZ, Ana Alice Lima. **Retenção Pecuniária e Autotutela nos Contratos Empresariais.** 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2017, p. 24.

[296] Antonio Junqueira de Azevedo pontua: "cai por terra a idéia da autonomia como poder de fato; tratar-se-ia, na verdade, de 'poder jurídico', isto é, autorização dada previamente pelo ordenamento, para que o indivíduo, respeitadas as regras legais, dê causa, por meio do negócio jurídico, a efeitos jurídicos". AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia.** In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 115.

[297] Segundo Felipe Frank, "[...] pode-se definir a liberdade positiva como o poder de a pessoa ditar suas próprias regras de acordo com a sua compreensão do mundo as suas escolhas de vida, revestindo de força normativa aquilo que por ela foi efetivamente eleito, respeitando-se, por certo, a moldura de possibilidades ofertada pelos preceitos cogentes do ordenamento". FRANK, Felipe. **Autonomia da Vontade, Autonomia Privada e Negócio Jurídico.** Morrisville: Lulu Press, 2019, p. 98.

[298] Neste sentido: Clóvis do Couto e Silva: "[...] a autonomia da vontade é possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar, associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade". COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo.** São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 17; Silvio Rodrigues: "A autonomia privada, de que a liberdade contratual é um componente e a mais relevante expressão, constitui-se em um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam. É, em termos etimológicos, uma normação pelo próprio que vai ficar obrigado à observância dos efeitos vinculativos da regra por si criada". RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade**. Volume 3. 30ª

Durante os séculos XVIII e XIX, num período de valorização individual impulsionada principalmente pelo desenvolvimento do comércio, a autonomia privada alcançou o seu apogeu, sendo colocada como uma garantia inafastável que as partes tinham de resolver seus conflitos, em observância às regras por elas construídas[299-300]. Logo foram criados os dogmas do reconhecimento da ampla liberdade contratual e a consagração da força obrigatória dos contratos[301].

Após a Primeira Guerra Mundial, face ao aumento da população e do desenvolvimento econômico, os diplomas legais da época, que colocavam a autonomia privada como garantia, passaram a não mais atender às necessidades daquele momento[302]. Passou-se, então, a se admitir a intervenção do Estado nas relações privadas para diminuir as desigualdades[303], que foram ali acentuadas, para proporcionar o bem-estar social[304-305].

Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 126; José Leyva Saavedra: "Autónoma es, por ende, la persona que puede decidir libremente como proyectar, perseguir y alcanzar sus propios objetivos, pero dentro de los límites señalados por cada ordenamiento jurídico". SAAVEDRA, José Leyva. Autonomia Privada Y Contrato. **Revista oficial del Poder Judicial**, Lima: Corte Suprema de Justicia de La República del Perú, v. 6 e v. 7, año 4-5, pp. 267-290, 2010-2011, p. 269; Felipe Frank: "Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como facto produtor de Direito, confere aos individuos que Ihe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via juridico-negocial". FRANK, Felipe. **Autonomia da Vontade, Autonomia Privada e Negócio Jurídico.** Morrisville: Lulu Press, 2019, p. 63.

[299] Gustavo Tepedino historia que "[...] a estrutura dogmática que dominou as grandes codificações europeias do século XIX, e gizou as linhas mestras do sistema jurídico pátrio, baseia-se na summa diviso herdada do direito romano, que estrema o direito público e o direito privado. Inspirado pelas ideias jusnaturalistas que exaltavam o indivíduo, o direito civil assegurava a liberdade de contratar e a franca apropriação dos bens, ao passo que a doutrina dos direitos humanos, concebida a partir do século passado, engendrou mecanismos de proteção do indivíduo em face do Estado. Cuida-se, pois, de duas faces da mesma moeda. A sublimação do indivíduo no direito civil dá-se pela autonomia da vontade, enquanto as garantias fundamentais, concebidas pelo direito público, afastam as ingerências do Estado da esfera privada". TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 64.

[300] Neste sentido: SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos versus Interesses Privados:** Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2007, p. 69; PEREIRA, Rodrigo Serra. **Estado de Necessidade no Direito Civil Brasileiro**. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 262.

[301] Além destes, Claudia Lima Marques aponta ainda como dogma da autonomia da vontade "a teoria dos vícios de consentimento, visando a um ajuste que refletisse com lealdade a fusão das vontades das partes". MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 182.

[302] "A crise geral do liberalismo degenerou-se, em alguns momentos, em experiências autoritárias de maior ou menor ferocidade, como o nazismo, o fascismo e as ditaduras populistas ou militares latino-americanas, que deixaram traumas profundos.". SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos versus Interesses Privados:** Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2007, p. 40.

[303] Para Ana Prata, "[...] o Estado pode, por duas vias, operar a sua intervenção nas relações do mercado: negando eficácia jurídica à vontade privada quando esta se manifesta em condições de flagrante frustração dos pressupostos da sua força vinculativa ou quando dela resultam consequências ostensivamente nefastas para o bem-estar social; ou conformando, de forma correctora, os efeitos jurídicos desencadeados pela manifestação de

Esse ideal intervencionista foi reforçado após a Segunda Guerra Mundial[306].

Sendo a dignidade da pessoa humana[307] posta no centro das discussões, deslocaram-se os interesses meramente econômicos, relacionados a vontades individuais, para posição lateral do tabuleiro das relações jurídicas[308-309]. Como consequência, a autonomia privada[310] teve sua eficácia mitigada em razão dos interesses coletivos[311], que visavam a concretizar a ordem pública e os bons costumes[312].

---

vontade, fazendo intervir no regulamento negocial interesses alheios, de um ponto de vista imediato, àqueles que ditaram esse regulamento". PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Almedina: Coimbra, 2016, p. 41.

[304] Silvio Rodrigues ressalta que "o império da autonomia privada na centúria que findou é inegável. Sob a escusa de afastar a superada visão de autonomia da vontade, permeada de insustentável individualismo, recorreu-se ao intervencionismo legal e judicial do Estado como forma de coibir os abusos da liberdade pelos particulares". RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da Vontade, Autonomia Privada e Autodeterminação: Notas sobre a Evolução de um Conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 41, n. 163, p. 124-125, jul./set. 2004, p. 122.

[305] Neste sentido: LARROUCAU, Marco Antonio Sepúlveda. **La Autonomía de La Voluntad o Autonomía Privada En El Código Civil**. Estudios de Derecho Civil en Homenaje a Don Lorenzo de La Maza Rivadeneira. Facultad de Derecho - Universidad Gabriela Mistral. Santiago, 2013, p. 9.

[306] Neste sentido: RECKZIEGEL, Janaína; FABRO, Roni Edson. Autonomia da Vontade e Autonomia Privada no Sistema Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito Brasileira**, v. 8, ano 4, pp. 161-177, maio/agosto, 2014, p. 165-166; AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. **Contratos Eletrônicos:** a boa-fé objetiva e a autonomia da vontade. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 53.

[307] A Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, a consagrar, assim, cláusula geral adotada nos sistemas constitucionais de todo o mundo. Em Brasil, essa cláusula está disposta no artigo 1º, III, da Constituição Republicana, colocada como princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro. Por isso, a dignidade da pessoa humana é pressuposto ao exercício da autonomia privada.

[308] Em confirmação: TORRES, Andreza Cristina Baggio. Direito Civil-Constitucional: a função social do contrato e a boa-fé objetiva como limites à autonomia privada. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (org.). **Contrato & Sociedade:** a autonomia privada na legalidade constitucional. Curitiba: Juruá, 2006. v. 2, p. 54; RECKZIEGEL, Janaína; FABRO, Roni Edson. Autonomia da Vontade e Autonomia Privada no Sistema Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito Brasileira**, v. 8, ano 4, pp. 161-177, maio/agosto, 2014, p. 166; TORRES, *op. cit.*, p. 55.

[309] Rodrigo Serra Pereira lembra que "[...] a industrialização faz nascerem novas preocupações sociais. Vê-se o nascimento do direito do trabalho e do contrato de trabalho com todas as suas especificidades protetivas do trabalhador vulnerável. Verifica-se também a diminuição da função da vontade nos contratos, observada a propósito da especificidade dos contratos de adesão". PEREIRA, Rodrigo Serra. **Estado de Necessidade no Direito Civil Brasileiro.** Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 262.

[310] Há uma simples diferença entre autonomia da vontade e autonomia privada. Como explica Francisco Amaral, "a expressão 'autonomia da vontade' tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real". AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 345. No mesmo sentido: CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 19, pp. 83-129, jul/set 2004, p. 111.

[311] Neste sentido, Antônio Junqueira de Azevedo: "A idéia de função social do contrato está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art.1º, inciso IV); esta disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro - de resto, o art. 170, caput, da Constituição da República, de novo, salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa". AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Ciência do direito, negócio**

Mas o que são ordem pública e bons costumes?

A ordem pública, embora não seja um conceito bem delimitado, aproxima-se de algo que está de acordo com o sistema jurídico[313], a estabelecer limites que evitam o abuso de direito[314]. Os bons costumes, por sua vez, são normas básicas de convivência social comuns aos membros de uma sociedade que se conformam com a moralidade, cujo conceito muda no espaço, de uma sociedade para outra e, no tempo, dentro da mesma sociedade[315].

Apesar dos limites estabelecidos pela ordem pública e pelos bons costumes, a autonomia privada continua a ter espaço reservado no sistema jurídico, permitindo que os particulares disponham sobre os seus próprios interesses. Embora a vontade tenha deixado de ser a única fonte de obrigações[316], os particulares podem e continuam a criar regras em espaços do sistema jurídico que não são ocupados por imperativo estatal[317], sobretudo hoje, por haver um "movimento de retorno do pêndulo em direção ao privado"[318] em apontamento a um modelo de Estado neoliberal[319].

---

jurídico e ideologia. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 116.

[312] Por essa razão, o parágrafo único do art. 2.035 dispõe que "nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos".

[313] Neste sentido: LARROUCAU, Marco Antonio Sepúlveda. **La Autonomía de La Voluntad o Autonomía Privada EN El Código Civil.** Estudios de Derecho Civil en Homenaje a Don Lorenzo de La Maza Rivadeneira. Facultad de Derecho - Universidad Gabriela Mistral. Santiago, 2013, p. 18.

[314] Neste sentido: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LIMA, Germano Alves de. Os Limites da Autonomia Privada em Face da Perspectiva Civil – Constitucional. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 10, nº 34, pp. 115-131, jan./jun., 2016, p. 123.

[315] Neste sentido: LARROUCAU, *op. cit*., p. 18.

[316] Neste sentido: AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. **Contratos Eletrônicos:** a boa-fé objetiva e a autonomia da vontade. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 154.

[317] Neste sentido: FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico**. Curitiba: Educa, Scientia et Labor, 1988, p. 54 e ss; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia privada e negócio jurídico. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, Porto Alegre, v.5, p.69-87, set. 2005, p. 70; AMARAL, Francisco. **Direito Civil:** introdução. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 213.

[318] Como afirma Daniel Sarmento, "[...] a partir da crise do Estado Social, que se aprofundou na fase final do século passado, já se percebe um movimento de retorno do pêndulo em direção ao privado. O Estado, antes visto como agente redentor das classes desfavorecidas e racionalizador da economia, passa a ser associado no imaginário social à ineficiência, à burocracia excessiva, ao desperdício. No mundo todo são promovidos extensos programas de privatização de empresas estatais, buscando o enxugamento da máquina pública e a devolução de amplos setores da economia à iniciativa privada". SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos versus Interesses Privados:** Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2007, p. 41.

[319] Defende Luís Roberto Barroso que, "[...] ao longo do século XX, o Estado percorreu uma trajetória pendular. Começou liberal, com funções mínimas, em uma era de afirmação dos direitos políticos e individuais. Tornou-se social após o primeiro quarto, assumindo encargos na superação das desigualdades e na promoção dos direitos sociais. Na virada do século, estava neoliberal, concentrando-se na atividade de regulação, abdicando da intervenção econômica direta, em um movimento de desjuridicização de determinadas conquistas sociais. E

Em consequência, no exercício da autonomia, os particulares devem respeitar os valores protegidos pelo Estado, voltados à ordem pública e aos bons costumes. Se estes parâmetros não forem respeitados, os atos praticados podem justificar a decretação de invalidades e a condenação do agente ao pagamento de indenizações mediante controle jurisdicional[320].

Pois bem.

Mesmo não tendo nenhum dispositivo da Constituição Republicana a nominalmente mencionar a autonomia privada, ela tem amparo no art. 5º, II, dispondo que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei[321], encontrando, assim, espaço para que regras sejam válida e eficazmente estabelecidas.

No contexto do tema em estudo, se não há obrigatoriedade de se submeter o tratamento das disputas à atividade jurisdicional, as partes da relação jurídica, em exercício da autonomia privada, podem prever o exercício da autotutela[322]. Não há razão para impedi-la. Se, além de existir ajuste de vontades das partes, forem preservadas a ordem pública e os bons costumes, a autotutela, por estar preservado o controle jurisdicional, legitima-se, sobretudo quando exercida em observância ao contraditório[323]. Até porque a autotutela encerra apenas um dos possíveis métodos pelos quais os sujeitos podem autorregular o tratamento de seus conflitos, ficando sempre aberta a via do controle jurisdicional. Se às partes é reconhecido o poder de criar normas e de estabelecer seus efeitos, a elas deve ser reconhecido o poder de tutelar o direito advindo das normas que editam[324], especialmente porque tem rapidez e baixo custo[325-326-327].

---

assim chegou ao novo século e ao novo milênio". BARROSO, Luís Roberto. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In: BARROSO, Luís Roberto. **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2007, p. IX.

[320] A propósito: SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. B. Cient. ESMPU, Brasília, a. 4, n.14, p. 167-217, jan/mar 2005, p. 209.

[321] Essa posição é sustentada por George Marmelstein, para quem a Constituição Brasileira, apesar de ter sido "tão generosa ao proclamar direitos", não trouxe "nenhum dispositivo que consagre claramente o direito à autonomia privada", mas menciona, como "fonte normativa para a proteção da autonomia da vontade, o art. 5º, II". MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 102.

[322] Em ratificação: BETTI, Autotutela. **Enciclopedia del diritto**. v. IV. Milão: Giuffrè. 1959, p. 532-533, p. 529.

[323] A se posicionar neste sentido: ZOPPINI, Andrea. L'effettività invece del processo. **Rivista di Diritto Processuale**. v. LXXIV, n. 3, p. 679-699. Padova, 2019, p. 685-686.

[324] SCHENK, Leonardo Faria. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. **Revista eletrônica de Direito Processual**, v.2, n.2, 2008, p. 5.

[325] Raquel Bellini Salles afirma que, "[...] à luz da principiologia constitucional como norte de todo o ordenamento, sobretudo por força dos princípios da liberdade e igualdade substanciais, sendo o primeiro

Inclusive, se é permitido estabelecer autotutela, em relação a hipóteses típicas, por que não seria permita em hipóteses atípicas inspiradas na mesma lógica e visando a alcançar os mesmos propósitos?[328]. A indagação é consistente na medida em que, não havendo, no sistema jurídico brasileiro, proibição geral ao exercício da autotutela (nem restrição ao seu exercício apenas às hipóteses típicas[329]), ela, quando não atenta contra a ordem pública e aos bons costumes, é admitida pelo sistema[330].

A autonomia privada permite, então, que as partes da relação jurídica, mesmo em situações atípicas, prevejam a autotutela como método de tratamento de seus

---

compreendido em sua intersubjetividade, a autotutela no campo privatístico há de ser admitida de forma limitada e controlada, como meio idôneo de defesa de interesses juridicamente protegidos. O seu pretendido revigoramento e expansão, portanto, não significa um retrocesso, mas inegável avanço na direção de uma ordem jurídica apta a reconhecer e fortalecer a capacidade dos sujeitos contratantes tanto para autorregulamentarem quanto para autotutelarem os seus próprios interesses, viabilizando soluções mais efetivas e céleres, e não menos justas do que as soluções obtidas por meio da tutela estatal". SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais.** Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 80.

[326] A respeito disso, Ana Alice Lima de Queiroz lembra que, "[...] na doutrina Norte Americana, Robert H. MNOOKIN e Lewis KORNHAUSER definem como fatores que determinam a eleição da autotutela como opção mais eficiente no tratamento de desajustes contratuais ou situações supervenientes a possibilidade de negócios futuro entre as partes, o tempo requerido para resolução do problema, os impactos comerciais da disputa judicial para o devedor e a incerteza do desfecho judicial". QUEIROZ, Ana Alice Lima. **Retenção Pecuniária e Autotutela nos Contratos Empresariais.** 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2017, p. 22.

[327] Apesar de unilateral a autotutela, a sua fonte não precisa necessariamente ser. Neste sentido, Luciana D'Acunto: "Il che non esclude che il potere di autotutela possa essere attribuito al privato, anziché direttamente dalla legge, da un accordo tra le parti, come accade, ad esempio, nell'ipotesi di clausola risolutiva espressa ex art. 1456 c.c. In tal caso, ciò che muta è il profilo, per cosi dire, «statico», relativo alla fonte di attribuzione del potere, e non il profilo «dinamico», che è quello caratterizzante il fenomeno dell'autotutela. L'atto di esercizio dell'autotutela rimane, infatti, pur sempre un atto unilaterale di esercizio del potere di difendere ex se il proprio interesse (per rimanere all'esempio, la dichiarazione della parte fedele di voler profittare della clausola risolutiva espressa prevista in suo favore). La necessaria unilateralità del comportamento dell'agente in autotutela, in altri termini, non implica l'unilateralità della fonte del potere, che può, al contrario, anche essere pattizia". D'ACUNTO, Luciana. Recesso e autotutela nei rapporti di consumo. **Collana: Quaderni de IL Foro napoletano** - 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 39-40.

[328] Em tom de concordância com a admissão da autotutela como método de solução de conflitos previamente pactuado pelas partes: MONTECCHIARI, Tiziana. Ius singulare e autotutela privata – Contributo allo studio di una categoria. **Collana: Quaderni de Il Foro napoletano**, 31. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, Itália, 2019, p. 64.

[329] São pertinentes, a este respeito, as palavras de Michela Lampis: "L'autotutela privata, difatti, nella sua configurazione originaria, era sostanzialmente soggetta al principio di tipicità e ciò impediva ai singoli di elaborare convenzionalmente meccanismi e strumenti di autotutela diversi rispetto a quelli già previsti e disciplinati dalla legge". LAMPIS, Michela. Autotutela pubblica e privata. In: PUBUSA, Francesca; PUDDU, Stefania. **Procedimento, provvedimento e autotutela Evoluzione e involuzione**. Quaderni di Diritto e processo amministrativo, 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 121.

[330] Por isso, concluem Janaína Reckziegel e Fabro Roni Edson: "[...] ao Estado, não cabe obstar as referidas práticas negociais, mas proporcionar que as pessoas exerçam seu direito ao exercício da autonomia da vontade, com a criação de mecanismos para evitar abusos e injustiças". RECKZIEGEL, Janaína; FABRO, Roni Edson. Autonomia da Vontade e Autonomia Privada no Sistema Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito Brasileira**, v. 8, ano 4, pp. 161-177, maio/agosto, 2014, p. 172-173.

conflitos[331]. E quando as partes elegem a autotutela, elas impulsionam, pelas vantagens relacionadas, a autorregulação[332], que, por observar os limites estabelecidos pela supremacia do interesse coletivo (de preservação da ordem pública e dos bons costumes)[333], nos últimos anos, por sua versatilidade, experimenta crescente valorização[334].

Mas, de todo modo, para que não se enviese a concepção quanto ao presente estudo, deve-se ratificar, a par do acima dito e do que será adiante posto, que a autotutela, mesmo atípica, não necessariamente depende de pacto firmado pelas partes integrantes da relação cujo direito está em disputa[335]-[336]. Somente será exigido pacto expresso pelas partes, a possibilitar o exercício da autotutela, quando o sistema assim estabelecer[337]. E ela apenas será impedida quando ameaçar direito outro que seja, num juízo de proporcionalidade, mais merecedor de proteção[338]. Em

---

[331] Afirma Leonardo Faria Schenk que: "Tornar-se-ia possível, assim, admitir a criação, pelos contratantes, de instrumentos de autotutela, inclusive com função resolutiva, não expressamente previstos em lei. Consoante esse entendimento, a ausência de previsão legal de referidos instrumentos pode ser superada adotando-se a não excepcionalidade da autotutela contratual constitucionalizada, decorrente do princípio da autonomia privada, devidamente temperado pelos filtros de controle da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso". SCHENK, Leonardo Faria. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. **Revista eletrônica de Direito Processual**, v.2, n.2, 2008, p. 5. Afinal, como ensina António Menezes Cordeiro, "[...] o consentimento do lesado encontra a sua justificação básica na liberdade pressuposta pelos direitos subjectivos. Por definição: sendo direitos, não têm de ser exercidos; além disso, eles envolvem, para o seu titular, a possibilidade de permitir ingerências no âmbito da sua própria permissão normativa específica de actuação". CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português.** Vol. II. Tomo III. 4ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 504.

[332] No contexto, importante trazer à colocação texto de Raquel Bellini Salles: "O direito pode e deve responder às demandas da contemporaneidade reforçando a segurança e a confiança no âmbito contratual, na medida em que a autotutela possibilita aos contratantes meios de prevenção ou de reação, extrajudiciais e imediatos, a uma lesão a interesse juridicamente protegido, sem prescindir, caso necessário, do ulterior controle judicial, que deve ser criteriosamente adequado". SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais.** Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 379.

[333] Neste sentido: SAAVEDRA, José Leyva. Autonomia Privada Y Contrato. **Revista oficial del Poder Judicial, Lima:** Corte Suprema de Justicia de La República del Perú, v. 6 e v. 7, año 4-5, pp. 267-290, 2010-2011, p. 272-273; DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Teoria das Obrigações Contratuais e extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 45.

[334] Neste sentido: MONTECCHIARI, Tiziana. Ius singulare e autotutela privata – Contributo allo studio di una categoria. **Collana: Quaderni de Il Foro napoletano**, 31. Napoli: Edizioni Sci-entifiche Italiane, Itália, 2019, p. 144; D'ACUNTO, Luciana. Recesso e autotutela nei rapporti di consumo. **Collana: Quaderni de IL Foro napoletano** - 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 9-10.

[335] Poderia ocorrer de, mesmo não havendo ajuste entre as partes, no sentido de se estabelecer, como método de tratamento dos conflitos, a autotutela ser utilizada para a realização de direito, seja por existir expressa previsão legal, seja por não haver vedação no sistema.

[336] Neste sentido: BIANCA, C. Massimo. **Autotutela** (diritto privato). Enc. dir. Aggiornamento, IV. Milão, 2000, p. 134.

[337] Neste sentido: MONTECCHIARI, Tiziana. Ius singulare e autotutela privata – Contributo allo studio di una categoria. **Collana: Quaderni de Il Foro napoletano**, 31. Napoli: Edizioni Sci-entifiche Italiane, Itália, 2019, pp. 41-42.

[338] Neste sentido: MONTECCHIARI, Tiziana. Ius singulare e autotutela privata – Contributo allo studio di una categoria. **Collana: Quaderni de Il Foro napoletano**, 31. Napoli: Edizioni Sci-entifiche Italiane, Itália, 2019, p. 42.

determinados casos, mesmo sem pacto expresso, a autotutela será permitida quando respeitados a ordem pública e os bons costumes.

3.2.6 Possibilidade de controle jurisdicional

A autotutela, pela maior parte da doutrina, até hoje, é colocada como um meio primitivo de tratamento de conflitos, como se ainda inserida num cenário que antecede à própria existência de estado[339]. Não é trazida para os dias atuais, contemporâneos ao aprimoramento das estruturas estatais, capazes de inibir e de controlar a prática de ilícitos e de estimular o uso adequado do método de proteção e de realização de direito e tratamento de conflitos. Tanto é que parte da doutrina sustenta que a autotutela permitiria "que fiquem sem proteção os direitos de quem não tem força suficiente para arrebatar ao adversário o que lhe é devido"[340], como se ignorasse que, além de a autotutela não guardar definitividade, o ato praticado não pudesse ser controlado pela atividade jurisdicional.

De fato, conquanto o ato praticado em autotutela tenha eficácia, independentemente de sua confirmação por atividade jurisdicional, ele, obviamente, não faz coisa julgada, podendo ser revisado ou confirmado pela atividade jurisdicional[341]. Por essa razão, a autotutela se legitima no sistema jurídico como instrumento de realização e de proteção de direito, a tratar dos respectivos conflitos.

Diferentemente do que ocorria em período antecedente, em que as partes ficavam apenas à mercê da própria força (ou de ardis), agora, o Estado tem plena capacidade de controle. Essa possibilidade de controle jurisdicional quanto à

---

[339] Girolamo Bongiorno historia: "Ritornando alle originarie situazioni di autotutela va consilerato che nel diritto romano l'esigenza di difendersi da sé era nata dalla posizione di debolezza di uno Stato che, non potendo fare affidamento su organi pubblici, capaci di risolvere le controversie insorte tra i membri della comunità, rimaneva estraneo alla contesa, sia nella fase di cognizione che in quella di esecuzione, anche perché nessun consociato avvertiva l'esigenza di deferirce a terzi la realizzazione del contenuto di un proprio diritto; ma la preferenza per una tutela attuata direttamente dall'interessato continuò a manifestarsi pur quando l'esercizio della funzione giurisdizionale venne affidato agli organi dello Stato, anche se con riferimento a fattispecie rigidamente determinate (26). Tant'è che fino al diritto post-classico e alla cognitio extra ordinem, in mancanza di un precetto di carattere generale che facesse divieto al singolo di fare ricorso alla autotutela, l'esercizio dell'autorità giudiziaria rimase limitato ad un numero rìstretto di figure tipiche, che costituivano il rivestimento medianto forme legali della difesa privata; in tale lungo arco di tempo il potere di autodifendersi fu esercitato o per conservare lo status quo (c.d. difesa preventiva), ovvero per ristabilire la situazione di fatto compromessa dall'altrui comportamento (c.d. difesa privata reattiva) (27)." BONGIORNO, Girolamo. **L'autotutela Esecutiva.** Milão: A. Giuffrè Editore, 1984, p. 18-20.

[340] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 30.

[341] Neste sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 261; LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 26.

regularidade do ato jurídico decorrente do exercício ou a pretexto de autotutela é colocada como um fator de sua legitimação, porque inibe que o justiçador aja de forma aleatória, atendendo apenas ao ímpeto de sua vontade[342].

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal, em 08 jun. 2021, editou o tema 249, entendendo por constitucional e recepcionado pela Constituição de 1988 o pacto de alienação fiduciária[343], justificando, como principal argumento, que "não é realizado de forma aleatória, uma vez que se submete a efetivo controle judicial"[344], sendo o devedor intimado para acompanhar o procedimento e para eventualmente utilizar recursos judiciais.

A alegação de inconstitucionalidade da autotutela (no caso, relacionada ao instituto da alienação fiduciária) baseava-se, justamente, na inafastabilidade de controle da atividade jurisdicional, tendo o Supremo Tribunal Federal se posicionado, por diversas vezes, no sentido de que dito direito fundamental estaria preservado em razão da possibilidade de controle posterior.

Quanto ao controle jurisdicional, somente ocorrerá revisão do ato praticado se verificado algum ilícito. Este, por consequência, se verificado, não será considerado exercício de autotutela, porque para ser assim compreendida, deve corresponder ao resultado proveniente da atividade jurisdicional.

---

[342] Embora a tratar da acção directa do direito português, Germano Marques da Silva traz interessante consideração que é aplicável ao instituto da autotutela: "Não queremos concluir sem notar a grande importância prática da disposição em análise. Dados os termos muito vagos com que a lei trata a questão, o agente há de hesitar freqüentemente antes de actuar, pelo menos sempre que se não sinta capaz de limitar a sua acção à medida estritamente necessária para evitar o prejuízo. Isto pode refletir a intenção limitadora do legislador, justificada pelo carácter inovador da acção directa". SILVA, Germano Marques da. **Da Tutela dos Direitos da Acção Directa**. Prêmio da Ordem dos Advogados para Estudantes de Direito, 1968, p. 71.

[343] Defendendo a inconstitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial em razão de alienação fiduciária: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual**. Porto Alegre, AJURIS, n° 33, 1985, p. 81; MARINONI, Luiz Guilherme. A Tutela Cautelar do Direito ao Devido Processo Legal (o caso da execução privada do Dec.-lei 70/66). Curitiba, **Jurisprudência Brasileira**, v. 173, p. 61-62, 1994, pp. 61-62; DADICO, Claudia Maria. **A Medida Cautelar Fiscal e o Princípio do Devido Processo Legal.** Dissertação (Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999, p. 48; MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Limites ao Poder do Juiz nas Cautelares Antecipatórias.** In: Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 210-225; DENARDI, Volnei Luiz. **Execuções Judicial e Extrajudicial no Sistema Financeiro da Habitação**: Lei No. 5.741/71 e Decreto-Lei No. 70/66. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 117. Entendendo ser constitucional: PEDROSO, Luís Renato. Constitucionalidade das Execuções Extrajudiciais no Sistema Financeiro da Habitação. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, nº 457, nov., p. 19-27, 1973, pp. 19-27; GOMES, Orlando. **Direitos reais.** 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 270-271; BARBOSA, Darli. Decreto-Lei 70/66- Constitucionalidade. São Paulo, **Revista de Direito Imobiliário**, nº 47, jul./dez. p.125-128, 1999, pp. 125-128; BECKER, L. A. **Execuções especiais:** SFH – SFI – Alienação Fiduciária – Crédito Rural e Industrial. Malheiros: São Paulo, 2002, p. 314; MARTINS, Samir José Caetano. **Execuções Extrajudiciais de Créditos Imobiliários.** Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2007, p. 81-108; RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 56.

[344] Posição essa apontada pelo Supremo Tribunal Federal desde o julgamento do Recurso Extraordinário 223075-1-DF, julgado em 23 de junho de 1998, cujo acórdão foi relatado pelo Ministro Ilmar Galvão.

Poder-se-ia indagar se, embora não sendo ilícito o resultado, mas apenas os meios, o ato praticado poderia ser controlado pela atividade jurisdicional.

Pois bem.

Se os meios são lícitos e o resultado é equivalente à prestação jurisdicional, o ato realizado não deve ser revisado. Se for ilícito o resultado, o ato poderá, sim, ser revisado. Mas, se forem ilícitos apenas os meios, devem ser realizadas algumas ponderações.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com redação dada a partir da Lei nº 13.655/2018, dispôs, em seu art. 20, que a decisão judicial deverá considerar as suas consequências práticas. E se o ato posto em controle contiver alguma irregularidade, esta, conforme dispõe o art. 21, deverá ser indicada pela decisão judicial para que aquele seja regularizado.

O legislador, como se observa, não autorizou o uso de meios ilícitos para o alcance do resultado, mas, buscou sua preservação quando ele corresponder à prestação jurisdicional. Não quer isso dizer que o uso de meios ilícitos não justifique reação por parte do órgão jurisdicional. Justifica. Ele poderá punir o justiçador, concedendo indenização em favor do justiçado.

Todavia, o órgão jurisdicional não deve, sem uma análise consequencial, invalidar os atos cujos resultados correspondem à prestação jurisdicional, qualquer que sejam eles, simplesmente por entendê-los ilícitos. Essa atividade não seria eficiente, porque restauraria o litígio existente entre as partes, chegando-se, após o julgamento, ao mesmo resultado. Por isso, deve-se, sempre que possível, preservar os atos praticados, sendo a invalidação medida excepcional, somente adotada quando não possível o aproveitamento[345], porque o Estado só deve intervir "quando há consequências nefastas ao bem-estar social ou para conformar seus efeitos jurídicos"[346].

Nestes casos, o Estado, então, deverá restringir sua intervenção para manter a ordem pública e os bons costumes, a fim de corrigir abusos e desequilíbrios. Agindo assim, ele inibirá uma postura difundida na sociedade, que apenas favorece aqueles que utilizam direito alheio sob o único pretexto de necessário respeito à regularidade dos meios, os quais, muitos, não justificam a invalidação do resultado.

---

[345] Como ensina Andrea Lepore, "Orbene, oggidí, è la nullità che deve essere inquadrata come sanzione eccezionale per simili forme di autodefesa". LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. Quaderni della Rassegna di diritto civile. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 141.

[346] PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Almedina: Coimbra, 2016, p. 41.

E não se está, aqui, a se posicionar no sentido de estimular a adoção de meios ilícitos. Pelo contrário. Como antes dito, devem ser penalizados todos os que recorrem a meios ilícitos, indenizando aqueles prejudicados por isso[347-348], enaltecendo o senso de autorresponsabilidade necessário ao exercício da autotutela[349]. Contudo, não se pode simplesmente determinar o desfazimento de resultados acertados. Ao contrário, em concretização às normas extraídas a partir dos artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, deve-se, mediante juízo de ponderação, buscar preservação de resultados eficientes, sem precisar necessariamente decretar invalidades que apenas restabelecem anterior cenário litigioso envolvendo as partes da relação jurídica[350].

De todo modo, não se afasta, de nenhuma das hipóteses encimadas, a possibilidade de controle jurisdicional. Este fica integrado à autotutela[351], servindo à revisão do ato jurídico ilícito praticado a pretexto ou à confirmação daquele ato praticado em efetivo exercício[352-353].

---

[347] Em semelhante sentido: CARIMINI, Francesca. Sequestro convenzionale e autotutela – **Collana: Quaderni della Rivista Giuridica del Molise e del Sannio.** Napoli: Edizioni Scientifiche Italine, 2008, p. 53.

[348] Em Portugal, o Código Civil, no art. 338, ao tratar do instituto da acção directa, que é instituto semelhante à autotutela, dispõe que "se o titular do direito agir na suposição errónea de se verificarem os pressupostos que justificam a acção directa ou a legítima defesa, é obrigado a indemnizar o prejuízo causado, salvo se o erro for desculpável". O mesmo acontece na Alemanha. O Código Civil, na seção 231, ao tratar da selbsthilfe, dispõe que "se uma pessoa praticar qualquer um dos atos descritos no artigo 229.º no pressuposto equivocado de estarem preenchidos os requisitos necessários para excluir a ilicitude, ela é obrigada a pagar uma indemnização à outra parte, ainda que o erro não resulte de negligência".

[349] Neste sentido: D'ACUNTO, Luciana. Recesso e autotutela nei rapporti di consumo. **Collana: Quaderni de IL Foro napoletano** - 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 80.

[350] Em sentido semelhante: SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 82.

[351] Neste sentido: GOMES, Orlando. **Direitos reais.** 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 370-371; GRINOVER, Ada Pellegrini. A Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e uma Nova Modalidade de Autotutela. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 10 – jul./dez. 2007, p. 19; VEDANA, Alexandre Torres. Incorporação Imobiliária e Leilão Extrajudicial. In: VEDANA, Alexandre Torres. **Jurisdição, Crise, Efetividade e Plenitude Institucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 458-459; SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 85; ANDRADE, Érico. GONÇALVES, Gláucio Maciel. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Autonomia privada e solução de conflitos fora do processo: autotutela executiva, novos cenários para a realização dos direitos? **Revista de Processo**. vol. 322, pp. 437-476. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 12.

[352] Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda ensina que "a eficácia própria da decisão-ato é a de estabelecer, licitamente, situação que, se não se tratasse de justiça privada permitida, seria ilícita, ou, pelo menos, geradora da responsabilidade. No que ela não se excedeu, não há contrariedade a direito, não há ilicitude, nem reparação pelo ilícito, nem reparação pelo ato-fato jurídico. É exercício regular de direito (Código Civil, art. 160, I, 2.ª parte) e qualquer responsabilidade seria tão estranha à sua natureza quanto a responsabilidade pelo exercício das ações perante a justiça estatal". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 256. E completa: "Se não era caso de justiça de mão própria, qualquer que tenha sido a falta de pressuposto, e ainda que o justiçador creia que todos os pressupostos estão satisfeitos, responde ele. Não se tendo composto o suporte fáctico da regra jurídica que permite a incursão na esfera jurídica alheia, para se fazer justiça de mão própria, a contrariedade a direito dos atos do justiçador está intacta. Comete ele ato ilícito e a sua responsabilidade é segundo o art. 159, além da responsabilidade penal em que incorra. Resta saber se o ato seria gerador de responsabilidade sem culpa, ou se somente cairia sob o art. 159

Inclusive, pode ocorrer de o próprio justiçador, para dar definitividade à situação jurídica decorrente da autotutela[354], buscar a confirmação. A confirmação, contudo, pode decorrer da certificação por contraditoriedade da sentença de improcedência da ação processualizada pelo justiçado com objetivo de revisão[355-356].

A par de tais considerações, estando aberto o controle jurisdicional para confirmação ou para revisão dos atos praticados, o exercício da autotutela pelo particular se legitima. Por isso, a possibilidade de controle jurisdicional é argumento favorável à sua admissão.

3.2.7 Imposição de respeito às esferas jurídicas

Como a autotutela possibilita a proteção e a realização do direito pelo próprio titular, aquela acaba por reafirmar a sua esfera jurídica deste, dando integridade ao sistema[357]. Se o titular está autorizado a agir, não apenas em situações de urgência,

---

do Código Civil. No direito alemão há a regra jurídica explícita (§ 231: "auch wenn der Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit beruht"): a responsabilidade se funda na culpa, conforme já se disse. No direito brasileiro, é preciso, pelo menos, a negligência". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 259.

[353] Neste sentido: LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 22; CASTRO, Jordi Delgado; VÉLEZ, Diego Palomo; DELGADO, Germán. Autotutela, Solución Adecuada Del Conflicto Y Epossession: Revision Y Propuesta. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte**. Ano 24, nº 2, pp. 265-289, 2017, p. 284.

[354] Pois, como consigna Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, "[...] a decisão-ato é incompleta como decisão, pois não tem eficácia de coisa julgada; na matéria julgada de mão própria não há preclusão para a apreciação pela justiça estatal, a que fica sujeita, eventualmente, salvo se a lei não o estatui como elemento integrativo necessário, a decisão-ato do justiçador". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 261.

[355] Quando o justiçador recorre à prestação jurisdicional, ela não busca alcançar a validade, mesmo porque ela é própria do ato praticado em autotutela, mas apenas declarar a sua regularidade. Como ressalta Marianella Ledasma Narvaéz, a autotutela, por não vulnerar bens jurídicos, não exige controle, mas apenas, se necessário ou conveniente, declaração de validade. E completa: "El efecto final del control se expresará en la aprobación o desaprobación de la conducta vulneratoria del tipo legal.". NARVÁEZ, Marianella Ledasma. Conflicto, Autotutela Y Control Jurisdiccional. **IUS ET VERITAS**, v. 23, n. 46, p. 204-219, 25 abr. 2013, p. 46.

[356] Diferentemente da posição que é adotada pelo presente trabalho, Germano Marques da Silva, embora tratando da acção directa do direito português, embora suas colocações possam ser referidas à autotutela, entende que: "O titular do direito, satisfeito por meio da acção directa, não tem qualquer interesse na acção judicial. Parece mais curial, mais razoável até que seja o interessado nessa acção a intentá-la: e o único interessado é o titular do interesse sacrificado pela acção directa. A lei é omissa e não vemos razão para que o agente tenha de se dirigir à justiça após ter obtido completa satisfação, por exemplo, após ter vencido a resistência irregularmente oposta ao exercício do seu direito. A doutrina alemã vai neste sentido e parece-nos que nada se opõe no nosso direito a esta solução". SILVA, Germano Marques da. **Da Tutela dos Direitos da Acção Directa**. Prêmio da Ordem dos Advogados para Estudantes de Direito, 1968, p. 58.

[357] DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014, p. 203 e p. 229.

a outra parte tenderá a respeitar o direito de seu adversário, sendo, pois, a autotutela, ferramenta contra a vulneração da esfera jurídica[358].

O recurso à autotutela, alicerçado pela autorização ou mesmo pela tolerância do sistema, concede força imperativa às normas[359]. O respeito à esfera jurídica aumenta não apenas pelo rigor da eventual penalidade, mas, também, pela possibilidade de ação e de reação[360], bem como pela rapidez com que o titular do direito consegue realizar o seu direito e pela inversão do ônus decorrentes da busca da atividade jurisdicional[361-362].

Situações cotidianas, inclusive, confirmam essa perspectiva. Basta trazer como exemplo o direito de crédito. Se o credor tem instrumentos próprios ao exercício da autotutela, com possibilidade de suspensão de serviço, de restrição de crédito e de se apropriação de garantias, o devedor, para não suportar prejuízos, tenderá a cumprir a obrigação que lhe cabe.

---

[358] Em sentido semelhante, Antônio do Passo Cabral: "[...] a autotutela representa um empoderamento das pessoas em conflito para solucioná-los, e que mostra que o sistema jurídico é previdente de instrumentos não judiciais para a tutela dos direitos. De certo modo, mostra também que as normas materiais e processuais estão mais uma vez imbricadas na solução do litígio.". CABRAL, Antônio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. **Civil Procedure Review**, v. 12, nº 2: mai-ago 2021, pp. 69-102, p. 94.

[359] GERI, Lina Bigliazzi. **Profili Sistematici Dell´Autotutela Privata**. Milão: Mvlta Pavcis, 1971, p. 11.

[360] Em sentido semelhante, Antônio Lemos Sobrinho: "A experiencia ensina que o que mais detém os criminosos não é tanto a ameaça da pena futura como a resistencia daquelle que se pretende lesar. O medo do malfeitor resulta da crença de que o aggredido não acceite o delicto e se defenda". LEMOS SOBRINHO, Antônio. **Da Legítima Defesa**. São Paulo: Saraiva & Cia, 1939, p. 32.

[361] POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 10.

[362] Neste sentido, Francesca Carimini: "Infine, il terzo sviluppo dell'autotutela rileva sul piano della tecnica di costruzione della fattispecie. Si tratta di operare una verifica circa l'effettiva valenza del potere di autotutela; se e come, di fatto, esso possa risultare utile alla composizione di un conflitto di interessi. La risposta al quesito è contenuta, almeno in parte, in svariati riferimenti di diritto positivo. Più precisamente, nelle pieghe della legislazione speciale, dove ipotesi di autotutela privata figurano numerose volte a protezione di talune categorie c.d. economicamente deboli. Essa, cioè, riassume una tecnica di regolazione del mercato. L'ingresso di meccanismi di giustizia privata determina l'inversione dell'iniziativa processuale nel caso di esito patologico della relazione contrattuale. L'autotutela, che si pone al di fuori del processo, tuttavia non lo esclude in quanto colui che ne sopporta l'esecizio può sempre ottenere la verifica giudiziale della corretta esplicazione del potere. Se tanto è vero, nel concedere al soggetto più debole del rapporto la possibilità di tutelarsi da sé, si ottiene il risultato di caricare la parte economicamente forte dell'onere di per correre le vie legali qualora paventi l'insussistenza dei presupposti di liceità dell'autotutela. Il che favorisce non soltanto la stabilità delle contrattazioni, ma anche una migliore distribuzione dei costi. Questa peculiarità evidenzia un aspetto virtuoso dell'autotutela e apre le porte ad una riflessione di più ampio respiro. Nell'attribuire strumenti di autodifesa l'ordinamento svela un favor per talune situazioni di interesse. Questo risalto che l'autotutela dà all'interesse cui accede non risulta essere privo di implicazioni: illuminando il giudizio di bilanciamento tra norme o interessi in conflitto, esso costituisce un indice della levatura assiologica delle posizioni confrontate. La presenza di un rimedio di autotutela va in tal modo ad arricchire il quadro di riferimenti normativi a disposizione dell'interprete per verificare la prevalenza tra posizioni giuridiche contrastanti; sí da risultare fattore determinante in quelle sedi ove necessita l'ope-ratività di un giudizio di valutazione comparativa tra piú interessi confliggenti". CARIMINI, Francesca. Sequestro convenzionale e autotutela – **Collana: Quaderni della Rivista Giuridica del Molise e del Sannio.** Napoli: Edizioni Scientifiche Italine, 2008, p. 52-53.

Inclusive, num cenário de realização de autotutela, o tempo para a satisfação do direito por seu titular, como antes mostrado, é significativamente inferior àquele necessário ao alcance da prestação jurisdicional definitiva, que, não raras vezes, leva vários anos para ser prestada, o que acaba por encorajar o devedor a aguardar o resultado do processo em vez de cumprir espontaneamente a sua obrigação.

Por outro lado, se o credor não recorre aos instrumentos da autotutela, é comum que se tenha de buscar a atividade jurisdicional e ela se prolongue por muito tempo, com esgotamento de todas as instâncias processuais pelo devedor, mesmo que as investidas sejam inviáveis, com intuito único de retardar a satisfação do direito.

Muitas vezes, inclusive, há uma irreparável usurpação do direito. O devedor assume o risco de alargar o trâmite do processo jurisdicional, principalmente quando não tem mais condições financeiras de assumir a responsabilidade pelos prejuízos causados, bem como pelos custos prevenientes da sucumbência, porque sabe que, diante de sua situação patrimonial, não sofrerá maiores repercussões negativas.

Se imposta a busca pela prestação jurisdicional em face do imaginado impedimento ao uso da autotutela, podem ocorrer situações, onde o próprio titular do direito, mesmo tendo este sido violado, prefira absorver o prejuízo[363], a considerar o tempo, os custos e os ônus impostos. Esta situação seria um estímulo à violação sistemática do direito alheio, como se institucionalmente tolerada.

Tal situação, prejudicial à própria coletividade, não ocorreria se o titular do direito tivesse a possibilidade de agir em exercício de autotutela, porque, além do efeito simbólico de seu reconhecimento pelo Estado, a realização de seu direito seria rápida e exigiria pequeno custo, numa conotação de intolerância institucionalizada contra a violação das esferas jurídicas[364]-[365].

---

[363] POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 13.

[364] Neste sentido, Francesca Carimini: "Compare in tal modo la prospettiva di una finalità di tipo punitivo e/o de terrente. Invero, rimettendo per intero la reazione difensiva all'attività spontanea del singolo, è probabile che la rappresentazione anticipata dell'esercizio del potere di autodifesa suggerisca al destinatario maggiore prudenza nell'azione. Almeno quanto a tempistica, poi, egli dovrà escludere tra le alternative possibili l'eventualità di una strategia dilatoria, esito, quest'ultimo, altamente immaginabile nell'ipotesi in cui la vicenda seguisse la via del processo. In breve, almeno ad un livello razionale, la presenza di un potere di autotutela può rendere meno conveniente la trasgressione della norma". CARIMINI, Francesca. Sequestro convenzionale e autotutela – **Collana: Quaderni della Rivista Giuridica del Molise e del Sannio.** Napoli: Edizioni Scientifiche Italine, 2008, p. 52.

[365] Richard A. Posner diz que, não raramente, aquele que infringe direito de forma dolosa é incapaz de arcar com o valor da sanção ideal, pelo que, em razão disso, a sociedade tem de recorrer a sanções não pecuniárias na tentativa de impor uma desutilidade igual ou superior à utilidade que ele espera obter com seu ato de transgressão. A seguir este rumo, dever-se-ia ampliar o repertório penal para criminalizar diversos ilícitos que

Assim, impor, de forma leniente, que a realização ou reparação do direito tenha de ocorrer apenas com a prestação jurisdicional, é estimular a violação à esfera jurídica do titular, potencializando o fator risco[366]. A colocação, pelo sistema, da autotutela como modalidade de tratamento de conflito, permitindo usar seus instrumentos para proteção e para realização de direito, é uma opção compatível e oportuna[367].

A autotutela, assim, também tem nítido caráter preventivo, a impor respeito à esfera jurídica, como se pode observar dos seus casos típicos, sobretudo os de maior amplitude de uso, a considerar que, a despeito disso, tem pequena recorrência.

Isso leva a constatar que o uso não habitual da autotutela não se deve a uma suposta inutilidade prática das hipóteses expressamente previstas pelo sistema, mas sim porque elas acabam se tornando de utilização desnecessária pelo respeito que estabelecem em favor da esfera jurídica do titular, especificamente quanto aos direitos contemplados pelos casos de admitido uso[368].

Ora, se o legislador criou texto de lei específico é porque, em determinado momento, a situação jurídica relacionada foi objeto de preocupação social. Se, hoje, a disposição não tem tanta aplicação, isso significa o reconhecimento de que o caso de autotutela foi introjetado na cultura, a ponto de fazer com que a esfera jurídica protegida pelo texto legal fosse fortalecida pela possibilidade da ação direta pelo titular do direito.

Algumas situações práticas ratificam essa conclusão. Para tanto, basta revisitar alguns casos relacionados à prestação de serviços considerados essenciais, em que a previsão e o aumento da potência das medidas coercitivas

---

hoje não estão tipificados, o que não se mostraria viável, sobretudo no Brasil, seja pelos próprios custos (não apenas financeiros), seja em razão de diversos efeitos sociais negativos associados, ou mesmo da própria impossibilidade de recuperação daqueles que forem condenados. POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 13.

[366] Neste sentido, Leandro Galli: "O reiterado descumprimento das obrigações negociais tem o nefasto efeito de potencializar o fator risco na atividade empresarial; sendo maior o risco, naturalmente, maior o custo, pois aquele é diretamente considerado no processo de precificação; maior o custo, mais distantes ficam de seus destinatários finais os bens da vida. Se esse bem da vida é essencial à existência humana digna, o vetor axiológico maior da dignidade da pessoa humana é igualmente violado, só que em escala, em dimensão absolutamente maior, privando não uma pessoa ou uma família, mas todo um grupo social de bem ou serviço essencial à existência digna". GALLI, Leandro. A Crise da Jurisdição e o Desrespeito às Obrigações Negociais. In: GALLI, Leandro. **Jurisdição, Crise, Efetividade e Plenitude Institucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 272.

[367] Neste sentido: SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p.79.

[368] A respeito a simbologia da previsão legal como vetor de comportamento social: NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p 69 e ss.

reduzem a necessidade de uso da autotutela, enquanto, por outro lado, a redução da potência aumenta a necessidade.

No período em que os tribunais não eram pacíficos no sentido de permitir a descontinuidade (suspensão) dos serviços essenciais como medida de autotutela, a inadimplência era elevada (e até estimulada). Posteriormente, situação que perdura até hoje, em razão da admitida suspensão como medida coercitiva, a inadimplência reduziu significativamente[369].

Se o comparativo for realizado com serviços escolares, dos quais as crianças e os adolescentes não podem ser submetidos à medida coercitiva de imediata suspensão fundada na inadimplência dos responsáveis financeiros, verifica-se que o descumprimento das obrigações de pagar perante as escolas é muito superior àquela ocorrente junto às concessionárias de serviço público.

E o índice de inadimplência, por parte dos responsáveis financeiros relativamente aos serviços escolares, aumentou sensivelmente se comparado à época anterior, quando se utilizava a imediata suspensão dos serviços escolares como medida coercitiva[370]-[371] (embora não se esteja, aqui, a discutir a sua conformidade com o sistema jurídico).

---

[369] Neste sentido, Alessandro D'Adda: "Per altro verso, le scelte speciali del regolatore non possono perdere di vista la centralità che assume, in contratti corrispettivi a prestazioni continuative, il rimedio in autotutela; che rappresenta uno stimolo assai efficace all'adempimento di controparte. E, nel favorire la conservazione del contratto piuttosto che la sua distruzione, può in definitiva costituire un elemento di stabilità apprezzabile non solo al livello del "singolare" rapporto sinallagmatico ma pure a garanzia dell'efficienza del mercato dell'energia inteso nella sua complessità". D'ADDA, Alessandro. **L'autotutela del creditore nel mercato dell'energia e del gas:** i limiti all'eccezione di inadempimento. Milão: Luglio, 2015, p. 95.

[370] A medida coercitiva ficou expressamente proibida a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999, que, em seu art. 6º, passou a dispor: "Art. 6º São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias. §1º O desligamento do aluno por inadimplência somente poderá ocorrer ao final do ano letivo ou, no ensino superior, ao final do semestre letivo quando a instituição adotar o regime didático semestral. §2º Os estabelecimentos de ensino fundamental, médio e superior deverão expedir, a qualquer tempo, os documentos de transferência de seus alunos, independentemente de sua adimplência ou da adoção de procedimentos legais de cobranças judiciais. §3º São asseguradas em estabelecimentos públicos de ensino fundamental e médio as matrículas dos alunos, cujos contratos, celebrados por seus pais ou responsáveis para a prestação de serviços educacionais, tenham sido suspensos em virtude de inadimplemento, nos termos do caput deste artigo. § 4º Na hipótese de os alunos a que se refere o §2º, ou seus pais ou responsáveis, não terem providenciado a sua imediata matrícula em outro estabelecimento de sua livre escolha, as Secretarias de Educação estaduais e municipais deverão providenciá-la em estabelecimento de ensino da rede pública, em curso e série correspondentes aos cursados na escola de origem, de forma a garantir a continuidade de seus estudos no mesmo período letivo e a respeitar o disposto no inciso V do art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente".

[371] Segue estudo estatístico que demonstra que, a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.870/1999, a inadimplência quanto ao pagamento das mensalidades escolares aumentou significativamente: Disponível em: https://anegepe.org.br/wp-content/uploads/2021/09/326_trabalho.pdf Acesso em 26 jul. 2021.

Não se desconhece que a inadimplência quanto aos serviços escolares possa justificar a adoção de medidas coercitivas outras, como a restrição de crédito dos responsáveis financeiros. Contudo, há limitação da medida de suspensão destes serviços em relação a outros. Isso confirma que a ampliação da potência das medidas de autotutela impõe maior respeito à esfera jurídica do titular[372].

Há, portanto, relações entre potência e necessidade de uso que precisam ser consideradas. Aumentada a potência da medida coercitiva aplicada em autotutela, reduz-se da necessidade de sua utilização, porque se impõe maior respeito à esfera jurídica. Enquanto isso, reduzindo-se a potência da medida coercitiva, aumenta-se a necessidade de utilização da autotutela, por haver menor respeito à esfera jurídica.

A reafirmação à esfera jurídica que a autotutela impõe alcança até mesmo os direitos não patrimoniais, os quais, muitas vezes, quando violados, por não trazerem uma compensação por sua realização, acabam sendo relegados pelo titular, que, diante dos variados entraves a percorrer, não se dispõe a buscar a atividade jurisdicional[373-374]. Este cenário poderia ser diferente se fossem utilizados instrumentos próprios da autotutela. Com a significativa redução do tempo e de custos necessários para a realização do direito pelo titular, os prejuízos decorrentes da violação verificada seriam, quando não mínimos, inexistentes, neste caso, pelo respeito à esfera jurídica por parte do devedor[375].

---

[372] Enquanto o índice de inadimplência das concessionárias de serviço público de energia é de cerca de 6% (Disponível em: https://valor.globo.com/empresas/noticia/2022/01/28/inadimplencia-sobe-com-conta-mais-cara-diz-abradee.ghtml Acesso em 11 fev. 2023.), a inadimplência junto às escolas particulares é de cerca de 21% (Disponível em: https://valorinveste.globo.com/mercados/renda-variavel/empresas/noticia/2021/10/31/pesquisa-aponta-que-mesmo-com-melhora-financeira-21percent-dos-pais-avaliam-trocar-filhos-de-escola.ghtml Acesso em 11 fev. 2023.).

[373] John Gilissen descreve contexto histórico que confirma essa ilação, ao reconhecer que, quando o direito de se divorciar (nos moldes do período identificado) passou a não mais ser exercido em autotutela, a quantidade de separação (também por isso) reduziu, aumentando o índice de natalidade. Eis suas palavras: "Mas, no casamento sine manu, o repúdio unilateral podia ser feito tanto pela mulher como pelo marido, bastando que um dos esposos manifestasse claramente a vontade de se divorciar – i. é., de repudiar o outro cônjuge (repudium). Daqui resultou, no fim da República e sob o Império, um grande número de divórcios, o que levou a uma crise de natalidade. Foi preciso, no entanto, esperar pela época dos imperadores cristãos para se assistir às primeiras restrições da liberdade de divórcio, seja por comum acordo, seja por repúdio unilateral". GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 565.

[374] Em semelhante sentido, Luciana D'Acunto: "Ed in effetti, da un punto di vista pratico, che tuttavia involge il profilo fondamentale dell'effettività della tutela ma anche dell'efficienza della giurisdizione, pare irragionevole addossare alla parte fedele di un contratto ineseguito, che abbia perso interesse alla sua attuazione, e che, al contempo, non abbia interesse ad azionare risarcimenti e restituzioni, l'onere di agire in giudizio per svincolarsi da un'operazione economica al cui fallimento ha dato causa la controparte, posto che, come sempre accade con riguardo ai rimedi di autotutela, a quest'ultima è consentito di contestare giudizialmente il corretto esercizio in concreto del potere di risoluzione stragiudiziale". D'ACUNTO, Luciana. Recesso e autotutela nei rapporti di consumo. **Collana: Quaderni de IL Foro napoletano** - 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 84.

[375] Em sentido semelhante: D'ACUNTO, Luciana. Recesso e autotutela nei rapporti di consumo. **Collana: Quaderni de IL Foro napoletano** - 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 9-10; LEPORE, Andrea.

Assim, relegar a importância do uso da autotutela é o mesmo que contribuir para vulnerar a esfera jurídica, contraditoriamente, num cenário de vigência do atual Código de Processo Civil que dá maior autonomia às partes[376] com o fim de estimular os variados métodos de proteção e de realização de direito e de tratamento de conflitos[377]-[378].

Por isso, a expressa autorização de uso da autotutela e a sua tolerância em determinadas circunstâncias pelo sistema é essencial para o fortalecimento de direitos subjetivos, nomeadamente porque se apresenta como meio adequado de proteção e de realização de direitos e de tratamento de determinados conflitos[379], num modelo autorresolutivo complementar à atividade jurisdicional[380].

Logo, ao passo que a autotutela possibilita a rápida realização do direito, ela desencoraja a violação à esfera jurídica[381], que passa a ser intensamente respeitada. Reconhecer a possibilidade do uso da autotutela é importante passo à modificação do hábito, criado pela repetição acrítica, de só se buscar a prestação

---

Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 19.

[376] Quando lhes possibilita, a título de exemplo, com amparo no art. 190 do CPC, a realizar negócios jurídicos processuais (Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo).

[377] Quando assim dispõe: "Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial".

[378] Inclusive, é por se inclinar pelos novos vetores contextuais que Júlio Guilherme Müller defende: "Os sujeitos em conflito têm atualmente um dever cívico e uma responsabilidade social, que é o de esgotar as vias alternativas para resolução dos conflitos, antes de procurar o Judiciário. O Juiz não pode ser visto como a primeira alternativa para quem se encontra em um conflito, mas sim como a última". MÜLLER, Júlio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017, p. 348.

[379] Neste sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 260; MAGANO, Octávio Bueno. **Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr Editora, 1993, p. 213; SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 69.

[380] Como ensina Andrea Lepore, "[...] in realtà, i mezzi riconosciuti al privato sono complementari ala tutela giurisdizionale. Non è possibile ricostruire un'alternatività tra um diritto dei privati, o meglio, un sistema dei privati contraposto a quello statale. Non esistono ordinamenti plurimi in conflito, ma pluralità di fonti e giurisdizioni". LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile.** Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, pp. 125-126.

[381] Neste sentido; CARIMINI, Francesca. Sequestro convenzionale e autotutela – **Collana: Quaderni della Rivista Giuridica del Molise e del Sannio**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italine, 2008, p. 53-54; MONTECCHIARI, Tiziana. Ius singulare e autotutela privata – Contributo allo studio di una categoria. **Collana: Quaderni de Il Foro napoletano**, 31. Napoli: Edizioni Sci-entifiche Italiane, Itália, 2019, p. 164-165.

jurisdicional, desprezando-se outras vias de realização de direitos e de tratamento de conflitos[382].

3.2.8 Redução de custos para o Estado e para as partes da relação jurídica

O aspecto econômico, sem dúvidas, é fator essencial para a tomada de decisões pelas pessoas, dentre as quais, o Estado[383]. Investimentos num determinado setor são realizados ou não considerando os custos, inclusive os provenientes da atividade jurisdicional[384].

Por isso, outro argumento frequentemente utilizado pela doutrina para justificar a admissão da autotutela e para estimular o seu uso é o de que ela, para o Estado[385-386], para a coletividade e para as partes da relação jurídica, tem custos financeiros muito inferiores àqueles necessários à oferta de prestação jurisdicional[387-388].

---

[382] Flávia Pereira Ribeiro afirma que "[...] toda atividade humana está sujeita ao hábito e, quando frequentemente repetida, torna-se um padrão cultural. A jurisdição estatal tem a seu favor um hábito criado ao longo dos anos – ela está incorporada, interiorizada em cada um dos jurisdicionados, estudiosos ou aplicadores do direito -, sendo mais fácil aceitá-lo a aderir a uma cultura nova, como aquela da jurisdição privada. [...] Todavia, não se deve deixar acomodar aos padrões arcaicos e sedimentados – os hábitos podem e devem ser revistos. É necessário romper tradições mitos e mentalidade conservadoras. O âmbito institucional jurídico não é lugar para dogmas, uma vez que haveria inevitável contradição com a mutabilidade da cultura e da sociedade". RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34.

[383] Neste sentido: ROBINS, Lionel. **An essay on the nature and significance of economic science**. 2. ed. rev. and ext. London: Macmillan, 1945, p. 16; SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 596.

[384] Como adverte, Raquel Belinni Salles, "[...] o judiciário e suas mazelas, mais do que uma moléstia isolada, são um dos grandes fatores que seguram o crescimento da economia do país". Continua "elemento que as empresas devem incluir em suas pesquisas de investimento". Por isso, "o desempenho do judiciário tem, sim, uma influência agigantada sobre a economia. Por via direta ou reflexa, acaba por afastar investimentos no país, investimentos dos quais o Brasil, por sua condição de economia em desenvolvimento, não pode se dar ao luxo de abrir mão". SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 59.

[385] Como enfatiza Júlio Guilherme Müller, "[...] subtrair litígios do Judiciário, levando as pessoas a buscar soluções alternativas para seus conflitos, é medida importante para qualquer país, mas, sobretudo, para aqueles com alta de taxa de litigância, cujo orçamento é deficitário e onde os custos com o Poder Judiciário já são demasiadamente elevados (como, especialmente, o caso do Brasil). Como afirma Cadiet, a desjudicialização abrange não só preocupações quantitativas, econômicas e de gestão; um menor número de litígios significa economia para o orçamento do Estado". MÜLLER, Júlio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017, p. 348.

[386] Niceto Alcalá-Zamora y Castillo escreve que: "El proceso no debe obstinarse em monopolizar la composición de los litigios, porque aparte de que resultaría vano empeño, ello se traduciría en un enorme aumento de gastos judiciales y en un terrible congestionamiento de los tribunales, que redundaría en su descrédito. Debe, pues, contentarse con encerrar la autodefensa dentro de linderos en que no sea peligrosa para la paz social y con encuadrar la autocomposición de tal modo que se eviten sus degeneraciones claudicantes, pero sin intentar acabar a rajatabla com ambas". ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. **Proceso, Autocomposiõn y Autodefensa**. México: UNAM, 1970, p. 234.

[387] Indicando ou reconhecendo este argumento, a título de exemplo: LIMA, Alvino. **O Direito de Retenção e o Possuidor de Má-Fé.** 2ª ed. São Paulo: LEJUS, 1995, p. 42; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto.

Além de ser muito mais rápida, a autotutela dispensa o pagamento de custas, a intervenção de terceiros e, por vezes, até a contratação de advogados. Não se faz necessário todo um processamento, caro, longo e burocrático, até que se consiga realizar o direito em definitivo.

E mesmo que os atos praticados em exercício de autotutela sejam levados à discussão perante a autoridade jurisdicional, tal costuma ocorrer com menor frequência, pois, quem não é titular do direito, sabedor disso, não terá o álibi de se beneficiar pelo uso do direito alheio.

Outrossim, quem pretende praticar atos de realização (ou proteção) de direito em autotutela, ciente das consequências que eventual ato ilícito pode acarretar contra si, terá o máximo de cuidado em sua atuação para não violar a esfera jurídica da outra parte da relação[389-390].

Não se descarta, aqui, a possibilidade de se cometer ilícitos a pretexto de exercício da autotutela, a causar prejuízos contra quem teve seu direito violado. Mas, tal ocorrerá com menor frequência em razão da segurança trazida pela certificação proporcionada e das consequências do controle do ilícito que deverão ser impostas ao alegado justiçador.

De qualquer forma, os custos provenientes destes eventuais ilícitos, passíveis de serem cometidos a pretexto de exercício de autotutela, seriam bem menores que aqueles necessários para agigantar o Poder Judiciário, a ponto de ele conseguir

---

Proceso, Autocomposiõn y Autodefensa. México: UNAM, 1970, p. 55-56; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Execução extrajudicial e devido processo legal. Atlas: São Paulo, 2010, p. 35; MÜLLER, Júlio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017, p. 348; MONTECCHIARI, Tiziana. Ius singulare e autotutela privata – Contributo allo studio di una categoria. **Collana: Quaderni de Il Foro napoletano,** 31. Napoli: Edizioni Sci-entifiche Italiane, Itália, 2019, p. 164.

388 A respeito, lições de: MONTECCHIARI, *op. cit.*, p. 164; D'ACUNTO, *op. cit.*, p. 78-79; SILVA, *op. cit.*, p. 17-18.

389 Germano Marques da Silva traz interessante consideração em torno da acção directa mas que é aplicável ao instituto da autotutela: "[...] o agente há de hesitar freqüentemente antes de actuar, pelo menos sempre que se não sinta capaz de limitar a sua acção à medida estritamente necessária para evitar o prejuízo". SILVA, Germano Marques da. **Da Tutela dos Direitos da Acção Directa**. Prêmio da Ordem dos Advogados para Estudantes de Direito, 1968, p. 71.

390 Como ressalta Raquel Belinni Salles "[...] o que se pretende não é propriamente estabelecer a eficiência econômica como fundamento ou grande justificativa para a autotutela, mas, ao contrário, 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'". SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais.** Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 58-59.

absorver e resolver em tempo adequado todos os conflitos de interesses apresentados pela coletividade[391].

Assim, obrigar as partes, sempre que não haja consenso entre elas, a buscar a prestação jurisdicional para a solução e seus problemas, é impor, muitas vezes, um custo que, além de ser elevado, é desnecessário para as partes da relação jurídica, para o Estado e para a coletividade, numa afronta à eficiência[392].

E o legislador brasileiro estimula a busca pela eficiência, apesar do risco de cometimento de erros na adoção de políticas judiciárias, quando, por exemplo: no rito dos Juizados Especiais Cíveis, admite a prova pericial apenas informal; no rito sumário da Justiça do Trabalho, impede a interposição de recurso; em execuções fiscais de reduzido valor, restringe o uso de alguns recursos[393].

Embora não se ignore que o legislador tenha atentado ao valor em disputa, ele, mesmo ciente dos riscos provenientes da limitação de determinados atos, preferiu corrê-los ao ter de realizar maiores gastos com o aumento de uma desejada qualidade de prestação jurisdicional, que, para cada caso encimado, poderiam ser superiores ao valor do bem jurídico.

O argumento de redução de custos, explicitado a partir de diversos textos legais que dispõem sobre direito processual, acaba sendo um dos muitos pilares de defesa da autotutela como medida aderente ao sistema jurídico brasileiro e preditiva de uma realidade que, num futuro breve, está por vir. Em tempos atuais, com a

---

[391] ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILO, *op. cit.*, p. 55-56.

[392] A confirmar essa conclusão, podem ser citadas as seguintes lições: CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Vol. I. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 347-348: "As utilidades devem ser maximizadas ponderando-se os danos conexos, de tal modo que se minimize a soma dos danos com os custos para os evitar. [...] Só se devem assumir actividades potencialmente danosas quando a sua utilidade supere os danos e os custos destinados a evitá-los ou a reduzi-los. [...] No passo seguinte, poderemos trabalhar com a ideia de um nível óptimo de actividade: aquela que, vistas as suas vantagens, acarrete um mínimo de danos. E a repartição de riscos pelos intervenientes deve, também, seguir uma regra de eficiência: será atribuído em termos que conduzam a um mínimo de danos". Apesar disso, "o Direito civil não lida com óptimos económicos, embora os deva ter em conta. Há valores que devem ser-preservados, ainda que em termos 'não-eficientes': pense-se na vida humana, incluindo a dos deficientes e a dos (muito) idosos"; SILVA, Germano Marques da. **Da Tutela dos Direitos da Acção Directa.** Prêmio da Ordem dos Advogados para Estudantes de Direito, 1968, p. 18-19 e p. 36: "São vantagens de ordem particular, por exemplo, as resultantes da economia de tempo e de custas. Note-se que a economia de custas aproveita a ambas as partes. São vantagens de ordem pública, fundamentalmente, a diminuição dos processos nos tribunais, quando a justiça privada pode ser eficaz e sem perigo de excessos ou de erros, sem que a ordem pública seja perturbada". "O legislador, tomando em conta que o prejuízo que sofreria o titular do direito seria maior se ele recorresse à autoridade pública que o que poderia sofrer o titular do interesse sacrificado pelo acto de justiça privada, vem declarar lícitos muitos actos de justiça privada".

[393] Quanto à relação custo/benefício no direito, é oportuna a transcrição de texto de Richard Posner: "De nada adianta observar que a análise de custo-benefício viola algum princípio moral desejável se não houver outro método viável para lidar com o problema em pauta ou se todas as outras opções viáveis renderem resultados que até mesmo os filósofos morais considerarão piores". POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 139-140.

multiplicação massiva das relações jurídicas, facilitadas em especial pelo uso da internet como ferramenta de alcance e de contratação, permitir a autotutela passa a ser uma necessidade, para que o excesso de processos judiciais, com elevadíssimos custos, não comprometa o próprio Poder Judiciário[394]-[395].

Quando os bens passíveis de sacrifícios, se for eventualmente cometido algum ato ilícito, são insignificantes, ou menores comparativamente aos necessários à prestação de jurisdição, mas não apenas nestes casos, como já se deixou antever pelo que acima apresentado, deve, se preenchidos os pressupostos e respeitados requisitos e limites, ser autorizado o exercício da autotutela[396]. Não é razoável impor a busca pela atividade jurisdicional, quando os respectivos custos, superiores aos dos bens jurídicos em disputa, poderiam ser revertidos pelo Estado em favor da coletividade. Aumentar constantemente o orçamento do Poder Judiciário brasileiro é ato que guarda notas de ilicitude[397], porque comprometerá outros setores mais relevantes, como o da educação, o da saúde e o da segurança, cujos serviços, hoje, quando ofertados, já não dispõem de aceitável qualidade.

E mais. Há de se considerar que, se for proibida ou mesmo inibida a autotutela, haverá maior risco de descumprimento de obrigações, cujos custos serão precificados pelo mercado[398], o que, de uma forma geral, não é aceitável.

---

[394] Em sentido semelhante, Niceto Alcalá-Zamora y Castilho: "No sería prudente, fuera de aquellos casos en que produzca considerable perturbabación social, prohibir la autodefensa, ya que el proceso tiene también su costo – com frecuencia no despreciable, con frecuencia muy elevado –, sin que tampoco pueda rechazarse que en ocasiones la defensa privada cueste socialmente menos y rinda más". ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. **Proceso, Autocomposiõn y Autodefensa**. México: UNAM, 1970, p. 57-58.

[395] Considera-se ainda, como coloca Daniel Sarmento, que, "embora o fenômeno da inflação legislativa persista, o monopólio estatal na produção de normas torna-se uma miragem, na medida em que os atores econômicos passam a reger suas atividades por uma lex mercatoria, criada difusamente pelo próprio mercado, em detrimento do Direito produzido pelas fontes tradicionais dos Estados". SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos versus Interesses Privados:** Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2007, p. 43.

[396] ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILO, *op. cit.*, p. 55-56.

[397] Considerado, segundo estudo de Luciano da Ros, como o maior dos países do mundo ocidental. ROS, Luciano da. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. **Observatório de elites políticas e sociais do brasil**. v. 2, n.9. 2015

[398] Neste sentido, Leandro Galli: "O reiterado descumprimento das obrigações negociais tem o nefasto efeito de potencializar o fator risco na atividade empresarial; sendo maior o risco, naturalmente, maior o custo, pois aquele é diretamente considerado no processo de precificação; maior o custo, mais distantes ficam de seus destinatários finais os bens da vida. Se esse bem da vida é essencial à existência humana digna, o vetor axiológico maior da dignidade da pessoa humana é igualmente violado, só que em escala, em dimensão absolutamente maior, privando não uma pessoa ou uma família, mas todo um grupo social de bem ou serviço essencial à existência digna". GALLI, Leandro. A Crise da Jurisdição e o Desrespeito às Obrigações Negociais. In: GALLI, Leandro**. Jurisdição, Crise, Efetividade e Plenitude Institucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 272.

Assim, os instrumentos de autotutela pelo particular, como afirma Luciana D`Acunto, parecem ser os mais adequados para garantir, ao mercado, a vitalidade e o dinamismo que estão na base do desenvolvimento econômico[399], sendo a redução de custos mais um argumento colocado à admissão da justiça de mãos próprias.

3.3 ARGUMENTOS PARA NÃO ADMITIR O EXERCÍCIO DA AUTOTUTELA

3.3.1 Monopolização da atividade jurisdicional

Um dos argumentos mais frequentemente utilizados pela doutrina para não admitir o uso da autotutela pelo particular no direito privado como forma de tratamento de conflitos é o de que a atividade jurisdicional somente poderia ser prestada pelo Estado ou, em razão de livre consenso das partes, por árbitros escolhidos por elas[400].

Quem levanta o argumento de que não caberia ao particular proteger e realizar diretamente seu direito alberga-se na disposição do inciso XXXV do art. 5º da Constituição, a qual garante que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, acrescentando que a imperatividade das decisões, apoiada pelo uso da força, pressuporia monopólio da jurisdição[401], pois, se aquele (o uso da força) fosse confiado ao particular, ocasionaria descontrole, atentatório à ordem pública e à paz social[402]-[403].

---

[399] A propósito, Luciana D'Acunto: "Gli strumenti di autotutela privata, anche in ragione dei tempi patologicamente lunghi della giustizia statale, appaiono dunque i più idonei ad assicurare al mercato quella vitalità e quel dinamismo che sono alla base dello sviluppo economico, per l'ovvio rilievo che il funzionamento del mercato genera imprenditorialità più sana e quindi occupazione sistemica". D'ACUNTO, Luciana. Recesso e autotutela nei rapporti di consumo. **Collana: Quaderni de IL Foro napoletano** - 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 135-136.

[400] Neste sentido: ANDRADE, Olavo de. **Notas sobre o direito de retenção**. São Paulo: Saraiva, 1922, p. 11: "Constituído o poder público, surge um princípio de ordem social segundo o qual ninguém pode fazer justiça por si mesmo".

[401] Neste sentido: BECKER, *op. cit.*, p. 216.

[402] LEMOS, *op. cit.*, p. 29.

[403] São oportunas, neste sentido, as seguintes palavras trazidas por Antônio do Passo Cabral: "Como salientei, talvez a premissa de pensar que todo processo de solução de conflitos seja estatal ou jurisdicional tenha sido influenciada pelo exacerbado preconceito com as formas de autotutela, que são vistas até hoje ou como totalmente proscritas ou como necessariamente excepcionais por serem fruto de um direito primitivo. Ou seja, a estatalidade na solução de conflitos aparece mais uma vez como o modelo da modernidade, um avanço histórico porque o Estado passou a ser o garantidor institucional de formas civilizadas de solução de conflitos, impedindo o uso da força contra a vontade de um dos litigantes." CABRAL, Antônio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. **Civil Procedure Review**, v. 12, nº 2: mai-ago 2021, pp. 69-102, p. 90.

Sob outro aspecto, defendem também que o Poder Judiciário seria arredio a qualquer forma de usurpação de suas funções[404], confiando que a jurisdição em monopólio seria suficiente para garantir a tutela de direitos violados ou ameaçados[405]-[406]. Haveria, igualmente, um viés ideológico a impedir o uso da autotutela pelos particulares, pois, se o Estado é quem concede direitos, somente ele poderia prover a respectiva tutela[407].

Quem sustenta existir monopólio da atividade jurisdicional, a impedir a autotutela pelo particular, afirma, em acréscimo, que ninguém poderia ser bom juiz em causa própria, porque premido de parcialidade, sendo ilegítima qualquer decisão por ele tomada[408]. Inclusive, a confirmar o monopólio da jurisdição, constituiria crime de exercício arbitrário das próprias razões, nos termos do art. 345 do Código Penal, o exercício de autotutela pelo particular.

Não há dúvidas de que, em razão do argumento aqui apresentado, a autotutela tem sido indevidamente descurada[409]. Ao longo dos vários anos, é carregado (dentre outros) antigo dogma, segundo o qual a resolução das disputas havidas entre os particulares caberia ao Poder Judiciário[410]. Contudo, há diversos erros cometidos por quem defende que a atividade jurisdicional seria monopolizada e que, por isso, o particular não poderia recorrer à autotutela para defender ou realizar seu próprio direito.

---

[404] DAMASKA, Mirjan. **I volti della giustizia e del potere:** analisi comparatistica del processo. Il Mulino: Bologna, 1991, p. 127-128.

[405] Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, embora não adote essa posição, faz tal relato. MIRANDA, *op. cit., p. 224.*

[406] Neste sentido: SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 151-152; PEKELIS, Alessandro. **Novíssimo Digesto Italiano.** Milão: Cedam, 1957, p. 21.

[407] SALLES, *op. cit.*, p. 71.

[408] Neste sentido: BENVENUTI, Feliciano. **Autotutela (diritto amministrativo)**. Enciclopedia del Diritto. Tomo IV. A. Milani: Padova, 1959, p. 238-239; RAMÓN, Fernando López. Limites constitucionales de la autotutela administrativa. **Revista de Administración Pública**. nº 115, enero-abril. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988, p. 60; REALI, Miguel. **Questões de Direito Privado**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 24.: CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português.** Vol. II. Tomo III. 4ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 498; TALAMINI, *op. cit.*, p. 188; CARVALHO. Alexandre Douglas Zaidan de. **Imagens da Imparcialidade entre o Discurso Constitucional e a Prática Judicial**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 57.

[409] ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado.** Coimbra: Almedina, 1999, p. 53.

[410] O dogma até hoje trazido vem desde antes da organização social, quando, diz Dalmo de Abreu Dalari, os homens, em estado de natureza, comportavam-se de forma egoísta, luxuriosa, inclinada a agredir os outros. Eles eram insaciáveis, condenando, por isso mesmo, a vida solitária, pobre, repulsiva, animalesca e breve. Isso acarretava permanente "guerra de todos contra todos", cujo temor gera um estado de desconfiança que levava os homens a tomar iniciativa de agredir antes de serem agredidos. DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13.

O primeiro erro consiste no fato de que o resultado da autotutela não é jurisdição[411]. Autotutela e jurisdição não se confundem. Conquanto o resultado corresponda ao da prestação jurisdicional, a autotutela não guarda o atributo da definitividade. É justamente por isso que as partes formadoras da relação jurídica podem buscar o Poder Judiciário (ou mesmo, se houver consenso, um árbitro) a fim de alcançar a confirmação do ato praticado em autotutela ou a invalidação daquele praticado a pretexto[412].

Por outro lado, ao contrário do que defendem alguns, a força não é elemento necessário ao exercício de direito da autotutela. Em razão da natureza dos bens em disputa e das próprias técnicas disponíveis, muitas vezes, a autotutela realiza direito sem necessidade de qualquer contato físico entre as partes que formam a relação jurídica, sendo desnecessário o uso da força. Este, inclusive, em exercício de autotutela, só é permitido quando a lei expressamente o autoriza.

Outro erro do argumento evocado por aqueles que se posicionam contra o uso da autotutela pelo particular como forma de tratamento de conflitos consiste na circunstância de que o acesso à prestação jurisdicional não é uma via obrigatória para as partes. Ela é apenas facultativa. E é por isso que nem todos os conflitos precisam ser resolvidos a partir da jurisdição, a qual deve ser, antes, entendida como serviço colocado à disposição[413], e não a primeira e única opção. Por mera conveniência, as partes da relação jurídica podem desistir de buscar a prestação jurisdicional. Logo, o texto do art. 5º, XXXV, da Constituição, não estabelece que a prestação jurisdicional seja obrigatória[414], mas, sim, facultativa.

---

411 A propósito, afirma GIL Y GIL: "No deben confundirse, aun sí, la autotutela privada y la jurisdicción. Por jurisdicción, o Administración de justicia em sentido estricto, ha de entenderse la función específica estatal que tiende a la satisfacctión de pretensiones". GIL Y GIL, José Luis. **Autotutela privada y poder disciplinario em la empresa**. Madrid: Centro de Publicações del Ministerio de Justicia, 1994, p. 31.

412 Neste sentido, Luciana D'Acunto: "La giurisdizione non è impedita dalla possibilità accordata al privato di ricorrere all'autotutela, essendo possibile scegliere di rivolgersi all'autorità giudiziaria anziché attivare i rimedi in autotutela ovvero adire il giudice dopo aver agito in autotutela; ed il destinatario dell'autotutela può rivolgersi al giudice per contestarne il legittimo esercizio e far valere le proprie ragioni84. L'autotutela è sempre aperta alla successiva verifica giudiziaria, costituendo una tecnica di tutela dei diritti ulteriore rispetto a quella giudiziaria, che non può essere mai esclusa nel rispetto dell'art. 24 Cost. Peraltro, come si è evidenziato, autotutela e tutela giudiziaria si presuppongono vicendevolmente e soltanto in presenza di una giustizia statale che funziona può operare una autotutela privata efflciente". D'ACUNTO, Luciana. Recesso e autotutela nei rapporti di consumo. **Collana: Quaderni de IL Foro napoletano** - 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 45.

413 Neste sentido: LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 26.

414 Neste sentido: FRIEDE, Reis. **Curso Analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado**. Forense: Rio de Janeiro, 2002, p. 40; VEDANA, Alexandre Torres. Incorporação imobiliária e leilão extrajudicial. In: Luiz Eduardo Gunther; Willians Franklin Lira dos Santos. (Org.). **Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional**. 1ed.Curitiba: Juruá, 2009, v. 2, p. 441-462., pp. 458-459.

Assim, não existe um monopólio da jurisdição a ponto de inviabilizar o uso da autotutela, até porque o texto constitucional do inciso XXXV do art. 5º a harmoniza com a prestação jurisdicional, pois, se legitimamente alegado o cometimento de algum ilícito sob o pretexto de realização de direito pela própria parte, a questão poderá ser submetida à apreciação jurisdicional[415], que confirmará (eliminando dúvida) ou não (decretando a invalidade e, eventualmente, condenando) o ato praticado.

Há outro erro cometido em defesa do monopólio da jurisdição. Costuma-se afirmar que ninguém seria bom juiz da própria causa porque agiria de forma necessariamente parcial. Entretanto, essa assertiva acaba por desprezar que, não havendo definitividade no exercício da autotutela, eventual ato ilícito cometido pelo pretenso justiçador poderá ser depois controlado pela atividade jurisdicional[416], diferentemente, claro, do que ocorria na origem da autotutela. Este controle, por consequência, imporá a observância de atentos cuidados, por parte do justiçador, ao realizar o seu direito em autotutela, a despeito da sua inafastável parcialidade. Cioso da possibilidade de controle e dos custos que poderá ter de suportar, sendo, hoje, os atos praticados, em grande parte, intensamente certificados e existindo diversas teses jurídicas firmadas pelos tribunais, algumas com força vinculante, ele tenderá a controlar seus arroubos, agindo com o objetivo único de realizar o seu direito.

De qualquer forma, se a parcialidade, como defendem alguns para sustentar o monopólio da jurisdição, fosse impedimento à autotutela, ela nunca seria permitida, nem mesmo nas hipóteses típicas, cuja constitucionalidade de várias delas foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Inclusive, sendo ela típica ou não, persiste o risco de cometimento de atos ilícitos por conta da parcialidade. Mas este risco parece ser maior na suposição do que na observação, a considerar que, apesar de, a cada dia, significativamente ampliados os casos de permitido uso de autotutela, não se alardeia a proliferação de ilícitos relacionados.

Quanto ao argumento aqui analisado, de existência de monopólio de jurisdição a impedir o exercício de autotutela, o Supremo Tribunal Federal editou o tema 249 de sua jurisprudência, entendendo por constitucional e recepcionado pela

[415] Neste sentido: LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 26.
[416] Neste sentido, do Superior Tribunal de Justiça: AgInt no REsp 1546516/BA, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, julgado em 01/06/2021, DJe 16/06/2021.

Constituição de 1988, o pacto de alienação fiduciária[417], justificando que, por estarem os atos praticados submetidos a controle posterior, o procedimento em autotutela não é realizado de forma aleatória[418]. A alegação de inconstitucionalidade da autotutela baseava-se, dentre outras, na afirmação de inafastabilidade da atividade jurisdicional, tendo o Supremo Tribunal Federal, contudo, posicionado-se (por diversas vezes) no sentido de que dito direito fundamental estava preservado pela possibilidade de posterior controle.

Logo, não se pode dizer que, em todos os casos, o titular do direito, apesar da sua parcialidade, fique impedido de avaliar a sua própria causa. A antiga concepção, em sentido contrário, remonta a período bem distante, numa realidade de certificações absolutamente diferente da atual. O risco de cometimento de ilícitos a pretexto de exercício de autotutela termina por ser reduzido, sendo conveniente assumi-lo para alcançar diversos benefícios.

Até porque, mesmo sendo a parcialidade ínsita ao titular do direito, o resultado de sua ação poderá corresponder ao da prestação jurisdicional. Em assim ocorrendo, o justiçado, embora busque o controle jurisdicional, cônscio da situação, tenderá a aceitar o resultado da autotutela para evitar custos porque a decisão a ser proferida não realizará modificações no resultado, já que prevê a preservação da situação fático-jurídica apresentada[419].

---

[417] Defendendo a inconstitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial em razão de alienação fiduciária: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual**. Porto Alegre, AJURIS, n° 33, 1985, p. 81; MARINONI, Luiz Guilherme. **A Tutela Cautelar do Direito ao Devido Processo Legal** (o caso da execução privada do Dec.-lei 70/66). Curitiba, Jurisprudência Brasileira, v. 173, 1994, p. 61-62; DADICO, Claudia Maria. **A Medida Cautelar Fiscal e o Princípio do Devido Processo Legal**. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999, p. 48; MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Limites ao Poder do Juiz nas Cautelares Antecipatórias. In: Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil. V. 3. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007, p. 291-292; DENARDI, Volnei Luiz. **Execuções Judicial e Extrajudicial no Sistema Financeiro da Habitação**: Lei nº 5.741/71 e Decreto-Lei nº 70/66. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 117. Entendendo ser constitucional: PEDROSO, Luís Renato. Constitucionalidade das Execuções Extrajudiciais no Sistema Financeiro da Habitação. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, nº 457, nov. 1973, p. 19-27; GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 270-271; BARBOSA, Darli. Decreto-Lei 70/66- Constitucionalidade. São Paulo, **Revista de Direito Imobiliário**, nº 47, jul./dez. 1999, p. 125-128; BECKER, L. A. **Execuções especiais:** SFH – SFI – Alienação Fiduciária – Crédito Rural e Industrial. Malheiros: São Paulo, 2002, p. 314; MARTINS, Samir José Caetano. **Execuções Extrajudiciais de Créditos Imobiliários.** Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2007, p. 81-108; RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 56.

[418] Posição essa seguida pelo Supremo Tribunal Federal desde o julgamento do Recurso Extraordinário 223075-1-DF, julgado em 23 de junho de 1998, cujo acórdão foi relatado pelo Ministro Ilmar Galvão.

[419] Neste sentido: GERI, Lina Bigliazzi. **Profili Sistematici Dell´Autotutela Privata**. Milão: Mvlta Pavcis, 1971, p. 92; FLOR, Roberto. **Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed inter-nazionale**, CEDAM, Padova, 2010, pp. 403-404.

Outrossim, deve-se considerar que há vários direitos potestativos[420] cuja realização, pela certificação atribuída, depende unicamente da vontade de seu titular, não havendo que colocar, de forma acrítica, a parcialidade como fator impeditivo absoluto de exercício de autotutela. Se a discordância da outra parte e os argumentos que ela possa apresentar são insuficientes para impedir a realização do direito potestativo, a parcialidade não compromete a legitimação do exercício do direito em autotutela.

Sob outro aspecto, o argumento apresentado contra o exercício da autotutela deve ser criticado porque o ato de monopolizar pode trazer, consigo, um movimento de comodismo contínuo, a ocasionar a ineficiência do serviço jurisdicional e, assim, chegar-se ao ponto de se estabelecer uma cultura onde o violador do direito não se sente pressionado a respeitar a esfera jurídica alheia. Isso, sim, representaria afronta direta à ordem pública e à paz social. Mas, quando, em sentido contrário, autoriza-se o titular a proteger e a realizar seu direito, reconhecendo, assim, a autotutela como mais um método de proteção e de realização de direito e tratamento adequado de conflitos, a sua ação, além de afirmar a própria esfera jurídica e de afastar os custos do processo e os ônus decorrentes do tempo de sua tramitação, pressiona continuamente à melhora do serviço jurisdicional, sobretudo aquele disponibilizado pelo Estado.

Para garantir respeito ao suposto monopólio da atividade jurisdicional e, assim, evitar a aleatoriedade e o uso da força física, alcançando, como consequência, a ordem pública e a paz social, defendem alguns que o Código Penal, no art. 345, teria tipificado o uso da autotutela como exercício arbitrário das próprias razões, ao dispor que constitui crime “fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite”.

Em razão do tipo penal, parte significativa da doutrina, ao tratar da questão, entende que só seria possível exercício de autotutela em hipóteses expressamente previstas em lei. Nem mesmo, em exercício da autonomia privada, as partes poderiam, ante a falta de previsão legislativa, criar hipóteses de autotutela[421]. Se tal

---

[420] Embora o exercício da autotutela não esteja adstringido apenas a eles.

[421] Neste sentido: BETTI, Autotutela. **Enciclopedia del diritto**. v. IV. Milão: Giuffrè. 1959, p. 529; GERI, Lina Bigliazzi. **Profili Sistematici Dell´Autotutela Privata**. Milão: Mvlta Pavcis, 1971, p. 38-39; DI MAJO, Adolfo. **La tutela civile dei diritti.** 4ª ed. Milão: Giuffrè, 2003, p. 3; GIORGIANNI, M. **Il negozio di accertamento. Milano:** Giuffrè, 1939, p. 23-27); MESSINEO, F. **Manuale di diritto civile e commerciale**. Vol. I, Milão: Giuffre, 1957, p. 162; MEZZANOTTE, L. **Il diritto di ritenzione.** Dall'autotutela alla pena privata. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 1995, p. 15; RAPPAZZO, A. **L'autotutela della parte nel contrato**. Cedam:

ocorresse, existiria crime cometido por quem protegesse e realizasse o próprio direito, por atentar contra o respeito à administração da justiça[422].

Constata-se, entretanto, que não há vedação ao uso da autotutela pelo particular, embora, numa leitura desatenta do texto do art. 345 do Código Penal, poder-se-ia concluir que ela só teria permissão se expressamente autorizada por lei. A vedação é à arbitrariedade, por atentar contra a administração da justiça[423]. Tanto que, como se mostrará depois, só haverá crime de exercício arbitrário das próprias razões se o ato praticado pelo titular do direito constituir outro crime mais grave, que acaba sendo desconsiderado. Mas, não constituindo outro crime, não se pode afirmar que a autotutela estaria impedida pelo tipo do art. 345 do Código Penal.

Apesar disso, o dispositivo do Código Penal (art. 345) inibe, em frequência e em amplitude, a utilização da autotutela. O titular do direito, receoso de cometer um bazofiado crime[424], cujos elementos sãob desconhecidos da maioria das pessoas, muitas vezes, prefere, ou se abster de realizar diretamente seu direito (até abrindo

---

Padova, 1999, p. 14; SANTORO PASSARELLI, F. **La transazione**. Jovene: Napoli, 1975, p. 16-17; LAMPIS, Michela. Autotutela pubblica e privata. In: PUBUSA, Francesca; PUDDU, Stefania. **Procedimento, provvedimento e autotutela Evoluzione e involuzione**. Quaderni di Diritto e processo amministrativo, 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p.119. Em sentido contrário: DAGNINO, A. **Contributo allo studio dell'autotutela privata.** Milão: A. Giuffrè, 1983, p. 64; SANTAMARIA, Ferrara. **La giustizia privata.** Jovene. Napoli, 1937, p. 199; SATURNO, Angelo. **L'autotutela privata.** I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco. Edizioni Scientifiche Italiane: Napoli, 1995, p. 249.

[422] Érico Andrade et alli indaga: "seria possível à autonomia privada engendrar outros mecanismos atípicos para a realização direta do direito material, fora das hipóteses legalmente previstas?" Em seguida, responde: "Parece prematura ou mesmo incipiente, no momento atual, qualquer resposta em sentido positivo, uma vez que, diante da previsão contida no art. 345 do CP (LGL\1940\2)/1942, somente o legislador poderia criar hipóteses que admitiriam a satisfação direta do direito material pelo seu titular.". ANDRADE, Érico. GONÇALVES, Gláucio Maciel. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Autonomia privada e solução de conflitos fora do processo: autotutela executiva, novos cenários para a realização dos direitos? **Revista de Processo**. vol. 322, pp. 437-476. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 12.

[423] Neste sentido, Raquel Belinni Salles: "Assim é que, conforme foi explicitado no primeiro capítulo, a norma que tipifica o crime do exercício arbitrário das próprias razões não pode ser aplicada além de seus próprios confins, de modo que, inexistindo arbitrariedade, não há crime nem ilícito. O que não é arbitrário não é excepcional. Não há, portanto, um "princípio geral de vedação da autotutela" e, consequentemente, da retenção.". SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais.** Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 248.

[424] Em especial porque a doutrina costuma fazer essa propagação, como coloca Michela Lampis: "Si segnala, al riguardo, l'orientamento espresso da autorevole dottrina civilistica, che ravvisa il fondamento normativo del divieto di autotutela nelle previsioni di cui agli artt. 392 e 393 c.p., relative al reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni (Cfr. E. BETTI, Autotutela (voce), Enc. Dir., IV, Giuffrè, 1959, 529-531; G. PERSICO, L'eccezione d'inadempimento, Milano, 1955, p. 33; S. PUGLIATTI, Il tra-sferimento delle situazioni soggettive, I, Milano, 1964, p. 77; F. ROSELLI, La tutela giurisdizionale dei diritti, cit., p. 373)". LAMPIS, Michela. Autotutela pubblica e privata. In: PUBUSA, Francesca; PUDDU, Stefania. **Procedimento, provvedimento e autotutela Evoluzione e involuzione**. Quaderni di Diritto e processo amministrativo, 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 116.

mão dele), ou se submeter à longa e custosa via do processo jurisdicional[425]. Essa inibição impede que sejam trazidos alguns benefícios, pois o uso sistemático da autotutela como método de proteção e de realização de direitos e de tratamento adequado de conflitos contribui para afastar a cultura da judicialização (porque o titular do direito não buscará, de logo, a prestação jurisdicional)[426], para fortalecer as esferas jurídicas dos particulares (porque o pretenso violador temerá a reação do titular)[427] e para tornar mais eficiente a atividade jurisdicional[428] (que ficará reservada a casos realmente necessários[429]).

Tais benefícios impulsionam o uso da autotutela, quebrando, em definitivo, o dogma da suposta monopolização da atividade jurisdicional, o qual, além de ter sido influenciado acriticamente pela utilização de disposições de outros sistemas[430], foi

---

[425] Raquel Bellini Salles faz essa constatação: "Não obstante, a maior amplitude da figura em nosso ordenamento não significa que seja utilizada tanto quanto poderia ou deveria. Por força de um certo receio dos credores, decorrente da tipificação criminal do exercício arbitrário das próprias razões e do assentado monopólio estatal da justiça, a figura parece ser utilizada aquém das potencialidades e utilidades que oferece, como meio idôneo de reação ao inadimplemento.". SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais.** Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 229.

[426] Flávia Pereira Ribeiro afirma que "toda atividade humana está sujeita ao hábito e, quando frequentemente repetida, torna-se um padrão cultural. A jurisdição estatal tem a seu favor um hábito criado ao longo dos anos – ela está incorporada, interiorizada em cada um dos jurisdicionados, estudiosos ou aplicadores do direito -, sendo mais fácil aceitá-lo a aderir a uma cultura nova, como aquela da jurisdição privada". E completa: "Todavia, não se deve deixar acomodar aos padrões arcaicos e sedimentados – os hábitos podem e devem ser revistos. É necessário romper tradições mitos e mentalidade conservadoras. O âmbito institucional jurídico não é lugar para dogmas, uma vez que haveria inevitável contradição com a mutabilidade da cultura e da sociedade.". RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34.

[427] Andrea Lepore ressalta que "sí che per alcuni è da negare, senza alcun dubbio, il monopolio da parte dello Stato dell'amm nistrazione della giustizia; per altri, è di vitale importanza sostenere con vigore l'idea che un maggiore potere di autotutela ai privat condurrebbe a un ampliamento della forza e della capacità giuridica del cittadino, quasi fosse uma forma di affrancazione dal potere centrale". LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 19.

[428] Por isso, completa Andrea Lepore: "Non si trata, dunque, di scavalcare lo Stato, ma di fornire ai privati, per um verso, elementi utili, rapidi di risoluzione di controvérsia negoziali". LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 49.

[429] Paulo Hofman defende, inclusive, que "a jurisdição civil deva ficar reservada a casos extremamente necessários e nos quais a solução dependa da chancela, supervisão ou decisão estatal". HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 22.

[430] No direito português, por exemplo, que teve (e continua a ter) fortíssima influência sobre o direito brasileiro, o art. 1º do Código de Processo Civil, estabelece a "proibição de autodefesa", dispondo que "a ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, salvo nos casos e dentro dos limites declarados na lei". Além de, no sistema jurídico brasileiro, não há disposição proibitiva semelhante, há diversos equívocos cometidos pela doutrina portugesa, os quais serão adiante mostrados. Adianta-se um aqui. António Menezes Cordeiro afirma que "ninguém pode ser juiz em causa própria: faltam a imparcialidade, a legitimidade e, até, um elementar conhecimento das circunstâncias relevantes para decidir. Além disso, o 'autojulgamento' só pode ser executado, pela força, pelos fortes e contra os fracos. Ficam em causa as mais elementares necessidades da justiça, da igualdade e da segurança. Posto isso: recorrer à própria força para defender supostos direitos é, em regra, ilícito; muitas vezes corresponderá, mesmo, a um tipo legal de crime". O professor português, contudo, além de não enfrentar as questões relacionadas à certificação que foram antes apresentadas por este trabalho, desconsidera que a autotutela, muitas vezes, mesmo quanto realiza direito, não faz uso da força. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Vol. II. Tomo III. 4ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 498.

construído em cenários jurídico, econômico e social[431] distintos dos atualmente existentes[432-433]. Tanto que, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça tem mudado de entendimento quanto a algumas questões relacionadas à autotutela[434], sendo uma sinalização de que o próprio Poder Judiciário reconhece ser aquela um método de realização e proteção de direitos e de tratamento de conflitos. E não haveria de ser diferente, pois, se o Estado não consegue enfrentar todos os conflitos que lhe podem ser apresentados, inclusive porque vêm em novas formas[435], deve se abrir ao exercício da autotutela[436].

Por isso, além de não existir monopólio, a autotutela privada, justamente por não ser jurisdição, não impede a busca pela atividade jurisdicional. Logo, o argumento trazido não deve ser utilizado em sentido de proibição.

3.3.2 Violação ao devido processo legal

O devido processo legal, no sistema jurídico brasileiro, encontra seu maior pilar no art. 5º, LIV, da Constituição Republicana, a garantir que, sem sua observância, nenhum sujeito de direito será privado de sua liberdade ou de seus

---

[431] Andrea Lepore destaca que o hábito de aceitar que o Estado tenha absoluto controle, inclusive sobre os atos dos particulares, deve-se às cargas trazidas por aqueles que viveram em regimes ditatoriais. São suas as seguintes palavras: "La cultura, ad esempio, di chi ha vissuto sotto un regime dittatoriale è da questo influenzata - direi in maniera inevitabile verso la prospettiva che lo Stato tutto debba controllare e che limitato debba essere il campo di azione dei privati". LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 29.

[432] Paulo Hofman segue defendendo que "é necessário enfrentar com coragem, seriedade e de imediato o tormentoso problema do monopólio da jurisdição estatal, que diuturnamente tem demostrado e comprovado de maneira cabal a sua insuficiência instrumental em solucionar a contento os conflitos não raramente complexos e inçados de múltiplas dificuldades, tanto no plano factual quanto jurídico, que se apresentam no cotidiano do Judiciário.". HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 22.

[433] Como pontua Leonardo Faria Schenk, "[...] a sociedade tem exigido um novo desenho da planta jurisdicional, apoiada na constatação, hoje inequívoca, de que a tutela justa e tempestiva dos seus direitos não constitui um monopólio do Poder Judiciário". E conclui: "o fenômeno crescente da desjudicialização eleva entre nós a importância dos instrumentos de autotutela, sem que disso decorra qualquer tipo de violação, a priori, ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.". SCHENK, Leonardo Faria. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. **Revista eletrônica de Direito Processual**, v.2, n.2, 2008, p. 2-3.

[434] Recentemente, o STJ, quando do julgamento do REsp 1.789.863-MS, passou a sinalizar no sentido de ser possível ajuizar ação possessória fundada em cláusula resolutiva expressa (por verificação de inadimplemento) sem necessidade de prévia rescisão contratual decretada por decisão judicial.

[435] Neste sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário:** Crise, Acertos e Desacertos. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1995, p. 25.

[436] Em semelhante sentido: MONTECCHIARI, Tiziana. Ius singulare e autotutela privata – Contributo allo studio di una categoria. **Collana: Quaderni de Il Foro napoletano**, 31. Napoli: Edizioni Sci-entifiche Italiane, Itália, 2019, p. 163-164.

bens. Funciona como uma cláusula geral contra o arbítrio, porque qualquer pessoa tem direito a um processo que legitime a interferência em sua esfera jurídica[437].

A violação ao devido processo legal[438] é frequentemente utilizada como argumento para se posicionar contra a autotutela. Segundo alguns representantes da doutrina, se a autotutela seria aleatória, por se destinar à satisfação da vontade, o justiçador imporia força com o único propósito de alcançar objetivos egoísticos, sem respeitar sequer as garantias de proteção do justiçado[439].

Apesar de alguns se posicionarem no sentido de que o devido processo legal só teria incidência no plano processual[440], hoje, após o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, dos RE´s nº 158.215-RS e nº 201.819-RJ, e do AgRg n° 346.501-SP, a doutrina, de forma quase unânime, entende que, pelo menos de regra, o devido processo legal incide nas relações privadas[441]. Não haveria de ser diferente porque o texto constitucional não restringe a incidência da garantia ao âmbito processual.

---

[437] Neste sentido, Luciana D'Acunto: "Si individua nella procedimentalizzazione lo strumento essenziale di bilanciamento degli interessi contrapposti delle parti: deila parte fedele, alla liberazione tempestiva dal vincolo, con conseguente possibilità di tornare sul mercato per la realizzazione dell'interesse rimasto insoddisfatto; della parte inadempiente, alla conservazione della possibilità di un adempimento tardivo, in vista dei conseguimento o trattenimento della controprestazione o almeno al fine di recuperare i costi sostenuti per approntare la prestazione. Se, come evidenziato, il problema dell'esercizio dell'autotutela è di bilanciamento tra le ragioni di efflcienza delle relazioni commerciali e dunque del mercato e le tentazioni di perseguire scopi distorti e dunque di tradimento della giuridicità, il meccanismo della procedimentalizzazione è, ad un tempo, indice di trasparenza dei diritti vantati dal creditore e base delle impugnazioni del debitore per arbitraria giustizia realizzata dal creditore.". D'ACUNTO, Luciana. Recesso e autotutela nei rapporti di consumo. **Collana: Quaderni de IL Foro napoletano** - 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 12.

[438] Neste sentido: Luiz Fux: "[...] o devido processo a que se está sujeito antes da perda dos bens da vida mencionados na Constituição impede a autotutela". FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência** - Fundamentos da Tutela Antecipada. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 319; Yoshikawa: "[...] o devido processo legal, ao menos no Brasil, é incompatível com qualquer espécie de execução extrajudicial". YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal.** Atlas: São Paulo, 2010, p. 118; Oscar Vilhena Viera: "[...] o devido processo legal procedimental está intrinsecamente associado à proposição de que ninguém deve ser juiz em causa própria". VIERA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 480.

[439] Neste sentido: CALAMANDREI, *op.cit.*, p. 189; CASTRO, *op. cit.*, p. 271; VALLESPÍN PÉREZ, David. **El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil.** Barcelona: Atelier, 2002; NARVÁEZ, Marianella Ledasma. Conflicto, Autotutela Y Control Jurisdiccional. **Ius et Veritas**, v. 23, n. 46, p. 204-219, 25 abr. 2013, p. 213; DINAMARCO, *op. cit.*, 30; BELTRAN, Ari Possidônio. **A Autotutela nas Relações de Trabalho.** São Paulo: LTR, 1996, p. 25; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal.** Atlas: São Paulo, 2010, p. 9.

[440] A exemplo de: GRINOVER, Ana Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 84.

[441] Neste sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. A Tutela Cautelar do Direito ao Devido Processo Legal (o caso da execução privada do Dec.-lei 70/66). Curitiba, **Jurisprudência Brasileira**, v. 173, 1994, p. 61-62, p. 773; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal.** Atlas: São Paulo, 2010, p. 109; CHALHUB, Melhim Nemem. **Negócio Fiduciário**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 301-302).

Contudo, a regra abre exceção aos casos em que seja impossível a observância da garantia constitucional, que fica postergada a eventual processo judicial. Tal se dá porque, em algumas situações, a urgência para a realização do direito não permite a prática de todos os atos necessários à realização de um procedimento prévio destinado à proteção da outra parte da relação jurídica[442]. É por isso que parte da doutrina restringe a autotutela às situações de urgência, a ponto de colocá-la como elemento de formação conceitual.

Igualmente, também de forma excepcional, o devido processo legal pode ser dispensado (ou pelo menos adaptado) em razão da sua inviabilidade econômica, considerando que, em algumas ocasiões, o valor do bem jurídico em disputa pelas partes da relação jurídica é inferior àqueles necessários à adoção de atos tendentes à realização da garantia protetiva.

Logo, é razoável permitir, excepcionalmente, a dispensa (ou pelo menos a adaptação) porque, embora não observado o devido processo legal, ele poderá ser garantido em recomposição por ocasião de eventual ajuizamento de ação judicial.

Todavia, para legitimar a atuação em autotutela (e o próprio resultado alcançado), deve-se, sempre que possível (e viável), observar, no plano extrajudicial, o devido processo legal[443]. É por isso que algumas situações típicas de autotutela determinam sua observância, descrevendo, por vezes, todos os atos a serem praticados com fins de concretização[444]-[445].

---

[442] Neste sentido: MURINO, Filippo. L'autotutela Nell'escussione Della Garanzia Finanziaria Pignoratizia – **Quaderni di Giurisorudenza Commerciale**, 337. Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 67).

[443] A respeito, conferir: FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 80 ss; GARSON, Samy. **A Desjudicialização da Execução Hipotecária como Meio Alternativo de Recuperação de Créditos**. Universidade de Coimbra. Faculdade de Direito. Coimbra, 2006, p. 34.

[444] Neste sentido, Érico Andrade *et alli*: "[...] é de se assentar a irrevogável necessidade de procedimentalizar a atuação do credor, como ocorre no âmbito do pacto marciano no direito italiano e na execução extrajudicial das garantias fiduciárias no direito brasileiro, com a regulamentação do passo a passo para a atuação direta do próprio credor, com apuração de valor do bem imóvel, por meio, por exemplo, de laudo a ser produzido por experto neutro e imparcial, com a previsão da forma de devolução ao devedor de eventual excesso, no caso de o bem ser de valor superior ao da dívida". ANDRADE, Érico. GONÇALVES, Gláucio Maciel. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Autonomia privada e solução de conflitos fora do processo: autotutela executiva, novos cenários para a realização dos direitos? **Revista de Processo**. vol. 322, pp. 437-476. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 12.

[445] Paula Sarno Braga, ao tratar da questão, tece as seguintes considerações: "Implicando o adimplemento do negócio a imposição de restrições de qualquer natureza aos bens jurídicos de um particular, exige a instauração prévia deste procedimento, necessariamente permeado por garantias legais mínimas (contraditório, ampla defesa. produção de provas, igualdade etc.), que deve desaguar, como todo ato jurídico complexo de formação sucessiva, em uma decisão que venha reger o caso concreto de forma proporcional e moderada". E exemplifica: "Imagine-se, por exemplo, o adimplemento de cláusula negocial que impõe a expulsão de um integrante de um clube social por ter desrespeitado seu regulamento interno. Para que se dê cumprimento à dita disposição convencional, afastando, de fato, o associado, é imperioso o prévio transcurso de um processo negocial, no qual

Mas o fato é que, reconhecida a necessidade de observância do devido processo legal nas relações privadas, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, confirma-se, como consequência, a permissão, pelo sistema, do uso da autotutela. Se hoje resta compreendido que o devido processo legal é necessário nas relações privadas, por outras palavras, diz-se que a autotutela, se realizada com sua observância, pode ser permitida.

O que não se deve é permitir que, quando possível sua observância, o devido processo legal seja simplesmente ignorado. Se assim ocorrer, conquanto o resultado da atuação possa ser mantido, quem causou prejuízos por violação à garantia constitucional pode ser condenado a pagar indenização, servindo tal medida, pedagogicamente, à adoção de cuidados necessários.

Se fosse procedente o argumento de que o exercício de autotutela ensejaria necessária violação ao devido processo legal, forçoso seria concluir que todos os casos de admitido uso, mesmo que expressamente previstos em lei, seriam inconstitucionais. Por consequência, todos os atos de realização não consensual de direito precisariam advir do Poder Judiciário em exercício de atividade típica.

Isso força a concluir que a autotutela, quando possível, há de respeitar o devido processo legal.

Poder-se-ia indagar: como seria observado o devido processo legal, se o justiçador é sujeito parcial?

Evidentemente, o modelo de devido processo legal pode até não ser idêntico àquele alcançado a partir do processo judicial, por uma série de razões, inclusive pela parcialidade do justiçador. Todavia, ele deve ser observado de forma minimamente suficiente, inclusive com respeito aos termos de ocasional disposição legal ou de pacto firmado pelas partes[446], a ser assim constatado por ocasião de futuro e eventual processo judicial.

A dizer de outra forma, apesar da parcialidade do justiçador, a ele caberá adotar procedimento prévio à realização do direito que titulariza, a preservar as garantias protetivas do justiçado, sob pena de, em controle jurisdicional, ser considerado violado o devido processo legal e, por consequência, fixada indenização por perdas e danos.

---

se respeitem suas garantias mais basilares, como contraditório, defesa, dentre outras". BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Particulares**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 48.

[446] Neste sentido: D'ACUNTO, Luciana. Recesso e autotutela nei rapporti di consumo. **Collana: Quaderni de IL Foro napoletano** - 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 50.

Repita-se: a possibilidade de condenação, em controle jurisdicional, ao pagamento de indenização, impulsiona o respeito ao devido processo legal. Sendo o controle jurisdicional assegurado, com certificação de atos mais intensa que aquela possível há alguns anos, o justiçador será induzido a conter seu ímpeto de fazer prevalecer apenas sua vontade sem observância da garantia constitucional[447].

Assim, o argumento de violação ao devido processo legal não deve ser utilizado contra o uso da autotutela, mas a seu favor. Se é exigida sua observância fora do processo judicial, reconhece-se que não há impedimento à autotutela. Essa conclusão ganha ainda mais força quando a ação visa a recuperar bem que pertence ao próprio justiçador, pois o justiçado, nesta hipótese, não ficará privado de seu patrimônio[448].

3.3.3 Exercício da autotutela constituiria estímulo à violência com consequente comprometimento da ordem pública e perturbação da paz social

Outro argumento utilizado recorrentemente para não admitir a autotutela é o de que o seu exercício constituiria estímulo à violência, a comprometer a ordem pública e a perturbar a paz social[449-450]. Ele se deve aos dogmas formados durante o

---

[447] Como afirma Germano Marques da Silva, "[...] dados os termos muito vagos com que a lei trata a questão, o agente há de hesitar freqüentemente antes de actuar, pelo menos sempre que se não sinta capaz de limitar a sua acção à medida estritamente necessária para evitar o prejuízo.". SILVA, Germano Marques da. **Da Tutela dos Direitos da Acção Directa**. Prêmio da Ordem dos Advogados para Estudantes de Direito, 1968, p. 71.

[448] Afirmação formulada em alusão ao que dispõe o art. 5º, LIV, da Constituição Republicana, segundo o qual: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

[449] Neste sentido: Andrade: "O princípio pelo qual ninguém pode fazer justiça a si próprio tem por fim prevenir a violência e perturbação levada à ordem social". ANDRADE, Olavo de. Notas sobre o direito de retenção. São Paulo: Saraiva, 1922, p. 11-12.

[450] Conquanto não defenda, faz referência neste sentido: Raquel Bellini Salles: "Outro fundamento de tal monopólio também se infere do antigo interesse de preservação da paz e da ordem social". SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 72; Ferrara Santamaria: "A ordem pública e a segurança social não incomodam quem, para se defender de uma ameaça actual e injusta, rejeita a pressão com pressão, a violência com a violência, quando não tem a possibilidade imediata de invocar a protecção de qualquer órgão do poder público.". SANTAMARIA, Ferrara. **La giustizia privata.** Jovene: Napoli, 1937, p. 102; Andrea Lepore: "La stigmatizzazione dell'autotutela sarebbe frutto di una sola ed evidente preoccupazione: quella di non estendere eccessivamente l'istituto, con rischio di compromettere l'ordine pubblico e la pace sociale". LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 21; Jordi Delgado Castro *et alli*: "[...] debe respetarse una circunstancia que es la ausencia de la breach of the peace, es decir, la ausencia de violencia o alteración del orden que esta circunstancia pudiera acarrear.". CASTRO, Jordi Delgado; VÉLEZ, Diego Palomo; DELGADO, Germán. Autotutela, Solución Adecuada Del Conflicto Y Epossession: Revision Y Propuesta. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte.** Ano 24, nº 2, pp. 265-289, 2017, p. 280; Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Galeno Lacerda: "A autodefesa não significa tumulto ou uso exagerado da força, sendo prudente proibi-la quando produza considerável perturbação social, ou se coloquem em risco outros

período em que o Estado não estava constituído ou, pelo menos, não desfrutava de estruturas sólidas[451]. Quando a autotutela era associada ao uso da violência[452-453], porque não se conseguia controlar as relações entre os particulares. Estes se afirmavam titulares de direito e faziam valer suas vontades mediante uso de força[454-455], a qual se legitimava porque os direitos atribuídos eram considerados "sagrados"[456-457-458], sendo toda falta uma ofensa à divindade e, consequentemente, um crime imperdoável[459]. Assim, pela impossibilidade de se prestar tutela

---

princípios de maior envergadura.". ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 307.

[451] BONGIORNO, Girolamo. Profili sistematici e prospettive dell'esecuzione forzata in autotutela. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, v. 42, n. 2, pp. 449-450. Milão, 1988, p. 483-484.

[452] Neste sentido, Jordi Delgado Castro *et alli*: "Sin duda, la mala fama de la autotutela viene dada por su perspectiva penal. Desde el periodo de venganza o justicia privada está marcada por ser un derecho o un deber, incluso, de combatir hasta la muerte para reparar un hecho de sangre u otro tipo de agresión de entidad importante.". CASTRO, Jordi Delgado; VÉLEZ, Diego Palomo; DELGADO, Germán. Autotutela, Solución Adecuada Del Conflicto Y Epossession: Revision Y Propuesta. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte.** Ano 24, nº 2, pp. 265-289, 2017, p. 274.

[453] E até confundidas com outros institutos, a exemplo da vingança privada. A propósito, conferir: FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 231; PRADO, Alessandra R. Mascarenhas; OLIVEIRA FILHO, Ney Menezes de. O problema da vingança privada (autotutela): entre minimalismo garantista e o abolicionismo radical. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais.** Salvador, v. 4, nº 1, pp. 61-81, Jan./Jun., 2018, p. 64.

[454] Germano Marques da Silva faz o seguinte escorço histórico: "Nos primórdios da vida social a defesa dos direitos pertencia exclusivamente aos particulares. Se alguém se sentia lesado nos seus direitos, procurava restituir-se ao estado anterior à lesão pelos meios mais directos e repelir a força pela força, afastando de qualquer modo a resistência oposta à satisfação do seu direito. [...] E à medida que vai consolidando o poder político vai-se acentuando a sua intervenção na composição dos conflitos de interesses, desenvolvendo-se a ideia de que a composição dos litígios não é mera questão de interesse particular, mas matéria de interesse público, donde a proibição genérica da justiça privada, admitida apenas em casos excepcionais. [...] O que importa sobremaneira realçar nesta evolução da justiça privada através dos tempos é que a limitação da justiça privada em favor da justiça pública acompanha o desenvolvimento e fortalecimento do poder político". SILVA, Germano Marques da. **Da Tutela dos Direitos da Acção Directa.** Prêmio da Ordem dos Advogados para Estudantes de Direito, 1968, p. 9-10.

[455] lGLESIAS, Juan. Derecho Romano. 13ª ed. Madrid: Ariel, 2001, p. 520.

[456] Como escreve Fustel de Coulange, "[...] antigamente, a lei era decreto da religião; passava por revelação feita pelos deuses aos antepassados, ao divino fundador, aos reis sagrados e aos magistrados-sacerdores". COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga.** Trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975, p. 246.

[457] Neste sentido: KEMMERICH, Clóvis Juarez. **O direito processual da idade média.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 29; TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Inibições Processuais** – Abstenção, Impedimento e Suspeição no Processo Civil, Processo Administrativo e Arbitragem. Belo Horizonte: DelRey Editora, 2011, p. 53.

[458] Michela Lampis acrescenta que "l'autotutela si afferma dapprima come fenomeno naturale. Nasce cioè dall'esigenza primordiale dell'uomo di tutelare da sé un proprio interesse, di natura personale o patrimoniale, dalle altrui indebite ingerenze, in un'epoca in cui non esistevano organi o soggetti a ciò preposti.". LAMPIS, Michela. Autotutela pubblica e privata. In: PUBUSA, Francesca; PUDDU, Stefania. **Procedimento, provvedimento e autotutela Evoluzione e involuzione**. Quaderni di Diritto e processo amministrativo, 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 118.

[459] COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga.** Trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975, p. 250.

jurisdicional[460-461-462-463], o combate ao "pecado" justificava o uso da força pelo particular.

Só que, embora a força pudesse se destinar à realização de direito, ela se direcionava pela vontade, que, em algumas vezes, não buscava justiça, mas sim a "vitória do mais forte ou astuto sobre o mais fraco"[464]. Logo, o comprometimento da ordem pública e a perturbação da paz social ocorriam porque acabavam sendo cometidos atos ilícitos, ainda que provenientes unicamente do excesso no uso da força[465-466].

A força, assim, poderia ser destinada a realizar vontade que não correspondia à realização de direito, mas, mesmo quando correspondia, corria-se o risco de ser empregada de forma desarrazoada ou desproporcional, causando perturbações[467].

---

[460] Neste sentido: BONGIORNO, Girolamo. **L'autotutela Esecutiva**. Milão: A. Giuffrè Editore, 1984, p. 18-20.

[461] Para Marcio Alves Pinheiro, Geórgia Carvalho Silva e Auliete de Paula Mendes, "as principais formas de Autotutela são o exercício da força física, moral e econômica. Embora sejam mal vistas pela sociedade atual, posto que são ilegítimas no atual Estado Democrático de Direito, foram largamente utilizadas até a Idade Moderna". PINHEIRO, Marcio Alves; SILVA, Geórgia Carvalho; MENDES, Auliete de Paula. A Autotutela como meio legal de defesa de direitos. **Portal Jurídico Investidura**. Florianópolis, 03 Jul, 2010, p. 3. Disponível em: investidura.com.br/ufsc/85-processo-civil/165074-a-autotutela-como-meio-legalde-defesa-de-direitos. Acesso em: 14 Dez. 2021.

[462] Lorenzo Franchini lembra que "alle origini – siamo, naturalmente, in un'epoca che non esiteremmo a definire pre-giuridica – esistevano solo atti di aggressione (adprehensiones) di cose o persone: gesta ancestrali compiuti con la 'mano.". FRANCHINI, Lorenzo. **Alle origini di negozio e processo:** l'autotutela rituale. In: Il Giudice Privato nel Processo Civile Romano. Milão: Casa Editrice, 2012, p. 168.

[463] Como destaca Luciana D´Acunto, "Al rafforzarsi dell'organizzazione politica e dell'autorità dello Stato è, infatti, seguita la tendenza del potere statuale ad avocare a sé la funzione di emanare le regole giuridiche e di assicurarne l'osservanza, mettendo a disposizione dei privati organi e strumenti per difendere i propri interessi contro attacchi esterni, e precludendo loro, al contempo, la possibilità di fare ricorso all'autotuteia.". D'ACUNTO, Luciana. Recesso e autotutela nei rapporti di consumo. **Collana: Quaderni de IL Foro napoletano** - 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 20-21.

[464] Neste sentido: SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p.71; CASTRO, Jordi Delgado; VÉLEZ, Diego Palomo; DELGADO, Germán. Autotutela, Solución Adecuada Del Conflicto Y Epossession: Revision Y Propuesta. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte**. Ano 24, nº 2, pp. 265-289, 2017, p. 271.

[465] Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda historia que: "No direito germânico, ao tempo das invasões, já era rara a autotutela, devido às fortes simetrias de centro, que eram os reis. Na Idade Média, há regressão à justiça de mão própria sem a magna et satis necessaria causa, portanto à autotutela primitiva, ainda onde havia proibições legais.". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 227. Inclusive a Faida, ou guerra privada, que em grande parte se originou da impotência dos tribunais para realizar o direito objetivo e pacificar. A Igreja obteve que se excluíssem alguns dias da semana, ou do ano (H. BRUNNER, **Quellen und Geschichte**, Encyclopädie, 4ª ed., 240; OTTO GIERKE, Deutsches Privatrecht, I, 335 e 338): a treva de Deus, "treuga Dei". Do meado ao fim do século XI, há a paz de Deus, na Alemanha, seguida da paz pública, bem ineficientes, aliás. Daí a explicação de serem tantas vezes repetidas as proibições da justiça privada; o monopólio estatal da justiça, lenta e sangrentamente, se estabelecia. Na Lex Visigothorum o influxo romano é evidente. Na Alemanha, a paz pública de Worms (1495)".

[466] Neste sentido: BONGIORNO, Girolamo. **L'autotutela Esecutiva**. Milão: A. Giuffrè Editore, 1984, p. 20); GARSON, Samy. **A Desjudicialização da Execução Hipotecária como Meio Alternativo de Recuperação de Créditos**. Universidade de Coimbra. Faculdade de Direito. Coimbra, 2006, p. 16.

[467] Neste sentido: LEMOS SOBRINHO, Antônio. **Da Legítima Defesa.** São Paulo: Saraiva & Cia, 1939, p. 29; LEONI, Bruno. **Liberdade e a lei:** os limites entre a representação e o poder. Trad. Diana Nogueira e Rosélis Maria Pereira. Porto Alegre: Ortiz, 1993, p. 57.

Em razão disso, havia violência, utilizada para a concretização da vontade[468], sendo, como consequência, cometidos atos ilícitos[469].

Quando o Estado se consolidou, passando a ser dotado de estruturas mais sofisticadas[470], a ele foi confiada, em idealizado monopólio, a solução dos conflitos de interesses. Impedia-se, assim, a aleatoriedade dos atos praticados em suposto exercício de autotutela, bem como o uso imoderado da força pelo particular, ainda que destinada à realização de seu direito.

Afastava-se, num movimento impositivo, o julgamento realizado diretamente pelo titular do direito[471]. Gradualmente[472], a atividade decisória, caracterizada pela

---

[468] A respeito, afirma Jean-Marie Muller que, "[...] quando o homem toma consciência da violência como de uma perversão radical da sua relação com a humanidade, com a sua própria humanidade e com a humanidade do outro, descobre que deve contrapor-lhe um não categórico.". MULLER, Jean-Marie. **O princípio de não-violência:** percurso filosófico. Lisboa: Palas Athena,1995, p. 53.

[469] Paulo Nader ensina que "ato ilícito é a conduta humana violadora da ordem jurídica. Só pratica ato ilícito quem possui dever jurídico. A ilicitude implica sempre a lesão a um direito pela quebra do dever jurídico. Como espécie do gênero fato jurídico, cria, modifica ou extingue nova relação jurídica.". NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito.** 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 312.

[470] Clóvis Juarez Kemmerich registra que "[...] mudanças significativas começaram a ocorrer com a monarquia franca, especialmente no período carolíngio (800-888), quando a realeza assumiu gradualmente o poder jurisdicional. Com o surgimento de órgãos jurisdicionais mais poderosos, os jurisdicionados, que antes tinham de se valer de seus próprios meios executivos, passaram a contar com a força das autoridades para a efetivação do direito.". KEMMERICH, Clóvis Juarez. **O direito processual da idade média**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 70. Contudo, como lembra Miguel Bajo Fernández, "[…] la prohibición absoluta de la prenda extrajudicial, bajo amenaza de sanción, no es un fenómeno que pueda ser fijado en un tiempo concreto igual para todas las comunidades. Se puede decir, sin embargo, que tal fenómeno, com escasas excepciones, se produce entre los siglos XIII y XIV en la península.". FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. **La realización arbitraria del propio derecho.** Santiago: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2019, p. 39. Neste mesmo sentido: FRANCHINI, Lorenzo. **Alle origini di negozio e processo:** l'autotutela rituale. In: Il Giudice Privato nel Processo Civile Romano. Milão: Casa Editrice, 2012, p. 168. Para Cândido Rangel Dinamarco, a realização de direito partiu da autotutela e chegou até a jurisdição (em monopólio estatal), passando, antes, por um sistema de arbitragem voluntária, em seguida, pelo ordo judiciorum privatorum, e, depois, por uma arbitragem obrigatória. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 31. No mesmo sentido, Antônio Hélio Silva: "Com o advento da organização social corporificada no Estado, passou-se da justiça privada para a justiça pública: o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes, de maneira autoritária, a sua solução para os conflitos de interesses". SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, mediação e conciliação. In: Eduardo de Oliveira Leite (Org.). **Grandes Temas da Atualidade** - Mediação, arbitragem e conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 7 p. 17-38, p. 18.

[471] A partir da consolidação do Estado, afirma Jesus González Pérez, teria havido a substituição definitiva da autotutela pelo processo jurisdicional, sendo afastada a "lei da selva" em respeito à civilização. A autotutela pelo particular, a partir deste momento, só deveria ser utilizada em situações excepcionalíssimas, quando expressamente autorizada por texto legal (ou, segundo alguns, por contrato) e desde que observados os pressupostos autorizadores e os limites estabelecidos. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesus. **El Derecho a la Tutela Jurisdiccional.** 3ª ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 22.

[472] "Quando, pouco a pouco, os indivíduos foram-se apercebendo dos males desse sistema, eles começaram a preferir, ao invés da solução parcial dos seus conflitos (parcial = por ato das próprias partes), uma solução amigável e imparcial através de árbitros, pessoas de sua confiança mútua em quem as partes se louvam para que resolvam os conflitos. Essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados. E a decisão do árbitro pauta-se pelos padrões acolhidos pela convicção coletiva, inclusive pelos costumes. Historicamente, pois, surge o juiz antes do legislador." CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do**

imparcialidade, era realizada por pessoa escolhida pelo Estado, cabendo a este, com exclusividade, a utilização razoável e proporcional da força[473] na realização de direito[474-475].

Durante algum tempo, então, propagou-se que a autotutela, por estar associada ao uso da força, poderia trazer prejuízos à coletividade. A sua proibição geral seria um postulado da civilização moderna[476-477], como, no início do século XX, apregoava Giuseppe Chiovenda[478]: "quanto mais se reforça a organização política, mais se restringe a autotutela"[479-480].

Sob essa influência, parte da doutrina, até hoje, de forma acrítica[481] (porque desconsidera o atual contexto), associa a autotutela (ou, pelo menos, o que eles

---

Processo. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 21-22. Por isso, resume CINTRA *et alli*, "[...] antes de o Estado conquistar para si o poder de declarar qual o direito no caso concreto e promover a sua realização prática (jurisdição), houve três fases distintas: a) autotutela; b) arbitragem facultativa; c) arbitragem obrigatória. A autocomposição, forma de solução parcial dos conflitos, e tão antiga quanto a autotutela. O processo surgiu com a arbitragem obrigatória. A jurisdição, só depois (no sentido em que a entendemos hoje).". CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 23.

[473] Neste sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 225.

[474] "Pressupondo, então, que o processo arcaico tenha-se desenrolado integralmente frente a uma única autoridade: o rex, magister populi, com o andar dos tempos, em decorrência do rápido desenvolvimento da riqueza, do comércio e de outros setores da vida social de Roma, os litígios privados tornam-se sempre mais complexos e numerosos reclamando a criação de magistraturas com específicas funções jurisdicionais." TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 42.

[475] Isso não significa defender que o Estado deixaria de agir com violência, mas dela faria uso com razoabilidade e com proporcionalidade, embora, por vezes, mesmo inserido dentro destes parâmetros de delimitação, em intensidade até maior àquela que o particular aplicaria. Como afirma BOTELHO DE MESQUITA, José lgnácio. Da Ação Civil. In: **Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil**. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 78.: "[...] quando o particular busca a intervenção do Estado, ele solicita a ajuda de uma força superior à que poderia ele próprio desenvolver, se lhe fosse dado fazer justiça pelas próprias mãos. Por isso, a solução dos conflitos, mesmo quando realizada no processo, não deixa, necessariamente, de ser violenta".

[476] GUERRA FILHO, Willis Santiago. Breves Notas sobre os Modos de Solução dos Conflitos. **Revista de Processo.** São Paulo, n. 42, p. 271-278, abr./jun, 1986, p. 273.

[477] E. Magalhães Noronha defende que "[...] não condiz com o estádio atual da civilização que a pessoa seja juiz e parte ao mesmo tempo. Se alguém tem pretensão, que quer fazer valer, deve invocar o Estado-juiz para satisfazê-la. É a este que compete dirimir o conflito, em decidindo ou proclamando o direito". NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 376-377.

[478] CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di Diritto Processuale Civile**. Nápoles: Jovene, 1928, p. 64.

[479] "El particular que desee cambiar una determinada situación de hecho no puede hacerlo por sí solo, normalmente. El general principio de la paz jurídica – origen y fundamento de los Estados – entraña la necessidad de resolver las controversias ante los órganos del Poder Jurisdicciona.l.". ROBLES, Jahanna Reaño. La Autotutela Ejecutiva de la Administración Pública y el Procedimiento de Ejecución Coactiva. Disponível em: http://proiure.org.pe/wp-content/uploads/2016/10/jrr2.pdf. Acesso em: 04 out. 2018.

[480] Rui Guerra Fonseca lembra que "[...] a limitação da força pelo direito não é assim apenas uma questão de excepcionalidade, mas também de desmaterialização da força que é transformada em substância racional – e assim menos violenta –, como corolário da dignidade humana e de uma certa concepção de liberdade, que estabelecem o padrão valorativo para a leitura da violência.". FONSECA, Rui Guerra. **O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 287-288.

[481] Justificada porque, como afirma Tiziana Montecchiari, "[...] il concetto di autotutela non ha ricevuto nella nostra esperienza giuridica un significativo inquadramento sistematico, se non con rare eccezioni, le quali hanno,

entendem ser autotutela, embora se trate de outros institutos jurídicos[482], como será adiante mostrado) à imposição de vontade[483]-[484]. A título de ilustração, Cândido Rangel Dinamarco escreve:

> Toda sociedade primitiva faz uso da autotutela, que é a mais precária e socialmente perigosa dentre as formas de defesa dos interesses privados: cada qual faz valer seu interesse na medida de sua força e não do seu direito, sem necessidade de demonstrar a um terceiro desinteressado e imparcial, ou a quem quer que seja, a procedência de sua pretensão.
> [...]
> Neste sistema, como facilmente se compreende, por um lado, praticam-se excessos, com imposição de sacrifícios a quem não deve, ou de sacrifícios desumanos, ou superiores ao débito; por outro lado, permite-se que fiquem sem proteção os direitos de quem não tem força suficiente para arrebatar ao adversário o que lhe é devido, ou os de quem não se dispõe à prática violência, nem tem suficiente astúcia.[485]

Entretanto, Cândido Rangel Dinamarco, por não tomar por base o contexto histórico atual, comete alguns equívocos que denotam certo desconhecimento (ou desvirtuamento) do próprio conceito do instituto da autotutela (a identificá-la como sendo um ato ilícito), além do que ele utiliza premissas que, ao invés de servirem para inibir a utilização, deveriam servir de estímulo.

Veja-se:

Quando afirma que "[...] cada qual faz valer seu interesse na medida de sua força e não do seu direito", dissociando a autotutela da necessária realização de

---

comunque, proposto una visione meno approssimativa e meno frammentaria della nozione rispetto a quella operativa fino a quel momento, altresì per distanziarsi dalla prospettiva che vedeva nell'autotutela uno strumento del "diritto primitivo", esternazione di forme vendicative fra privati, avulse da ogni contesto normativo e pertanto, non ammissibili.". MONTECCHIARI, Tiziana. Ius singulare e autotutela privata – Contributo allo studio di una categoria. **Collana: Quaderni de Il Foro napoletano**, 31. Napoli: Edizioni Sci-entifiche Italiane, Itália, 2019, p. 35.

[482] É o caso da vingança, como ensina Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda: "Tendo de ser, conceptualmente, exercida pelo indivíduo, pela pessoa, a justiça de mão própria, parte, de ordinário, do titular do direito, pretensão, ação ou exceção. Nela não pode caber elemento de superexcitacão do indivíduo, que aparece na vingança, razão por que a vingança somente interessa ao direito como elemento suporte fáctico de atos ilícitos. No conceito de vingança não está o propósito de se atender (= realizar) o direito objetivo: a ato ofensivo opõe-se ato ofensivo, ao contrário a direito o contrário a direito; em vez de se evitar aquele (legítima defesa), ou de se aplicar, através do Estado, ou de mão própria, ao ato ofensivo a regra jurídica que o previu. Toda vingança, por isso mesmo, é contrária a direito, se ofende alguma esfera jurídica. ". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 233.

[483] "A autotutela é o emprego de força quer do indivíduo, quer do grupo a que se acha integrado (família, gens, horda), para fazer prevalecer o seu interesse.". GUERRA FILHO, Willis Santiago. Breves Notas sobre os Modos de Solução dos Conflitos. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 42, p. 271-278, abr./jun, 1986, p. 273.

[484] "Implica no ato pelo qual alguém procura impor a outrem, via de regra pelo uso da força física, a solução da pendência. Não raro a coação psicológica e moral são meios utilizáveis em tal contexto.". BELTRAN, Ari Possidônio. **A Autotutela nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTR, 1996, p. 25.

[485] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 30.

direito, Cândido Rangel Dinamarco a inclui entre os atos ilícitos[486]. Isso porque o ato que não realiza direito está longe de ser autotutela. Trata-se de um ilícito que, realmente, não deve ser estimulado.

O mesmo desconhecimento ao conceito de autotutela (com sua inclusão entre os atos ilícitos) se revela quando considera que "[...] praticam-se excessos, com imposição de sacrifícios a quem não deve, ou de sacrifícios desumanos, ou superiores ao débito". O excesso, sobretudo na eventual aplicação da força, é violência e, por isso, como dito, também constitui ato ilícito, que não se confunde com a autotutela.

Inclusive, na construção de seu conceito de autotutela, Candido Rangel Dinamarco desconsidera até a própria origem etimológica do vocábulo de definição, que remete à realização de *tutela* pelo próprio titular. Ele não observa que a tutela é "a atuação concreta da norma por meio da efetivação da utilidade inerente ao direito material nela consagrado"[487]. Por conseguinte, diferentemente do que entende o autor, a autotutela não poderia corresponder a um ato ilícito.

Não é só.

Ao dizer que "toda sociedade primitiva faz uso da autotutela, que é a mais precária e socialmente perigosa", Cândido Rangel Dinamarco não contextualiza o instituto à realidade hodierna, em que, com o aprimoramento das estruturas estatais, há clara possibilidade de inibir a prática de ilícitos e de estimular o uso da autotutela. Apesar disso, ele insiste em manter premissas próprias do momento em que o Estado era frágil ou até mesmo inexistente. Além disso, Cândido Rangel Dinamarco esquece que, hoje, os cenários jurídicos, sociais e econômicos[488], que compartilham

---

[486] Isso se deve porque, como lebra Bruno Leoni, "[...] a história está tão cheia de exemplos de violência, roubo, invasões de terras e assim por diante, que muitos pensadores se sentiram justificados em dizer que a origem da propriedade privada [por exemplo] é simplesmente a violência, e que, por isso, deve ser encarada como irremediavelmente ilícita, hoje, assim como nos primórdios.". LEONI, Bruno. **Liberdade e a lei:** os limites entre a representação e o poder. Trad. Diana Nogueira e Rosélis Maria Pereira. Porto Alegre: Ortiz, 1993, p. 68.

[487] MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 114.

[488] Esse comportamento doutrinário é comum porque, como lembra Richard Posner, "o direito é, das profissões, aquela que é mais voltada para a história. Para sermos mais exatos, é a profissão que mais volta seu olhar para o passado, aquela que dele mais 'depende'. O direito venera a tradição, o precedente, o ritual, o costume, as práticas antigas, os textos antigos, a terminologia arcaica, a maturidade, a sabedoria, a experiência que vem com a idade, a gerontocracia e a interpretação concebida como método de resgate dos fatos históricos. Desconfia da inovação, das rupturas, das 'mudanças de paradigma', bem como da energia e do ímpeto dos jovens. Essas atitudes arraigadas são obstáculos para aqueles que, como eu, gostariam de redirecionar o direito para caminhos mais científicos, econômicos e pragmáticos. Ao mesmo tempo, porém, a teoria pragmática do direito tem de se conciliar com a história.". POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 167.

da certificação, da velocidade e, muitas vezes, da disputa por bens imateriais, são bem diferentes dos existentes há alguns anos.

Vários representantes da doutrina, inclusive, cometem equívocos conceituais justamente por não compatibilizarem os elementos nucleares da autotutela ao contexto atual[489]. O próprio Cândido Rangel Dinamarco, em afirmação que ignora a realidade de hoje, defende que a autotutela permitiria "que fiquem sem proteção os direitos de quem não tem força suficiente para arrebatar ao adversário o que lhe é devido".

Ao assim defender, ele, além de não observar que é possível realizar controle jurisdicional posteriormente à prática de atos em autotutela[490], desconsidera que nem sempre a autotutela está associada ao uso da força, especialmente quando a disputa se relaciona a bens imateriais, e que, em determinadas situações, o próprio uso da força é permitido[491], sem distanciar o titular do direito de sua realização[492].

Quanto ao uso da força, o que não deve ocorrer é o seu abuso (porque constitui violência[493]), razão por que ela, usualmente, tem seu uso relegado ao

---

[489] A título de ilustração: SANTAMARIA, Ferrara. La giustizia privata. Jovene: Napoli, 1937, p. 122; CALAMANDREI, Piero. Instituições de Direito Processual Civil. v. 1, 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 189; CASTILLO, Nicelo Alcalá-Zamora Y. **Proceso, Autocomposición y Autodefensa Contribuición al Estudio de los fines del Proceso**. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2000, p. 13; CASTRO, Jordi Delgado; VÉLEZ, Diego Palomo; DELGADO, Germán. Autotutela, Solución Adecuada Del Conflicto Y Epossession: Revision Y Propuesta. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte.** Ano 24, nº 2, pp. 265-289, 2017, p. 282-283; NARVÁEZ, Marianella Ledasma. Conflicto, Autotutela Y Control Jurisdiccional. **Ius et Veritas**, v. 23, n. 46, p. 204-219, 25 abr. 2013, p. 213; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 31.

[490] Como afirma Germano Marques da Silva, "[...] o que importa reter sobremaneira é que a proibição da justiça privada como tal não pode ter carácter absoluto quando se pesam as vantagens tiradas das necessidades práticas. E isto até em virtude da sólida organização política das sociedades modernas, onde os poderes públicos ao mesmo tempo que podem limitar os casos de justiça privada admitidos, tem força bastante para reprimir os abusos e até para os evitar.". SILVA, Germano Marques da. **Da Tutela dos Direitos da Acção Directa**. Prêmio da Ordem dos Advogados para Estudantes de Direito, 1968, p. 20.

[491] Inclusive, Hans Kelsen defende que, "quando a ordem jurídica determina os pressupostos sob os quais a coação, como força física, deve ser exercida, protege os indivíduos que lhe estão submetidos contra o emprego da força por parte dos outros indivíduos". KELSEN, Hans. A Teoria pura do Direito. Portugal: Editora Armênio, 1974, p. 80.

[492] Neste sentido: Maria Celeste C. Leite dos Santos: [...] "tradicionalmente a força, como vimos, é considerada meio para realizar o Direito; ora, ela é necessária para exercer o Poder, mas não para justificá-lo"). SANTOS, Maria Celeste C. Leite dos. **Poder Jurídico e Violência Simbólica**. São Paulo: Cultura Paulista, 1985, p. 107; José Sérgio Monte Alegre: "[...] a ordem jurídica tolera situações em que cada um possa defender pelos seus próprios meios a sua esfera de interesses, desde evidentemente que o faça com moderação, com o que consente a autotutela, ou autodefesa.". MONTE ALEGRE, José Sérgio. Presunção de legalidade, ônus da prova e autotutela: o que diz a constituição? Revista da ESMESE, Aracaju, n. 3, p. 339-362, 2002, p. 357.

[493] Jean-Marie Muller ensina que "[...] a violência é o abuso da força. Mas é preciso dizer mais do que isso: a violência, por si mesma, é um abuso; o próprio uso da violência é um abuso". Além disso, "toda a violência que se exerce contra o homem é uma violação: a violação do seu corpo, da sua identidade, da sua personalidade, da sua humanidade.". (MULLER, Jean-Marie. **O princípio de não-violência:** percurso filosófico. Lisboa: Palas Athena,1995, p. 32.). Em seguida, destaca que "a violência não é apenas a violência directa das acções violentas; também existe a violência indirecta das situações violentas". E conclui Jean-Marie Muller *(op. cit.*, p. 53): "[...]

Estado[494]-[495], a quem cabe aplicá-la[496]. Deve-se, sim, eliminar a violência[497]-[498], que é perturbadora, e não a autotutela, que é meio adequado de realização e proteção de direito e de tratamento de conflito. Não há nenhum sentido em impedir a realização de direito mediante autotutela, quando o seu exercício não causa perturbação social[499]-[500]-[501]. Afinal, diz José Sérgio Monte Alegre, "a ordem jurídica

---

quando o homem toma consciência da violência como de uma perversão radical da sua relação com a humanidade, com a sua própria humanidade e com a humanidade do outro, descobre que deve contrapor-lhe um não categórico". Em idêntico tom, ensina Santos: "Nesta perspectiva é violento o que é contra a natureza, o que é anormal, mas, sobretudo, o que é injusto". SANTOS, Maria Celeste C. Leite dos. **Poder Jurídico e Violência Simbólica**. São Paulo: Cultura Paulista, 1985, p. 97. Completando: "e analisando a diferença estrutural entre violência e força nos diz: 'a violência é uma atividade contra desprovida de medida, da qual é ausente a ideia reguladora de medida; ao passo que a força é uma atividade-contra, mas ordenada, medida e medidora'". SANTOS, *op. cit.*, p. 106.

[494] Por isso, como lembra Santos, "[...] o elemento força não se pode, portanto, excluir do Estado, a força que costumamos definir como institucionalizada é exercida de conformidade com o Direito. (...) Contra o desenfrear-se da força nua e selvagem, isto é, da violência, se levanta a majestade não desarmada do Direito: das leis, como costumavam dizer os antigos sábios, às quais é devida a obediência, mas que, se for o caso, impõem esta obediência". SANTOS, Maria Celeste C. Leite dos. **Poder Jurídico e Violência Simbólica**. São Paulo: Cultura Paulista, 1985, p. 111.

[495] "Somente o poder estatal é dotado da imperatividade necessária para permitir a execução forçada e, sendo ela jurisdicional, como já demonstrado, somente o Poder Judiciário pode autorizar a prática de atos de agressão patrimonial.". YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal.** Atlas: São Paulo, 2010, p. 114.

[496] Não se pode desconsiderar que, por vezes, o Estado, monopolizador da força, pode fazer uso dela de forma mais intensa do que faria o particular em exercício da autotutela, justamente por conhecer, de forma privilegiada, a particularidade do conflito. É por isso que Botelho de Mesquita afirma: "[..] quando o particular busca a intervenção do Estado, ele solicita a ajuda de uma força superior à que poderia ele próprio desenvolver, se lhe fosse dado fazer justiça pelas próprias mãos. Por isso, a solução dos conflitos, mesmo quando realizada no processo, não deixa, necessariamente, de ser violenta.". MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Limites ao Poder do Juiz nas Cautelares Antecipatórias. **Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil**. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 210-225, 2007, p. 78.

[497] Neste sentido, Karl Popper e John: "A civilização consiste essencialmente em reduzir a violência.". POPPER, karl; CONDRY, John. **La television:** un danger pour la démocratie. Paris: Anatolia, 1994, p. 33.

[498] ISRAËL, neste sentido, afirma que "nenhuma resistência poderá, pois, ser permitida desde que ameace a preservação dos direitos dos outros cidadãos" (ISRAËL, Nicolas. **Genealogia do Direito Moderno**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009, p. 112) (mesmo que ela busque a realização de um direito individual). Em idêntico tom, Alvaro De Oliveira: "Tampouco pode ser aplaudida qualquer tipo de violência física, como se, à saída do hóspede do hotel, funcionários o agarrassem à força buscando despojá-lo de sua bagagem, para tornar efetivo o penhor. A tanto não chega a faculdade desenhada no art. 779 da lei material e, além do mais, o respeito à pessoa humana e sua integridade física sobrelevam à simples garantia do crédito.". ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 307.

[499] Neste sentido, Jordi Delgado Castro *et alli*: "[...] del bien por el acreedor, debe respetarse una circunstancia que es la ausência de la breach of the peace, es decir, la ausencia de violencia o alteración del orden que esta circunstancia pudiera acarrear.". CASTRO, Jordi Delgado; VÉLEZ, Diego Palomo; DELGADO, Germán. Autotutela, Solución Adecuada Del Conflicto Y Epossession: Revision Y Propuesta. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte**. Ano 24, nº 2, pp. 265-289, 2017, p. 280.

[500] Jordi Delgado Castro *et alli* afirma que "parece haber concordancia en la doctrina es que la solución del conflicto debe llevarse a cabo por medios no violentos fomentados por el uso de la venganza como móvil de las acciones ejecutadas". CASTRO, Jordi Delgado; VÉLEZ, Diego Palomo; DELGADO, Germán. Autotutela, Solución Adecuada Del Conflicto Y Epossession: Revision Y Propuesta. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte**. Ano 24, nº 2, p. 273, 2017. Destaca em seguida que: "Sin duda, la mala fama de la autotutela viene dada por su perspectiva penal. Desde el periodo de venganza o justicia privada está marcada por ser un derecho o un deber, incluso, de combatir hasta la muerte para reparar un hecho de sangre u otro tipo de agresión de entidad importante." CASTRO, *op. cit.*, 2017, p. 274. Por fim, conclui que: "El elemento, entonces,

tolera situações em que cada um possa defender pelos seus próprios meios a sua esfera de interesses, desde que, evidentemente, faça-o com moderação".

Embora não se desconheça a predominância da classificação, em doutrina, do direito de trabalho como sendo de direito público, a Lei nº 7.783/1989, ao prever o exercício do direito de greve, que é espécie de autotutela, estabelece, no inciso I do art. 6º, que os particulares deverão fazer uso de meios pacíficos. Além disso, os §§ 1º e 3º do mesmo art. 6º dispõem que os particulares não poderão "violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem", bem como "não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa".

O texto legal referido tem importante significação em torno da autotutela, porque, além de se ratificar que ela se presta à realização direta de direito, deixa expresso o consequente impedimento ao uso de violência, justamente por constituir ato ilícito (com possível repercussão penal, conforme art. 200 do Código Penal)[502]. E este impedimento à violência, apesar de referente em texto do direito do trabalho, é estendido ao direito privado como um todo, a considerar que, apesar de a tutela visada se destinar ao direito público, os bens protegidos referem-se a direito privado.

Sob outro aspecto, a perspectiva trazida pela "Lei de Greve" abre caminho para se concluir que, se a realização de direito não está associada à prática de ato ilícito, a autotutela pelo particular não deve ser impedida, mas sim estimulada dentro dos limites pertinentes, porque não ocasiona perturbação. E não haveria de ser diferente porque a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no art. 4º, pontua que

> a liberdade consiste em fazer tudo quanto não incomode o próximo; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem limites senão nos que asseguram o gozo desses direitos aos demais. Esses limites não podem ser determinados senão pela lei.

---

que convierte a esta institución en algo prohibido entre nosotros es el empleo de la violencia. De tal suerte que la ausencia de violencia solamente conduciría a un eventual ilícito civil, y en nuestra opinión siempre que aquello derivara de una actividad contractual, no daría derecho a reparación indemnizatoria.". CASTRO, *op. cit.*, 2017, p. 284.

[501] É por isso que Alvino Lima indaga: "[...] por que não abrir mão do privilégio de distribuir justiça, quando o uso da justiça privada não descambe para a anarquia, mas seja, apenas, mais um meio seguro de acautelar os próprios direitos individuais?". LIMA, Alvino. **O Direito de Retenção e o Possuidor de Má-Fé**. 2. ed. São Paulo: LEJUS, 1995, p. 43.

[502] Cezar Roberto Bitencourt afirma que "greve e suspensão de trabalho, como elementares do crime em exame, em princípio não o caracterizam; somente quando qualquer das duas for executada *com violência* contra a pessoa ou contra coisa". BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** Parte Especial. Vol. 3. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 416.

Apesar disso, por ser a força elemento que pode redundar em violência, só em algumas hipóteses, quais sejam, quando expressamente prevista em texto legal ou em situações de urgência, é que o Estado, amparado pela razoabilidade, permite a sua utilização, limitada, contudo, pela proporcionalidade. E, de regra, a autotutela não está associada ao uso da força.

Por consequência, não se pode dizer que a autotutela estimula a violência. Se estimulasse, ela, a autotutela, não seria, em determinados casos, expressamente permitida e, noutros, admitida pelo sistema jurídico. Inclusive, alguns dos textos legais que identificam hipóteses de autotutela são antigos e ainda hoje permanecem eficazes, numa demonstração de que a autotutela não estimula a violência.

Diga-se mais.

Ao longo dos últimos anos, no Brasil, várias outras hipóteses de autotutela, como se mostrará, têm sido expressamente autorizadas por textos legais (e diversos outros atos jurisdicionais têm tido suas realizações delegadas, por lei, às partes ou outros particulares). Tal denota que a autotutela não está associada à violência, pois, a não ser assim, não seria estimulada pelo próprio legislador.

Poder-se-ia até dizer que, a pretexto de uso da autotutela, ocasionar-se-ia a prática de atos violentos, seja porque se aplicaria força quando não autorizada, seja porque se aplicaria força, apesar de autorizada, desproporcionalmente. Em razão deste risco, dever-se-ia desestimular a autotutela como meio de realização de direitos e tratamento de conflitos?

Antes de responder propriamente à indagação encimada, deve-se ressaltar, mais uma vez, que se o ato praticado estiver associado à violência, ele não constitui autotutela, mas, sim, espécie de ilícito, que, além de ser proibido, não se está, aqui, a estimular a sua prática. A ideia de autotutela, como já se pode perceber, está correlacionada à atividade jurisdicional, não se harmonizando, com ela, a violência.

Quanto à pergunta formulada, a sua resposta é negativa. Hoje, as disputas estão mais relacionadas a bens imateriais, e, mesmo quando se relacionam a bens materiais, há várias técnicas que permitem tratar conflitos sem colocar as partes em

contato (e isso sem contar que, em algumas hipóteses, a autotutela se dá a partir de uma inação, sem uso, portanto, de força[503]).

Ademais, com o aumento da certificação dos fatos, inibe-se o cometimento de abusos (concernentes inclusive ao uso desautorizado ou excessivo da força) que, se verificados, podem ser controlados pelo exercício provocado de atividade jurisdicional, inclusive com condenação ao pagamento de indenização por eventuais prejuízos ocasionados.

Agora, se, por um lado, deve-se estimular a autotutela nas hipóteses em que não seja necessário o uso da força[504]-[505], por outro, quando ele for imprescindível à realização do direito, as hipóteses devem ser apontadas com absoluto cuidado, mediante precisa definição dos pressupostos e dos requisitos autorizadores, bem como dos limites a serem observados por ocasião do seu exercício, a coibir excessos[506]-[507].

Eduardo Talamini, embora deixe de observar alguns núcleos conceituais apontados por este trabalho, inclusive o de que a autotutela não é ato ilícito, pontua que a sua excepcionalidade se deve basicamente a dois aspectos: intromissão na

---

[503] Rui Guerra Fonseca lembra ser possível autotutela por omissão quando afirma: "[...] portanto, como dissemos, com referência a acção, deve ser entendida num sentido geral de conduta, abrangendo tanto a prática de actos como a sua omissão. Importa, por conseguinte, uma voluntas traduzida numa conduta, podendo então distinguir-se entre autotutela activa e passiva.". FONSECA, Rui Guerra. **O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 246.

[504] Raquel Bellini Salles acentua que a autotutela possui amparo constitucional, especificamente para a proteção à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, defendendo que, mesmo que o Estado fosse eficiente na entrega da prestação jurisdicional, abrir-se-ia, ao próprio titular do direito, a autorização para que atuasse, "sempre que necessário e urgente, para autotutelar-se contra qualquer ameaça razoável da sua violação.". SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais.** Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 82.

[505] Jordi Delgado Castro afirma que "En este contexto, entonces, una concepción moderna de la autotutela pasa necesariamente por despojar del concepto justicia por la propia mano la ejecución mediante actos violentos. Si conseguimos comprender que esa justicia, hoy en día, debe desarrollarse en términos pacíficos y que su objetivo es evitar los males derivados de la aglomeración que sufre el sistema judicial civil, daremos un paso hacia una sociedad más madura, moderna y democrática que acepta que los particulares resuelvan sus controversias civiles en forma directa, sosegada y serena. Probablemente, significaría alivianar las cargas de la jurisdicción y entregaría una respuesta fugaz y adecuada para conseguir que el tráfico comercial mejore, en las expectativas que el acreedor puede reparar su patrimonio en caso que el deudor no pueda afrontar el pago.". CASTRO, Jordi Delgado; VÉLEZ, Diego Palomo; DELGADO, Germán. Autotutela, Solución Adecuada Del Conflicto Y Epossession: Revision Y Propuesta. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte**. Ano 24, nº 2, pp. 265-289, 2017, p. 287.

[506] Com ideia semelhante, mas com premissas que não se compatibilizam com o conceito de autotela, Jordi Delgado Castro *et alli*: "En este escenario, solamente podemos observar la confirmación de una regla general: la autotutela entendida como forma de resolución del conflicto cuya forma de ejecución implica violencia está prohibida por el ordenamiento jurídico". CASTRO, Jordi Delgado; VÉLEZ, Diego Palomo; DELGADO, Germán. Autotutela, Solución Adecuada Del Conflicto Y Epossession: Revision Y Propuesta. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte.** Ano 24, nº 2, pp. 265-289, 2017, p. 286.

[507] Por isso, defende Felipe Antônio Marchi Levada, a realização direta do direito, em exercício de autotutela, deve preservar a paz social. LEVADA, Filipe Antônio Marchi. **Garantias Autoexecutáveis**. Tese de Doutorado. Orientador Nestor Duarte. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2021, p. 79.

esfera jurídica alheia com possível violência; possível prevalência da vontade de uma parte. Por isso, afirma que,

> [...] cada hipótese merece averiguação específica. Quanto mais intenso algum desses dois aspectos essenciais, mais restrições haverá no ordenamento. Quanto mais atenuadas essas características, mais fácil é admitir-se seu emprego, seja pela aplicação analógica de normas de autorização expressa da autotutela, seja pela pura e simples consideração principiológica e a ponderação de valores[508].

Ele ainda pondera que essa averiguação das hipóteses deve estar atenta às variações de época e de lugar, porque serão consideradas as peculiaridades de cada ordenamento jurídico, observados "[...] os valores jurídicos nele reinantes, suas normas e princípios, que definem o modo e intensidade com que cada sistema admite os próprios mecanismos de autotutela"[509-510].

Essa necessária ponderação ratifica a posição adotada por este trabalho, no sentido de que o contexto atual, por ser absolutamente diferente do existente há alguns anos (tendo vários aspectos sido modificados drasticamente em pouco tempo), impõe uma releitura do instituto da autotutela, considerando questões relacionadas aos cenários social, econômico e jurídico.

De todo modo, sendo a autotutela ato lícito, correspondente ao resultado da prestação jurisdicional para a realização de direito (mas pelo seu próprio titular), o seu uso não estimula a prática de atos violentos[511]. Todavia, se, eventualmente, estes forem praticados a pretexto de realização de autotutela, os ilícitos consequentes, hoje, são facilmente certificados e, também por isso, podem ser controlados[512].

---

[508] TALAMINI, Eduardo; CARDOSO, Eduardo Guskow. Smart contract, "autotutela" e tutela jurisdicional. In: OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze; ALVIM, Teresa Arruda; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coords.). **Execução civil:** novas tendências. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022, p. 188.

[509] Idem, p. 197-198.

[510] Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda adota compreensão semelhante, ao defender que "a justiça de mão própria há de ser de acordo, e não contrária a direito; e há de ser ao nível da civilização a que pertence o sistema jurídico.". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 236.

[511] Raquel Bellini Salles, neste sentido, afirma: "[...] a estigmatização da autotutela como ato atentatório da ordem pública e da paz social já não se sustenta quando a figura, ao revés, revela-se favorável à consecução de tais fins.". SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 80.

[512] Neste sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. **Novas Perspectivas para Atuação da Tutela Executiva no Direito Brasileiro:** Autotutela Executiva e "Desjudicialização" da Execução. Brasília: Revista de Processo, 2022, p. 25.

Entretanto, não se pode desestimular a autotutela sob o argumento de evitar cometimento de ilícitos provenientes da prática de atos com violência. Deve-se, sim, combater os atos violentos, caso verificados[513], conquanto, em razão da existência de tipificação de ordem penal e da própria responsabilidade civil, a inibir a prática, aqueles não são tão frequentes (tanto que o rol de hipóteses legais, a cada dia, só aumenta)[514]. Afinal, a justiça privada de hoje não corresponde aos atos violentos dos tempos primitivos[515].

Sendo assim, não se pode afirmar que o exercício da autotutela constituiria estímulo à violência com consequente comprometimento da ordem pública e perturbação da paz social.

3.4 CONSTATAÇÕES PARCIAIS

Apresentados e analisados os argumentos que são favoráveis e contrários ao exercício da autotutela, sendo aqueles confirmados e estes últimos refutados, conclui-se pela viabilidade do estudo relacionado ao exercício da autotutela pelo particular no direito privado.

Referidos argumentos, quando enfrentados, apontam para a necessidade de atualização do conceito, porque, como mostrado, a concepção apresentada já denota descontextualização com a realidade hodierna, que, nos últimos anos, em alguns aspectos, mudou significativamente.

3.5 ARREMATE DA SEÇÃO

---

[513] Em sentido semelhante, embora não guarde precisão ao conceito de autotutela, Raquel Bellini Salles: "[...] o que cumpre ao ordenamento é estabelecer limites e meios de controle, sempre que a autotutela violar ou puder violar a ordem pública ou a liberdade alheia.". SALLES, *op. cit.*, p. 249.

[514] Tratando de legítima defesa, mas em argumentação que se poderia emprestar à autotutela, defendem que a sua admissão poderia ser veículo ao alcance (e não da perturbação) da paz social: Lemos Sobrinho: "A impunidade assegurada ao que se defende é um meio maravillhoso de paz social. A lei não póde obrigar ninguem a supportar uma aggressão, pois que se o fizesse estaria em contradição com o seu fim.". LEMOS SOBRINHO, Antônio. **Da Legítima Defesa.** São Paulo: Saraiva & Cia, 1939, p. 32; Meréje: "A extensão desse instituto deve ser fortalecida, como potencial intimidativo dos malfeitores.". MERÉJE, João Rodrigues. **A Legítima Defesa.** São Paulo: Editora EDIGRAF Ltda., 1957, p. 35.

[515] Essa constatação é realizada por Germano Marques da Silva: "A justiça privada que encontramos consagrada no Código Civil alemão e suíço e no Código Civil português de 1966, não é a justiça selvagem dos tempos primitivos, mas um instituto bem delimitado, que apresenta todas as garantias e, portanto, o sinal, a marca da civilização dos nossos dias.". SILVA, Germano Marques da. **Da Tutela dos Direitos da Acção Directa.** Prêmio da Ordem dos Advogados para Estudantes de Direito, 1968, p. 11.

Prossegue-se com a análise das hipóteses típicas de autotutela no direito privado, bem como com a das atípicas (admitidas pelo sistema), o que permitirá a identificação dos elementos conceituais, que, depois, serão comparados àqueles previamente indicados a partir dos estudos doutrinários.

Tal possibilitará seguir mais um passo à atualização do conceito de autotutela pelo particular no direito privado, a considerar que todas as hipóteses apresentadas estão contextualizadas ao momento atual em que se apresentam os cenários jurídicos, econômicos e sociais.

4 HIPÓTESES DE EXERCÍCIO DE AUTOTUTELA PELO PARTICULAR NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

4.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Por ter, este trabalho, como um de seus objetivos, a análise do conceito de autotutela pelo particular no direito privado brasileiro, serão apresentadas as hipóteses de autotutela, previstas na legislação pátria, as quais são reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência.

Algumas dessas hipóteses não são totalmente realizadas fora do processo jurisdicional, mas, pelos menos, certos atos são[516]. Por isso, continuam sendo caracterizadas como autotutela. Assim, ao serem apresentadas as hipóteses de autotutela, ter-se-á o cuidado de identificar quais são os atos que, por expressa autorização legal, são realizados fora do processo.

Depois, com o mesmo objetivo, serão apresentadas outras hipóteses de autotutela, que, apesar de não estarem expressamente previstas em textos legais, sendo, por isso, consideradas atípicas, têm utilização tolerada. Na ocasião, verificar-se-á se há diferenças entre os seus elementos e os elementos das hipóteses típicas[517].

Das identificadas hipóteses de autotutela, serão extraídos os elementos comuns, para, depois, alocá-los em espaço coincidente. O método comparativo descritivo possibilitará a análise dos conceitos apresentados e contribuirá para a identificação dos elementos necessários à caracterização da autotutela exercida pelo particular no direito privado brasileiro.

---

[516] Andrea Zoppini também ressalvou que, em certas hipóteses de autotutela, apenas algumas fases são realizadas no plano extrajudicial: “Consapevole di riuscire, in queste pagine, al più a inventariare spunti per una riflessione che meriterebbe un ben più rilevante approfondimento, ritengo che il patto marciano, il pegno non possessorio e il pignoramento revocatorio offrano non pochi elementi di riflessione, mostrando – unitamente ad altre prassi già note al traffico commerciale, e nel tempo sottoposte al vaglio della giurisprudenza pratica e teorica – una recisa traiettoria che indirizza la soddisfazione di interessi al di fuori del processo, o per lo meno di talune fasi di esso.”. ZOPPINI, Andrea. L’effettività in-vece del processo. **Rivista di Diritto Processuale**. v. LXXIV, n. 3, p. 679-699. Padova, 2019, p. 680.

[517] De logo, portanto, embora essa conclusão seja mais detalhadamente justificada, adianta-se que, se existem hipóteses de tolerado exercício de autotutela no direito privado brasileiro (assim reconhecida inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça e por outros vários tribunais brasileiros), a expressa previsão legal não constitui um pressuposto necessário.

A partir daí, possibilitar-se-á a indicação prospectiva de outras possíveis hipóteses ainda não expressamente previstas na legislação brasileira[518].

4.2 HIPÓTESES DE AUTORIZADO USO DA AUTOTUTELA PELO PARTICULAR NO DIREITO BRASILEIRO

A legislação brasileira traz diversas hipóteses de autotutela reconhecidas, pela doutrina e pela jurisprudência, que representam autorizado exercício do direito pelo próprio titular. Serão, abaixo, elencadas as hipóteses que foram identificadas por este trabalho, a partir de estudo bibliográfico, com o risco, aqui adiantado, de ter sido esquecida alguma delas, mas que, de qualquer forma, pelo quantitativo utilizado, não haverá comprometimento ao alcance dos objetivos pretendidos.

4.2.1 Suspensão de obrigação contratual

a) exceção do contrato não cumprido

A exceção do contrato não cumprido está prevista no art. 476 do Código Civil. Segundo o texto legal, “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da [obrigação] do outro”. Trata-se de exceção material dilatória atribuída a uma das partes da relação contratual, com a aptidão de paralisar a pretensão da parte adversa, por estar inadimplente com o cumprimento de sua obrigação.

Em razão do exercício da exceção material, que constitui direito ineficacizante (contradireito), legitima-se que a parte, a quem lhe foi atribuída obrigação, suspenda-a temporariamente, frente à parte inadimplente, até que esta restabeleça a sua contraprestação[519]. É o titular do direito ineficacizante quem julga estar a parte

---

[518] Girolamo Bongiorno, em face das diversas hipóteses previstas no sistema jurídico italiano, defende que “[...] l’affermata impossibilità di un inquadramento sistematico della autotutela non consente di utilizzare uno schema unico per le varie applicazioni dell’istituto della difesa privata.”. BONGIORNO, Girolamo. **L’autotutela Esecutiva**. Milão: A. Giuffrè Editore, 1984, p. 26-27.

[519] “L’exceptio inadimpleti contractus contemplata nell’art. 1460 CC, è una eccezione dilatoria17 di diritto sostanziale, che attribuisce ad una parte del rapporto sinallagmatico in una fase patologica dello stesso il diritto18 di paralizzare la pretesa della parte che per prima si sai resa inadempiente, rendendo legittimo il rifiuto conseguente dell’excipiens di eseguire la propria prestazione, la quale, pertanto, diviene temporaneamente inesigibile e dunque non qualificabile come inadempimento.”. BARBATO, Maria Rosario. Autotutela del

adversa inadimplente com cumprimento da obrigação assumida. Em razão disso, ela suspende o adimplemento da sua.

No âmbito da doutrina, há quem defenda que o exercício da exceção do contrato não cumprido não constituiria autotutela. Apresentam duas razões para tanto: a) o titular do direito, ao impor uma solução ao adversário, não iria simplesmente apresentar uma declaração[520]; b) não haveria invasão da esfera jurídica da outra parte, não havendo, por isso, prática de ato que substituísse a vontade da outra parte[521].

Apesar de a força eficacial do exercício da exceção do contrato não cumprido ser constitutiva, como será mostrado adiante, o conceito de autotutela não está relacionado à eficácia de uma força predominante que seja diversa da declaratória. Exige-se, sim, que o exercício da autotutela corresponda a um ato jurisdicional, que, por sua vez, pode ser inclusive de força declaratória ou constitutiva. Por isso, a exceção do contrato não cumprido é uma espécie de autotutela.

E sendo a autotutela exercício de direito em resultado correspondente ao da prestação jurisdicional, ela não precisa ter necessariamente força condenatória para invadir a esfera jurídica da outra parte. Mesmo quando tem força declaratória ou constitutiva, ela atinge a esfera jurídica de outrem.

Sob outro aspecto, a despeito de ser espécie de autotutela, a exceção do contrato não cumprido não se associa à verificação de urgência. Ela pode ser exercida pela simples verificação do inadimplemento declarado[522]. Também, não está relacionada ao uso de força. Caracterizada por uma inação, não havendo tomada de bens materiais da parte adversa (ou sob a sua detenção), a força se mostra desnecessária à realização da referida exceção material (direito ineficacizante).

---

lavoratore: rifiuto di prestazione di inadempimento. **Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais**, nº 57, jul./dez. 2010. Belo Horizonte: Nova Fase, 201, p. 287-288.

[520] "Na autotutela, aquele que impõe ao adversário uma solução não cogita de apresentar ou pedir a declaração de existência ou inexistência do direito.". CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 22.

[521] "O não cumprimento de obrigação com fundamento no artigo 476 do CC e a retenção das arras não configuram autotutela, pois inexiste invasão da esfera jurídica da outra parte. No caso da exceptio o contratante se limita a exercer um direito. Não há a prática de algum ato que substitua a conduta do outro, fazendo o que deveria ter sido feito (e não foi).". YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal**. Atlas: São Paulo, 2010, p. 24.

[522] A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 8.327/2014, apresenta uma estrutura que privilegia modelos extrajudiciais de tratamento de conflitos relacionados à não execução de obrigações contratuais. A parte prejudicada pela violação contratual, conforme dispõem os artigos 46 a 52, está autorizada a rescindir o contrato por simples declaração unilateral.

Tratando-se de serviços essenciais, há atos normativos a estabelecer que a suspensão da prestação contratual por inadimplemento da parte adversa deve ser precedida de notificação extrajudicial. Disposições específicas impõem, expressamente, essa obrigação em detrimento da concessionária de serviço público. É assim que dispõem, a título de ilustração, os artigos 356 e ss. da Resolução nº 1.000/2021 da ANEEL. A essencialidade do serviço justifica a disposição expressa, a impor o dever de comunicação pela prestadora de serviço.

Mas isso não quer dizer que, em não se tratando de serviços (ou de produtos) essenciais, não deva haver prévia notificação. Até porque a notificação decorre da necessária observância ao devido processo legal, que impõe o dever de informar, inclusive por quem pratica ato em autotutela. A disposição expressa é apenas um cuidado adicional para se evitar cometimento de ilícitos.

A par dessas considerações, constata-se que o exercício em autotutela do direito de suspender contraprestação contratual: a) exige prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) tem previsão legal; d) exige atuação direta do próprio titular do direito; e) dispensa associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

Essa espécie de autotutela, para seu legítimo exercício, exige, ainda, a prévia comunicação da parte adversa.

b) exceção de “perigo” (ou de “insegurança”) de não desempenho (ou de “não-cumprimento”)

A exceção de “perigo” (ou de “insegurança”) de não desempenho (ou de “não-cumprimento”), de natureza material, está prevista (de uma forma geral) no art. 477 do Código Civil[523]-[524]-[525], a dispor que, se, após firmado contrato, sobrevier, a uma

[523] Há dispositivos legais relativos à exceção de insegurança específicos a determinadas espécies de contratos, como é o caso do art. 495 do Código Civil, que dispõe: “Não obstante o prazo ajustado para o pagamento, se antes da tradição o comprador cair em insolvência, poderá o vendedor sobrestar na entrega da coisa, até que o comprador lhe dê caução de pagar no tempo ajustado”.

[524] Texto semelhante ao do art. 1461 do Codice Civile Italiano e ao do art. 321 do BGB Alemão.

[525] Afirma Luciana D'Acunto, em referência ao sistema italiano: “Com’è stato rilevato, è in atto una tendenza al superamento dei limiti di applicabilità desumibili dalla formulazione letterale degli artt. 1460 e 1461 c.c., valutandosi il pericolo di inadempimento, in sé e per sé, come idoneo a giustificare il ricorso alla tutela dilatoria, a prescindere dalle specifiche ragioni che valgono a determinarlo.”. D’ACUNTO, Luciana. **Recesso e autotutela**

das partes contratantes, diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação a que se obrigou, a outra pode se recusar a cumprir a sua, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou lhe dê garantia suficiente.

Assegura-se ao devedor, pelo exercício da exceção dilatória, suspender o cumprimento da obrigação que lhe cabe, em primeiro lugar, quando a outra sofrer diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou de tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou. A suspensão perdurará até que a outra parte, ou apresente garantia de adimplemento, ou, antes, cumpra a contraprestação que deveria, nos termos do pacto, realizar posteriormente.

O risco de inadimplemento da obrigação pactuada, a legitimar o exercício do direito ineficacizante (contradireito), embora não precise ser imprevisível, deve ser aumentado em relação ao cenário de origem em que se encontravam as partes. Se mantido risco primevo, não se legitima o exercício da exceção de insegurança, a considerar que todo negócio está sujeito a temeridades, sendo, em consideração a elas, estabelecidos os parâmetros do contrato[526].

Afirma Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira[527] que a exceção de insegurança visa, com a modificação da dinâmica, a reequilibrar o programa contratual inicialmente estabelecido. Exercida a exceção, uma das partes, sem incorrer em ilícito advindo da mora ou do inadimplemento, poderá recusar o cumprimento de sua prestação, podendo o seu exercício, como qualquer ato jurídico, ser objeto de análise judicial prospectiva.

O resultado prático do exercício da exceção de insegurança, se não apresentada garantia de adimplemento, é a inversão da ordem das prestações. Afinal, trata-se de exceção material dilatória que suspende a eficácia da pretensão da parte contra quem exercida. A esta caberá, por não estar suspensa a pretensão

---

nei rapporti di consumo. Collana: Quaderni de IL Foro napoletano - 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 58.

[526] Afirma Luciana D'Acunto que: "Questa applicazione generalizzata delle eccezioni dilatorie al pericolo di inadempimento dovrebbe fondarsi, secondo un'attenta dottrina, sulla previsione dell'art. 71 della CISG (Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili), che consente l'utilizzo dell'eccezione diletoria quando 'dopo la conclusione del contratto risulta manifesto che l'altro contraente non adempirà una parte essenziale delle sue obbligazioni in conseguenza di: a) una grave insufficienza nella sua capacità di adempiere o nella sua solvibilità; b) nel modo in cui si prepara a dare esecuzione o esegue il contratto'. Sembra questo un altro segnale del crescente favor che il ricorso all'autotutela privata incontra, in concreto, presso gli interpreti.". Idem, p. 58-59.

[527] BANDEIRA, Luiz Octávio Vilela de Viana. **Exceção de insegurança no direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 36-37.

de quem apresenta exceção de insegurança, cumprir sua obrigação contratual, segundo parâmetros previamente definidos.

Cumprida a obrigação da parte contra quem foi apresentada a exceção de insegurança, ou apresentada garantia suficiente ao adimplemento, sua pretensão tornará a ter eficácia.

Quando realizada, trata, a exceção de insegurança, de exercício de direito em autotutela[528]. Uma das partes da relação jurídica, em resultado correspondente à prestação jurisdicional, julga existir perigo de inadimplemento. Não sendo o seu objetivo a extinção do contrato por inadimplemento, mas, sim, o seu cumprimento, ela decide suspender cumprimento de sua obrigação, cujo vencimento é colocado em termo ou em condição ocorrida anteriormente ao vencimento da obrigação da parte de patrimônio diminuído.

Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira[529] refere que a exceção de insegurança "[...] deixa a cargo de uma das partes, por si só e sem intermediação de qualquer autoridade judiciária, fazer a primeira análise da juridicidade de sua demanda" o que "não exclui o fato de que eventuais abusos ou invocações indevidas". Por isso, legitima-se a possibilidade de controle jurisdicional, que poderá decidir pela ilicitude do ato, reconhecendo o inadimplemento e a mora.

Pelas considerações apresentadas, constata-se que o exercício em autotutela da exceção de insegurança: a) exige prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência (pelo menos de ordem extremada); c) tem previsão legal; d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

O regular exercício da exceção de insegurança exige a comunicação da parte adversa.

4.2.2 Extinção contratual

[528] Neste sentido: GERI, Lina Bigliazzi. Profili Sistematici Dell´Autotutela Privata. Milão: Mvlta Pavcis, 1971, p. 80 e ss; D'ACUNTO, Luciana. Recesso e autotutela nei rapporti di consumo. Collana: **Quaderni de IL Foro napoletano** - 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 58; BANDEIRA, Luiz Octávio Vilela de Viana. **Exceção de insegurança no direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 37).

[529] BANDEIRA, Luiz Octávio Vilela de Viana. **Exceção de insegurança no direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 37.

O direito de extinguir vínculo contratual, para parte significativa da doutrina, pode ser realizado em autotutela[530].

Com efeito, o art. 473 do Código Civil, dispõe que "a resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte"[531]. Depois, o art. 474, ao tratar da extinção do contrato por cláusula resolutiva, dispõe: "a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial".

Antes de mais, deve-se esclarecer que a resilição se dá por iniciativa unilateral e a resolução por inadimplemento ou onerosidade excessiva. A cláusula resolutiva expressa, por sua vez, contém previsão expressa, em contrato, de que determinado fato, em ocorrendo, ocasiona a extinção do contrato[532].

Em ambas as hipóteses previstas pelo Código Civil, a extinção do contrato dá-se por manifestação de vontade. Não se estabelece a necessidade de pronunciamento jurisdicional para decretação de extinção do vínculo. Basta que seja comunicada a manifestação da outra parte. Verificado o termo ou a condição prevista no contrato e concretizada a comunicação, o contrato é extinto.

Há quem defenda que a extinção do contrato por culpa da parte, quando não fundada em cláusula resolutiva expressa (a qual já define as hipóteses autorizadoras), dependeria de descumprimento de dever substancial. Caso contrário, o ato seria ilícito, porque deixaria de buscar a preservação do contrato[533]. Mas, mesmo assim, a extinção, quando possível, é exercício de autotutela.

Sob outro aspecto, dispensa-se previsão legal expressa para a definição das situações específicas autorizadoras da extinção do vínculo contratual. Conquanto a lei possibilite, de uma forma geral, a decretação de extinção em exercício de

---

[530] Neste sentido: MONTECCHIARI, Tiziana. **Ius singulare e autotutela privata** – Contributo allo studio di una categoria. Collana: Quaderni de Il Foro napoletano, 31. Napoli: Edizioni Sci-entifiche Italiane, Itália, 2019, p. 97; D'ACUNTO, Luciana. **Recesso e autotutela nei rapporti di consumo**. Collana: Quaderni de IL Foro napoletano - 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 34; c) SILVA, Germano Marques da. **Da Tutela dos Direitos da Acção Directa**. Prêmio da Ordem dos Advogados para Estudantes de Direito, 1968, p. 37.

[531] "A resilição unilateral é meio de extinção da relação contratual, admitida por ato de vontade de uma das partes, em face da natureza do negócio celebrado, terminando o vínculo existente por denúncia do contrato, mediante notificação. É permitida nos contratos em que a lei expressa ou implicitamente a reconhece, a exemplo do mandato (art. 682, 1), onde a resilição efetua-se por revogação do mandante (arts. 686 e 687) ou por renúncia do mandatário (art. 688), do comodato, do depósito e dos contratos de execução continuada por tempo indeterminado, como sucede por denúncia imotivada nos contratos de locação". DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Teoria das Obrigações Contratuais e extracontratuais. Manual de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 227.

[532] Neste sentido: NANNI, Giovanni Etore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual:** requisitos e efeitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 406 e ss.

[533] Neste sentido: D'ACUNTO, *op. cit.*, p. 48-49.

autotutela, ela permite, sem previsão específica, que situações sejam criadas pelas partes em instrumento ou, mesmo na falta de pacto, sejam utilizadas. E tanto é assim, que o art. 473 do Código Civil, na sua última parte, admite a resilição unilateral do contrato quando a lei implicitamente a permita.

Segundo entendimento de pequena parte da doutrina[534], far-se-ia necessária (além da verificação do termo ou da condição, assim como da interpelação) a intervenção judicial (para se aferir os requisitos necessários à extinção contratual ou mesmo à validade de eventual cláusula resolutiva), sendo esta a orientação, até pouco tempo, prevalente junto ao Superior Tribunal de Justiça[535].

Todavia, este entendimento não parece ser o coerente. Por isso, a evoluir neste sentido, o próprio Superior Tribunal de Justiça passou a compreender que a intervenção jurisdicional para decretação de extinção do contrato não é mais necessária[536]. E existem fortes razões para compartilhar desta orientação.

Primeiramente porque, em período atual, vige a Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), a reconhecer a presunção de paridade entre as partes contratantes (art. 7º, que incluiu o art. 421-A ao Código Civil) e a estabelecer a intervenção mínima por parte do Poder Judiciário na revisão de cláusulas contratuais (art. 7º, que deu nova redação ao parágrafo único do art. 421 do Código Civil)[537].

Agora, a intervenção jurisdicional, diante de contrato firmado de forma paritária, deve respeitar a autonomia privada das partes, em afirmação às suas liberdades individuais. Não há mais sentido entender que o Poder Judiciário deva

---

[534] "Em ambos os casos, tanto no de cláusula resolutiva expressa ou convencional, como no caso de cláusula resolutiva tácita, a resolução deve ser judicial, ou seja, precisa ser judicialmente pronunciada. [...] Havendo demanda, será possível aferir a ocorrência dos requisitos exigidos para a resolução e inclusive examinar a validade da cláusula, bem como avaliar a importância do inadimplemento, pois a cláusula resolutiva, 'apesar de representar manifestação de vontade das partes, não fica excluída da obediência aos princípios da boa-fé e das exigências da justiça comutativa. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003, p. 183 e GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro.** Contratos e atos unilaterais. 9ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 183.

[535] AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CLÁUSULA RESOLUTÓRIA EXPRESSA. NECESSIDADE DE AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. OMISSÃO DO ACÓRDÃO. INOCORRÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO DEMONSTRADO. 1. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de ser "imprescindível a prévia manifestação judicial na hipótese de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel para que seja consumada a resolução do contrato, ainda que existente cláusula resolutória expressa, diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva a nortear os contratos. [...] (STJ. AgRg no REsp 1337902/BA, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 14/03/2013)

[536] Recentemente, o STJ, quando do julgamento do REsp 1.789.863-MS, passou a sinalizar no sentido de ser possível ajuizar ação possessória fundada em cláusula resolutiva expressa (por verificação de inadimplemento) sem necessidade de prévia rescisão contratual.

[537] No sentido de que a disparada comprovada entre as partes justificaria a obrigatória intervenção jurisdicional: D'ACUNTO, *op. cit*., p. 49-50.

aferir, além de condições/termos e regularidade de comunicação, a validade da cláusula resolutiva, para só então ser extinto o vínculo contratual. Seria, inclusive, incoerente concluir que o Superior Tribunal de Justiça não permitiria a extinção contratual sem prévia intervenção jurisdicional, quando ele próprio admite execução extrajudicial de contrato com cláusula resolutiva em razão de alienação fiduciária[538], pois, para que isso ocorra, necessária se faz a antecedente resolução do contrato sem atividade jurisdicional[539].

Sob outro aspecto, a orientação de necessária participação do Poder Judiciário também deve ser superada porque, hoje, pelos meios de registro existentes e pelos próprios precedentes judiciais obrigatórios formados, a aferição da ocorrência dos requisitos necessários à rescisão contratual é realizada de forma mais precisa, com certificação mais segura, a justificar uma mudança de paradigma. Quando o Poder Judiciário impõe, sem justificativa razoável, a sua necessária participação em procedimento destinado à extinção do vínculo pactuado pelas partes, ele fragiliza as relações contratuais e a própria normatividade de seus precedentes, o que burocratiza e encarece os negócios relacionados e, em consequência, aumenta os seus custos.

---

[538] AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL. LEILÃO EXTRAJUDICIAL. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR. NECESSIDADE. INTIMAÇÃO POR EDITAL. POSSIBILIDADE. ESGOTAMENTO DOS MEIOS PARA ENCONTRAR O MUTUÁRIO. REVER AS CONCLUSÕES DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. É necessária a intimação pessoal do devedor acerca da data da realização do leilão extrajudicial, porém é válida a notificação por edital quando esgotados os meios para a notificação pessoal. Rever as conclusões do acórdão recorrido acerca do esgotamento dos meios necessários demandaria o reexame de provas. Incidência da Súmula 7/STJ. 2. Agravo interno desprovido. STJ. AgInt no AREsp 1422337/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/06/2019, DJe 27/06/2019.

[539] A título de exemplo, o art. 22 da Lei nº 9.514/1997, dispõe que "[a] alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel". Adiante, o art. 26 e respectivo § 1º, dispõem: "Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário. § 1º Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação." [...] E conclui o respectivo § 7º que, se decorrido o prazo previsto no § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do laudêmio. Depois, dispõe o art. 27 da Lei nº 9.514/1997 que, consolidada a propriedade em nome do fiduciário, ele, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do art. 26, promoverá público leilão para a alienação do imóvel, cujo resultado implicará extinção da dívida e, por conseguinte, do contrato.

Por vezes, os custos necessários à decretação jurisdicional da extinção do contrato são maiores que o seu próprio objeto. Impor a participação de autoridade jurisdicional ensejaria aumento injustificado de custos, fazendo com que as partes, em razão disso, fossem obrigadas a conviver com situações de violação de direito, contra a qual não haveria nenhuma reparação.

Além disso, há de se convir que a velocidade necessária à preservação da dinâmica dos negócios impulsionou a mudança de paradigma. Se mantido o entendimento anterior, no sentido de ser obrigatória atividade jurisdicional prévia para decretar a rescisão de contratos, haverá uma ruptura diante de inaceitável quebra de aderência às aspirações cotidianas.

São infindáveis os contratos firmados a cada dia. O Poder Judiciário não tem condições mínimas de atender em tempo razoável sequer as ações relacionadas à extinção de vínculos contratuais, caso não haja consensualidade. A autotutela, neste cenário, acaba sendo, além de adequada, necessária, inclusive ao atendimento de exigências associadas ao mercado[540].

Pensar diferente, no sentido de que seria necessária a prévia intervenção jurisdicional para se decretar a extinção contratual, no mínimo, aniquilaria situações trazidas pela legislação, justamente com a finalidade de mitigar os efeitos do tempo sobre as relações contratuais, bem como de diminuir os custos das relações mantidas entre os contratantes[541].

Mas a legislação recente reafirma a possibilidade de extinção contratual sem prévia atividade jurisdicional. Por exemplo, a Lei n° 13.097/2015, que, por seu art.

---

[540] É por isso que a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980, e promulgada, no Brasil, pelo Decreto nº 8.327/2014, em seu art. 49, dispõe que "o comprador poderá declarar o contrato rescindido: a) se o descumprimento, pelo vendedor, de qualquer das obrigações que lhe atribui o contrato ou a presente Convenção constituir violação essencial do contrato; ou b) no caso de falta de entrega, se o vendedor não entregar as mercadorias dentro do prazo suplementar concedido pelo comprador, conforme o parágrafo (1) do artigo 47, ou se declarar que não efetuará a entrega dentro do prazo assim concedido". Em comentário ao projeto da Convenção, Germano Marques da Silva afirma "´[...] não se ter adoptado o sistema da resolução judiciária (...) porque está em oposição com as necessidades da prática comercial.". SILVA, Germano Marques da. **Da Tutela dos Direitos da Acção Directa.** Prêmio da Ordem dos Advogados para Estudantes de Direito, 1968, p. 37.

[541] Como ensina Schenk, "[...] constitui a cláusula resolutiva expressa mecanismo de gestão dos riscos contratuais por meio do qual se confere ao contratante não inadimplente o direito potestativo de resolver a relação obrigacional diante do inadimplemento absoluto – sem prejuízo de as partes gerirem outros riscos por meio da cláusula, como se demostrará. Embora o art. 475 do Código Civil preveja que referida resolução se opera de pleno direito, inúmeras decisões judiciais exigem do credor o ajuizamento de ação. Esse entendimento, ao que parece, não se coaduna com a melhor técnica, e acaba por aniquilar relevante instrumento de autotutela expressamente previsto em lei.". SCHENK, Leonardo Faria. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. **Revista eletrônica de Direito Processual**, v.2, n.2, 2008, p. 3.

62, alterou o art. 1° do Decreto-Lei n° 745/69, passou a dispor que, nos contratos com cláusula resolutiva expressa, a resolução por inadimplemento se opera de pleno direito se decorrido o prazo previsto na interpelação sem purga da mora. E assim se forma um desenho a reconhecer maior autonomia para as partes realizarem diretamente o direito de extinguir contrato a que estão vinculadas.

Logo, a concepção em torno da intervenção judicial para a decretação da extinção contratual deve ter sua dinâmica modificada, deixando de ser prévia e obrigatória e sendo posterior e facultativa (condicionada à provocação da parte interessada). Se há segurança proporcionada por suficiente certificação, não se faz necessária a prévia intervenção jurisdicional.

A par de tais considerações, implementada condição resolutiva, o direito de extinção contratual pode ser realizado por manifestação unilateral de vontade de seu titular[542], diretamente, sem intervenção do Poder Judiciário ou de qualquer terceiro, bastando, para isso, simples envio de comunicação à outra parte da relação jurídica[543], a se dispensar, assim, a verificação de urgência.

Posto isso, constata-se que o exercício em autotutela do direito de extinção contratual: a) dispensa prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) tem previsão legal; d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

---

[542] Entendendo ser potestativo o direito de retenção: GERI, Lina Bigliazzi. **Profili Sistematici Dell´Autotutela Privata**. Milão: Mvlta Pavcis, 1971, p. 84; FONSECA, Rui Guerra. **O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 247.

[543] Neste sentido: Tiziana Montecchiari: "Per quanto concerne il recesso unilaterale, questo è il diritto di sciogliersi dal rapporto giuridico costituito, mediante una dichiarazione unilaterale comunicata alla controparte, giustificata da un patto (elemento accidentale) inserito nel contratto ab initio, consensualmente accettato da entrambe le parti.". MONTECCHIARI, Tiziana. Ius singulare e autotutela privata – Contributo allo studio di una categoria. Collana: Quaderni de Il Foro napoletano, 31. Napoli: Edizioni Sci-entifiche Italiane, Itália, 2019, p. 97; Luciana D'Acunto: "Nella pratica degli affari, ad esempio, si registra una chiara tendenza a marginalizzare il ruolo del giudice per l'ipotesi di inadempimento dei contratti a prestazioni corrispettive attraverso I'ampio ricorso all'inserzione, negli schemi contrattuali, di clausole risolutive espresse, che consentono lo scioglimento immediato del contratto mediante una semplice dichiarazione della parte fedele, o addirittura attraverso la previsione di condizioni di inadempimento, che provocano la caducazione automatica (e retroattiva) del vincolo al semplice verificarsi del fatto oggettivo dell'inadempimento. Mentre, a livello normativo, sono sempre più numerosi gli strumenti - tanto quelli tradizionali quanto quelli più flessibili di soft law — che contemplano rimedi in autotutela a favore delle parti contrattuali deluse dall'inattuazione dello scambio. Basti pensare all'ampio spazio riservato alle tutele stragiudiziali dalla riforma tedesca dello Schuldrecht e dalla recente riforma del Code civil francese, nonché dalla dir. n. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori e dai principi internazionali.". D'ACUNTO, Luciana. **Recesso e autotutela nei rapporti di consumo.** Collana: Quaderni de IL Foro napoletano - 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 34.

O direito de extinção contratual como espécie de autotutela é realizado pela certeza relacionada, intensificada pela notificação e pela posterior inércia da outra parte[544].

a) direito de arrependimento

O direito de arrependimento tem previsão em diversos dispositivos da legislação. No Código Civil, é expressamente referido pelos artigos 420, 463, 725, 1.417 e 1.538. Se previsto para situação específica, seja por lei ou por instrumento contratual, ele poderá, mediante simples manifestação de vontade, ser exercido por qualquer das partes integrantes da relação jurídica. Não tendo nenhuma destas previsões, o arrependimento fica impedido.

Diferentemente do que ocorre com a desistência, o direito de arrependimento pressupõe a formação de uma relação jurídica (geralmente contratual). Arrepende-se do que se fez. Por importar, o arrependimento, cisão de uma relação jurídica legitimamente formada, ele exige expressa previsão legal ou contratual. Se não existir, não poderá haver arrependimento, porque o seu exercício importará violação a direito de outrem.

Em consequência, existindo previsão legal ou contratual ao arrependimento, o seu exercício poderá ser realizado diretamente pelo titular, em resultado correspondente ao da prestação jurisdicional, sendo, por isso, espécie de autotutela. Mas, se não existir previsão legal ou contratual ao arrependimento, por violar direito da outra parte da relação jurídica, eventual exercício a este pretexto importaria ilícito, e, por essa razão, não seria espécie de autotutela.

Para se legitimar o exercício do direito, que é potestativo, deve haver manifestação de arrependimento, a ser devidamente comunicada à parte adversa. Entretanto, não se faz necessária a verificação de qualquer situação de risco. As mais variadas questões, inclusive de ordem subjetiva, podem justificar o exercício do

[544] Em semelhante perspectiva, Schenk: "Ao que parece, com as devidas vênias, há um erro de perspectiva nesses julgados. Embora se reconheça que semelhantes contratações envolvam, muitas vezes, especial interesse - aquisição da casa própria -, revestindo-se de relevância social justificadora da intervenção protetiva do Estado, é preciso atentar para o fato de que o Decreto-Lei n° 745/69 e a Lei n° 6.766/79 já flexibilizaram o rigor da disciplina do Código Civil, exigindo notificação do promitente comprador para sua constituição em mora, mesmo que haja termo de adimplemento contratualmente ajustado ou cláusula resolutiva expressa. No entanto, essa é a única peculiaridade que referidas leis impõem, nada mais; após a notificação, tudo deve se passar consoante a especial disciplina da cláusula resolutiva expressa: resolve-se a relação obrigacional extrajudicialmente". SCHENK, *op. cit.*, p. 15.

direito. Apenas não poderá haver abuso, no sentido de ser exercido com o objetivo único de prejudicar a outra parte, pois, se eventualmente verificado, não haverá autotutela e sim um ilícito.

Impede-se, portanto, o exercício do direito de arrependimento, em razão de abuso ou de carência de previsão (legal ou contratual). Em tais casos, justifica-se o controle jurisdicional.

Exercido o arrependimento em autotutela, o titular declara, primeiramente, a existência do respectivo direito e, em seguida, por manifestação da sua vontade, desconstitui a relação jurídica. Eventualmente, como consequência da cisão da relação jurídica, o exercício do direito de arrependimento pode justificar, agora pela outra parte da relação jurídica, apropriação das arras[545]. Esta, como se mostrará, é outra hipótese de autotutela.

O exercício do direito de arrependimento em autotutela: a) dispensa prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) exige previsão legal ou pelo menos contratual; d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa sua associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

O direito de arrependimento, como espécie de autotutela, tem sua realização justificada pela certeza decorrente da vontade manifestada pelo titular mediante envio de comunicação à outra parte da relação jurídica.

4.2.3 Direito de desistência

Para as relações de consumo, o *caput* do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor prevê hipótese de exercício do direito de desistência. Segundo o referido dispositivo legal, o consumidor poderá desistir do contrato, desde que firmado fora do estabelecimento comercial, no prazo de sete dias, sendo este iniciado da assinatura do instrumento ou do recebimento do produto, ou do serviço.

Difere-se, o direito de desistir do direito de arrependimento, porque este, diferentemente do que ocorre com aquele, pressupõe existência de formação de uma relação jurídica (geralmente contratual). Arrepende-se, assim, apenas do que

[545] Neste sentido: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. 24, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954-B, p. 75.

se fez, enquanto se desiste do que não se fez. Pode-se, então, desistir de um contrato porque ele não foi firmado pelas partes.

O direito de desistência se justifica pelo fato de, nas relações firmadas à distância, uma das partes não tem contato direto com o produto ou com serviço objeto do contrato, bem como, oportunidade de receber informações precisas sobre eles, além do que é estimulado a contratar em razão da aplicação, pelo fornecedor, de diversas técnicas avançadas[546].

Logo, em razão dessa situação de desvantagem em que se coloca uma das partes, é-lhe concedido prazo para exercício do direito de desistência, independentemente de intervenção jurisdicional[547].

Existe divergência quanto à definição da natureza jurídica do direito de desistência, que também é ocasionada pela imprecisão terminológica adotada pelo legislador. Há quem defenda se tratar de hipótese específica de rescisão contratual, mas há também quem defenda tratar-se de direito de não confirmação do contrato, pelo que não ensejaria sua rescisão.

Como dito, desiste-se quando não executado o ato. Se executado, arrepende-se. O Código de Defesa do Consumidor, no art. 49, *caput*, associa-se ao verbo desistir. Mas, no parágrafo único, a associação é ao verbo arrepender. Daí a divergência de entendimentos. Seja qual for a natureza jurídica do direito de desistência, ele constitui direito que pode ser exercido, em autotutela, por seu titular.

Ao consumidor, pois, é atribuído direito potestativo, que, para ser exercido, não precisa manifestar qualquer justificativa, bastando apenas que seja realizada a comunicação do fornecedor quanto à decisão tomada. Caso isso ocorra, o contrato, por decisão do consumidor, será “não firmado” (ou ficará prontamente rescindido), em resultado equivalente àquele decorrente de atividade jurisdicional.

Mas o direito de desistência não está adstringido às relações de consumo. De uma forma geral, qualquer das partes, enquanto não concretizado o contrato, pode desistir. Restringe-se apenas o abuso no exercício deste direito e, sob outro viés, mesmo que lícito o ato praticado, impõe-se, caso este tenha ocasionado, reparação de prejuízos.

---

[546] Neste sentido: D’ACUNTO, Luciana. **Recesso e autotutela nei rapporti di consumo**. Collana: Quaderni de IL Foro napoletano - 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 146.
[547] Neste sentido: D’ACUNTO, Luciana. **Recesso e autotutela nei rapporti di consumo**. Collana: Quaderni de IL Foro napoletano - 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 202.

É considerado, o direito de desistência, quando realizado no plano extraprocessual, hipótese de autotutela[548], não se fazendo necessária a constatação de urgência associada (embora deva ser respeitado o prazo de sete dias) ou mesmo o uso de força (a considerar que o direito se efetiva sem necessidade de qualquer contato físico entre as partes da relação contratual).

A autotutela, no exercício do direito de desistência, justifica-se pela simples verificação de contratação, pelo consumidor, à distância. Existente tal fato, atribui-se, ao consumidor, o direito potestativo de desistir. É a certificação do fato (contratação à distância) que autoriza o exercício em autotutela, pelo consumidor, do direito de desistência.

A ser assim, verifica-se que o exercício em autotutela do direito de desistência: a) dispensa prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) tem previsão legal; d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

O direito de desistência como espécie de autotutela é realizado pela certeza decorrente da vontade manifestada, por quem firmou contrato à distância, mediante envio de comunicação.

4.2.4 Restrição de crédito

A restrição de crédito[549] é medida coercitiva exercida pelo credor visando a fazer com que o devedor cumpra sua obrigação, que julga estar inadimplida. Trata-se de uma limitação de liberdade, imposta pelo credor, em razão da supressão do crédito do devedor[550].

Ela (a restrição de crédito) é precedida de notificação do devedor, a ser realizada por terceiro (entidade mantenedora do cadastro), para que a mora possa

---

[548] Neste sentido: BOCCHINI, Fernando. **Il regime dei rischi nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali.** Diritto dei consumatori e nuove tecnologie. Turim: Gli scambi, 2003, p. 55; MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 866; D'ACUNTO, Luciana. **Recesso e autotutela nei rapporti di consumo**. Collana: Quaderni de IL Foro napoletano - 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 150 e ss; TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**: Direito Material e Processual. – 7ª Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 380); GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** contratos e atos unilaterais. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 115.

[549] Permitida, dentre outras, pela Lei nº 8.078/1990 e pela Lei nº 9.492/1997.

[550] Neste sentido: BAUDRILLARD, Jean. **O sistema dos objetos.** São Paulo: Perspectiva, 1993, p. 165-166.

ser purgada no prazo assinalado. Ao terceiro mantenedor do cadastro, apenas cabe cumprir a solicitação do credor, realizando a restrição do crédito do devedor.

Somente se não preenchidos, pelo credor, os requisitos formais estabelecidos por lei para a realização da restrição do crédito, é que o terceiro não efetivará a medida. Afora isso, age como mero autômato, sendo a medida, também por este motivo, considerada autotutela[551] (embora haja opiniões contrárias[552]).

É colocada, a restrição, repita-se, como medida coercitiva, realizada pelo credor em correspondência à atividade jurisdicional, a qual poderia ser prestada em ação processualizada para o caso, mediante decisão, conforme autoriza o art. 139, IV, do Código de Processo Civil.

O Supremo Tribunal Federal, em 09 dez. 2016, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade registrada sob o nº 5135, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, reconheceu expressamente que a restrição de crédito, por não restringir direitos fundamentais, serviria de instrumento de autotutela.

Segundo o ministro relator, a restrição de crédito não imporia efetiva limitação de qualquer direito fundamental, nem mesmo do devido processo legal, porque não se impediria o devedor de acessar o Poder Judiciário para discutir a dívida[553] (em posterior ato de controle). Acrescentou ainda que, em respeito à proporcionalidade, a restrição de crédito seria adequada para os fins perseguidos, sendo meio idôneo à produção do resultado, além do que, seus benefícios superariam os ônus impostos em detrimento do devedor[554].

---

[551] Neste sentido: FONSECA, Rui Guerra. **O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública.** Coimbra: Almedina, 2012, p. 246; SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p.81; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal**. Atlas: São Paulo, 2010, p. 36.

[552] Neste sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. **Novas Perspectivas para Atuação da Tutela Executiva no Direito Brasileiro**: Autotutela Executiva e "Desjudicialização" da Execução. Brasília: Revista de Processo, 2022, p. 3; DENARDI, Volnei Luiz. **Execuções Judicial e Extrajudicial no Sistema Financeiro da Habitação**: Lei nº 5.741/71 e Decreto-Lei nº 70/66. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 108); BECKER, L. A. **Execuções especiais:** SFH – SFI – Alienação Fiduciária – Crédito Rural e Industrial. Malheiros: São Paulo, 2002, p. 314.

[553] Em seu voto, o ministro relator, Luís Roberto Barroso, destacou: "Além disso, o protesto não impede o devedor de acessar o Poder Judiciário para discutir a validade do crédito tributário ou para sustar o protesto. Tampouco exclui a possibilidade de o protestado pleitear judicialmente uma indenização, caso o protesto seja indevido. Inexiste, assim, qualquer mácula à inafastabilidade do controle judicial".

[554] No acórdão da ADI 5135, restou consignado: "[...] o dispositivo legal impugnado não viola o princípio da proporcionalidade. A medida é adequada, pois confere maior publicidade ao descumprimento das obrigações tributárias e serve como importante mecanismo extrajudicial de cobrança, que estimula a adimplência, incrementa a arrecadação e promove a justiça fiscal. A medida é necessária, pois permite alcançar os fins pretendidos de modo menos gravoso para o contribuinte (já que não envolve penhora, custas, honorários, etc.) e mais eficiente para a arrecadação tributária em relação ao executivo fiscal (que apresenta alto custo, reduzido índice de recuperação dos créditos públicos e contribui para o congestionamento do Poder Judiciário). A medida

Em alguns casos, especialmente aqueles de pequena repercussão econômica, registrou o ministro Luiz Roberto Barroso em seu voto, numa verdadeira análise econômica, que a medida de restrição de crédito seria a única via de coerção para cumprimento de obrigação inadimplida.

Por ter previsão legal, não é necessária, para a concretização da restrição de crédito, a existência de previsão contratual. O instrumento pode até impedir a sua realização (pela autonomia das partes quanto a este ponto[555]), mas a ausência de disposição permissiva a respeito da restrição de crédito confirma a autorização[556]. De fato, ainda que não existisse previsão legal ou contratual, a restrição de crédito seria possível, porque se apoia na inadimplência, sendo um dos seus efeitos.

Realizada a restrição de crédito, acaba-se por decidir, contra o devedor, pelo descumprimento de obrigação reconhecida por títulos ou outros documentos de dívidas em favor do credor[557]. Se efetuado o pagamento da dívida, o credor (ou, no caso de protesto, tabelião) dará quitação e a restrição será baixada.

Para se proceder à restrição, dispensa-se a verificação de urgência. A medida coercitiva se justifica pela certificação da dívida, demonstrada por título ou outros documentos comprobatórios. Ela se funda, assim, não na urgência, mas na certeza suficiente proporcionada pelas provas apresentadas pelo credor.

é proporcional em sentido estrito, uma vez que os eventuais custos do protesto de CDA (limitações creditícias) são compensados largamente pelos seus benefícios, a saber: (i) a maior eficiência e economicidade na recuperação dos créditos tributários, (ii) a garantia da livre concorrência, evitando-se que agentes possam extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos, e (iii) o alívio da sobrecarga de processos do Judiciário, em prol da razoável duração do processo".

[555] Quanto à autonomia das partes, reafirmada pela Lei da Liberdade Econômica, confira-se: "Com isso se alterou, por exemplo, no âmbito da mesma Lei 13.874/2019, o CC/2002, para se prever, no art. 421, parágrafo único, que, "nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual", assegurando-se às partes, nos contratos civis e comerciais, a possibilidade de "estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução" (art. 421-A, I), bem como tratar da "alocação de riscos", que deve ser respeitada e observada (art. 421-A, II), assentando-se, ainda, que "a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada" (art. 421-A, III).". ANDRADE, Érico. GONÇALVES, Gláucio Maciel. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Autonomia privada e solução de conflitos fora do processo: autotutela executiva, novos cenários para a realização dos direitos? **Revista de Processo**. vol. 322, pp. 437-476. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 7.

[556] Em pertinência à questão: "Le parti, infatti, il più delle volte non si fidano dei giudici e dei giudizi (e tutto sommato, visto quello che si legge nelle sentenze, non hanno torto) e desiderano pertanto risolvere autonomamente tra loro le possibili contestazioni o controversie mediante la previsione in contratto di procedure e regole di gestione 'endocontrattuali' della crisi, che tra loro si è aperta sull'interpretazione o esecuzione del rapporto e delle sue obbligazioni e prestazioni reciproche". GABRIELLI, Enrico. **La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación**. Foro de debate jurídico. Madrid. Editora Reus, 2019, pp. 442/443.

[557] Neste sentido, disposição do art. 1º da Lei nº 9.294/1997: "Art. 1º Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida".

E por não circunstanciar nenhum contato físico entre as partes da relação jurídica que justifica a restrição, essa hipótese de autotutela não se associa, por consequência, ao uso da força física, mas, sim, o poder de realização disponibilizado ao titular do crédito.

Assim, pode-se concluir que o exercício do direito de restrição de crédito: a) exige violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) tem previsão legal; d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa sua associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

A restrição de crédito, como espécie de autotutela, tem sua realização justificada pela certeza advinda das provas apresentadas pelo credor, sendo necessário o envio de prévia comunicação ao devedor.

4.2.5 Aplicação de penalidades típicas

A aplicação de penalidades tem previsão em diversos textos da legislação brasileira (tanto do Código Civil[558], como de leis especiais[559]). A considerar que, além de existirem infindáveis hipóteses possíveis, as situações relacionadas à aplicação de penalidades têm a mesma estrutura (existência de prévia previsão legal ou contratual, com posterior juízo de incidência e sua consequente aplicação), são trazidas abaixo algumas delas relacionadas especificamente à Lei de Franquias.

Pois bem.

A penalidade deve ter previsão legal ou contratual expressa, com descrição das situações que justificam sua aplicação. Por isso, a Lei nº 13.966/2019, no art. 2º, XVIII, dispõe que para a implantação da franquia, o franqueador deverá fornecer ao interessado Circular de Oferta de Franquia contendo, obrigatoriamente, indicação das situações em que são aplicadas penalidades, multas ou indenizações e dos respectivos valores.

Esta disposição legal, desde que exista previsão contratual expressa, autoriza a incidência e a conseguinte aplicação de penalidades, de forma direta, por qualquer das partes que integrem a relação firmada. As penalidades podem consistir em multas (como expressamente indicado pelo art. 2º, XVIII, da Lei nº 13.966/2019) ou

[558] São exemplos trazidos pelo texto do Código Civil: a) art. 740; b) art. 1.336; c) art. 1.358-J.

[559] Da Legislação especial, podem ser citados os seguintes exemplos: a) artigos 4º, 53-A e 62, da Lei nº 8.245/1991.

em outras de natureza diversa, a exemplo da rescisão contratual com consequente exclusão do franqueado da rede.

O entendimento doutrinário (e jurisprudencial) é no sentido de que a aplicação de penalidade prevista no contrato de franquia não depende de intervenção jurisdicional. Pode ser aplicada diretamente porque constitui exercício regular de direito, o qual é precedido da realização de juízo próprio de incidência. A parte, portanto, em seu julgamento, realiza enquadramento jurídico da situação fática e, decidindo pela incidência norma, procede à aplicação da multa.

Cabe à parte que aplica a penalidade, em respeito ao devido processo legal e às garantias a ele inerentes, indicar o fato ocorrido (atribuído à ação ou à omissão da parte penalizada), assim como a disposição legal ou contratual que justificou a incidência. Estes elementos, em razão da necessária observância à boa-fé para a realização de direito, deverão ser explicitados em comunicação a ser remetida à parte penalizada.

Logo, como se observa, é a partir do julgamento realizado pela parte titular do direito que se define se é o caso ou não de incidência da norma específica e, por conseguinte, de aplicação da penalidade. Constitui, por isso, exercício de direito em autotutela, amparado não pela urgência, mas pela certificação proporcionada pelo texto da lei ou do contrato, a trazer, expressamente, as penalidades cabíveis e as situações que autorizam suas aplicações.

Para efetivar o direito de aplicação de penalidade, não é necessário o uso de força. Poder-se-ia até afirmar que não seria possível invadir o patrimônio da parte penalizada para satisfazer a sanção aplicada, como seria exemplo o pagamento de multa contratual. Todavia, além de, aqui, tratar-se apenas do exercício do direito de aplicação de penalidade (e não de seu pagamento), existem situações que ela pode, sim, ser realizada em autotutela.

Não se nega que há casos em que, para se proceder à invasão do patrimônio da parte penalizada, faz-se necessária prestação jurisdicional, pelo que o uso da força é indispensável. Contudo, em diversos outros casos, as penalidades podem ser satisfeitas sem recurso à prestação jurisdicional, mediante exercício de direito de retenção ou de compensação, ou de apropriação de garantia, a título de ilustração, que também são espécies de autotutela.

Assim, pode-se concluir que o exercício do direito de aplicação direta de penalidade: a) exige prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) tem previsão legal; d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa sua associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

O direito de aplicar penalidade, como espécie de autotutela, tem sua realização justificada pela certeza advinda da previsão legal ou contratual, sendo necessário o envio de prévia comunicação à parte infratora.

4.2.6 Apropriação de quantias pecuniárias ou de bens em pagamento ou em indenização

A apropriação de quantias pecuniárias ou de bens, colocada como modalidade de autotutela[560], está prevista em diversos textos da legislação brasileira. Situações autorizativas são trazidas tanto pelo Código Civil[561], como por leis especiais[562]. A realização da apropriação visa à satisfação definitiva de direito de crédito[563] em pagamento ou em indenização.

Nas arras[564]-[565], por exemplo, o art. 418 do Código Civil, no primeiro período de seu texto, dispõe que, se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as. Sendo prestadas em pecúnia (ou em mesma natureza da prestação), o credor poderá se apropriar delas (e não apenas retê-las), convertendo-as em pagamento da prestação ou da penalidade[566].

---

[560] Neste sentido: MONTECCHIARI, Tiziana. **Ius singulare e autotutela privata** – Contributo allo studio di una categoria. Collana: Quaderni de Il Foro napoletano, 31. Napoli: Edizioni Sci-entifiche Italiane, Itália, 2019, p. 99.

[561] Do Código Civil, podem ser citados os seguintes exemplos: artigos 417 a 420.

[562] Da Legislação especial, são exemplos de apropriação de garantia pecuniária: art. 37 da Lei nº 8.245/1991.

[563] A se diferenciar, por isso, da retenção, que, por ser medida coercitiva, é temporária.

[564] Segundo Anderson Schreiber, a arras ou sinal "[...] constitui quantia em dinheiro ou coisa móvel dada por uma das partes à outra em confirmação à conclusão de um contrato ou para permitir arrependimento. [...] São duas as espécies de arras: a) confirmatórias: representam prova de que o contrato foi celebrado. Tais arras decorrem da obrigatoriedade do contrato (pacta sunt servanda) e não permitem arrependimento. Estão nos arts. 418 e 419 do CC; b) penitenciais: permitem o arrependimento das partes e, portanto, abrandam o princípio da obrigatoriedade.". SCHREIBER, Anderson, et al. **Código Civil Comentado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 784.

[565] Para Pontes de Miranda, "[...] no sistema jurídico introduziu-se que as arras, se nada se estabeleceu em contrário, se hão de considerar começo de pagamento". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. 24, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954-B, p. 53.

[566] No mesmo sentido: SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais.** Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 337. Em sentido contrário, por entender que não há invasão do

Em juízo próprio, o possuidor das arras decide existir inadimplemento na execução contratual por parte de quem as prestou e, em razão disso, resolve o contrato com a consequente apropriação. Pela relação de prejudicialidade, só há sentido admitir a apropriação se for reconhecido o direito de a parte, em juízo constitutivo, resolver o contrato. Portanto, antes de realizar, diretamente, a apropriação da quantia ou do bem, a parte que os recebeu, também em autotutela, decide existir inadimplência para, depois, ele mesmo efetivar a rescisão do contrato.

Não é diferente com a apropriação de caução pecuniária prestada em contratos locativos de imóveis. O art. 37, I, da Lei nº 8.245/1991, permite ao locador exigir, como garantia, a prestação de caução pecuniária. Se for cometido ato, pelo locatário, a justificar pagamento de prestação, de indenização ou de penalidade, o locador poderá, após prévio juízo de incidência realizado por ele próprio, decidir pela violação aos termos do contrato ou da lei e, em seguida, apropriar-se da caução prestada.

Conquanto a Lei nº 8.245/1991 não disponha expressamente que o possuidor da caução possa dela se apropriar diretamente, tal constitui uma decorrência lógica. Se há entrega, em mãos próprias, da caução, por força de disposição contratual, e a lei não exige homologação judicial para seu reconhecimento, não há nenhum sentido impor a busca de prestação jurisdicional para que ela seja apropriada pelo credor em pagamento de prestações inadimplidas, de penalidades ou de indenizações.

Sob outro aspecto, verifica-se que é o locador quem realiza o julgamento quanto à existência de atos praticados pelo locatário que justificam a apropriação de garantia pecuniária. Independentemente de prestação jurisdicional, mas amparado pela situação jurídica em que se encontra (na posse da garantia pecuniária), ele realiza o seu direito de crédito.

Quando o bem ou a quantia pecuniária não está no poder de quem julga que a outra parte, por ação ou omissão sua, tenha incidido em situação que justificaria a apropriação, a realização do direito de crédito não se faz em autotutela, mas, sim, em autocomposição ou em prestação jurisdicional. Isso porque, se a quantia pecuniária ou o bem for entregue espontaneamente pela parte faltosa, haverá autêntica autocomposição. Se não for entregue espontaneamente, o credor, por falta

---

patrimônio do devedor, mas apenas uma "alteração da causa de transmissão": YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal**. Atlas: São Paulo, 2010, p. 24.

de autorização legal ao uso da própria força, terá de recorrer à prestação jurisdicional para satisfazer seu direito[567].

Nas situações de possível apropriação, em exercício de autotutela, de quantia pecuniária ou de bem, não se faz necessária verificação de urgência. A certificação trazida pelo instrumento contratual, que previu a disponibilização da quantia pecuniária ou do bem e os casos de sua utilização, é suficiente para legitimar o exercício do direito em autotutela. Os próprios textos legais, que tratam da possibilidade de apropriação, não se referem à urgência.

Se não há urgência relacionada, antes de se autotutelar o crédito com a apropriação da quantia pecuniária ou do bem disponibilizados, o titular do direito, em afirmação ao devido processo legal, deve realizar prévia comunicação da parte adversa, a fim de que ela, em prazo razoável (que antecede o ato de desapropriação), possa, com este procedimento, defender-se ou mesmo possa afastar a situação da inadimplência com o cumprimento da obrigação que lhe cabe.

Não é necessário também uso de força para realizar a apropriação em realização de direito de crédito. A situação jurídica, em que se encontra o detentor, coloca-lhe em situação privilegiada, a ponto de não precisar ter qualquer contato físico com a outra parte para que, então, possa realizar, por fim, o ato de apropriação. Mesmo que se trate de bens materiais, pelo fato de eles estarem na posse de quem efetiva o direito, a autotutela pode ser realizada sem uso de força.

Neste cenário, pode-se afirmar que o direito de apropriação de quantias ou de bens: a) exige prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) tem previsão legal; d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa sua associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

O direito de apropriação se legitima pela certeza conferida por previsão legal e contratual, indicando a necessidade de envio de prévia comunicação à parte infratora.

4.2.7 Retenção

[567] É por isso que a segunda parte do art. 417 do Código Civil, ao tratar das arras, de forma expressa, dispõe que, "se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá, quem as deu, haver o contrato por desfeito, e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado". O texto legal autoriza apenas a exigir, com a participação espontânea da parte que está de posse das arras, a devolução destas mais o respectivo equivalente.

O direito de retenção está previsto em diversos dispositivos do Código Civil[568] (e da legislação esparsa), embora não se lhe atribua uma teoria própria. O legislador seguiu o modelo antes estabelecido pelo Código de 1916, apregoando a doutrina (de forma majoritária)[569-570-571], a possibilidade de estender o direito de retenção a outras hipóteses não previstas expressamente em lei[572].

---

[568] Art. 319. O devedor que paga tem direito a quitação regular, e pode reter o pagamento, enquanto não lhe seja dada. [...] Art. 571. Havendo prazo estipulado à duração do contrato, antes do vencimento não poderá o locador reaver a coisa alugada, senão ressarcindo ao locatário as perdas e danos resultantes, nem o locatário devolvê-la ao locador, senão pagando, proporcionalmente, a multa prevista no contrato. Parágrafo único. O locatário gozará do direito de retenção, enquanto não for ressarcido. [...] Art. 578. Salvo disposição em contrário, o locatário goza do direito de retenção, no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com expresso consentimento do locador. [...] Art. 633. Ainda que o contrato fixe prazo à restituição, o depositário entregará o depósito logo que se lhe exija, salvo se tiver o direito de retenção a que se refere o art. 644 , se o objeto for judicialmente embargado, se sobre ele pender execução, notificada ao depositário, ou se houver motivo razoável de suspeitar que a coisa foi dolosamente obtida. [...] Art. 644. O depositário poderá reter o depósito até que se lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas, ou dos prejuízos a que se refere o artigo anterior, provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas. Parágrafo único. Se essas dívidas, despesas ou prejuízos não forem provados suficientemente, ou forem ilíquidos, o depositário poderá exigir caução idônea do depositante ou, na falta desta, a remoção da coisa para o Depósito Público, até que se liquidem. [...] Art. 664. O mandatário tem o direito de reter, do objeto da operação que lhe foi cometida, quanto baste para pagamento de tudo que lhe for devido em conseqüência do mandato. [...] Art. 681. O mandatário tem sobre a coisa de que tenha a posse em virtude do mandato, direito de retenção, até se reembolsar do que no desempenho do encargo despendeu. [...] Art. 708. Para reembolso das despesas feitas, bem como para recebimento das comissões devidas, tem o comissário direito de retenção sobre os bens e valores em seu poder em virtude da comissão. [...] Art. 742. O transportador, uma vez executado o transporte, tem direito de retenção sobre a bagagem de passageiro e outros objetos pessoais deste, para garantir-se do pagamento do valor da passagem que não tiver sido feito no início ou durante o percurso. [...] Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis. Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias. [...] Art. 1.433. O credor pignoratício tem direito: [...] II – à retenção dela, até que o indenizem das despesas devidamente justificadas, que tiver feito, não sendo ocasionadas por culpa sua; [...].Art. 1.455. Deverá o credor pignoratício cobrar o crédito empenhado, assim que se torne exigível. Se este consistir numa prestação pecuniária, depositará a importância recebida, de acordo com o devedor pignoratício, ou onde o juiz determinar; se consistir na entrega da coisa, nesta se sub-rogará o penhor. Parágrafo único. Estando vencido o crédito pignoratício, tem o credor direito a reter, da quantia recebida, o que lhe é devido, restituindo o restante ao devedor; ou a excutir a coisa a ele entregue.

[569] SABA, Diana Tognini. **Direito de retenção e seus limites**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 19.

[570] Neste sentido, considerando serem, as hipóteses de retenção, meramente exemplificativas: SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais.** Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 245; QUEIROZ, Ana Alice Lima. **Retenção Pecuniária e Autotutela nos Contratos Empresariais.** 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2017, p. 28; GOMES, Magalhães. **Direito de retenção**. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 282-283; DAGNINO, A. **Contributo allo studio dell'autotutela privata**. Milão: A. Giuffrè, 1983, p. 115; LAMPIS, Michela. Autotutela pubblica e privata. In: LAMPIS, Michela. PUBUSA, Francesca; PUDDU, Stefania (a cura di) Procedimento, provvedimento e autotutela Evoluzione e involuzione. **Quaderni di Diritto e processo amministrativo**, 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019. p. 121; PUBUSA, Francesca. Semplificazione, dichiarazioni sostitutive, qualità dell'istruttoria ed effettività dell'autotutela. In: PUBUSA, Francesca. (org.). PUDDU, Stefania (a cura di) Procedimento, provvedimento e autotutela Evoluzione e involuzione. **Quaderni di Diritto e processo amministrativo**, 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p.121-122. Todavia, deve-se advertir que "é recomendável que a possibilidade de uso do remédio [retenção] seja reafirmada por prévia convenção entre os contratantes.". SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações**

De uma forma geral, a retenção da coisa[573] se justifica pela existência de direito de crédito titularizado por quem a pratica. É, assim, forma de o credor coagir o devedor ao adimplemento de prestação que lhe beneficia[574].

Pode-se alegar o direito de retenção em defesa de ação processualizada, a justificar decisão jurisdicional que autorize (e até mesmo possibilite) a coação do devedor. Mas também pode ser apresentada no plano extraprocessual[575-576], com idêntico resultado, sendo, por isso, o ato de reter, considerado espécie de autotutela.

Trata-se, a retenção, de direito que pode ser exercitado mesmo que não haja necessária verificação de urgência, mas deve ser (para justificar o ato de retenção) contemporâneo ao exercício da ação pela outra parte da relação jurídica de direito material.

---

contratuais. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 251. Em sentido oposto, considerando o direito de retenção taxativo: BONGIORNO, Girolamo. **L'autotutela Esecutiva.** Milão: A. Giuffrè Editore, 1984, p. 62-63.

[571] Mas, como explica Saba, há quem defenda que o direito de retenção seria taxativo porque: a) se o legislador quisesse, poderia ter transformado o direito de retenção em princípio de aplicação geral no ordenamento; b) por se tratar de um privilégio, não poderia ser aplicado analogicamente; c) por ser direito real, não se conceberia casos outros fora os taxativamente previstos; d) por constituir o direito de retenção autorização excepcional à pignoratio privata ou à autotutela, não poderia ser estendido para casos análogos (SABA, *op. cit.*, p. 107). Mas, para a maioria, afirma Saba, prevalece a corrente extensiva, admitindo que "[...] o direito de retenção poderá ser aplicado em outras situações não previstas em lei, desde que preenchidos os seus requisitos, porque consistiria em mera garantia que visa justamente a combater uma atitude ilícita daquele que não cumpre a obrigação que lhe incumbe." (SABA, *op. cit.*, p. 111). Inclusive, finaliza Saba, "[...] há julgados que reconhecem este instituto fora dos casos expressamente previstos, mas sempre aos sujeitos considerados como possuidores, notadamente: ao promitente comprador, ao mecânico, ao arrendatário, ao empreiteiro, ao comodatário e ao comprador evicto." SABA, *op. cit.*, p. 115. Em consequência, no direito brasileiro, a retenção, mesmo exercida em casos atípicos, não configuraria caso de exercício arbitrário das próprias razões. SABA, *op. cit.*, p. 118.

[572] Quando do julgamento do Recurso Especial registrado sob o nº 1.628.385/ES, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que oficina mecânica não poderia reter veículo automotor como meio de coerção ao pagamento de serviço realizado. Mas o fundamento utilizado para se chegar a essa conclusão foi de que não havia posse exercida a legitimar a retenção. Assim, ao contrário do que se poderia pensar, o Superior Tribunal de Justiça não entendeu que o direito de retenção não poderia ser realizado em outras hipóteses não previstas em lei, mas sim que ele dependia do exercício da posse.

[573] Como esclarece Olavo de Andrade, "[...] tudo que é de natureza a ser possuído é susceptível de retenção. [...] não é possível deter um crédito, um direito, mas é possível deter o título que representa esse crédito ou esse direito.". ANDRADE, Olavo de. **Notas sobre o direito de retenção**. São Paulo: Saraiva, 1922, p. 37.

[574] Neste sentido: SILVA, Germano Marques da. **Da Tutela dos Direitos da Acção Directa**. Prêmio da Ordem dos Advogados para Estudantes de Direito, 1968, p. 37.

[575] Neste sentido, Bongiorno: "Il privato può anche essere autorizzato a farsi giustizia da sé adottando un comportamento passivo contro la pretesa di chi vorrebbe mutare una situazione di fatto esistente: è il caso di chi, di fronte all'inadempimento dell'altra parte, si rifiuti di eseguire la prestazione dovuta (exceptio inadimpleti contractus) ovvero opponga la compensazione di crediti quando ne ricorrano i presupposti di legge (imputando la prestazione a pagamento di un credito proprio) o di chi eserciti il diritto di ritenzione su un determinato bene per il quale abbia eseguito spese o in relazione al quale abbia crediti da far valere.". BONGIORNO, Girolamo. **L'autotutela Esecutiva.** Milão: A. Giuffrè Editore, 1984, p. 30. E justifica: "In ultima analisi può parlarsi di un mezzo indirettamente coercitivo per ottenere il riconoscimento e la realizzazione di un credito; da qui la possibilità di inquadrare il diritto di ritenzione tra le figure di autotutela unilaterale passiva.". Idem, p. 64.

[576] Para Pontes de Miranda, o direito de retenção não pode ser exercido em justiça de mão própria porque não dispensa a ratificação judicial ou a imediata citação. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 231.

Olavo de Andrade[577] esclarece que “o direito de retenção é exercido por quem está de posse mansa, lícita e pacífica da cousa; e entre as condições do devedor e credor recíprocos deve prevalecer a condição do possuidor”. Perdida a posse, não pode ser exercido o direito de retenção[578].

São, por isso, pressupostos ao exercício do direito de retenção[579]: a posse de boa-fé de coisa por um credor[580]; a relação recíproca de dívidas entre as partes. Além desses pressupostos, faz-se necessário que o crédito seja certo e exigível[581] (mesmo que ilíquido)[582], e que haja conexão entre esse crédito e a coisa retida[583].

A ser assim, é a certeza quanto à existência do crédito que legitima a retenção, dispensando a verificação de urgência para justificar o seu exercício. Noutras palavras, retém-se, não pela urgência, ainda que ela possa estar eventualmente associada, mas pela certificação do crédito.

O bem pode ser retido pelo credor até que satisfeita a obrigação pelo devedor[584], mesmo que o crédito de quem retem não esteja sob qualquer risco. Tal se dá porque a retenção não necessariamente se presta a garantir, e sim a coagir a parte devedora ao pagamento[585].

Como a retenção é exercida pelo possuidor, que busca a satisfação de seu crédito, eventual desrespeito à posse pode ser repelido, nos termos do art. 1.210 do Código Civil, pelo desforço imediato. Contudo, o uso da força, na hipótese específica, embora decorra de expressa autorização legal, serve à defesa direta da posse e não à realização do direito de retenção.

---

[577] ANDRADE, Olavo de. **Notas sobre o direito de retenção.** São Paulo: Saraiva, 1922, p. 44.

[578] Neste sentido: GOMES, Magalhães. **Direito de retenção**. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 97, p. 256.

[579] Apontando estes como sendo os requisitos ao exercício do direito de retenção: GERI, Lina Bigliazzi. **Profili Sistematici Dell´Autotutela Privata**. Milão: Mvlta Pavcis, 1971, p. 161; BONGIORNO, Girolamo. **L’autotutela Esecutiva.** Milão: A. Giuffrè Editore, 1984, p. 62-63.

[580] Não se pode tomar a posse de um bem, sem que ela estivesse sendo exercida pelo credor, para realizar a retenção. Como efeito, a retenção “apenas possibilita ao credor manter-se inerte quando demandado a restituir a coisa sob seu poder, não lhe autorizando, contudo, a realização de qualquer ato tendente à obtenção da posse de coisa que esteja nas mãos de outrem.”. SABA, Diana Tognini. **Direito de retenção e seus limites.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 103.

[581] “O credito tem que ser certo e exigível”. ANDRADE, *op. cit.,* p. 44.

[582] Neste sentido: SALLES, *op.c it.,* p. 253.

[583] Neste sentido: ANDRADE *op. cit.,* p. 49; GOMES, Magalhães. **Direito de retenção**. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 97.

[584] “O detentor de objecto a outrem pertencente, e obrigado a entregal-o, póde em certas e determinadas condições deixar de fazer essa entrega, e reter o referido objecto até que o dono satisfaça uma obrigação para com o detentor.”. ANDRADE, Olavo de. **Notas sobre o direito de retenção.** São Paulo: Saraiva, 1922, p. 11

[585] Em sentido contrário: “Si firmamos a attenção sobre as diversas hypotheses nas quaes a legislação privada vigente admitte um direito de retenção em vantagem do credor, veremos que todas apresentam um certo gráo de connexidade entre o credito e a cousa a que a retenção por parte do credor serve de garantia.”. Idem, p. 50.

Com o desforço imediato, o possuidor se protege contra o ato de turbação ou de esbulho praticado por quem não tem melhor posse. A força aplicada não serve à realização da retenção, até porque a posse é apenas um pressuposto. O exercício do direito de retenção, por se relacionar a um estado de inércia do credor[586], não está associado ao uso da força, que, também, é estranha quando o bem a ser retido não necessariamente é material.

E, de fato, retém-se não pela força, mas pela circunstância de se estar em posse da coisa[587]. Repita-se: o credor a retém para coagir o devedor a adimplir sua obrigação[588]. Essa coação ocorre porque a outra parte da relação fica impedida de ter de volta o bem retido.

A retenção, portanto, além de não se associar à força, não é uma garantia de pagamento. A garantia pode decorrer da própria coisa retida ou dos frutos colhidos (durante o período), mas não da retenção propriamente dita[589-590]. Ela é, diga-se mais uma vez, ato de coação praticado pelo credor frente ao devedor.

Pontes de Miranda[591], em comentário ao Código de Processo Civil de 1973, afirma que a retenção não seria espécie de autotutela, porque o ato de reter não equivaleria a uma providência jurisdicional[592].

---

[586] "O credor que se prevalece do direito de retenção já tem em seu favor o estado de facto, pois a cousa alheia já se acha à sua disposição, por consentimento do devedor.". Ibidem, p. 15. Por isso, "[...] no direito de retenção, a atitude passiva do possuidor exclui a prática de qualquer ato de violência, conservando-se apenas uma situação de fato preexistente.". LIMA, Alvino. **O Direito de Retenção e o Possuidor de Má-Fé.** 2ª ed. São Paulo: LEJUS, 1995, p. 41. Afinal, "[...] qualche cosa di análogo, a nel senso dela manutenzione possessiva genérica, ha luogo per la conservazione di fato, motu proprio (regalità privatistica dell'autodifesa repressiva), dele proprie garanzie effetive, nei casi di esercizio del diritto di ritenzione. É l'applicazione specifica del vecchio principio brocardico: qui conservat non attentat.". SANTAMARIA, Ferrara. **La giustizia privata**. Jovene: Napoli, 1937, p. 109.

[587] "Exerce o direito de retenção o credor que conserva a posse de uma cousa pertencente ao seu devedor, ou, algumas vezes a um terceiro.". ANDRADE, Olavo de. **Notas sobre o direito de retenção.** São Paulo: Saraiva, 1922, p. 42.

[588] "A retenção não importa pagamento, mas meio coercitivo para elle.". Idem, p. 38.

[589] Neste sentido: SABA, Diana Tognini. **Direito de retenção e seus limites**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 30.

[590] Raquel Belinni Salles entende que a retenção é "[...] meio de garantia e de coerção do pagamento da remuneração devida, ou de despesas realizadas durante a execução do contrato ou, ainda de indenizações de prejuízos decorrentes da execução ou da extinção do contrato, seja a extinção decorrente de cumprimento da obrigação principal, de invalidação ou de resolução.". SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 249-250.

[591] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 374.

[592] No mesmo sentido, mas por entender [equivocadamente] que a retenção seria uma exceção material e não um direito, GOMES, Magalhães. **Direito de retenção**. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 211. Em sentido contrário, antes até da vigência do Código de Processo Civil de 2015, Diana Tognini Saba: "Mesmo com o posterior abandono do sistema de defesa privada, sobreviveu o direito de retenção, pois lhe faltava o caráter positivo de violência, contra o qual reagira a consciência jurídica, vedando a *pignoratio privata*.". SABA, Diana Tognini. **Direito de retenção e seus limites**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 8.

Contudo, esta conclusão não é coerente[593] porque a retenção pode sim ser utilizada como ato de coerção decorrente de decisão judicial, sobretudo hoje, a considerar que o art. 139, IV, do Código de Processo Civil, autoriza o uso de medidas coercitivas atípicas à realização de direito, sendo a retenção uma delas, mesmo nas hipóteses que não estejam expressamente previstas[594]. Assim, guardando correspondência à prestação jurisdicional, é, efetivamente, autotutela, como entende a maioria da doutrina[595-596].

Logo, pode-se concluir que o direito de retenção: a) exige prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) tem previsão legal (cuja interpretação pode ser estendida); d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa sua associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

Afora isso, o direito de retenção se legitima pela certeza do crédito objeto da medida coercitiva, sendo conveniente, ao seu exercício, envio de comunicação prévia à outra parte da relação jurídica.

4.2.8 Apreensão e retenção de bens para posterior constituição de penhor legal

No art. 1.467, o Código Civil dispõe que, independentemente de convenção, são credores pignoratícios: a) os hospedeiros, ou fornecedores de pousada, ou alimento; b) o dono do prédio rústico ou urbano.

---

[593] "A teoria, que sustenta que o direito de retenção tem o seu fundamento num ato de justiça privada, como ato moderado da antiga pignoratio privata, parece-nos demonstrar seguramente a razão de ser daquele direito.". LIMA, Alvino. **O Direito de Retenção e o Possuidor de Má-Fé.** 2ª ed. São Paulo: LEJUS, 1995, p. 39).

[594] Neste sentido, julgado do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo de: REsp 1963739/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26/10/2021, DJe 10/12/2021.

[595] No sentido de entender que a retenção é espécie de autotutela: GOMES, Magalhães. **Direito de retenção.** São Paulo: Saraiva, 1931, p. 86; LIMA, Alvino. **O Direito de Retenção e o Possuidor de Má-Fé**. 2ª ed. São Paulo: LEJUS, 1995, p. 43-44; THEODORO JUNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiro: litisconsórcio fora do pacto arbitral. Outras intervenções. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, out./dez. 2001, p. 156; VEDANA, Alexandre Torres. Incorporação Imobiliária e Leilão Extrajudicial. In: VEDANA, Alexandre Torres. **Jurisdição, Crise, Efetividade e Plenitude Institucional.** Curitiba: Juruá Editora, 2009.p. 455-456; LÓPEZ, Ángel Gilberto Adame. **La Autodefensa y el Derecho de Retención**. Universidad Nacional Autônoma de México. México, 2016, p. 12; SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais.** Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 230.

[596] "Vários escritores, que sustentam ser a equidade o fundamento do direito de retenção, não o consideram como base única daquele direito; admitem também, como fundamento a necessidade de assegurar a execução das obrigações, isto é, um ato de justiça privada, como meio único de garantir, de uma maneira rápida e absoluta, o direito de crédito do possuidor.". LIMA, Alvino. **O Direito de Retenção e o Possuidor de Má-Fé**. 2ª ed. São Paulo: LEJUS, 1995, p. 43-44.

O penhor é a garantia para os credores relacionados[597], sendo a particularidade, para as hipóteses, a dispensa de convenção entre as partes da relação jurídica. Se o devedor não entregar os bens, o credor poderá tomá-los, contanto que não recorra à força[598], para constituir o penhor.

Na primeira hipótese, o penhor recai sobre as bagagens, móveis, joias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito. Na segunda, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino estiver guarnecendo o mesmo prédio, pelos aluguéis ou rendas[599].

E, em ambas as hipóteses, o credor, dentro do seu estabelecimento, poderá reter um ou mais dos objetos referidos até o valor da dívida respectiva[600] (art. 1.469), tomando a posse deles, dando ao devedor comprovante de recebimento dos bens (art. 1.470). A tomada de posse constitui exercício de autotutela[601].

Todavia, a constituição de penhor poderá ser judicial ou extrajudicial. Se judicial, realizada nos termos do art. 1.471 do Código Civil, não será considerada autotutela, porque dependerá de homologação[602]. Apenas os atos praticados até o "pré-penhor" é que constituem autotutela. Por isso, e por compreenderem as

---

[597] Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma que o penhor seria a "[...] convenção pela qual o devedor, ou terceiro, entrega ao credor uma coisa móvel com o fim de sujeitá-la, por vínculo real, ao pagamento da dívida". Mas, no caso do art. 1.467, não se faz necessária a convenção entre as partes. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 301.

[598] Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma que: "[...] se manifesto o *periculum in mora* incide o art. 779 do Código Civil, e o credor, desde que possível, se apossa, ele mesmo, dos bens móveis do devedor, sujeitos a penhor, para depois pedir, 'ato contínuo', a homologação em juízo.". Idem, p. 306.

[599] Segundo Tito Fulgêncio, "[...] o fazendeiro tem direito de reter o gado alheio existente em seus pastos para pagamento dos aluguéis. Caracteriza-se no caso o penhor legal de acordo com o Cód. Civil, art. 776, n.° II, é móvel que guarnece o prédio rústico.". FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978, p. 137.

[600] Como defende Magalhães Gomes, "o credor, dono de estalagem ou pensão, sómente pode reter os objectos que lhe foram entregues, que estão em seu poder, no seu estabelecimento ou dependencia deste e para pagar-se de divida decorrente da hospedagem, porquanto, conforme temos exposto, a connexidade é elemento indispensavel à retenção". GOMES, Magalhães. **Direito de retenção**. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 97.

[601] Neste sentido: GOMES, Magalhães. **Direito de retenção.** São Paulo: Saraiva, 1931, p. 213; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 306; THEODORO JUNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiro: litisconsórcio fora do pacto arbitral. Outras intervenções. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, out./dez. 2001, p. 156; VEDANA, Alexandre Torres. Incorporação Imobiliária e Leilão Extrajudicial. In: VEDANA, Alexandre Torres. **Jurisdição, Crise, Efetividade e Plenitude Institucional.** Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 455-456; GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. Da Homologação de Penhor Legal. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo et al. (coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1629.

[602] O ato de homologação judicial para efetivar penhor legal não. O texto da lei, a pressupor, na hipótese, ausência de risco a partir da retenção de bens, impõe, para a constituição do penhor, a busca pela prestação jurisdicional.

medidas como aptas a corresponder à tutela jurisdicional, os atos de apreensão e de posterior retenção dos bens[603], realizados pelo hospedeiro e pelo proprietário do prédio, serão considerados exercício de autotutela.

Só que o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu, no § 2º do seu art. 703, que a homologação do penhor legal poderá ser promovida pela via extrajudicial mediante requerimento do credor a notário de sua livre escolha, a quem caberá promover a notificação extrajudicial do devedor no prazo de cinco dias.

Depois, no § 4º, o mesmo dispositivo do Código de Processo Civil acrescentou que, transcorrido o prazo de cinco dias sem manifestação do devedor, o notário formalizará a homologação do penhor por escritura pública, relativamente aos bens que se encontrem em poder do credor.

Nesta hipótese, o penhor será constituído em autotutela.

Ao comentar o art. 703, Roberto P. Campos Gouveia Filho[604] afirma tratar-se de hipótese de tomada de bens em autotutela "pois temos o sujeito, fazendo o papel do Estado-juiz (substituindo-o, pois), aplicando o direito objetivo, prestando, para si, tutela jurídica: o credor despossa o devedor"[605]-[606].

Quanto à homologação extrajudicial, Roberto P. Campos Gouveia Filho entende que o ato seria inconstitucional, porque se trataria de ato jurisdicional que não poderia ser realizado pelo tabelião.

Entretanto, não é inconstitucional o ato de homologação de penhor legal por tabelião porque sua atuação, além de ser meramente autômata, não é jurisdição,

---

[603] Como há muito escreve Magalhães Gomes, "[...] o próprio retentor é parte activa que apprehende a cousa e manda intimar o devedor a pagar ou se defender. Desapparece assim o caracter de passividade.". GOMES, Magalhães. **Direito de retenção**. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 213.

[604] GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. Da Homologação de Penhor Legal. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo et al. (coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1629.

[605] No mesmo sentido, entendendo tratar-se de hipótese de autotutela: GOMES, *op. cit.*, p. 213: "Parece-nos incontestavel que o hoteleiro pode exercer o direito de retenção por meio de acção directa: é a excussão do penhor legal, incluida entre as acções pignoraticias. O direito de retenção, neste caso, tem acção correspondente, que é a de excussão da cousa retida. Não é exercido por meio de excepção: o proprio retentor é parte activa que apprehende a cousa e manda intimar o devedor a pagar ou se defender. Desapparece, assim, o caracter de passividade da retenção"; ALVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 306: "[...] trata-se de ato de justiça de mão própria, que o ordenamento jurídico admite como exceção, sempre que haja perigo na demora".

[606] Pontes de Miranda entende que a hipótese descrita não é de autotutela porque a constituição do penhor legal não dispensa a homologação judicial. Eis suas palavras: "A tomada dos bens do locatário (penhor legal), com derrogação do art. 819 do Código de Processo Civil francês, uma vez que falta, no direito francês, a regra do art. 779 do Código Civil brasileiro, seria justiça de mão própria se se dispensasse, depois, a ratificação judicial, ou a imediata citação, com simples revelação do direito de começar a execução, se necessária aquela ou essa". O autor, contudo, deixa de reconhecer que o ato que antecede a constituição do penhor, no caso, a tomada da posse dos bens, que é direito do credor (por decorrência dos efeitos da execução), para ser realizada, dispensa intervenção judicial, constituindo caso de exercício de autotutela. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 231.

estando submetida ao eventual controle jurisdicional posterior, que resta expressamente autorizado por disposição legal.

Assim, quando realizada a homologação extrajudicial do penhor, por pedido formulado pelo credor, haverá autotutela, que não ficará, aí, adstringida aos atos de apreensão e de retenção. A constituição do penhor também ocorrerá em autotutela.

Apesar de as hipóteses legais, dispostas no art. 1.467 do Código Civil, estarem inseridas num contexto de urgência, sendo um pressuposto ao exercício dos atos de apreensão, de retenção e de penhor[607], aquelas não estão associadas ao uso da força[608].

Explica-se:

Sendo o penhor uma garantia, a urgência, de regra, não é um pressuposto à sua constituição. Estabelece-se garantia porque há risco (de não pagamento), mas isso não significa dizer que ele implica urgência. Pode até existir urgência que justifique o penhor, mas ela não é um pressuposto.

Só que este cenário é típico do penhor instituído por convenção. No caso do penhor legal, pode não haver (e, de regra, não há) pacto. Em consequência, se não há urgência, não pode ser instituído o penhor de forma unilateral por se estar, em colisão, direitos outros que parecem ser mais caros.

Logo, quando não há urgência (nem convenção quanto à garantia), podendo o ato de instituição de segurança de futura execução ser realizado de outra forma, menos onerosa ao devedor, assim se deve proceder, como se impõe no âmbito judicial, a teor do que estabelece o art. 805 do Código de Processo Civil.

Dita urgência é constatada quando o hóspede ou o inquilino se recusa a efetuar o pagamento pelos serviços prestados e pelos produtos fornecidos em decorrência da relação jurídica estabelecida, não conhecendo, o hospedeiro ou o proprietário do prédio, bens outros passíveis de assegurar satisfação de futura execução.

Sobre outro aspecto, é lícito aos credores indicados efetuar o desapossamento, porque eles têm, sobre as coisas retidas, poder. Estas podem ser

---

[607] Neste sentido: GOMES, *op. cit.*, p. 213.

[608] "Tampouco pode ser aplaudido qualquer tipo de violência física, como se, à saída do hóspede do hotel, funcionários o agarrassem à força buscando despojá-lo de sua bagagem, para tornar efetivo o penhor. A tanto não chega a faculdade desenhada no art. 779 da lei material e, além do mais, o respeito à pessoa humana e sua integridade física sobrelevam à simples garantia do crédito.". ALVARO DE OLIVEIRA, *op.cit.*, p. 307.

apreendidas e retidas sem qualquer contato físico entre as partes. Não se faz, nem se deve fazer, uso de força, por desnecessidade e por carência de previsão legal.

Dito isso, pode-se concluir que o direito de apreender, de reter e de constituir penhor: a) exige prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) exige a constatação de urgência; c) tem previsão legal; d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa sua associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

Quanto ao mais, o direito de apreender, de reter e de constituir penhor se legitima pela urgência, mas igualmente pela certeza do crédito demonstrado. Ambas devem ser verificadas para que se possa agir, na hipótese, em autotutela. E, outrossim, é necessário o envio de comunicação à outra parte da relação.

4.2.9 Compensação

A compensação está prevista em vários dispositivos da legislação[609]. Ela decorre do poder de compensar, que supõe, em favor de quem a alega, a existência de crédito[610]. Quando exercido o poder, extinguem-se (no todo ou em parte) dois ou mais créditos[611], por a compensação ser o encontro de créditos de duas pessoas que são, simultaneamente, credoras e devedoras uma da outra[612].

Ela existe, segundo Francisco de Paula Lacerda de Almeida[613], para se evitar que o devedor pague, ao credor, aquilo que logo iria cobrar como credor. Por isso,

---

[609] Especialmente, mas não apenas, entre os artigos 368 e 380 do Código Civil.

[610] "Poder de compensar é poder exercer o direito formativo extintivo, que nasce com a compensabilidade. O devedor ou o seu fiador tem-no, porque são titulares desse direito. Tem-no também aqueles que representam a outro, titular do direito formativo extintivo. O mesmo é dizer-se que a compensação supõe, em quem a alega, existência de crédito de que seja titular. O terceiro pode pagar (art. 930, parágrafo único), em nome e por conta do devedor; se interessado na extinção da dívida, ainda se o credor se opõe. Não pode o terceiro, sem direito de satisfação, compensar, autoliberando.". PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. 24, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954-B, p. 160.

[611] "Hoje, a compensação figura nos Códigos Civis e Comerciais, ao lado do pagamento (inclusive por consignação, ou com imputação), da dação em soluto e da remissão de dívida. O jurista tem de precisar-lhes os conceitos e, pois, distingui-los o mais nitidamente que possa. Todos extinguem a dívida; a compensação extingue duas ou mais, ao mesmo tempo. Exatamente, em ser dúplice está o interesse da investigação sobre o que ela seja. Se a analisam e a desbilateralizam, há extinção do crédito e extinção do contracrédito; e cada um dos dois membros, separados do todo, parece-se, a uns, com o pagamento, a outros, com a dação em soluto, e a outros, ainda, com a remissão de dívida". Idem, p. 158.

[612] A compensação "é um encontro de créditos entre duas pessoas ao mesmo tempo credoras e devedoras, uma da outra, a fim de extinguir total ou parcialmente as dívidas até a concorrente quantia.". DINIZ, Maria Helena. **Código civil comentado**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 182.

[613] LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. **Obrigações.** Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1916, p. 322.

sendo a compensação o desconto de uma dívida por outra, é instituída para que duas dívidas recíprocas se extingam até concorrente quantia.

Para o exercício da compensação, fazem-se necessárias: a reciprocidade de dívidas; a certeza, a liquidez e a exigibilidade delas; a fungibilidade das coisas. As partes devem ser, concomitantemente, credoras e devedoras; as dívidas, além de estarem vencidas, devem ser certas quanto às suas existências e determinadas quanto às suas quantias; as coisas a se compensarem devem ser substituíveis.

Ao tratar dos pressupostos necessários à compensação, Roberto Joacir Grassi esclarece que a dívida deve ser "certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu objeto", destacando que a certeza "concerne à existência (*an debeatur*) do crédito", sendo somente afastada sua compensabilidade se ele restar "razoavelmente contestado"[614].

Logo, é a certeza, colocada como pressuposto ao exercício do direito de compensar, que justifica a sua autotutela.

É por isso que diversos textos legais, a exemplo do art. 67-A da Lei nº 4.591/1964 (que trata de condomínios em edificação e das incorporações imobiliárias, cuja redação foi dada pela Lei nº 13.786/2018), permitem a ação direta em compensação.

Pelo texto legal, o mesmo título (instrumento contratual), em relações jurídicas recíprocas, certifica, simultaneamente, o crédito do adquirente (quanto à devolução do valor pago devidamente atualizado) e do incorporador (quanto à dedução do valor correspondente à comissão de corretagem e da pena convencional). Tal autoriza que o incorporador possa descontar seu crédito do crédito do adquirente.

No caso indicado, assim como ocorre de uma forma geral, o direito de crédito é exercido sem necessária verificação de urgência, sendo justificado o poder de compensar pela existência, certificada em título, de créditos recíprocos, os quais são também líquidos e exigíveis. Quem tem o poder de compensar não precisa buscar a prestação jurisdicional para ter seu direito de crédito realizado.

E além de a urgência não ser pressuposto à compensação, esta pode (e deve) ser realizada sem força. Não havendo autorização legal expressa, o seu uso à realização do direito deve ficar adstringido ao Estado. De todo modo, em várias

---

[614] GRASSI, Roberto Joacir. Da compensação. **Revista Justitia**. Vol. 38, nº 95, pp. 65-80, 1934, p. 74.

situações, como na do exemplo colocado acima, o credor consegue realizar compensação em autotutela sem utilizar sua força[615].

Com efeito, no caso ilustrado pelo art. 67-A da Lei nº 4.591/1964, quem detém numerário a ser devolvido, sendo igualmente credor, dispõe do poder de compensação em razão da possibilidade de dedução direta. Não é a força que possibilita a compensação, mas o poder inerente, considerando a situação jurídica em que se encontra o sujeito que exercerá seu direito em autotutela.

Poderia ocorrer de um dos credores ter o poder de realizar parte de seu direito em compensação, mas, em relação à parte faltante, não conseguir, pela desigualdade dos créditos, exercer o mesmo poder. Neste caso, a compensação integral não poderá ser realizada, cabendo ao credor buscar outras vias à realização da parte faltante do seu direito de crédito.

Quando efetivada sem intervenção de autoridade jurisdicional, a compensação é espécie de autotutela[616]. E mesmo que seja da espécie convencional, poderá ser autotutela, a considerar que a concordância não está relacionada necessariamente à realização do direito de crédito (que independe da vontade do outro sujeito da relação), mas sim ao firmamento do negócio jurídico[617].

Logo, observa-se que o direito de compensação: a) exige prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) tem previsão legal; d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa sua associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

---

[615] Existem várias outras situações de realização de compensação sem utilização de força. Raquel Bellini de Oliveira Salles: "Há instrumentos de autotutela com função satisfativa já previstos no ordenamento brasileiro, tais como a compensação, inclusive por meio de retenções pecuniárias, a retenção das arras penitenciais, oriunda do exercício do direito de arrependimento, a retenção das arras confirmatórias, pelo contratante que as tenha recebido quando lesado pela inexecução, e a apropriação dos frutos e rendimentos do imóvel dado em anticrese em compensação de dívida.". SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 337.

[616] "Nella prospettiva tracciata si colloca anche la compensazione volontaria. Essa viene costantemente considerata una fattispecie di autotutela consensuale e convenzionale, che opera nella fase esecutiva del rapporto obbligatorio.". LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 99.

[617] "Non appare corretto sostenere che, poiché l'autotutela si sostanzia in un diritto potestativo a esercizio unilaterale e la compensazione volontaria è bilaterale, la compensazione volontaria non è autotutela." LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 104.

Mais que isso, o direito de compensação se legitima pela certeza do crédito a ser colocado em compensação, sendo conveniente, ao seu exercício, envio de comunicação prévia à outra parte da relação jurídica.

4.2.10 Expropriação

a) alienação fiduciária

Diversas espécies de expropriação de bens, segundo a legislação brasileira (assim como ocorre com a de outros países), podem ser realizadas no plano extrajudicial pelo titular do direito de crédito (sem necessidade sequer de homologação judicial). As mais usuais decorrem de firmamento de contratos com pacto de alienação fiduciária[618].

A alienação fiduciária consiste na transferência da propriedade (resolúvel) e da posse indireta de determinado bem, móvel ou imóvel, de forma acessória a outra relação jurídica (decorrente de contrato de financiamento, que não precisa necessariamente ser do bem alienado fiduciariamente[619]), com o intuito de o devedor (ou o fiduciante) garantir, ao credor, o pagamento de uma dívida[620-621-622].

---

[618] A alienação extrajudicial de bem em alienação fiduciária está prevista em: a) Decreto nº 911/1964; b) Decreto nº 70/1966; c) Lei nº 9.514/1997.

[619] Neste sentido: STJ, AgInt no REsp 1.630.139/MT, 3ª T., j. 04.05.2018, rel. Min. Ricardo Villas Bôas: "A lei não exige que o contrato de alienação fiduciária de imóvel se vincule ao financiamento do próprio bem, de modo que é legítima a sua formalização como garantia de toda e qualquer obrigação pecuniária.". ANDRADE, Érico. GONÇALVES, Gláucio Maciel. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Autonomia privada e solução de conflitos fora do processo: autotutela executiva, novos cenários para a realização dos direitos? **Revista de Processo.** vol. 322, pp. 437-476. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 32.

[620] Neste sentido: YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal**. Atlas: São Paulo, 2010, p. 37.

[621] Segundo José Carlos Moreira Alves, a alienação fiduciária teve ampla utilização na tutela do crédito direto ao consumidor concedido pelas instituições financeiras. Ela proporcionou o escoamento da produção industrial, especialmente no campo dos automóveis e eletrodomésticos, ao estender à classe média o consumo de bens duráveis. MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 10.

[622] Érico Andrade, Gláucio Maciel Gonçalves e Marcelo de Oliveira Milagres destacam que: "Como ocorre nas alienações fiduciárias em garantia envolvendo bens móveis, celebradas no âmbito do mercado financeiro e de capitais, a Lei nº 4.728/1965, em seu art. 66-B, § 3º, incluído pela Lei 10.931/2004, prevê que o credor fiduciário pode promover a alienação direta do bem dado em garantia, independentemente de autorização judicial ou de acionamento da justiça estatal." E acrescentam: "Ao lado do sistema de garantia fiduciária no mercado financeiro e de capitais regulados na Lei 4.728/1965 (LGL\1965\12) e no Decreto-Lei 911/1969, o CC/2002, arts. 1.361 a 1.368-B, regula a possibilidade de se instituir, com escopo de garantia, a propriedade fiduciária de coisa móvel infungível, que o devedor transfere ao credor (art. 1.361) e, no caso de não pagamento da dívida no vencimento, o credor vende a coisa dada em garantia no sistema de propriedade fiduciária, judicial ou extrajudicialmente, para o pagamento da dívida (art. 1.364).". ANDRADE, Érico. GONÇALVES, Gláucio Maciel. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Autonomia privada e solução de conflitos fora do processo:

Se adimplida a obrigação assumida, a propriedade do bem alienado retornará ao devedor (ou ao fiduciante). Mas, se for inadimplida a obrigação, poderá haver a consolidação da propriedade em favor do credor para seguinte alienação em leilão extrajudicial, sem qualquer prévia (ou obrigatoriedade de posterior) participação do Poder Judiciário[623]_[624]_[625].

Ressalve-se, entretanto, como lembram Érico Andrade *et alli*[626], que, na alienação fiduciária de bens móveis, o Decreto-Lei nº 911/1969 (em razão das modificações trazidas pela Lei nº 13.043/2014) prevê que, se verificado inadimplemento das obrigações contratuais garantidas, o proprietário fiduciário ou o credor, exceto quando haja disposição contratual expressa em sentido contrário, poderá vender a coisa a terceiros independentemente de leilão, de hasta pública, de avaliação prévia ou de qualquer outra medida.

Neste último caso, o proprietário fiduciário fica obrigado apenas a aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, realizando a devida prestação de contas[627].

Poder-se-ia indagar se, em razão da prévia consolidação da propriedade, a posterior alienação em leilão deixaria de ser exercício de autotutela, pois o bem não seria mais do devedor (ou de seu garantidor). Esta ilação não procede, porque o leilão a se seguir integra o procedimento de alienação (sendo oportunidade para se

---

autotutela executiva, novos cenários para a realização dos direitos? **Revista de Processo**. vol. 322, pp. 437-476. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 9.

[623] Neste sentido: YOSHIKAWA, *op.cit*, p. 35 e p. 40.

[624] "A mencionada Lei 9.514/1997 (LGL\1997\95) trouxe, ainda, relevante inovação ao criar a alienação fiduciária de bens imóveis, que constitui uma espécie de sucedâneo da garantia hipotecária. Embora a alienação fiduciária de imóveis não prescinda da realização do ativo, possui um avanço significativo em relação à tradicional garantia hipotecária, ao dispensar a intervenção judicial em qualquer fase da sua excussão.". LAMEGO, Nelson Luiz Machado. Recuperação de crédito: evitando a excussão judicial de garantias. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 891, p. 9-28, jan. 2010, p. 10.

[625] "O leilão de bens hipotecados à CEF em planos de assistência financeira a empresas (DL 21/66), da mesma forma que os leilões do SFH e SFI, também tem por objeto bens imóveis e pode ser realizado extrajudicialmente (DL 21/66, art. 6º, § 2º)". BECKER, L. A. **Execuções especiais:** SFH – SFI – Alienação Fiduciária – Crédito Rural e Industrial. Malheiros: São Paulo, 2002, p. 312.

[626] ANDRADE, Érico. GONÇALVES, Gláucio Maciel. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Autonomia privada e solução de conflitos fora do processo: autotutela executiva, novos cenários para a realização dos direitos? **Revista de Processo**. vol. 322, pp. 437-476. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 9.

[627] No mesmo sentido, Lamego: "Entretanto, com a nova redação do § 3.º do art 66-B da Lei 4.728/1965 (LGL\1965\12), dada pela Lei 10.391/2004, permite-se que o credor fiduciário possuidor direto de bem fungível promova sua alienação a terceiros, independentemente de qualquer procedimento formal, seja judicial ou extrajudicial, aplicando o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, devolvendo ao credor o saldo, se houver, juntamente com o demonstrativo da operação realizada.". LAMEGO, Nelson Luiz Machado. Recuperação de crédito: evitando a excussão judicial de garantias. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 891, p. 9-28, jan. 2010, p. 19.

purgar a mora), a impor inclusive o dever de prestar contas (com devolução do saldo, se superado o valor do débito pela alienação, ao devedor ou ao garantidor)[628].

Durante anos, a doutrina dialogou acerca da constitucionalidade e da recepção do procedimento de execução extrajudicial de bens em alienação fiduciária, até que o Supremo Tribunal Federal, em 08 jun. 2021, editou o tema 249, entendendo sê-lo constitucional e recepcionado pela Constituição de 1988[629]. Segundo o Supremo Tribunal Federal, o procedimento de execução extrajudicial seria compatível com a constituição porque "não é realizado de forma aleatória, uma vez que se submete a efetivo controle judicial", além do que "o devedor é intimado a acompanhá-lo e pode lançar mão de recursos judiciais".

Hoje, a maioria da doutrina, entende que o processo de consolidação e de alienação do bem via leilão extrajudicial consiste em execução para a satisfação de direito de crédito, providência essa que corresponderia à atividade jurisdicional, sendo, por isso, considerada modalidade de autotutela[630-631].

Todavia, há quem sustente não constituírem espécie de autotutela os atos de consolidação de propriedade e de alienação realizados no plano extrajudicial. Eles se baseiam no fato de haver uma intervenção de terceiro (agente fiduciário), pelo que o titular do direito afirmado não realizaria seu interesse de mão própria[632].

---

[628] Após a consolidação da propriedade, ao credor caberá realizar prestação de contas ao devedor, em razão da alienação a terceiro, dando quitação ao devedor pela contraprestação realizada.

[629] Defendendo a inconstitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial em razão de alienação fiduciária: ALVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 81; MARINONI *op. cit.*, p. 61-62; DADICO *op. cit.*, p. 48; MESQUITA, *op. cit.*, p. 291-292; DENARDI, *op.cit.*, p. 117. Entendendo ser constitucional: PEDROSO, *op. cit.*, p. 19-27; GOMES, *op. cit.*, p. 270-271; BARBOSA, *op. cit.*, p. 125-128; BECKER, *op. cit.*, p. 314; MARTINS, *op. cit., p.* 81-108; RIBEIRO, *op. cit.*, p. 56.

[630] Neste sentido, Eduardo Talamini *et alli*: "Em algumas modalidades de garantia, há a expressa previsão de que, mediante prévia autorização contratual (ou procuração), o credor, diante do inadimplemento, pode promover a venda ou leilão extrajudicial do bem. É o que se tem, por exemplo, no penhor (C. Civil, art. 1.433, IV, segunda parte), na alienação fiduciária em garantia de bens móveis e imóveis (Dec.-lei 911/1969 e Lei 9.514/1997) e nas hipotecas instrumentalizadas em cédulas hipotecárias, destinadas a garantir créditos do Sistema Financeiro de Habitação, de instituições financeiras em geral, de companhias de seguros e seus sucessores (Dec.-lei 70/1966, arts. 9°, 10 e 31 a 38) etc. Em todos esses casos, a aferição do inadimplemento e o início do procedimento da alienação extrajudicial partirão unilateralmente do credor, sem a intervenção do judiciário. Portanto, nesses casos, se é possível a venda ou leilão extrajudicial para transferência a terceiros do bem dado em garantia, sem a prévia certificação do inadimplemento pelo juiz, igualmente deve ser admitida a realização do pacto marciano. Há autorização normativa para a atuação unilateral do credor.". TALAMINI *et alli, op. cit., p.* 201.

[631] Já aqueles que defendem ser o processo de consolidação de propriedade e de expropriação do bem alienado fiduciariamente uma modalidade de autotutela ressaltam que o agente fiduciário é um simples "autômato", sem poder de análise da existência, validade, exigência e liquidez do crédito executado. Neste sentido: YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal**. Atlas: São Paulo, 2010, p. 36.

[632] Neste sentido: DENARDI, *op. cit.*, p. 108; BECKER, *op. cit.*, p. 314.

Quem defende ser espécie de autotutela, por outro lado, sustenta que o agente fiduciário é um simples autômato, sem poder de análise da existência, validade, exigência e liquidez do crédito executado, posição essa que corresponde à adotada por este trabalho, como será mostrado adiante[633]-[634].

Os atos de consolidação de propriedade e de expropriação do bem em alienação fiduciária, praticados em autotutela, são realizados independentemente da verificação de situação de urgência relacionada[635]. Não se exige a constatação de urgência associada à satisfação do crédito, mas, unicamente, a verificação da mora do devedor[636] (relacionada à obrigação contratual por ele assumida).

O que autoriza a autotutela, no caso da alienação fiduciária (com execução extrajudicial para alcançar alienação da propriedade do bem colocado em garantia), assim, é a certificação do crédito (proveniente do contrato firmado entre as partes envolvidas[637]), intensificada pela verificação de sua exigibilidade em razão da constituição do devedor em mora.

Sob outro aspecto, não se faz necessário uso de força para que a propriedade seja consolidada e o bem seja expropriado, até porque, além de as partes não terem necessariamente contato físico, a prática daqueles atos não depende da cooperação do devedor. Eles são realizados pelo poder conferido ao credor, em razão da certeza do crédito.

---

[633] Neste sentido, afirma Tiziana Montecchiari: "La presenza, a volte, di una figura esterna alle parti, come ad esempio l'ufficiale giudiziario, ha valore meramente strumentale e non sostitutivo di colui che attiva l'autotutela e il controllo eventualmente richiesto dalla legge attraverso il giudice, circa il rispetto della legittimità degli atti di autotutela, è previsto unicamente al fine di evitare abusi del potere concesso, ma non contraddice la fondatezza che giustifica l'utile operatività della categoria e il suo autonomo inquadramento sistemático.". MONTECCHIARI, Tiziana. **Ius singulare e autotutela privata** – Contributo allo studio di una categoria. Collana: Quaderni de Il Foro napoletano, 31. Napoli: Edizioni Sci-entifiche Italiane, Itália, 2019, p. 164.

[634] A respeito, são pertinentes as palavras de Érico Andrade *et al* : "A autotutela em geral, numa primeira aproximação, exprime a ideia de que o exercício dos remédios para atuação dos direitos é realizado pelo próprio titular do direito violado ou ameaçado, indicando a doutrina italiana que a autotutela implica na possibilidade de a parte realizar a "justiça" por si mesma e, por isso, não se confundiria com outras formas de realização dos direitos fora da justiça estatal, como a arbitragem ou outros métodos de solução de conflitos extrajudiciais que envolvem a atuação da figura de um terceiro para atuação dos direitos, razão pela qual a autotutela se diferencia, por exemplo, da "desjudicialização" da execução em sentido estrito que, como se verá mais adiante, tende a se desenvolver sob a gestão de um terceiro, seja este um notário ou outro profissional que atue como agente de execução.". ANDRADE, Érico. GONÇALVES, Gláucio Maciel. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Autonomia privada e solução de conflitos fora do processo: autotutela executiva, novos cenários para a realização dos direitos? **Revista de Processo**. vol. 322, pp. 437-476. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 3.

[635] Como explica Yoshikawa, a alienação fiduciária foi introduzida no sistema jurídico brasileiro sob a justificativa de se trataria de "[...] um procedimento mais célere e eficiente [que] reduziria os custos do programa habitacional, conferindo ao sistema maior liquidez e favorecendo o financiamento de mais imóveis residenciais.". YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal.** Atlas: São Paulo, 2010, p. 35.

[636] Conforme art. 2º do Decreto nº 911/1969 e art. 21, §2º, da Lei nº 9.514/1997.

[637] Conforme art. 2º do Decreto nº 911/1969 e art. 22 da Lei nº 9.514/1997.

Apesar disso, não se pode olvidar que, se não entregue espontaneamente, pelo devedor, o bem alienado, para conseguir a sua posse direta, a força provavelmente será necessária. Aí, por não ser autorizado o uso de força pelo particular (titular do direito), ante a carência de autorização legal, a ele caberá recorrer à prestação jurisdicional estatal para ter a posse direta.

Postas essas considerações, pode-se afirmar que o direito de consolidação de propriedade e de expropriação do bem em alienação fiduciária: a) exige prévia verificação de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) tem previsão legal; d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa sua associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

Mais que isso, o direito de consolidação de propriedade e de expropriação do bem em alienação fiduciária se legitima pela certeza do crédito a ser satisfeito, sendo necessária a realização de anterior procedimento que é inaugurado pela remessa de comunicação à outra parte da relação jurídica.

b) penhor

São os artigos 1.419 a 1.472 do Código Civil que regulam o instituto do penhor[638], o qual possibilita a expropriação do bem dado em garantia no plano extrajudicial[639], se houver prévio ajuste em contrato ou se houver posterior consenso[640].

Existe expressa restrição legal, estabelecida pelo art. 1.428 do Código Civil, no sentido de ser nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício (assim como o

[638] Segue breve conceituação do penhor trazida por Anderson Schreiber: "Penhor comum é o direito real de garantia que consiste na transferência real da posse direta de um bem móvel pelo devedor ou alguém por ele, ao credor, com o objetivo de garantir determinada obrigação. [...] Nos penhores rural, industrial, mercantil ou de veículos (penhores especiais), não se dá a tradição efetiva, posto que os bens continuam em poder do devedor, que assume o dever de conservação e guarda.". SCHREIBER, Anderson, et al. **Código Civil Comentado.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 3147.

[639] Neste sentido: TALAMINI, *op. cit.*, p. 198.

[640] É o que dispõe o art. 1.433, IV, do Código de Processo Civil: "O credor pignoratício tem direito: [...] IV - a promover a execução judicial, ou a venda amigável, se lhe permitir expressamente o contrato, ou lhe autorizar o devedor mediante procuração; [...]".

anticrético ou o hipotecário), a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento (mas não se veda a dação do bem em pagamento)[641].

A restrição, da mesma forma como ocorre em situações análogas, a exemplo do pacto comissório, visa a evitar o abusivo enriquecimento ilícito do credor, que poderia se aproveitar do momento de necessidade do devedor para, no ato da contratação, impor cláusula que permitisse apropriação a qualquer valor.

A alienação do bem dado em penhor é espécie de autotutela (e não necessariamente ato consensual de realização de direito) porque pode ocorrer de, no momento da contratação, o devedor concordar com a prática do ato expropriatório, mas, antes que ele ocorra, manifestar-se contra.

Mas, apesar da posterior manifestação em sentido contrário, colocada em resistência, o credor poderá proceder ao ato de alienação e utilizar o produto para pagamento da dívida, cabendo-lhe apenas o dever de entregar instrumento de quitação e, eventualmente, o saldo apurado[642]-[643].

Além disso, em ratificação à conclusão de que se trata de espécie de autotutela, é o credor quem realiza, por juízo próprio, o eficaz julgamento (a autorizar a alienação do bem dado em penhor) quanto à existência de inadimplemento pelo devedor, independentemente da participação de órgão jurisdicional.

Entretanto, a alienação do bem colocado em penhor, mesmo que ocorra no plano extraprocessual, não é espécie autotutela se ela ocorrer mediante verificação de permanente concordância do devedor ou mesmo com uso de instrumento de mandato outorgado por si[644].

---

[641] Neste sentido, texto do Código Civil: "Art. 1.428. É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento. Parágrafo único. Após o vencimento, poderá o devedor dar a coisa em pagamento da dívida".

[642] A ratificar esta conclusão, disposição do Código Civil: "Art. 1.435. O credor pignoratício é obrigado: [...] V – a entregar o que sobeje do preço, quando a dívida for paga, no caso do inciso IV do art. 1.433".

[643] Em confirmação a essa conclusão: ANDRADE, Érico. GONÇALVES, Gláucio Maciel. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Autonomia privada e solução de conflitos fora do processo: autotutela executiva, novos cenários para a realização dos direitos? **Revista de Processo.** vol. 322, pp. 437-476. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 8.

[644] "Em algumas modalidades de garantia, há a expressa previsão de que, mediante prévia autorização contratual (ou procuração), o credor, diante do inadimplemento, pode promover a venda ou leilão extrajudicial do bem. É o que se tem, por exemplo, no penhor (C. Civil, art. 1.433, IV, segunda parte), na alienação fiduciária em garantia de bens móveis e imóveis (Dec.-lei 911/1969 e Lei 9.514/1997) e nas hipotecas instrumentalizadas em cédulas hipotecárias, destinadas a garantir créditos do Sistema Financeiro de Habitação, de instituições financeiras em geral, de companhias de seguros e seus sucessores (Dec.-lei 70/1966, arts. 9°, 10 e 31 a 38) etc. Em todos esses casos, a aferição do inadimplemento e o início do procedimento da alienação extrajudicial partirão unilateralmente do credor, sem a intervenção do judiciário.". TALAMINI, *op. cit.*, p. 201.

A realização do direito de crédito, mediante alienação extrajudicial, não exige o uso de força, porque o ato dispensa a imediata entrega (mesmo em se considerando que, na maior parte das vezes, o bem dado em penhor se encontra na posse do credor, que imediatamente procede com sua tradição ao adquirente[645-646]).

Se o bem alienado não estiver na posse do credor (como ocorre em algumas modalidades de penhor especial), a alienação, mesmo assim, pode ser realizada, cabendo ao adquirente (já que ele e o credor não podem, por falta de previsão legal, usar a força) recorrer à prestação jurisdicional para promover a busca e a apreensão[647].

A alienação extrajudicial não se legitima por urgência (ela pode sequer não ser verificada), mas pela necessária certificação da existência da dívida relacionada ao bem dado em penhor e do inadimplemento de obrigação associada, alcançada pela existência de instrumento e pela realização de procedimento.

Noutras palavras, o instrumento contratual (ou de posterior ajuste) certifica o crédito, enquanto o procedimento em comunicação, além de certificar o inadimplemento da obrigação por parte do devedor[648], legitima a possibilidade da alienação extrajudicial.

---

[645] Confira-se texto de ANDRADE, Érico. GONÇALVES, Gláucio Maciel. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Autonomia privada e solução de conflitos fora do processo: autotutela executiva, novos cenários para a realização dos direitos? **Revista de Processo.** vol. 322, pp. 437-476. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 8.

[646] A respeito do "penhor 'não possessório'", importante trazer texto de Érico Andrade *et ali*: "O outro mecanismo, penhor "não possessório", foi introduzido no direito italiano em 2016, pelo Decreto-lei 59, depois convertido na Lei 119/2016, e se apresenta como forma de garantia diversa do penhor tradicional, que depende da transferência da posse do bem móvel para o credor, uma vez que a posse do bem dado em garantia pignoratícia continua com o próprio devedor". ANDRADE, Érico. GONÇALVES, Gláucio Maciel. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Autonomia privada e solução de conflitos fora do processo: autotutela executiva, novos cenários para a realização dos direitos? Revista de Processo. vol. 322, pp. 437-476. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 444. Os autores, em sustentação à suas afirmações, trazem passagem de escrito de Enrico Gabrielli, segundo o qual: "Nel nostro sistema delle garanzie mobiliari del credito è stata però ora introdotta la nuova fattispecie del 'pegno mobiliare non possessorio', che il legislatore italiano ha disciplinato nella legge 30 giugno 2016, n. 119, con la quale è stato convertito con modificazioni il d.l. 3 maggio 2016, n. 59". Apesar de ser apresentado como novidade, no Brasil, até por falta de qualquer restrição legal, o "penhor 'não possessório'" já vem sendo utilizado há algum tempo, em especial ppor instituições financeiras. A respeito, conferir texto de Nelson Luiz Machado Lamego: LAMEGO, Nelson Luiz Machado. Recuperação de crédito: evitando a excussão judicial de garantias. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 891, p. 9-28, jan. 2010, p. 9-28.

[647] Com entendimento semelhante, Eduardo Talamini: "Questão distinta é se permitir que o credor pignoratício, dentro de certas condições, promova a venda extrajudicial da coisa empenhada que já está em seu poder desde a constituição da garantia - do que se trata a seguir. Outras modalidades de garantia em que, no direito brasileiro, permitem a venda ou leilão privados do bem não dispensam o recurso ao judiciário caso haja necessidade de busca e apreensão ou imissão na posse do bem.". TALAMINI, *op. cit.*, p. 198.

[648] Na Itália, onde o "penhor 'não possessório'" tem expressa previsão legal, concede-se, ao devedor ou ao terceiro concedente do penhor, as seguintes garantias: direito de ser previamente informado; direito de apresentar oposição judicial em cinco dias da notificação; direito de ser ressarcimento dos eventuais danos. A confirmar

Pode-se afirmar, assim, que o direito de satisfazer crédito a partir da alienação do bem oferecido em penhor: a) exige prévia verificação de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) tem previsão legal; d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa sua associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

Além disso, o direito de satisfazer crédito a partir da alienação do bem oferecido em penhor se legitima pela certeza do crédito a ser satisfeito, sendo necessária a realização de prévia comunicação da outra parte da relação jurídica.

c) mercadorias depositadas em armazéns gerais não retiradas no prazo

Outra espécie de expropriação por leilão extrajudicial em exercício de autotutela[649], servil à alienação de mercadorias depositadas em armazéns gerais que não sejam retiradas no prazo, está expressamente prevista no art. art. 10, § 1º, do Decreto nº 1.102/1903[650].

Segundo o referido dispositivo, vencido o prazo do depósito, a mercadoria será considerada abandonada e o armazém geral dará aviso ao depositante, marcando-lhe o prazo de oito dias para a retirada da mercadoria. Findo este prazo, de contagem iniciada do dia em que o aviso for registrado, o armazém geral mandará vender a mercadoria, por corretor ou leiloeiro, em leilão público.

O produto da venda, se não for procurado, dentro do prazo de oito dias, será depositado judicialmente por conta de quem pertencer, com abatimento das despesas respectivas.

Como os bens estão depositados em poder do armazém geral, o ato de alienação, tomado por sua iniciativa e destinado à realização de seu direito de crédito, não se associa ao uso de força.

Além disso, para o ato de alienação extrajudicial, dispensa-se a verificação de urgência, pois que, nos termos da legislação específica, para aquele se legitimar (em procedimento autômato realizado por corretor ou por leiloeiro), faz-se

---

esta conclusão: ANDRADE *et all, op. cit.,* p. 5 e CAMPOBASSO, Mario. Il pegno non possessorio. “Pegno”, ma non troppo. **Le nuove leggi civili commentate**.v. XLI, n. 3, p. 703-718. Milão, 2018, p. 727.

649 Neste sentido: BONGIORNO, *op. cit.,* p. 449-450; BECKER, *op. cit.,* p. 312-313.

650 Ele institui regras para o estabelecimento de empresas de armazéns gerais, determinando os direitos e obrigações dessas empresas

necessária apenas a notificação do depositante e o transcurso do prazo estabelecido.

Logo, o direito de satisfazer crédito pela alienação de mercadoria depositada: a) exige prévia verificação de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) tem previsão legal; d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa sua associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

O procedimento adotado, com a notificação do depositário, desde o momento destinado à retirada da mercadoria, até a realização do depósito do valor apurado em venda, legitima a autotutela.

d) mercadorias especificadas em *warrant*

O mesmo Decreto nº 1.102/1903 prevê outra hipótese de alienação por leilão extrajudicial realizado por iniciativa do credor. Ela está descrita no respectivo art. 23, § 1º, sendo colocada à disposição de portador de warrant para a satisfação de seu crédito.

O portador do warrant que, no dia do vencimento, não lhe for pago, e que não achar consignada no armazém geral a importância do seu crédito e juros, deverá realizar o respectivo protesto. Se, apesar disso, não for realizado o pagamento pelo devedor, o portador do warrant venderá as mercadorias especificadas no título em leilão intermediado por corretor ou por leiloeiro.

O corretor ou leiloeiro, após avisar ao administrador do armazém geral, anunciará a realização do leilão pela imprensa, com antecedência de quatro dias, especificando as mercadorias e informando o dia e a hora da venda, bem como as suas condições e o lugar onde aquelas podem ser examinadas. Efetuada a venda, o corretor ou leiloeiro dará a nota do contrato, ou conta de venda ao armazém geral, quem receberá o preço e entregará ao comprador a mercadoria, fazendo as deduções de créditos preferenciais, pagando com o líquido ao portador do warrant.

O portador do warrant que receber a integralidade do pagamento entregará, ao armazém geral, título de quitação. Se o recebimento for parcial, o armazém geral mencionará no warrant a parte do pagamento e o restituirá ao portador, a quem caberá ação judicial de cobrança pela diferença. E se pago ao credor, o excedente

do preço da venda será entregue ao portador do conhecimento de depósito contra a restituição deste título.

O ato de alienação, de iniciativa do portador do warrant e destinado à realização de seu direito de crédito, reconhecido como exercício de autotutela[651] (por ser autômato o ato do leiloeiro ou do corretor), não se associa ao uso de força, porque os bens estão depositados em armazém geral, sem posse do devedor.

Outrossim, o dito ato de alienação é realizado sem verificação de urgência, pois, para se legitimar a alienação, faz-se necessária apenas o protesto do título e a prévia notificação do depositante.

Sendo assim, o direito de satisfazer crédito do portador de warrant pela alienação de mercadoria depositada: a) exige prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) tem previsão legal; d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa sua associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

O procedimento adotado pelo credor, com a notificação do devedor e com o protesto do título, legitima a autotutela.

e) quota de condômino inadimplente

E outra hipótese de expropriação extrajudicial (em exercício de autotutela[652]) está prevista na Lei nº 4.591/1964, que trata de condomínio em edificações e incorporações imobiliárias[653], para a satisfação de direito de crédito, realizado mediante alienação via leilão extrajudicial[654].

Segundo o seu art. 63, é permitido estipular no contrato, sem prejuízo de outras sanções, que a falta de pagamento, por parte do adquirente ou do contratante, de três prestações do preço da construção (quer estabelecidas

[651] Neste sentido: BONGIORNO, *op. cit.*, p. 449-450; BECKER, *op. cit.*, p. 312-313.

[652] Neste sentido: CHALHUB, Melhim Nemem. Negócio Fiduciário. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 317-318 e VEDANA, Alexandre Torres. Incorporação Imobiliária e Leilão Extrajudicial. In: VEDANA, Alexandre Torres. **Jurisdição, Crise, Efetividade e Plenitude Institucional.** Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 455-456.

[653] Neste sentido: BONGIORNO, *op. cit.*, p. 449-450; BECKER *op. cit.*, p. 312-313.

[654] Segundo Alexandre Torres Vedana, "[...] o procedimento de execução extrajudicial previsto no art. 63 é relativamente rápido e eficaz. Foi o meio encontrado pelo legislador para reduzir o tempo de recuperação do crédito. Diante da necessidade de estabilização do fluxo de entradas para pagamento da construção e atendimento do cronograma de execução da obra, de modo a não penalizar os adimplentes e toda a rede contratual que se forma em torno da edificação, prefere-se este procedimento à via judicial. Trata-se de opção pela coletividade em detrimento da obrigatoriedade de processamento pela via judicial a demandar maiores sacrifícios à parte inocente e maior dilatação de tempo em favor do devedor.". VEDANA, *op. cit.*, p. 451.

inicialmente, quer alteradas ou criadas posteriormente), após prévia notificação com o prazo de dez dias para purgação da mora, implique rescisão, respondendo os direitos à respectiva fração ideal de terreno e à parte construída adicionada pelo respectivo débito.

Assim, diante da existência de estipulação contratual, se o débito não for liquidado no prazo de dez dias, após solicitação da Comissão de Representantes do condomínio, esta ficará, de imediato, autorizada a efetuar, no prazo que fixar, em leilão público anunciado pela forma que o contrato previr, a venda, promessa de venda ou de cessão, ou a cessão da quota de terreno e correspondente parte construída e direitos, bem como a sub-rogação do contrato de construção.

Mas, no prazo de 24h após a realização do leilão, o condomínio, por decisão unânime de Assembleia-Geral em condições de igualdade com terceiros, terá preferência na aquisição dos bens, caso em que eles serão adjudicados.

Para possibilitar a realização de tais medidas, a Comissão de Representantes ficará investida de mandato irrevogável, na vigência do contrato geral de construção da obra, com poderes necessários para, em nome do condômino inadimplente, efetuar as citadas transações, podendo, para este fim, fixar preços, ajustar condições, sub-rogar o arrematante nos direitos e obrigações decorrentes do contrato de construção e da quota de terreno e construção, além de poder outorgar as competentes escrituras e contratos, receber preços, dar quitações, imitir o arrematante na posse do imóvel, transmitir domínio, direito e ação, responder pela evicção, receber citação, propor e variar de ações e também dos poderes *ad juditia*, a serem substabelecidos a advogado.

Do valor apurado no leilão, serão deduzidas as quantias em débito, todas as despesas ocorridas, inclusive com pagamento de honorários de advogado e de anúncios, e mais 5% a título de comissão e 10% de multa compensatória, que se reverterão em benefício do condomínio de todos os contratantes, com exceção do faltoso, ao qual será entregue o saldo, se houver.

Essa hipótese de autotutela, realizada por iniciativa da Comissão de Representantes em nome do condomínio, também não se associa ao uso de força, nomeadamente porque os bens a serem alienados são imateriais.

A expropriação de quota de condômino inadimplente dispensa a verificação de urgência, embora possa haver. São suficientes a previsão contratual expressa e

o atraso no adimplemento de três prestações vencidas sem purgação de mora no prazo de dez dias contados a partir da respectiva notificação. Tal leva a concluir que o ato em autotutela é legitimado em razão da suficiente certificação do direito atribuído ao condomínio[655]-[656].

A ser assim, o direito de satisfazer crédito do condomínio: a) exige prévia verificação de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) tem previsão legal e exige previsão contratual; d) exige exercício pelo próprio titular do direito, no caso, mediante representação; e) dispensa sua associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

O prévio procedimento realizado pelo condomínio (por intermédio da comissão de representantes), com a notificação do condômino inadimplente e instituição de período para purgação da mora, legitima a realização do direito de crédito em autotutela.

4.2.11 Averbação premonitória

No art. 828, o Código de Processo Civil prevê a possibilidade de o exequente realizar averbação premonitória.

Conforme o dispositivo legal, "[...] o exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade"[657].

---

[655] Para Alexandre Torres Vedana, "[...] a orientação jurisprudencial é pacífica no sentido da constitucionalidade dos procedimentos de venda particular de unidade imobiliária de propriedade de condômino inadimplente, firmando-se nesse sentido em razão da prevalência do interesse coletivo, de manter o nível do fluxo financeiro para a obra, sobre o interesse individual do devedor, sem que isso crie barreiras ao exercício do seu direito de ação; de outra parte, em eventual conflito de interesses resultante de inadimplemento de condômino, por falta de o pagamento de quotas de construção, o direito lesionado é o do credor, representado pela comunidade dos comunheiros, pela redução ou interrupção do curso da obra, com inúmeros prejuízos econômicos e financeiros daí decorrentes.". VEDANA, *op. cit.*, 451-452.

[656] Entendendo que a questão pode ser objeto de controle jurisdicional: CHALHUB, *op. cit.*, p. 301-302.

[657] Érico Andrade *et alli* afirma que "a penhora "revocatória" do direito italiano parece encontrar ressonância no direito brasileiro especialmente na evolução legislativa do tema da fraude à execução no CPC/2015 (LGL\2015\1656), art. 792, I a III, em que se prevê a penhora direta de bens imóveis ou móveis, sujeitos a registro, quando averbada no registro a existência de ação ou da execução e, na sequência, o devedor aliena o bem a terceiro, ainda que a título oneroso, alienação esta tida por ineficaz perante o credor (art. 792, § 1º, do CPC/2015 (LGL\2015\1656))." ANDRADE et al, *op. cit.*, p. 306. Em mesmo sentido: SOUZA, Gelson Amaro. O CPC/2015 (LGL\2015\1656) – procedimento na fraude à execução. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 968, p. 347-374, jun. 2016; ALVIM, Eduardo Arruda; GRUBER, Rafael Ricardo. Segurança jurídica dos negócios imobiliários versus fraude à execução: ônus dos credores e ônus dos adquirentes de bens no direito civil e tributário brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 291, p. 101-134, maio 2019; JUSCELINO, Cristhiane

A averbação premonitória, segundo Rita de Cássia Conte Quartieri[658], visa a "[...] assegurar patrimônio para o ato de penhora, não individualizando bens e nem estabelecendo vinculação para o ato constritivo, uma vez que ficará ao juízo do exequente promover a penhora sobre outros bens". Trata-se, pois, de direito de natureza cautelar, por prevenir cometimento de fraudes pelo executado.

Com a certidão de admissibilidade da execução, o exequente poderá se dirigir a cartório de registro de imóveis, assim como em Departamento Estadual de Trânsito, Capitania dos Portos e Agência Nacional de Aviação Civil, e, mediante requerimento, realizar a averbação da informação. O órgão responsável, sem qualquer juízo quanto ao crédito, de forma autômata, procederá à averbação.

Trata-se de exercício de autotutela porque o direito é realizado pelo titular do crédito em resultado correspondente à atuação jurisdicional. Inclusive, antes, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, em sua redação originária, a averbação premonitória só poderia ser realizada por ordem judicial. A partir da Lei nº 11.382/2006, possibilitou-se o exercício do direito diretamente pelo exequente.

Embora a averbação premonitória seja considerada um direito de natureza cautelar, ela não está associada à necessária verificação de urgência, a considerar que, mesmo que não haja risco iminente de o devedor fraudar a execução, o credor poderá realizar o direito. Significa que o direito pode se realizar, mesmo sem que o resultado da execução esteja em risco, pois se legitima pela certificação do crédito.

A averbação premonitória também não está relacionada ao uso de força, até porque ela é exercida mediante simples apresentação de requerimento ao órgão de registro, a quem cabe, diante da regularidade da certidão fornecida pelo órgão jurisdicional, realizar a inscrição às margens do registro do bem. Não há nenhum contato físico entre as partes da relação processual para o direito ser efetivado.

Logo, o direito de averbação premonitória: a) exige prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) tem previsão legal; d) exige exercício pelo próprio titular do direito, no caso, mediante

---

Bessas. Débito e responsabilidade. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 287, p. 231-250, jan. 2019; COELHO, Daniel Pereira. Aspectos polêmicos da fraude à execução e sua análise de acordo com o novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 422, p. 73-98, jul.-dez. 2015; BRITO, Cristiano Gomes de. Novas perspectivas da fraude à execução nos processos civil, trabalhista e tributário. **Revista de Processo,** São Paulo, v. 277, p. 257-280, mar. 2018.

[658] QUARTIERI, Rita de Cássia Conte. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Coor. Angélica Arruda Alvim; Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; George Salomão Leite. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 961.

representação; e) dispensa sua associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

A certeza do crédito a ser assegurado pela averbação premonitória legitima a realização do direito em autotutela.

4.2.12 Saída de sócio em sociedade por prazo indeterminado

Outra hipótese de autorizado exercício da autotutela no direito privado brasileiro é aquela prevista no art. 1.029 do Código Civil, que autoriza a saída de integrante de sociedade por prazo indeterminado. A disposição legal concretiza o direito fundamental trazido pelo art. 5º, XX, da Constituição Republicana, que afasta a obrigatoriedade da associação.

Como pressuposto ao exercício desse direito, exige-se o envio, pelo sócio retirante, de comunicação, com antecedência mínima de sessenta dias, informando aos remanescentes acerca de sua decisão. Embora o direito de retirada seja potestativo, por depender apenas de manifestação da vontade do titular, deve ser exercido com observância de procedimento.

Completados os sessenta dias contados do recebimento da comunicação, o direito de saída se efetiva, cabendo, então, aos sócios remanescentes, realizarem assembleia e procederem à modificação dos estatutos ou do contrato social, com as adequações necessárias e, se for o caso, do registro perante a respectiva Junta Comercial.

O direito de saída de uma sociedade por prazo indeterminado, até por ser potestativo[659]-[660], pode ou não estar relacionado a uma situação de urgência[661].

---

[659] Neste sentido: BULHÕES, Luiz Eduardo. **Direito das Companhias**. Vol.1 Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 306; COMPARATO, Fabio Konder. O Princípio da Função Social e o Direito de Empresa. **Revista de Direito Mercantil**. vol. 116. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 11; EIZIRIK, Nelson. **A lei das S.A. Comentada.** Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 236.

[660] O Superior Tribunal de Justiça, sem dissidência, entende que o direito de saída: a) é potestativo; b) decorre da liberdade constitucional de não permanecer associado, garantida pelo inciso XX do art. 5º da Constituição; c) pode ser exercido em autotutela, sendo desnecessário o ajuizamento de ação de dissolução parcial; d) torna impossível a convocação de reunião com a finalidade de deliberar sobre o mérito da retirada do sócio. Neste sentido: REsp 1839078/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 26/03/2021; REsp 1735360/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 15/03/2019; REsp 1602240/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016.

[661] Por vezes, deixa-se a sociedade porque há receio de que possa ser alcançado por atos praticados no desempenho da atividade, dos quais o retirante não tem controle. Mas nem sempre isso ocorre. A simples indisposição de um sócio, a título de ilustração, justifica a sua retirada sem qualquer urgência associada.

Além disso, para ser exercido, ele dispensa o uso da força, pois se efetiva com o simples transcurso do elastério de sessenta dias do recebimento de notificação específica pelos sócios remanescentes.

A segunda hipótese de saída de sócio, para o caso de sociedade por prazo determinado, da forma como prevista, não é de autotutela. Ela é realizada mediante decisão judicial constitutiva. Quando o art. 1.029 do Código Civil dispõe ser necessário provar judicialmente a justa causa, não indica a simples produção judicial da prova para possibilitar o exercício da autotutela.

A norma extraída, se considerada sua constitucionalidade, é no sentido de que, sendo a sociedade por prazo determinado, cabe ao sócio retirante demonstrar sua justa causa para convencer o juiz a acolher o seu pedido de saída formulado na ação processualizada. A retirada, portanto, dependerá de decisão judicial constitutiva, porque a situação não está certificada.

Sob outro aspecto, o Código Civil, no art. 1.077, permite que, quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, o sócio dissidente terá o direito de retirar-se da sociedade, nos trinta dias subsequentes à reunião.

O texto legal prevê outra hipótese de autorizado uso de autotutela para exercício do direito de saída, agora, em favor do sócio dissidente, cuja justa causa típica (motivação) está certificada pela realização de modificação de contrato, fusão de sociedade, incorporação de outra ou dela por outra.

Para tanto, bastará que, verificada hipótese típica (de justa causa), seja realizada comunicação de saída no prazo de até trinta dias contados após a reunião relativa a qualquer das situações previstas no texto e, depois, transcorridos sessenta dias do recebimento da respectiva notificação. Nesta situação, que também se refere a direito potestativo a ser realizado em autotutela pelo sócio dissidente, a urgência não é colocada como pressuposto da autotutela.

A par dessas considerações, conclui-se que o direito de retirada do sócio em autotutela: a) dispensa prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) tem previsão legal; d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa sua associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

A certeza do direito de saída, decorrente da sua potestatividade, e o envio de comunicação aos sócios remanescentes legitimam a realização do direito em autotutela.

4.2.13 Exclusões

a) associado

O art. 57 do Código Civil (com redação dada pela Lei nº 11.127/2005) dispõe que "a exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto". Trata-se de aplicação, contra associado, em exercício de autotutela, de penalidade de exclusão, permitida desde que, havendo justa causa, exista previsão estatutária e que seja respeitado o devido processo legal[662].

Antes, a redação originária do art. 57 do Código Civil, não previa a necessidade de observância do devido processo legal[663], conquanto, a despeito da omissão do referido texto legal, a doutrina e a jurisprudência[664]-[665] já entendiam por

---

[662] Paula Sarno Braga propõe a seguinte reflexão: "Imagine-se, por exemplo, o adimplemento de cláusula negocial que impõe a expulsão de um integrante de um clube social por ter desrespeitado seu regulamento interno. Para que se dê cumprimento à dita disposição convencional, afastando, de fato, o associado, é imperioso o prévio transcurso de um processo negocial, no qual se respeitem suas garantias mais basilares, como contraditório, defesa, dentre outras". Depois, acrescenta: "Para que seja possível infringir essa punição contratual restritiva de direitos é necessário que seja garantido à parte potencialmente prejudicada um processo prévio, com garantias mínimas, como o contraditório e a ampla defesa, respeitando-se, inclusive, a boa-fé objetiva. Deve ser ouvido em tempo de influenciar no convencimento da contraparte, não deve ser privado de nenhuma informação, dado ou documento relativo à sua situação (ex.: portarias internas, atas de assembleias condominiais, depoimentos/relatos de seus pares aí registrados etc.), deve ser beneficiado com a supressio do poder de punir da contraparte, se não exercido em um tempo razoável, dentre outros.". BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Particulares.** Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 48 e p. 81-82.

[663] Paula Sarno Braga tem idêntica compreensão: "Percebe-se que o art. 57, CC/2002, em seu texto primitivo, não previa a necessidade de assegurar-se ao associado ameaçado de exclusão o direito a um procedimento prévio, pautado no due process. Ainda assim, a doutrina20 e a jurisprudência21 já interpretavam o dispositivo conforme a Constituição Federal, para exigir, no mínimo, o respeito ao contraditório e à ampla defesa.". BRAGA, *op. cit.*, p. 214. Invoca, ainda, os entendimentos de: PERLINGlERI, Pietro. ***Perfis do Direto Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional***. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 300-301; LOTUFO, Renan. Código Civil Comentado. V.1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 162-163; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. V.I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 144; VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** Parte Geral. 7 ed. São Paulo: Atlas 2007, p. 257; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro de. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Parte Geral. V. I. Arruda Alvim e Thereza Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 485 et seq. BRAGA, *op. cit.*, p. 214.

[664] Neste sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. Apelação Cível N° 70002714095, da 11.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima. Porto Alegre, 31 de outubro de 2002. Disponível em: http:/ www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php Acesso em 20 Abr. 2022; MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada

sua necessária observância como pressuposto ao exercício do referido direito em autotutela.

Hoje, portanto, para se proceder, de forma regular, em exercício de autotutela, à aplicação de penalidade de exclusão de qualquer associado, é necessária a adoção de prévio procedimento privado, que respeite todas as garantias relacionadas ao devido processo legal. Se não observadas tais garantias (bem como a razoabilidade ou a proporcionalidade), o ato pode ser controlado por atividade jurisdicional[666].

---

do Estado de Minas Gerais. Constitucional. Apelação Cível Nº 2.0000.00.480020-4/000(1), da 5.ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de M nas Gerais. Relator: Desembargador Elpídio Donizetti. Belo Horizonte, 16 de março de 2005.

[665] Embora posteriormente à nova redação do art. 57 do Código Civil, mas considerando sua redação originária, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do recurso extraordinário registrado sob o nº 201819, entendeu que, para a exclusão de associado, seria necessária a observância do devido processo legal. Veja-se: "SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO".

[666] AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo. **Código Civil Comentado**. V. I. Álvaro Villaça Azevedo (coord). São Paulo: Atlas. 2007, p. 01.

Para a aplicação da penalidade de exclusão (ou de qualquer outra[667-668]) diretamente por parte da entidade associativa, entretanto, dispensa-se a verificação de urgência (porque a justa causa exigida pode contemplar situação não associada à imediatidade) e não se exige força para a realização deste direito de penalizar (a considerar que, para isso, não há nenhum contato físico com o associado excluído).

O direito de aplicação de penalidade de exclusão contra associado, em autotutela, portanto: a) exige prévia verificação de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) tem previsão legal; d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa sua associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

Além disso, o exercício do direito de exclusão em autotutela se legitima pela certeza construída a partir de prévio procedimento realizado com a participação do associado excluído.

b) sócio

O art. 1.004 do Código Civil dispõe que os sócios são obrigados, na forma e prazo previstos, às contribuições estabelecidas no contrato social, e aquele que deixar de fazê-lo, nos trinta dias seguintes ao da notificação pela sociedade, responderá perante esta pelo dano emergente da mora.

Se verificada a mora, estabelece o parágrafo único, a maioria dos demais sócios poderá preferir, à indenização, a exclusão do sócio remisso (acrescenta ainda que a maioria dos sócios também terá a opção de reduzir as quotas do sócio remisso ao montante realizado).

---

[667] Neste sentido: AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo. **Código Civil Comentado**. V. I. Álvaro Villaça Azevedo (coord.) São Paulo: Atlas, 2007, p. 147-148; AMARAL, Francisco. **Direito Civil.** Introdução. 5 ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 290; BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Particulares.** Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 218.

[668] No sentido e estender a necessidade de observância do devido processo para a aplicação de qualquer penalidade contra membro de entidade associativa: "ASSOCIAÇÃO CIVIL – PENALIDADE DE SUSPENSÃO IMPOSTA A SÓCIO - INOBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – ANULAÇÃO DA PENALIDADE [...] Mesmo no âmbito das associações civis, devem ser observados todos os princípios e garantias consagrados pela Constituição da República, sob pena de violação dos direitos fundamentais dos associados. Uma vez constatada a inobservância do direito à ampla defesa e ao devido processo legal, a anulação da penalidade imposta pelo clube ao sócio é medida que se impõe. Comprovado o dano, a culpa do agente o nexo causal entre o ato e o dano, devida é a indenização por danos morais, a qual deverá ser arbitrada com prudência. (TJMG. AC 1.0707.00.026162-8/001, da 14 Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Dídimo Inocêncio de Paula. Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2007.

A hipótese colocada, que autoriza a exclusão do sócio remisso (ou a redução de suas quotas) funda-se não em urgência, mas na certificação de uma situação jurídica que justifica a realização do direito pelo próprio titular, sem necessidade de buscar a prestação jurisdicional[669].

Depois, o art. 1.030 do Código Civil, em seu *caput*, dispõe que sócio pode ser excluído judicialmente, em razão da iniciativa da maioria dos demais, se verificada falta grave no cumprimento de suas obrigações[670] ou sua incapacidade superveniente. Em seguida, o parágrafo único do mesmo art. 1.030, a excepcionar a situação trazida no *caput*, autoriza a exclusão daquele sócio que tiver sua falência declarada ou cujas cotas tiverem sido liquidadas.

As duas situações excepcionais trazidas pelo parágrafo único (sócio com falência decretada e com cotas liquidadas) são colocadas como suficientemente certificadas. Essa certeza justificaria a exclusão societária com dispensa de intervenção judicial[671]. O texto legal não relaciona as hipóteses à urgência, mas à verificação de uma certeza, que se colocaria como suficiente para justificar o exercício do direito de exclusão em autotutela.

Em razão disso, o sistema confere poderes aos demais sócios para que eles excluam, dos quadros da pessoa jurídica, aquele que restou incurso nas situações excepcionais trazidas pelo parágrafo único do art. 1.030 do Código Civil. A outorga do poder, fundada em certeza que se mostra suficiente quanto à titularidade do direito de exclusão, buscaria preservar interesses dos demais sócios e da própria sociedade.

Não é a urgência (a impossibilitar a busca de prestação jurisdicional em tempo adequado) que justifica o exercício, em autotutela, do direito de exclusão de sócio com falência decretada ou com cotas liquidadas, mas a certeza que se considera suficiente, quanto à verificação das duas hipóteses autorizativas cujas existências foram declaradas por anteriores decisões judiciais.

---

669 Não há vedação para que os demais, em exercício de autotutela, retenham a distribuição de lucros ao sócio remisso, a fim de garantir o pagamento das contribuições devidas.

670 Falta grave é a que impossibilita a empresa de alcançar os seus fins sociais. Neste sentido: INNOCENTI, Osmida. La exclusión del sócio. Trad. Juan Majem Morgades. Barcelona: Editorial AHR, 1958, p. 110; RIBEIRO, Renato Ventura. **Exclusão de sócios nas sociedades anônimas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 180-181.

671 "Esse processo de exclusão deve ser feito por via judicial, por meio de ação própria, em que deverá ser justificada e provada a ocorrência de falta grave. Independe de decisão judicial a exclusão do sócio que vier a falir, como empresário individual, ou cuja quota tenha sido objeto de liquidação para pagamento de dívidas pessoais.". DINIZ, Maria Helena. **Código civil comentado**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 482.

Anteriormente, pois, decreta-se a falência ou a liquidação de cotas do sócio e, depois, os demais, se quiserem, procederão, pelo poder conferido pela certeza quanto à existência das hipóteses autorizativas, à exclusão societária. A certificação judicial é da falência ou da liquidação de cotas sociais e não do direito de exclusão. A certeza quanto à existência deste direito, que justifica a concessão de poder para seu exercício em autotutela, prescinde de pronunciamento judicial específico[672-673].

Mais adiante, o Código Civil, no art. 1.085, ressalvando a disposição trazida pelo art. 1.030, estabelece que, quando a maioria dos sócios (que represente mais da metade do capital social) decidir que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, ante a prática de atos de evidente gravidade[674-675], independentemente de culpa[676], eles poderão proceder à exclusão, mediante alteração do contrato social[677].

Trata-se de hipótese de autorizado exercício de autotutela, a dar-se, aqui, quando o contrato social expressamente previr a realização do direito de exclusão

---

[672] Neste sentido: COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial.** 6ª ed., v. 2. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 416; LOPES. Idevan César Rauen. **Empresa & Exclusão do Sócio:** De acordo com o Novo Código Civil. Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 128.

[673] A respeito, justifica Idevan César Rauen Lopes: "Como o mencionado artigo não estabelece com clareza se esta exclusão pode ser feita judicial ou extrajudicialmente, entendemos que poderá ser também extrajudicialmente, pois preceitua que a decisão pode dar-se por maioria, podendo os sócios majoritários escolher entre a exclusão, a indenização e a redução de sua participação ao montante já realizado, se houver. Se não bastasse tal argumento, o art. 1.030, também do Código Civil de 2002, que trata da exclusão judicial, menciona como ressalva o art. 1.004, fazendo com que, naquele caso, a exclusão possa dar-se extrajudicialmente.". LOPES, *op. cit.*, p. 128.

[674] No sentido de compreender que falta grave é aquela que impossibilita a empresa de alcançar seus fins sociais: INNOCENTI, Osmida. **La exclusión del sócio.** Trad. Juan Majem Morgades. Barcelona: Editorial AHR, 1958, p. 110; RIBEIRO, Renato Ventura. **Exclusão de sócios nas sociedades anônimas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 180-181.

[675] Entendendo que as expressões "falta grave" (art. 1.030) e "atos de inegável gravidade" (art. 1.085) são equivalentes: CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao Código Civil:** Parte Especial: do Direito de Empresa (artigos 1.052 a 1.195), vol. 13. Antônio Junqueira de Azevedo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 2014; TOKARS, Fábio. Sociedades Limitadas. São Paulo: LTr, 2007, p. 369; ADAMEK, Marcelo Vieira von. Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil. In: **Temas de direito societário e empresarial contemporâneos:** Coord. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 187-188; SPINELLI, Luis Felipe. A exclusão de sócio por falta grave na sociedade limitada. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 88.

[676] Neste sentido: PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 126; ASSIS, *op. cit.*, p. 106; FRAMIÑAN SANTAS, Francisco Javier. **La exclusión del socio en la sociedad de responsab lidad limitada**. Albolote: Comares, 2005, p. 157-158.

[677] Paula Sarno Braga explicita que: "No capítulo relativo às sociedades empresárias limitadas, existe, ainda, um dispositivo que merece especial atenção: é o art. 1.085 (caput e parágrafo único), CC/2002. Cuida de hipótese de exclusão de sócio minoritário (mediante alteração contratual), por deliberação dos sócios majoritários, impondo, para tanto determinados requisitos: i) a prática de ato grave pelo(s) sócio(s) minoritário(s) que tenha colocado em risco a continuidade da empresa; ii) a previsão no estatuto social da possibilidade de exclusão por justa causa; iii) existência de deliberação tomada em reunião ou assembléia convocada especialmente para esse fim; iv) e, enfim. o mais importante dos requisitos, que a dita deliberação societária de exclusão seja precedida do exercício do contraditório pelo sócio acusado que deve estar ciente da assembléia "em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercicio do direito de defesa.". BRAGA, *op. cit.*, p. 218-219.

decorrente de ato praticado por sócio que claramente ponha em risco a continuidade da empresa[678]-[679]. Além da decisão pela maioria dos representantes do capital social, é requisito para exercício do direito a previsão de exclusão, no contrato social, de sócio que tenha praticado ato de inegável gravidade[680]-[681].

Apesar de a hipótese se relacionar a uma situação de evidente risco, ela não exige a necessária verificação de urgência como um dos pressupostos ao exercício do direito em autotutela. Até porque, pode ocorrer de a situação ser de risco, mas as consequências dela proveniente não necessariamente imporem, como providência neutralizadora, a urgente realização do direito de exclusão em autotutela[682].

Independentemente da hipótese de aplicação da pena de exclusão, deve-se respeitar o devido processo legal, com observância do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação da decisão[683], com realização de reunião ou de assembleia especialmente convocada para esse fim, mediante ciência do acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa.

---

[678] A entender que a ausência de cláusula no contrato social restringe a decisão de exclusão ao Poder Judiciário: ADAMEK, *op. cit.*, p. 195; ANDRADE FILHO, *op. cit.*, p. 210; CRISTIANO, Romano. Sociedades limitadas de acordo com o Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 376; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa:** comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 440; LOPES, *op. cit.*, p. 135-136; LUCENA, José Waldecyr. **Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada.** 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 1997, p. 736); SPINELLI, Luis Felipe. **A exclusão de sócio por falta grave na sociedade limitada.** São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 319-320; VIO, Daniel de Avila. **A exclusão de sócios na sociedade limitada de acordo com o Código Civil de 2002**, 2008. 230 f. Dissertação (mestrado) - Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. São Paulo, BR-SP, 2008, p. 167; WALD, Arnoldo. **Comentários ao Novo Código Civil,** vol. XIV: Livro II, Do Direitode Empresa. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 572.

[679] Quanto ao ponto, necessária a leitura de Idevan César Rauen Lopes: "Devemos criticar veementemente o Código Civil de 2002, quando determina que deve estar expressa no contrato social a possibilidade de exclusão de sócio por maioria, pois se trata de retrocesso à Lei 4.137/62, a qual já foi superada pela Lei 8.934/94.". LOPES. Idevan César Rauen. **Empresa & Exclusão do Sócio:** De acordo com o Novo Código Civil. Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 132.

[680] "Em termos genéricos, a imposição de qualquer sanção/restrição convencional deve atender aos requisitos estabelecidos no negócio e/ou na lei abstrata, bem assim observar o direito de defesa do infrator (ex. imputação de multa por conduta antissocial de condômino - art. 1.337, caput e parágrafo único, do CC). Não podendo ultrapassar as raias da razoabilidade/proporcionalidade.". BRAGA, *op. cit.*, p. 48.

[681] "Implicando o adimplemento do negócio a imposição de restrições de qualquer natureza aos bens jurídicos de um particular, exige a instauração prévia deste procedimento, necessariamente permeado por garantias legais mínimas (contraditório, ampla defesa. produção de provas, igualdade etc.), que deve desaguar, como todo ato jurídico complexo de formação sucessiva, em uma decisão que venha reger o caso concreto de forma proporcional e moderada.". Idem, p. 48.

[682] Há, entretanto, que argumente que "a não exclusão imediata de um determinado sócio poderá trazer enormes prejuízos à empresa, e, como é consabido, uma exclusão judicial poderá durar vários anos", a defender, por isso, que a urgência estaria relacionada a esta hipótese de exercício de autotutela. LOPES, *op. cit.*, p. 131.

[683] "Os entes associativos não podem punir o associado ou o sócio por transgressão de normas legais ou estatutárias, sem assegurar-lhe um processo prévio pautado na lei e na razoabilidade. Deve ser respeitado o devido processo legal em suas facetas formal e material, seguindo-se um rito permeado por garantias mínimas como contraditório, ampla defesa, direito a provas, juiz natural, decisões fundamentadas etc. que se encerre com uma decisão equilibrada e proporcional.". BRAGA, *op. cit.*, p. 218.

Embora o Código Civil não tenha sido claro neste sentido, como se está diante de uma penalidade, ainda que aplicada em exercício de autotutela, para ela se legitimar, faz-se necessária observância do devido processo legal.

Não fosse o suficiente, o art. 44, § 2°, do Código Civil dispõe "as disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades". Assim, incide a norma do art. 57: “a exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto”.

Por isso, Paula Sarno Braga sustenta que “para a expulsão do sócio ou aplicação de qualquer outra penalidade é necessário o transcurso de um itinerário processual legítimo e equilibrado, atendendo-se às exigências do *due process* formal e material”. E completa: “condiciona-se, pois, a licitude da exclusão do sócio minoritário à prévia observância do devido processo legal”[684].

Nas hipóteses de aplicação de pena de exclusão de sócio por colocação em risco à continuidade da empresa em razão da prática de atos graves, caberá evidenciar que a decisão tomada foi razoável e proporcional. Por isso, a decisão, em sua fundamentação, deverá revelar em que consiste a gravidade dos atos praticados pelo sócio excluído, a justificar o ato de exclusão.

É diferente da situação de exclusão de sócio em razão de decretação de falência e de liquidação de cotas. Por estarem estas certificadas, caberá apenas mostrar a existência de decisão judicial. A razoabilidade e a proporcionalidade da pena de exclusão (por serem a decretação de falência e a liquidação de cotas por decisão judicial fatos objetivos, a exigir reduzidíssimo esforço argumentativo) estão reconhecidas pelo próprio legislador.

E qualquer que seja a hipótese de exclusão do sócio, não se faz necessário o uso da força para o exercício do direito em autotutela, até porque os atos correlatos dispensam qualquer contato físico entre os sócios. Em verdade, a exclusão é concretizada, pela sociedade[685], com a alteração do contrato social, sem mesmo que haja participação do sócio excluído.

---

[684] Idem, p. 219.

[685] Como esclarece Idevan César Rauen Lopes, “[...] o direito de exclusão pertence não aos sócios majoritários, mas sim à sociedade, como pessoa jurídica independente, representando a empresa e que foi criada para atingir um determinado objetivo. O sócio será excluído por falta de colaboração com a empresa e não para com os demais sócios. A falta é com a empresa, como ente autônomo e de patrimônio próprio através da sociedade, podendo ser entendido como um meio de defesa da empresa, pela não-colaboração do sócio para o cumprimento do objetivo social.”. LOPES, *op. cit.,* p. 135.

Assim, o direito de aplicação de penalidade de exclusão de sócio em autotutela: a) exige prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) tem previsão legal[686]-[687] (e, na hipótese do art. 1.085, exige-se previsão contratual); d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa sua associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

Outrossim, o exercício do direito de exclusão de sócio em autotutela se legitima pela certeza construída, ora por decisão judicial certificadora de falência ou de liquidação de cotas, ora por prévio procedimento realizado com a participação do sócio excluído.

c) cooperado

O exercício do direito de exclusão de cooperado, de uma forma geral, segue a mesma sistemática da exclusão de sócio. É que o art. 1.093 do Código Civil dispõe que "a sociedade cooperativa reger-se-á pelo disposto no presente Capítulo, ressalvada a legislação especial". Depois, no art. 1.096, estabelece: "No que a lei for omissa, aplicam-se as disposições referentes à sociedade simples, resguardadas as características estabelecidas no art. 1.094".

Sendo assim, para a exclusão de cooperado, segue-se o procedimento disposto no art. 1.030 do Código Civil, observadas as hipóteses ali tipificadas. Por isso que, como ressalta Paula Sarno Braga[688], no contexto das sociedades cooperativas, os tribunais assumem posicionamento semelhante, reconhecendo que a eliminação legítima do integrante depende do respeito ao devido processo legal.

---

[686] A se posicionar no sentido de que não se faz necessária previsão contratual, sendo suficiente a legal, para se exercer, de forma regular, o direito de exclusão de sócio: COMPARATO, Fábio Konder**. Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial.** Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 106; LUCENA, José Waldecyr. **Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada**. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 1997, p. 588.

[687] Para alguns doutrinadores mais antigos, em época que vigia o antigo Código Comercial, o sócio só poderia ser excluído com causa justificada se esta estiver expressamente estipulada em contrato e se a possibilidade for indicada. Neste sentido: FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. V. 3. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 160-161; MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. v. III. São Paulo: Freitas Bastos, 1963, p. 148-149; PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 136. Na mesma época, assim também entendia o Supremo Tribunal Federal: "Sociedade Comercial. Exclusão de sócio. Art. 339 do Código Comercial. Razoável é o entendimento de que a exclusão de sócio, por justa causa, nos termos do art. 339 do Código Comercial, sem previsão em cláusula contratual, e sem anuência do sócio, reclama solução judicial.". STF, Recurso Extraordinário, Número da Classe: 109203, J. em 16.05.1986, DJ 06.06.1986, p. 9.939-Ement. v. 1.422-04, p. 679, Rel. Rafael Mayer.

[688] BRAGA, *op. cit.*, p. 220.

Em consequência, deve-se igualmente concluir que o exercício do direito de exclusão de cooperado não dependente de verificação de urgência e nem está associado ao uso da força, podendo, como qualquer ato jurídico, ser controlado por atividade jurisdicional. Este, contudo, adstringir-se-á a verificar se foi respeitado o devido processo legal e se a exclusão foi razoável ou proporcional. Caso positivo, a decisão judicial manterá o ato e, caso negativo, invalidará o ato.

Sendo assim, o direito de aplicação de penalidade de exclusão de cooperado em autotutela: a) exige prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) tem previsão legal; d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa sua associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

Além disso, o exercício do direito de exclusão de cooperado em autotutela se legitima pela certeza construída pelo prévio procedimento realizado com a participação do cooperado excluído.

4.2.14 Desforço imediato para reintegração e para manutenção de posse

A reintegração e a manutenção de posse, com uso de força própria (em desforço imediato), são outras hipóteses típicas de autotutela[689].

O *caput* do art. 1.210 do Código Civil dispõe que "[...] o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação[690], restituído no de esbulho[691], e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado"[692]. Em

---

[689] Neste sentido, dentre outros: THEODORO JUNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiro: litisconsórcio fora do pacto arbitral. Outras intervenções. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, out./dez. 2001, p. 156; VEDANA, *op. cit.*, p. 455-456.

[690] "Turbação", conforme Tito Fulgêncio, "[...] é a via de fato com que voluntariamente se atenta contra o direito de posse, sempre causadora de prejuízo, pois o fato da alteração da posse pode considerar-se já um dano por si mesmo.". FULGÊNCIO, Tito**. Da posse e das ações possessórias**. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1978, p. 86. Para Orlando Gomes, ela é "[...] todo o ato que embaraça o livre exercício da posse, haja, ou não, dano, tenha o turbador melhor direito sobre a coisa.". GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil curso de direito civil.** Vol. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 91.

[691] Segundo Tito Fulgêncio, o esbulho é o "[...] ato de tomar alguma coisa a alguém contra a sua vontade sem legítima autoridade ou direito.". FULGÊNCIO, *op. cit.*, p. 131.

[692] Renan Falcão de Azevedo, a respeito da defesa da posse, esclarece que: "Atual é a agressão que está se desenvolvendo, que está acontecendo, que se manifesta em atos ofensivos inequívocos, em pleno desencadeamento. O possuidor se encontra diante de uma agressão atual, portanto, quando o violador está praticando atos materiais conducentes à perda da posse ou diminuição de seu exercício. Iminente será aquela agressão que está prestes a se desencadear. Neste caso, a agressão ainda não começou, mas se encontra a ponto de começar, não sendo razoável que o agredido corra o risco de aguardar o seu início para depois defender-se.". AZEVEDO, Renan Falcão de. **Posse:** Efeitos e Proteção. EDUCS/Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987, p. 116.

seguida, o § 1º dispõe que: “o possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse”.

O possuidor, segundo José Carlos Moreira Alves[693], seria a pessoa “[...] quem tem de fato o exercício pleno ou não dos poderes inerentes ao domínio ou à propriedade”. A posse seria um fato, a haver turbação, quando o exercício dos poderes de domínio ou de propriedade for prejudicado por outra pessoa (que não o possuidor), e esbulho, quando impossibilitado.

Embora a posse seja um fato, o possuidor, direto ou indireto[694], tem o direito de exercer os poderes inerentes à propriedade e ao domínio. Quando prejudicado ou impossibilitado o exercício destes poderes, ameaça-se ou viola-se direito. Se houver turbação ou esbulho, autoriza-se o uso da própria força para garantir a manutenção ou a restituição da posse[695]. Contudo, a reação precisa ser imediata[696] e o uso da força, que pode, a depender da necessidade ínsita à situação, ocorrer com auxílio de outras pessoas[697], deve ser indispensável[698]-[699].

---

[693] ALVES, José Carlos Moreira. **Posse**: Estudo Dogmático. Vol. II. Tom. I. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 22.

[694] Neste sentido, Tito Fulgêncio: “A defesa da posse tanto pode ser exercida pelo possuidor direto como pelo indireto, desde que coexistam essas duas posses, de modo que a defesa pelo foreiro tem amparo na lei.”. FULGÊNCIO, *op. cit.*, p. 133.

[695] Como esclarece Caio Mário da Silva Pereira, “[...] o possuidor, sofrendo embaraço no exercício de sua condição, mas sem perdê-la, postula ao juiz que lhe expeça mandado de manutenção, provando a existência da posse e a moléstia”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 2. 22 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2009, p. 51. No caso é de perda da posse por esbulho, o juiz determinará a expedição de mandado de reintegração de posse. É assim que afirma o mesmo Caio Mário da Silva Pereira: “[...] aquele que é desapossado da coisa tem, para reavê-la e restaurar a posse perdida, ação de reintegração de posse, que corresponde aos interditos recuperandae posseossinis.”. PEREIRA, *op. cit.*, p. 54.

[696] Neste sentido, Tito Fulgêncio: “O desforço, quer para recuperar a posse, quer para defendê-la de atos turbativos e tendentes ao esbulho, só é regular quando exercido incontinenti ou, se o atentado foi clandestino, logo que dele houve notícia.”. FULGÊNCIO, *op. cit.*, p. 137.

[697] Neste sentido, Rubens Limongi de França, “O quinto efeito da posse é o direito do compossuidor, outorgado pelo art. 502 do Código Civil, de se defender por sua própria fôrça. É o impròpriamente chamado "desfôrço pessoal", que pode não ser rigorosamente pessoal, mas levado a efeito por intermédio de prepostos. Assim, melhor denominação nos parece que seria- desfôrço privado, porque se faz fora da órbita judiciária, e ainda porque constitui um resquício da justiça privada, de quando das origens da vida sócio-jurídica.”. FRANÇA, R. Limongi. **A Posse no Código Civil (Noções Fundamentais).** Editora IMPRES, São Paulo, 1964, p. 41.

[698] O Código Prussiano, apesar de revogado em 1900, dispunha no § 142: “Pode repelir a violência, quando a assistência do Estado se produzir mui tardia para prevenir uma perda irreparável”.

[699] Apesar disso, como lembra Renan Falcão de Azevedo, “[...] as agressões que justificam uma repulsa, normalmente, se apresentam como situações emergenciais, que nunca permitem ao agredido estabelecer critério de proporcionalidade entre os meios de ataque e os meios de defesa.”. AZEVEDO, *op. cit.*, p. 119.

Existem elementos históricos que justificariam a admissão do uso da força para o caso de esbulho ou turbação da posse[700]. É que, antes, a propriedade privada fazia parte da religião das pessoas, seja porque se acreditava ser concedida por Deus[701], seja porque nela eram sepultados os antepassados[702], que passavam, ali, a ser adorados pelos familiares[703] (sendo os mortos considerados deuses, que tomavam posse do solo[704]).

Hoje, continua-se a admitir o uso da força em defesa da posse[705].

A manutenção da posse diretamente por quem a desempenha, para Pontes de Miranda[706], constituiria espécie de legítima defesa e não de autotutela. Apenas a retomada posse é que constituiria autotutela. Na manutenção, não, porque a posse não é perdida frente ao turbador.

Todavia, a conclusão apontada não é a mais adequada e contradiz as próprias premissas trazidas por Pontes de Miranda, pois, para ele, na autotutela, o titular do direito se coloca na condição de julgador para ofertar prestação equivalente à jurisdicional. Por consequência, a manutenção da posse, que constitui ameaça a direito, pode ser tutelada pela atividade jurisdicional, sendo, assim, espécie de autotutela contra o turbador.

---

[700] Pertinentes, a respeito, são as colocações de Lorenzo Franchini: "La disposizione decemvirale in materia di aqua pluvia nocens probabilmente codificava anch'essa usi precedenti, e si inquadra nel medesimo scenario relativo a contese sorte in campagna tra proprietari di fondi vicini: non si sa bene come la norma fosse anticamente sanzionata; riteniamo tuttavia plausibile l'ipotesi che in una prima fase si sia fatto esclusivamente ricorso all'autotutela, ossia ad un'aggressione in qualche modo ritualizzata della cosa altrui, e che solo molto più tardi si sia pervenuti alla elaborazione di una tutela rilevante sul piano obbligatorio.". FRANCHINI, Lorenzo. Alle origini di negozio e processo: l'autotutela rituale. In: **Il Giudice Privato nel Processo Civile Romano.** Milão: Casa Editrice, 2012, p. 207-209.

[701] ISRAËL, Nicolas. **Genealogia do Direito Moderno**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009, p. 99.

[702] Fustel de Coulanges afirma que "[...] a ideia de propriedade privada fazia parte da própria religião. Cada família tinha o seu lar e os seus antepassados. Esses deuses podiam ser adorados apenas pela família, só a família protegiam; eram sua propriedade exclusiva". Depois, acrescenta: "Os mortos são deuses pertencentes apenas a uma família e apenas essa família tem o direito de invocar. Esses mortos tomaram posse do solo, vive sob esse pequeno outeiro, e ninguém, a não ser da família, pode pensar em unir-se a eles. Ninguém igualmente tem o direito de desapossá-los da terra que ocupam; uma sepultura, entre os antigos, não pode ser demolida, nem deslocada; proíbem-nos as leis mais severas. Aqui está, pois, uma parte da terra que, em nome da religião, torna-se objeto de propriedade perpétua para cada família.". COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975, p. 50 e p. 52-53.

[703] Isso sem contar, como observa Girolamo Bongiorno, que: "Con la caduta dell'impero romano d'occidente e con il formarsi, in Europa, dei regni romano barbarici, la violenza esercitata dal privato per fare valere le proprie ragioni continuò ad essere riconosciuta legittima, specialmente nel campo dell'esecuzione, anche se presso gli Ostrogoti la migliore organizzazione sociale consentì allo Stato di affermare il proprio potere giudiziario, imponendo al privato di ricorrere al magistrato per ottenere che la situazione di fatto si adeguasse alla situazione di diritto.". BONGIORNO, *op. cit*., p. 21.

[704] COULANGES, *op. cit.*, p. 50-53.

[705] Não se desconsidera que a vida privada e o patrimônio, que se relacionam à posse, no direito brasileiro, estão alçados à condição de direitos fundamentais.

[706] PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 234.

Ora, não se pode olvidar que medidas tomadas em legítima defesa, justamente por constituir uma excludente de ilicitude[707], não equivalem àquelas que seriam aplicadas em prestação jurisdicional. Em tais situações, obviamente, não seria, de fato, autotutela. Apesar disso, o uso da força destinado à manutenção de posse é medida a ser tomada em exercício de atividade jurisdicional, especificamente autorizada pelo sistema jurídico brasileiro.

Logo, sendo a manutenção de posse ser uma defesa de direito, ela constitui exercício de autotutela.

No *caput* do art. 1.210, antes de tratar de emprego da autotutela, garante que o titular da posse poderá ser "segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado".

Essa disposição deixa clara que a turbação ou o esbulho da posse podem estar associados a atos violentos praticados pelo turbador, ou pelo invasor. Se estiverem, e tal violência puder alcançar o titular da posse, este poderá ser assegurado, caso tenha justo receio de ser molestado. Essa tutela contra a violência praticada pelo turbador ou pelo invasor em detrimento do possuidor não se relaciona ao exercício da autotutela, nem ao da legítima defesa, pois prestada pelo Estado. Não representa, por isso, ação direta praticada pelo titular do direito.

De todo modo, não é preciso, para exercer a autotutela da posse, que o titular receba, em seu favor, tutela jurisdicional contra violência sofrida. Ele pode agir diretamente contra o esbulho ou a turbação. Até porque, pela análise do *caput* do art. 1.210 do Código Civil, os atos de turbação ou de invasão podem ocorrer sem necessária utilização de violência.

Mas, não é por isso que não possibilita o exercício da autotutela. Havendo ou não violência, a autotutela pode ser utilizada pelo possuidor.

O dispositivo do Código Civil, § 1º do art. 1.210, em situação de urgência e relacionada especificamente à violência, coloca a autotutela e a legítima defesa lado a lado. Esta circunstância tem significado importante: embora os conceitos de legítima defesa e de autotutela sejam diferentes, alguns requisitos que autorizam o

[707] Fala-se em "possível excludente de ilicitude" porque o ato praticado em legítima defesa, por vezes, pode ser lícito, mesmo que não exercido em defesa.

exercício da legítima defesa são os mesmos que autorizam o exercício da autotutela[708].

Dentre os requisitos comuns ao exercício de autotutela e da legítima defesa em desforço imediato da posse está a urgência[709]. Ela, conquanto, evidentemente, não contribua à certificação do direito, tende a fazer com que o ato de exercício de direito ou de legítima defesa restabeleça, ou mantenha a situação fático-jurídica existente por ocasião do esbulho ou da turbação[710], a permitir uma melhor avaliação pelo órgão que eventualmente realize o controle jurisdicional.

Quanto ao mais, deve-se considerar que, especialmente na atualidade, a posse não se relaciona, como se pensava outrora, apenas a bens materiais. Há diversos bens jurídicos imateriais que recebem proteção possessória, não sendo necessário, para tanto, uso de força, sobretudo porque se dispensa o contato direto entre as partes da relação jurídica. Essa nova realidade impõe a realização de novas reflexões quanto à posse e, por conseguinte, quanto à sua defesa[711].

Diante dessas considerações, o direito de defender a posse: a) exige prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) exige a constatação de urgência; c) tem previsão legal; d) exige exercício pelo próprio titular do direito (embora possa ser auxiliado por terceiros); e) associa-se ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

Ademais, o exercício do direito de defesa da posse em autotutela se legitima pela fundamentalidade do direito de propriedade e pela urgência relacionada à situação fático-jurídica apresentada.

---

[708] Como será mostrado adiante, os elementos que autorizam a legítima defesa são: a) injusta agressão; b) atualidade da agressão; c) utilização de meios adequados a repelir a agressão; d) proporcionalidade da reação.

[709] Em sentido semelhante, Rubens Limongi de França: "Ligado estreitamente à legítima defesa (Cod Penal, art. 21) e ao estado de necessidade, de que é uma das manifestações, o desfôrço privado obedece aos requisitos básicos daqueles dois institutos: a imediatidade e a justa medida da defesa.". FRANÇA, *op. cit.,* p. 41.

[710] A posição de Luiz Fux é de que, "[...] o direito brasileiro manteve-se, também, fiel à doutrina dos interditos e sua técnica de proteção do direito evidente. O nosso Código Civil contempla, numa certa 'gradação da evidência', a autotutela, a sumariedade da tutela possessória e a ordinariedade diante da incerteza inicial. Essa própria diferença procedimental na tutela possessória denota de uma tutela diferenciada, conforme seja ou não evidente o direito alegado.". FUX, Luiz. Tutela de Segurança e Tutela da Evidência - Fundamentos da Tutela Antecipada. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 328. E completa: "Aliás, sempre foi assim. As Ordenações, quanto às ações de força nova, admitiam um atuar sem ordem nem figura de juízo, sem delongas, sem estrépito. No mesmo sentido a Consolidação do Conselheiro Ribas e alguns Códigos estaduais, como, v. g., Rio de Janeiro, Distrito Federal, Maranhão, Bahia, Ceará e Minas Gerais". FUX, *op. cit.*, p. 329.

[711] Como ressalta Ana Prata, "[...] o desenvolvimento económico do capitalismo impôs uma evolução do próprio conceito de propriedade quanto ao seu objecto: propriedade intelectual, propriedade comercial, propriedade industrial e empresa são conceitos cujo surgimento resulta da necessidade de combater, em nome do desenvolvimento económico, a propriedade que originariamente estava no centro do suporte teórico do próprio sistema, a propriedade imobiliária.". PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada.** Almedina: Coimbra, 2016, p. 159.

4.2.15 Corte de raízes e de ramos de árvores que ultrapassem estremas de prédios

O Código Civil, no art. 1.283, em concretização ao direito de propriedade[712], dispõe que "as raízes e os ramos de árvore, que ultrapassarem a estrema do prédio, poderão ser cortados, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido".

O texto legal legitima o proprietário ao exercício da autotutela. Se os limites de sua propriedade estiverem sendo alcançados por raízes e por ramos de árvores, estes podem ser cortados pelo dono do imóvel, que age em realização do seu direito.

Não se coloca, como pressuposto ao exercício em autotutela do direito de corte (em preservação aos atributos da propriedade), a experimentação de prejuízos financeiros, nem mesmo a verificação de urgência. A simples invasão dos limites do imóvel até o plano vertical divisório é suficiente para autorizar a autotutela.

Ao comentar o art. 558 do Código Civil de 1916 (cuja redação é repetida pelo art. 1.283 do Código atual), Silvio Rodrigues[713], indica que a hipótese seria de autorizado exercício direto do direito e, depois, defende que o seu titular não precisa sequer dar ao vizinho ciência do ato e de suas consequências[714].

Todavia, Silvio Rodrigues[715] ressalta que, se o corte das raízes e dos ramos puder causar prejuízos ao proprietário do imóvel onde as respectivas árvores estão fincadas, o proprietário deverá, em respeito à boa-fé, realizar notificação prévia para a adoção de cuidados necessários[716].

A presente hipótese de autotutela pode estar relacionada a uma situação de urgência, mas esta não é colocada como pressuposto. Por isso, o proprietário do

---

[712] "O direito do art. 558 é conteúdo do direito de propriedade do dono do prédio invadido pelos ramos e raízes.". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 224.

[713] "A solução da lei é rigorosa, pois abriga um dos poucos casos de defesa direta de direitos; com efeito, o dono do prédio invadido é dispensado não apenas de dar ciência ao seu confinante, como a lei não leva em conta as consequências de seu procedimento.". RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil.** Direito das Coisas. vol. 5. 19ª ed. Saraiva: São Paulo, 1991, p. 134.

[714] No mesmo sentido: SCHREIBER, *op. cit.*, p. 2684.

[715] Idem, p. 134.

[716] Pontes de Miranda entende que deve haver, quando possível, notificação do proprietário do imóvel vizinho. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 246.

imóvel invadido por árvores e ramos, mesmo que não tenha qualquer urgência, pode realizar os cortes a partir do plano vertical divisório[717].

Para ser exercido o ato de corte, basta que: a) raízes ou ramos de árvores ultrapassem a estrema do prédio vizinho (considerando o plano vertical divisório); b) o corte seja realizado, de boa-fé, pelo proprietário do imóvel invadido.

Mas, embora a urgência não seja um pressuposto ao exercício do direito de podar raízes e ramos, se os cortes não forem urgentes, os deveres ínsitos à boa-fé impõem que seja realizada notificação prévia do proprietário do imóvel vizinho, em especial quando ele possa suportar prejuízos decorrentes dos cortes que serão realizados[718-719].

Sob outra perspectiva, o art. 1.283 do Código Civil não autoriza o uso amplo da força, especificamente contra a pessoa do proprietário do imóvel vizinho, em que estão plantadas as árvores, cujas raízes e ramos invadem o prédio limítrofe. Embora seja permitido o uso da força, ele não alcança pessoas, mas apenas as raízes e os ramos de árvores, devendo-se, mesmo assim, tomar todas as medidas possíveis para não causar prejuízos ao vizinho.

Dito isso, o direito de cortar raízes e ramos de árvores que ultrapassem estremas de prédios: a) exige prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) dispensa (embora possa haver) a constatação de urgência; c) tem previsão legal; d) exige exercício pelo próprio titular do direito (embora possa ser auxiliado por terceiros); e) associa-se ao uso de força (mas contra coisa); f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

---

[717] Dispõe o nº 1 do art. 1366 do Código Civil Português que é permitido ao dono do prédio vizinho arrancar e cortar as raízes que se introduziram no seu terreno e o tronco ou ramos que sobre ele propenderem, se o dono da árvore, sendo rogado judicial ou extrajudicialmente, o não fizer dentro de três dias. Germano Marques da Silva, ao comentar o dispositivo do Código Português, afirma: "É evidente que aqui não é a carência de poderes públicos, e conseqüente necessidade de actuação do particular, que justifica que os prejudicados possam eles mesmos efectuar o corte dos ramos ou raízes que penetrem no seu prédio. Os prejudicados poderão sempre recorrer eficazmente aos tribunais, até porque só poderão proceder ao corte, depois de pedirem ao dono das árvores que proceda ao respectivo corte e esperarem três dias. A razão que leva o legislador a admitir esta forma de justiça privada é outra, necessidade ainda, mas necessidade de justiça barata e simples". SILVA, Germano Marques da. **Da Tutela dos Direitos da Acção Directa**. Prêmio da Ordem dos Advogados para Estudantes de Direito, 1968, p. 18.

[718] Isso porque, diante de uma situação que não haja urgência relacionada, se a autotutela for praticada sem observância da boa-fé, assim caracterizada pelo envio de comunicação prévia a fim de evitar a experimentação de prejuízos pelo vizinho, caberá ao titular do direito de propriedade (invadida) indenizar o proprietário do imóvel em que as árvores estavam fincados.

[719] "Importa, finalmente, destacar que a existência desse direito potestativo não exclui o dever do titular da árvore de envidar esforços para que o vizinho não sofra prejuízos de ordem moral e/ou material em razão das raízes, dos galhos ou até mesmo da ruína desta, sob pena, como já se disse acima, de responder pela reparação integral do dano.". SCHREIBER, *op. cit.*, p. 2684.

Outrossim, o exercício do direito de cortar raízes e ramos de árvores que ultrapassem estremas de prédios em autotutela se legitima pela certeza proporcionada pelos lindes de delimitação da propriedade, a qual pode ser intensificada pela prévia notificação do vizinho, embora, algumas situações, possa ser dispensada pela urgência relacionada à situação fático-jurídica apresentada.

4.2.16 Ingresso em imóvel vizinho para reparação, construção, reconstrução e limpeza ou para apoderamento de coisas e de animais

O Código Civil, no art. 1.313, apresenta outra situação de autotutela. Ele dispõe que o proprietário ou o ocupante do imóvel é obrigado a tolerar que o vizinho entre no seu prédio, mediante aviso prévio, com o objetivo de: a) dele temporariamente usar, quando indispensável, para a reparação, a construção, reconstrução ou a limpeza de sua casa ou do muro divisório; b) apoderar-se de coisas suas, inclusive animais que casualmente se encontrem no imóvel.

A norma extraída do *caput*, como dispõe o § 1º, aplica-se aos casos de limpeza ou de reparação de esgotos, de goteiras, de aparelhos higiênicos, de poços e de nascentes e ao aparo de cerca viva. Cumpridos os objetivos estabelecidos, dispõe o § 2º, poderá ser impedida a sua entrada no imóvel, além do que, se do exercício do direito assegurado pelo texto legal provier dano, dispõe o § 3º, o prejudicado terá direito a ressarcimento.

Portanto, aquele que pretenda realizar obras ou pegar coisas (ou animais) no imóvel vizinho, assim poderá fazer desde que avise previamente o seu proprietário ou o seu ocupante. Não se faz necessária a verificação de urgência como sendo pressuposto ao exercício do direito de vizinhança. Os únicos pressupostos para exercício são: a) notificação prévia do proprietário ou ocupante do imóvel vizinho; b) realização de alguns dos atos previstos nos incisos I e II do art. 1.313.

Caso verificada urgência, não se fará necessária a expedição de prévia comunicação, a considerar a falta de tempo necessário. Poder-se-ia, por exemplo, adentrar no imóvel vizinho para realizar obras urgentes[720].

A notificação remetida não precisa ser respondida. A exigência é apenas de sua realização (independentemente de obtenção de sua resposta).

---

[720] PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 260.

Se o vizinho impedir a entrada em seu imóvel, o ato será abusivo (quanto ao exercício do direito de propriedade), mas não poderá, por ausência de previsão expressa, ser vencido pela força empreendida diretamente pelo titular do direito. A única situação (diante de impedimento) que se permitiria o exercício direto da força seria se verificada urgência. O direito de vizinhança seria realizado com amparo na urgência decorrente do estado de necessidade e não da autotutela.

A mera discordância quanto ao exercício do direito de vizinhança não constitui impedimento. Por isso, em razão do poder conferido ao titular do direito, ele poderá adentrar no imóvel vizinho e realizar as obras ou recuperar as coisas (ou os animais) que ocasionalmente ali se encontrem. O que não se permite é o uso da força (e não a realização do próprio direito ante a simples discordância pela parte adversa da relação jurídica).

Se a situação for de omissão (inclusive quanto à notificação recebida), o titular do direito de vizinhança, por maior razão, poderá livremente adentrar no imóvel para realizar as obras ou recuperar as coisas (ou os animais)[721]. E se houver consenso, com autorização de ingresso, não será o caso de autotutela.

Logo, o direito de ingressar em imóvel vizinho para reparação, construção, reconstrução e limpeza ou para apoderamento de coisas e de animais: a) dispensa prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) tem previsão legal; d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa a associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

Além disso, o exercício, em autotutela, do direito de ingressar em imóvel vizinho para reparação, construção, reconstrução e limpeza ou para apoderamento de coisas e de animais, legitima-se pela prévia notificação do proprietário ou ocupante do prédio vizinho.

4.3 HIPÓTESES DE ADMITIDO USO DA AUTOTUTELA

[721] Até porque, como lembra Anderson Schreiber, "[...] o objetivo do artigo é proteger o interesse do proprietário nas situações em que o vizinho se ausente muito tempo do bem, quando utilize o imóvel em determinadas épocas do ano ou quando haja abandono do bem.". SCHREIBER, *op. cit.*, 2021, p. 2734.

De forma majoritária, a doutrina entende que a autotutela só seria permitida se amparada por expressa previsão legal[722]. Isso porque, como antes dito, para alguns, o exercício de direito em autotutela sem expressa previsão legal seria impedido e até constituiria crime tipificado pelo art. 345 do Código Penal[723].

São pouquíssimos, ainda, os que afirmam ser possível exercício de autotutela a partir de aplicação analógica de permissivo legal[724]-[725]. Igualmente, aqueles que

---

[722] Neste sentido, dentre vários outros: SANTAMARIA, Ferrara. **La giustizia privata. Jovene:** Napoli, 1937, p. 107 e ss; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. **Proceso, Autocomposiõn y Autodefensa.** México: UNAM, 1970, p. 54; GERI, Lina Bigliazzi. **Profili Sistematici Dell´Autotutela Privata**. Milão: Mvlta Pavcis, 1971, p. 3 e ss; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 23; CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1, 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 199 e ss; BERMUDES, Sergio. **Introdução ao Processo Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 16-17; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal**. Atlas: São Paulo, 2010, p. 9 e ss; RICCIARDONE, Angela de Sanctis. **L'autotutela civile.** Napoli: Jovene Editore, 2011, p. 8-9; DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** V.1. 18 ed. Salvador: JusPodium, 2016, p. 166. Apesar disso, como pondera Para Andrea Lepore, não existe nenhuma disposição legal prevê obrigação de previsão regulamentar expressa de formas de autotutela. Trata-se de dogma criado pela doutrina a partir de uma "leitura costumeira". Seguem as palavras do professor italiano: "Tra l'alro, nessuna disposizione leg slativa prevede 'l'obbligo di previsione normativa espresso delle forme di autotutela; essa rappresenta una lettura 'consuetudinaria' della dottrina e dela giurisprudenza, soprattutto risalente.". LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 32.

[723] Neste sentido, Érico Andrade *et al*: "Seria possível à autonomia privada engendrar outros mecanismos atípicos para a realização direta do direito material, fora das hipóteses legalmente previstas? Parece prematura ou mesmo incipiente, no momento atual, qualquer resposta em sentido positivo, uma vez que, diante da previsão contida no art. 345 do CP (LGL\1940\2)/1942, somente o legislador poderia criar hipóteses que admitiriam a satisfação direta do direito material pelo seu titular". Mas ressalta: "De qualquer forma, a atual ampliação do espaço de conformação jurídica pela autonomia privada parece levar, realmente, a novas reflexões ao tradicional princípio ou regra da vedação à autotutela, que hoje já não está mais limitada apenas ao ambiente tradicional dos clássicos casos de desforço possessório, estado de necessidade/legítima defesa ou penhor legal, para alcançar novos territórios e inserir no campo da autotutela, especialmente da autotutela executiva, cenários engendrados e formatados pela autonomia privada das partes e inseridos nos próprios contratos para realizar de forma mais adequada a efetivação dos direitos.". ANDRADE, Érico. GONÇALVES, Gláucio Maciel. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Autonomia privada e solução de conflitos fora do processo: autotutela executiva, novos cenários para a realização dos direitos? **Revista de Processo.** vol. 322, pp. 437-476. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 12.

[724] Neste sentido: MONTE ALEGRE, José Sérgio. Presunção de legalidade, ônus da prova e autotutela: o que diz a constituição? **Revista da ESMESE**, Aracaju, n. 3, p. 339-362, 2002, p. 104; LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 31. A admitir apenas em alguns casos ("pela pura e simples consideração principiológica e a ponderação de valores"): TALAMINI, Eduardo; CARDOSO, Eduardo Guskow. Smart contract, "autotutela" e tutela jurisdicional. In: **Execução civil:** novas tendências. Coord. Marco Aurélio Bellizze Oliveira, Teresa Arruda Alvim, Trícia Navarro Xavier Cabral. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022, p. 188.

[725] A este respeito: MONTE ALEGRE: "Essa autotutela deverá estar expressa em lei, a exemplo do que sucede no Direito Civil e no Direito Penal com os indivíduos, tolerando-se que à falta de norma expressa se faça uso da analogia, como processo de integração do Direito". MONTE ALEGRE, José Sérgio. Presunção de legalidade, ônus da prova e autotutela: o que diz a constituição? **Revista da ESMESE**, Aracaju, n. 3, p. 339-362, 2002; LEPORE: "l'autotutela privata non è eccezione al sistema, o meglio che le norme che identificano forme di autotutela non devono essere considerate necessariamente eccezionali, e che viceversa possono essere appl cati strumenti interpretat vi anche come l'analogia per fattispecie di autotutela d 'nuova generazione' oltre quelle prev ste dalla legge in maniera c.d. tassativa". LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 31.

se posicionam no sentido de ser possível interpretação ampliativa do respectivo permissivo legal[726]-[727].

Há, entretanto, na doutrina, quantitativo razoável de representantes a admitir a utilização da autotutela pactuada[728]. O entendimento é que, se a lei admite a pactuação quanto ao direito em razão da autonomia privada, ele pode ser realizado diretamente pelo seu titular[729], inclusive com criação de hipóteses de autotutela[730].

Dessa constatação, advém ponto a ser esclarecido. Sendo admitida a previsão contratual de autotutela em razão de exercício da autonomia privada, deveriam ser mais numerosos os representantes a defenderem o uso daquela em situações da analogia ou de extensão interpretativa.

Explica-se: se é possível criar hipóteses de autotutela por simples exercício de autonomia da vontade, por maior razão, seria possível prever, em contrato,

---

[726] Neste sentido: GOMES, Magalhães. **Direito de retenção.** São Paulo: Saraiva, 1931, p. 282-283; BONGIORNO, Girolamo. **L'autotutela Esecutiva.** Milão: A. Giuffrè Editore, 1984, p. 27; QUEIROZ, Ana Alice Lima. **Retenção Pecuniária e Autotutela nos Contratos Empresariais.** 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2017, p. 28; LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 106; SALLES, *op. cit.*, p. 245.

[727] Os que defendem estas duas últimas perspectivas, quais sejam, possibilidade de aplicação analógica de permissivo legal e de sua interpretação ampliativa, de regra, escrevem sobre determinada modalidade de autotutela, mas não, em amplitude, acerca da temática geral.

[728] Neste sentido, dentre outros: BETTI, Autotutela. **Enciclopedia del diritto**. v. IV. Milão: Giuffrè. 1959, p. 529 e ss; GERI, *op. cit.*, p. 78-79; BONGIORNO, *op. cit.*, p. 98-99; BIANCA, C. Massimo. Autotutela (diritto privato). Enc. dir. Aggiornamento, IV. Milão, 2000, p 134; MONTT, Mario Garrido. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo II. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p 153; CARIMINI, Francesca. Sequestro convenzionale e autotutela – **Collana: Quaderni della Rivista Giuridica del Molise e del Sannio.** Napoli: Edizioni Scientifiche Italine, 2008, p. 43; FONSECA, Rui Guerra. **O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 334; CASTRO, Jordi Delgado; VÉLEZ, Diego Palomo; DELGADO, Germán. Autotutela, Solución Adecuada Del Conflicto Y Epossession: Revision Y Propuesta. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte**. Ano 24, nº 2, pp. 265-289, 2017, p. 284; ZOPPINI, Andrea. L'effettività in-vece del processo. **Rivista di Diritto Processuale**. v. LXXIV, n. 3, p. 679-699. Padova, 2019, p. 685; LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 19; SALLES, *op. cit.*, p. 53 e ss; SCHENK, Leonardo Faria. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. **Revista eletrônica de Direito Processual**, v.2, n.2, 2008, p. 5; TALAMINI, *op. cit.*, p. 186.

[729] Evidentemente, há situações em que não se admite a pactuação, apesar de manifestação favorável da vontade das partes. Eduardo Talamini lembra exemplo hipotético trazido por Raskin e o contextualiza ao sistema jurídico brasileiro: "O mesmo pode ser dito do exemplo hipotético dado por Raskin do mobiliário que acionaria uma sirene estridente, em caso de inadimplemento de seu adquirente. O próprio Raskin acaba por admitir que esse mecanismo seria violador da paz publica.66 No sistema brasileiro, tal medida ainda constituiria meio vexatório de cobrança, vetado pelo CDC (art. 42). Aliás, tal medida não poderia ser adotada nem mesmo pelo Poder Judiciário, como providência executiva atípica (CPC, art. 139, IV, e 536, § 1º), dada a sua desproporcionalidade e incompatibilidade com o direito fundamental à integridade física e moral.". TALAMINI, *op. cit.*, p. 198.

[730] Segundo Andrea Lepore, se as partes têm o direito de estabelecer seus próprios regulamentos privados, não está claro por que negar a estes últimos a fornecer modelos de autoproteção para resolver quaisquer disputas de forma patológica, em ambiente "pré-judicial". LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 35.

hipóteses amparadas em textos legais, a partir da aplicação analógica ou da interpretação extensiva.

Acontece que, quem admite autotutela por aplicação analógica ou por interpretação extensiva não coloca, como elemento necessário, a previsão contratual. Para eles, está dispensada. Basta existir texto legal de aplicação analógica ou de interpretação extensiva.

Mas, nestas situações, se houver previsão contratual, a autotutela seria possível. É por isso que, os representantes da doutrina que admitem exercício de autotutela quando há texto de aplicação analógica ou de interpretação extensiva, admitem-no por previsão contratual associada.

Logo, conquanto não haja unanimidade, segundo a doutrina, autoriza o exercício da autotutela: a) existência de expressa previsão legal; b) embora carente previsão legal (ou contratual) específica, aplicação analógica ou interpretação extensiva; c) existência de previsão contratual, na falta de expressa previsão legal.

Além dessas situações, defende-se, aqui, que, em situações relacionadas à urgência ou a direitos potestativos, é possível o exercício de direito em autotutela, mesmo sem que haja previsão legal expressa, autorizativa ou mesmo contratual (ou convencional). A existência do direito (que algumas vezes pode estar associada à urgência) é suficiente a justificar, pelo menos *a priori*, o seu exercício em autotutela.

Postas essas considerações, afora as hipóteses amparadas em textos legais específicos, as quais foram anteriormente analisadas, serão, a seguir, apresentadas outras, em que possível o exercício de direito em autotutela por disposição contratual, por aplicação analógica, por interpretação extensiva, por urgência e por ser potestativo o direito.

Depois, serão identificadas as razões pelas quais se permite compreender o porquê de ser possibilitado, apesar da carência de texto legal específico, o exercício de direito em autotutela pelo particular.

Este passo é relevante para o presente trabalho, pois, sendo admitida a realização do próprio direito por seu titular quando não exista expressa previsão legal específica, o conceito de autotutela precisará ser atualizado, já que o usualmente trazido pela doutrina associa-se àquela circunstância.

4.3.1 Interdição de uso contra condômino ou possuidor antissocial

A interdição de uso por condômino ou por possuidor que não cumpre reiteradamente com seus deveres perante o condomínio não está expressamente prevista na legislação, pois o art. 1.337 do Código Civil, ao tratar das sanções aplicáveis, prevê apenas a aplicação de penalidades pecuniárias.

Segundo o *caput* do art. 1.337, condômino ou possuidor que não cumpre, de forma reiterada, com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quíntuplo do valor atribuído à contribuição condominial[731].

Depois, o parágrafo único do art. 1.337 dispõe que o condômino ou o possuidor que, por seu reiterado comportamento antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia. Para tanto, também deve haver deliberação de, no mínimo, três quartos dos condôminos restantes.

Como afirma Anderson Schreiber[732], "o Código centra todas as suas atenções na reprimenda patrimonial, firme na ideia de que ao atingir o bolso do condômino ou possuidor, este mudará a postura reprovável". Em seguida, o autor critica essa posição tomada pelo Código Civil, o qual "não teve a coragem encontrada em legislações alienígenas de prever para a hipótese de incompatibilidade de convivência a interdição temporária ou, conforme o caso, definitiva do uso da unidade imobiliária".

Há quem entenda que a expressão "até ulterior deliberação da assembleia", trazida pelo parágrafo único do art. 1.337, autorizaria a interdição de uso pelo condômino ou pelo possuidor antissocial[733]. Entretanto, como o *caput* do art. 1.337 e a primeira parte do parágrafo único se referem unicamente à penalidade pecuniária, é mais coerente compreender que a "ulterior deliberação em assembleia" se

---

[731] A sanção deve ser calculada de forma proporcional à gravidade das faltas e à sua reiteração, cabendo, além disso, o estabelecimento, mediante prévia apuração, de indenização por eventuais perdas e danos.

[732] SCHREIBER, Anderson, et al. **Código Civil Comentado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 2812.

[733] Acerca da questão, o enunciado 508 da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal dispõe: "Verificando-se que a sanção pecuniária se mostrou ineficaz, a garantia fundamental da função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, da CF e 1.228, § 1º, do CC) e a vedação ao abuso do direito (arts. 187 e 1.228, § 2º, do CC) justificam a exclusão do condômino antissocial, desde que a ulterior assembleia prevista na parte final do parágrafo único do art. 1.337 do Código Civil delibere a propositura de ação judicial com esse fim, asseguradas todas as garantias inerentes ao devido processo legal".

adstringirá a decidir sobre a aplicação de maior penalidade pecuniária em razão do comportamento antissocial.

De todo modo, a se entender pela possibilidade de interdição de uso, ao texto legal, estar-se-á dando interpretação ampliativa, ante a falta de previsão expressa da pena. Só que, não tendo previsão expressa a justificar a aplicação de penalidade, não é possível a interpretação ampliativa, conforme art. 5º, XXXIX, da Constituição.

Este mesmo motivo impede a aplicação analógica do art. 1.358-J, §1º, II, do Código Civil, que prevê a possibilidade de aplicação de pena de interdição de uso para o multiproprietário “no caso de descumprimento reiterado de deveres” (que não necessariamente precisam estar associação a comportamento antissocial).

Mas não se está aqui a dizer que não se possa interditar o uso do condômino ou do possuidor antissocial. Apenas se entende que a restrição deve ser imposta por previsão contida em normativo interno, a estabelecer os comportamentos passíveis e a respectiva penalidade. Decorreria, portanto, a penalidade, de autonomia privada e não de interpretação extensiva do art. 1.337 ou aplicação analógica do art. 1.358-J, §1º, II. Todavia, mesmo sem previsão legal expressa, a restrição de uso, ao condômino ou ao possuidor, representa exercício de autotutela pelo particular.

Ao tratar de questão semelhante, o Superior Tribunal de Justiça adotou posição que alicerça a interdição de uso de imóvel. No julgamento do recurso especial registrado sob o nº 1.819.075, aquela Corte decidiu que pode ser impedida a contratação atípica de hospedagem por plataforma eletrônica. Pelas razões de decidir, apesar de o condômino poder usar, gozar e dispor livremente do seu bem imóvel, seu direito deve se harmonizar com outros, como os relativos à segurança, ao sossego e à saúde das demais múltiplas propriedades abrangidas no Condomínio, sendo razoável a limitação aprovada pela maioria.

Logo, por ponderação a direitos conflitantes, normativo interno pode restringir uso de unidade condominial. Em consequência, é possível estabelecer, em normativo interno, face à carência de previsão legal, interdição de uso contra condômino ou possuidor antissocial.

No caso específico, há uma colisão de interesses entre o condômino ou possuidor, de um lado, e, de outro, da coletividade. Por representar, a permanência de uso amplo por parte do sujeito antissocial, atentado contra a coletividade, é preferível a sua restrição de uso.

A penalidade estabelecida, para ser aplicada, além de ser precedida de prévio procedimento[734]-[735], deve ter previsão em ato convencional.

Sendo assim, o direito de interdição de uso: a) exige prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) não tem previsão legal específica; d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa a associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

O condômino, antes de lhe ser aplicada a penalidade de restrição de uso, deve, se não houver urgência, ser notificado, para, assim, legitimar-se o exercício direto do direito pelo titular.

4.3.2 Imissão em posse de bem abandonado

A imissão direta na posse, em exercício de autotutela, de bem abandonado não está expressamente prevista em nenhum dispositivo da legislação brasileira. Apesar disso, ela é admitida pelo Superior Tribunal de Justiça. Aquela Corte decidiu que, se o bem está abandonado, o proprietário não precisa de decisão judicial para se imitir na sua posse[736]. Em exercício de autotutela, ele pode tomar o bem abandonado, imitindo-se na posse.

A situação pode até estar relacionada à existência de urgência, mas, mesmo que ela não seja verificada, o exercício do direito de imissão na posse em autotutela pelo proprietário é admitido.

Considera-se que, em razão do abandono verificado, a sua tomada não causa nenhum atentado à ordem pública, nem traz nenhuma perturbação à paz social. Daí porque, embora não haja previsão legal expressa a autorizar o exercício dessa hipótese de autotutela, ela é admitida pelo sistema.

---

[734] Enunciado nº 92 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "As sanções do art. 1.337 do novo Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo".

[735] Segundo Paula Sarno Braga, "[...] para que seja possível infligir essa punição contratual restritiva de direitos é necessário que seja garantido à parte potencialmente prejudicada um processo prévio, com garantias mínimas, como o contraditório e a ampla defesa, respeitando-se, inclusive, a boa-fé objetiva. Deve ser ouvido em tempo de influenciar no convencimento da contraparte, não deve ser privado de nenhuma informação, dado ou documento relativo à sua situação (ex.: portarias internas, atas de assembleias condominiais, depoimentos/relatos de seus pares aí registrados etc.), deve ser beneficiado com a supressio do poder de punir da contraparte, se não exercido em um tempo razoável, dentre outros.". BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Particulares.** 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 81-82.

[736] STJ. REsp 1003305/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe 24/11/2010.

No caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, o bem de posse imitida foi um imóvel. Entretanto, nada impede que seja um bem móvel. Independentemente da natureza, se caracterizado o estado de abandono, o proprietário poderá exercer seu direito de imissão.

Não se impede que as partes, em contrato, definam os parâmetros de caracterização do estado de abandono e, se este for verificado, como ocorrerá a imissão na posse pelo proprietário. Apesar de desnecessária a previsão contratual para a realização do direito em autotutela, ela pode trazer maior segurança para as partes e, assim, estimular o exercício direto.

Retomado o bem abandonado com a imissão do proprietário em sua posse, a este caberá, em respeito à boa-fé, realizar a comunicação da parte adversa da relação jurídica. Se a parte adversa não for encontrada em endereço conhecido, ao proprietário do imóvel caberá fazer publicações com fins de comunicação.

A par dessas considerações, o direito de imissão em posse de bem abandonado: a) exige prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) não tem previsão legal; d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa a associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

O exercício do direito de imissão de posse de bem abandonado legitima-se, também, pela notificação da parte adversa.

4.3.3 Desconto realizado por depositário

O desconto realizado por depositário, de coisa fungível, para adimplemento de obrigação outra assumida pelo depositante, diferente daquelas relacionadas ao contrato de depósito, embora carente de previsão legal, é admitida.

De fato, o art. 643 do Código Civil dispõe: “[...] o depositante é obrigado a pagar ao depositário as despesas feitas com a coisa, e os prejuízos que do depósito provierem”. Depois, o art. 644 do mesmo código estabelece: “[...] o depositário poderá reter o depósito até que se lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas, ou dos prejuízos a que se refere o artigo anterior, provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas”.

Não há previsão legal específica que autorize o depositário a descontar, da coisa fungível depositada, pagamento de obrigação estranha ao contrato de depósito. Apesar disso, o Superior Tribunal de Justiça admite, quando há previsão contratual, o desconto realizado por depositário para pagamento de obrigação outra, estranha ao contrato de depósito. Para aquela Corte, não é abusiva a cláusula de contrato que autoriza o depositário a debitar em conta do depositante, em caso de sua omissão, o pagamento de valor inadimplido[737].

Mas, mesmo que não haja previsão contratual, compreende-se que, na situação descrita, seja possível a realização do direito de crédito em autotutela, como aplicação analógica das disposições relativas à compensação. Se não há violação à ordem pública, nem perturbação à paz social, o exercício do direito de crédito em autotutela não deve ser impedido. Contudo, em respeito à boa-fé, caberá ao depositário avisar o depositante do pagamento em conta realizado, a fim de evitar que a falta de informação possa lhe ocasionar prejuízos.

Relativamente à ação do depositário, pode ser aventada outra situação de admitido exercício de autotutela. Tal ocorre quando o depositário, por erro, transfere valor em favor de determinado depositante, quando deveria transferir para outro. No caso, independentemente de qualquer decisão jurisdicional, o depositário pode agir diretamente, corrigindo o erro cometido e, assim, realizando, mediante estorno, direito próprio da condição de depositário.

O exercício da autotutela, nesta situação, é admitido pelos tribunais brasileiros, a entenderem não haver nenhum ilícito cometido pelo depositário, que apenas corrige o erro cometido[738] (e, por consequência, não há atentado contra a ordem pública e à paz social).

---

[737] RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AVENTADA ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA INSERTA EM CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO NA QUAL PREVISTO, EM CASO DE INADIMPLEMENTO DO TITULAR, O DÉBITO DIRETO EM CONTA CORRENTE DO VALOR MÍNIMO DA FATURA - INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE REPUTARAM ILÍCITA A PRÁTICA E CONDENARAM A DEMANDADA À RESTITUIÇÃO EM DOBRO DAS QUANTIAS. INSURGÊNCIA DA RÉ. [...] Cinge-se a controvérsia principal em saber se, em contrato de cartão de crédito, é abusiva a cláusula contratual que permite o desconto do valor, referente ao pagamento mínimo da fatura em caso de inadimplemento, diretamente na conta corrente do titular do cartão. […] 3. Não é abusiva a cláusula inserta em contrato de cartão de crédito que autoriza a operadora/financeira a debitar na conta corrente do respectivo titular o pagamento do valor mínimo da fatura em caso de inadimplemento, ainda que contestadas as despesas lançadas. […] (STJ. REsp 1626997/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 01/06/2021, DJe 04/06/2021)

[738] Neste sentido: TJDF, AC 1.0024.11.111673-7/001, 16ª Câmara Cível. Rel. Des. Aparecida Grossi. DJe 05 set. 2015; TJMG, AC 1.0145.12.032776-5/0001, 12ª Câmara Cível. Rel. Des. Saldanha da Fonseca. DJe 05 mar. 2015; TJMT, AC 74442/2011, 2ª Câmara Cível. Rel. Clarice Claudino da Silva. DJe 03 jul. 2013; TJRS, AC 70055221154, 12ª Câmara Cível. Rel. Des. Mário Crespo Brum. DJe 18 jul. 2013.

Os acórdãos proferidos neste sentido ressaltam que a conduta do depositário não viola nenhum direito da personalidade, daí porque ser lícito e, por consequência, admitido o uso da autotutela. Além disso, os julgados não apontam (nem se fundam em) existência de qualquer cláusula contratual, a ratificar que o referido ato praticado pelo depositário em autotutela também dispensa ajuste prévio entre as partes. Outrossim, as situações referidas nos acórdãos não dão da conta da verificação de urgência, o que confirma que a sua presença não se faz necessária à realização de direito em autotutela.

Os casos apontados acima, relacionados ao contrato de depósito, ratificam ser permitida a realização de direito em autotutela, embora não haja previsão legal autorizativa específica. E ambos mostram que a autotutela pode ser exercida sem perturbar a ordem pública e a paz social, nomeadamente porque não há nenhum contato físico entre as partes da relação jurídica.

Portanto, o direito de realização de desconto pelo depositário: a) exige prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) não tem previsão legal; d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa a associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

O depositante, para legitimar o exercício do direito em autotutela, deve ser comunicado do ato praticado pelo depositário.

4.3.4 Expropriação por pacto marciano

O pacto marciano é instrumento de autotutela contratual[739], que consiste no ajuste firmado pelas partes para constituir garantia de adimplemento de obrigação pecuniária. Se esta não for cumprida, o credor, após ter notificado o devedor, poderá

[739] Sobre o pacto marciano: “O pacto marciano é espécie de instrumento de autotutela que autoriza o credor a apropriar-se de um bem do devedor dado em garantia, em "caso de inadimplemento”, por valor justo, precificado pelo mercado ou x arbitrado por terceiro independente (eleito pelas partes) ao tempo do vencimento da dívida, mediante o pagamento da diferença entre o preço estipulado e o saldo devedor.”. SALLES, *op. cit.*, p. 351; “Tipizzante il marciano come giusto mecanismo di autotutela contrattuale.”. LEPORE, *op. cit.*, p. 140; “No âmbito do direito brasileiro, conforme analisado, independentemente de previsão legal expressa, o pacto marciano vinculado ao penhor pode ser lícito, como manifestação do exercício da autonomia privada e expressão do princípio da solidariedade, e parece proteger com precisão os anseios de ambas as partes na relação jurídica. A cláusula marciana importa operação proporcional em seus termos e poupa, ainda, os contratantes, da imprevisibilidade de resultados, da morosidade e dos custos associados à alienação do bem.”. ANDRADE et al, *op. cit.*, p. 33.

alienar o bem dado em garantia, o qual será, antes, avaliado por terceiro, que considerará o preço de mercado.

Segundo parte da doutrina, por haver diversos diplomas legais possibilitando a alienação de garantia, o pacto marciano seria admitido em razão da analogia[740]-[741]. Mas, considerável parte entende que sua admissibilidade decorreria da regular manifestação do exercício da autonomia privada[742], a considerar, como defende Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho[743], que:

> (i) não afronta a função de garantia da coisa dada em penhor;
> (ii) não se mostra acordo potencialmente lesivo aos interesses do devedor;
> (iii) impõe que o bem seja transmitido por seu justo preço, o que obriga o credor a restituir eventual diferença entre o valor da dívida e do crédito;
> (iv) afasta a especulação acerca do ganho que pode ser obtido com a apropriação do bem;
> (v) permite ao credor perseguir o mesmo valor que obteria com o adimplemento da obrigação;
> (vi) não consubstancia enriquecimento sem causa indevido do credor.

Assim, embora ausente expressa previsão legal autorizativa, o pacto marciano, conforme a doutrina, seria admitido[744].

Apesar de ter mesma força do vedado pacto comissório[745]-[746], no pacto marciano, o credor não necessariamente se apropria de forma ilimitada de toda

---

[740] Neste sentido: TALAMINI, *op. cit.,* p. 201.

[741] Noutros países, como ocorre na Itália, o pacto marciano tem expressa previsão legal. Confira-se lição de MURINO: "La disciplina sulle garanzie finanziarie è in buona sostanza ispirata al modello del patto marciano la cui liceità è stata ancora recentemente chiarita, osservandosi che 'possono ritenersi validi i patti che autorizzano i creditori a soddisfarsi direttamente sui beni del debitore mediante la loro appropriazione o alienazione, sempreché si tratti di beni immessi nel loro possesso e sia dovuta al debitore l'eccedenza del valore o del ricavato rispetto all'importo dei crediti.'". MURINO, Filippo. L'autotutela Nell'escussione Della Garanzia Finanziaria Pignoratizia – **Quaderni di Giurisorudenza Commerciale**, 337. Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 29.

[742] A título de exemplo: D'AMICO, Giovanni; PAGLIANTINI, Stefano; PIRAINO, Fabrizio; RUMI, Tiziana. I nuovi marciani. Torino: G. Giappichelli, 2017, p. 4.

[743] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, pp. 134-135.

[744] Defendendo essa posição: ZOPPINI, Andrea. L'effettività in-vece del processo. **Rivista di Diritto Processuale**. v. LXXIV, n. 3, p. 679-699. Padova, 2019, p. 680; LUMINOSO, Angelo. Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva. **Rivista di Diritto Civile**, v. LXIII, n. 1, p.20-32. Padova, 2017, p. 28; MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia.** Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 127; ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes A. et al. **Código Civil Comentado.** São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 1396-1397.

[745] "Isso porque, no proibido pacto comissório, estabelece-se a apropriação integral da coisa dada em garantia, sem qualquer medida de proporcionalidade com a dívida, o que pode ensejar um acréscimo patrimonial injustificado na esfera do credor.". SALLES, *op. cit.,* p. 352.
"De fato, o pacto marciano é idôneo a garantir o interesse do credor com a mesma força do pacto comissório, com a diferença de que a imprescindível avaliação do bem e o dever de restituição do excedente ao devedor correspondem aos imperativos de equidade, solidariedade e proporcionalidade.". SALLES, *op. cit.,* p. 352-353.

[746] "O pacto marciano não desvirtua a função da garantia, transformando-a em instrumento de especulação, nem a torna fonte de enriquecimento, tampouco se presta ao abuso da vulnerabilidade do devedor – óbices que entravam a admissão do pacto comissório.". GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Pacto comissório versus pacto marciano: estruturas semelhantes com repercussões diversas. In: ___.

garantia, mas apenas do correspondente à obrigação inadimplida, considerando-se o preço de mercado indicado na avaliação à época em que realizada a alienação[747]-[748]. Se ocorrer de o valor da garantia ser superior ao da obrigação inadimplida, o credor deve pagar, ao devedor, o valor excedente[749], a se impedir, assim, o vedado enriquecimento sem causa. Se o valor da garantia for inferior ao da obrigação, ao credor, caberá exigir, do devedor, o pagamento do valor da diferença inadimplida[750].

Essa exata proporcionalidade entre prestações e obrigações (amparada na contemporaneidade da avaliação a ser realizada por *expert*[751] no momento da alienação da garantia pelo credor)[752], afirmando o necessário equilíbrio, faz com que o pacto marciano não seja vedado pelo ordenamento jurídico e, por isso, para a doutrina, considerado de admissível firmamento entre as partes[753]-[754]. Inclusive, o pacto marciano recebe claro estímulo por sua eficiência, já que evita o

---

Direito das garantias / coordenação de Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Maria Celina Bodin de Moraes e Rose Melo Vencelau Meireles; Aline de Miranda Valverde Terra".[et al.] . - São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 210-211.

[747] Idem, p. 210, após afirmar que o pacto marciano pode ser firmado no próprio título constitutivo da garantia ou em instrumento posterior, defende a justeza da apropriação pelo fato de a avaliação ser realizada por terceiro independentemente considerando o valor de mercado no momento do inadimplemento da obrigação assegurada. São suas palavras: "[...] afigura-se lícito e legítimo estipular-se, no título constitutivo da garantia ou mesmo depois, o pacto marciano, pelo qual as partes acordam, diante do inadimplemento da dívida, a apropriação do objeto da garantia pelo credor, pelo valor precificado pelo mercado ou arbitrado por terceiro independente ao tempo do vencimento da dívida, o que assegura que se atribua à coisa preço justo, a afastar o risco de prejuízo ao devedor.".

[748] Neste sentido, Murino: "Alla luce di tale guadagno della dottrina a ragione, in riferimento al patto marciano, è stato osservato che 'il divieto di arricchimento ingiustificato è dunque la vera ratio del divieto del patto commissorio' con la conseguenza che il patto commissorio valido è quello stipulato dalle parti ab initio, per il quale esistono dei meccanismi idonei ad evitare l'arricchimento ingiustificato del creditore.". MURINO, *op. cit.*, p. 50.

[749] "O pacto marciano consiste no ajuste que tem por efeito autorizar o credor a apropriar-se do bem conferido em garantia pelo seu valor justo na hipótese de verificar-se o inadimplemento do devedor. Sendo o valor aferido superior ao da dívida, incumbe ao credor entregar a diferença ao proprietário." RENTERIA, Pablo. **Penhor e Autonomia Privada**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 158.

[750] Há quem se posicione de forma um pouco diferente, no sentido de que, se o credor de apropriar da garantia (por ocasião do segundo leilão), ele terá de dar quitação total ao devedor. Neste sentido: LAMEGO, Nelson Luiz Machado. **Recuperação de crédito:** evitando a excussão judicial de garantias. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 891, p. 9-28, jan. 2010, p. 9-28; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias.** Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 150-151.

[751] Nomeado pelas partes no próprio instrumento constitutivo do pacto marciano ou em momento outro, prévio à realização da avaliação.

[752] "La Suprema corte in questo modo individua, come elemento decisivo per l'ammissibilità della fattispecie, che la clausola marciana preveda - per il caso e al momento dell'inadempimento (ossia quando si attuerà coattivamente la pretesa creditoria) - un proced mento di stima del bene, in tempi e modalità detinite, sí da realizzare uma valutazione imparziale. La stima dovra essere affidata a persona indipendente ed esperta, la quale si dovrà attenere a tali parametri, per una corretta determinazione dell'na e del quantum della eventuale differenza da corrispondere all'utilizzatore.". LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p.165.

[753] "Se si pone l'idea che le parti non abbiano voluto frodare la legge, ma abbiano inteso raggiungere una soluzione extragiudiziale al soddisfacimento di un proprio credito in maniera equilibrata e proporzionale rispetto alle prestazioni dedotte, ciò significa che queste ultime abbiano voluto porre in essere un patto marciano e non un patto commissorio, contrario all' ordinamento.". Idem, p. 142.

[754] A defender este mesmo ponto de vista: ANDRADE, *op. cit.*, p. 4; LUMINOSO, *op. cit.*, p. 28.

enfrentamento da morosidade processual para a realização do direito e impele à redução de custos, a partir da realização da venda direta do bem dado em garantia[755].

Apesar de constituído de forma consensual, o pacto marciano é considerado espécie de autotutela quando a alienação do bem dado em garantia, com mudança de sua titularidade, não ocorrer de forma consensual, pois será ato de exercício de direito praticado pelo seu próprio titular, que corresponde a eventual prestação jurisdicional. Não é porque ele foi constituído de forma consensual que a alienação não constitua autotutela. A consensualidade, de regra, restringe-se ao firmamento do pacto, com colocação de bem em garantia e opção pela nomeação de *expert* para realização de avaliação prévia à apropriação pelo credor.

Ressalta Eduardo Talamini[756] que a autotutela não reside na intervenção de terceiro que avaliará o bem a ser alienado. Esta participação do terceiro apenas elimina eventual abusividade que poderia advir se a avaliação fosse realizada pelo próprio credor[757]. E como não há abusividade, afasta-se a necessidade de prévia certificação jurisdicional para que se realize a alienação da garantia diretamente pelo titular do direito, sendo este o ato específico de autotutela.

Pode ocorrer de, após realizada a alienação da garantia, sua apropriação ser resistida, impedindo, apenas quanto a isso, e se necessário o uso da força, a autotutela[758]. De todo modo, o credor exercerá o direito de alienação com mudança de propriedade, pelo que se pode concluir que o pacto marciano justifica a alienação, mas não a tomada forçosa de posse se o bem não estiver com o credor.

Agora, se ocorrer de a posse do bem-estar com o devedor e ele, após a mudança da propriedade, efetuar espontaneamente a sua entrega, este ato será

---

[755] Neste sentido: "De outra parte, é inegável a utilidade social do pacto marciano, haja vista consubstanciar expediente destinado a proporcionar às partes meio eficiente de execução da garantia – poupando-os da morosidade e dos custos usualmente associados à venda do bem – sem, no entanto, sacrificar os interesses do devedor.". RENTERIA, Pablo. **Penhor e Autonomia Privada**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 177.

[756] TALAMINI, *op. cit.*, p. 200.

[757] No mesmo sentido: D'AMICO, Giovanni; PAGLIANTINI, Stefano; PIRAINO, Fabrizio; RUMI, Tiziana. **I nuovi marciani.** Torino: G. Giappichelli, 2017, p. 1-2.

[758] Como ressalta Eduardo Talamini, neste aspecto, caberá ao titular do direito buscar a prestação jurisdicional: "Por outro lado, em nenhum caso de leilão ou venda extrajudicial ao terceiro ou de aquisição pelo próprio credor com base em pacto marciano, há autorização de que o próprio credor ou o adquirente faça uso da força para buscar e apreender o bem ou imitir-se em sua posse, se não houver entrega ou desocupação voluntária. Sempre que isso for necessário, mesmo em todas as hipóteses acima referidas em que lei expressamente permite a venda privada, haverá necessidade de recurso ao judiciário. Esse termo da equação não se altera como emprego do smart contract.". TALAMINI, *op. cit.*, p. 201.

consensual e, por isso, não constituirá, quanto a ele, especificamente, exercício de autotutela.

Dessas considerações, verifica-se que o ato de alienação, realizado pelo credor em razão de pacto marciano, ocorre mesmo sem que haja urgência associada. Depende essencialmente da verificação da condição (inadimplemento de obrigação pelo devedor) prevista em instrumento contratual. A autotutela é autorizada, não pela necessária verificação de urgência, mas por certificação da mora, sendo legitimada pela realização de avaliação imparcial.

Outrossim, a autotutela é utilizada pelo justiçador, em realização a seu direito, justamente pelo poder que lhe é conferido em razão da situação contratual em que se encontra, não causando, contra a coletividade, nenhum prejuízo, seja à ordem pública, seja à paz social.

Não se dispensa, contudo, em respeito ao devido processo legal, necessário à legitimação da autotutela, que o devedor seja devidamente constituído em mora, mediante comunicação específica, bem assim cientificado do resultado da avaliação e do procedimento de alienação, a possibilitar sua participação em todos os atos e a eventual busca do controle jurisdicional.

Logo, quanto aos elementos postos pela doutrina, o direito de expropriação por pacto marciano: a) exige prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) não tem previsão legal (a não ser para casos específicos); d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa a associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

Além disso, para se legitimar a autotutela, o devedor deve ser constituído em mora por comunicação e cientificado do resultado da avaliação e do procedimento de alienação.

4.3.5 Aplicação de medidas coercitivas atípicas

Existem diversas medidas coercitivas típicas, expressamente previstas no sistema jurídico brasileiro, a exemplo da restrição de crédito, que, como antes dito, visam a compelir a outra parte da relação jurídica ao cumprimento de obrigação que se julga estar inadimplida.

Por estarem amparadas em previsões legais expressas, as medidas coercitivas típicas dispensam, para sua realização, previsão contratual. Todavia, a se tratar de medidas coercitivas atípicas, desprovidas, portanto, de previsão legal expressa, a disposição contratual, para suas realizações, é necessária.

Isso porque, a se tratar de ônus e de penalidades a serem aplicados em detrimento da parte inadimplente, exige-se, em respeito a diversos princípios e postulados, sobretudo ao da boa-fé, prévia e expressa previsão, embora ela não precise ser, da mesma forma, trazida em texto legal.

Não há, no sistema jurídico brasileiro, impedimento específico contra o estabelecimento, em contrato, de medidas coercitivas atípicas[759]. Há, sim, fatores gerais de impedimento (e de limitação), estando eles relacionados ao âmbito da autonomia privada.

São exemplos de medidas coercitivas atípicas convencionadas pelas partes: possibilidade de realização de desconto em contraprestação pecuniária destinada ao pagamento de serviço realizado com atraso; possibilidade de entrega produto de inferior qualidade se realizado pagamento incompleto.

Ditos exemplos revelam que o justiçador pode realizar o seu direito em autotutela pelo poder que lhe é conferido em razão da situação contratual em que se encontra, não causando, contra a coletividade, nenhum prejuízo à ordem pública e à paz social.

Aplicada a medida coercitiva atípica, uma parte da relação jurídica acaba por decidir, contra a parte adversa, pelo descumprimento de sua obrigação, reconhecida por provas. Para tanto, não se faz necessária verificação de urgência, mas apenas de certificação proporcionada pelas provas existentes.

Para legitimar a aplicação da medida coercitiva atípica, a parte adversa da relação jurídica deverá ser comunicada. E se a obrigação não estiver submetida a termo, a medida coercitiva só incidirá a partir da realização da comunicação informando acerca do preenchimento da condição.

---

[759] Em semelhante sentido, Schenk: "Tornar-se-ia possível, assim, admitir a criação, pelos contratantes, de instrumentos de autotutela, inclusive com função resolutiva, não expressamente previstos em lei. Consoante esse entendimento, a ausência de previsão legal de referidos instrumentos pode ser superada adotando-se a 'não excepcionalidade da autotutela contratual constitucionalizada', decorrente do 'princípio da autonomia privada, devidamente temperado pelos filtros de controle da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso.'". SCHENK, Leonardo Faria; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Inafastabilidade da Jurisdição e Autotuleta: O Exemplo da Cláusula Resolutiva Expressa. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, 2019, p. 5.

Com isso, o direito de aplicar medidas coercitivas: a) exige prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) não tem previsão legal; d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa a associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

A parte adversa, antes de aplicar a medida coercitiva atípica, deverá ser comunicada, como forma de legitimar o ato praticado em autotutela.

4.3.6 Realização de direitos potestativos

Os direitos potestativos possibilitam que o seu titular, mediante declaração de vontade[760], possa realizá-lo unilateralmente. A esfera jurídica de uma pessoa fica sujeita ao poder de outra[761], quem pode constituir, modificar ou extinguir uma situação subjetiva[762].

Apesar de o exercício do direito potestativo implicar interferência na esfera jurídica da outra parte da relação, esta, em razão da unilateralidade, fica juridicamente impossibilitada de neutralizar o poder do titular[763]. Em consequência, aquele contra quem é exercido o direito potestativo fica em estado de sujeição[764].

---

[760] Neste sentido: AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista de Direito Processual Civil**. São Paulo, 2016, p. 3.

[761] Neste sentido: MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. Campinas: Millennium, 2000, p. 240; NANNI, Giovanni Etore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual:** requisitos e efeitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 410-411.

[762] Para António Menezes Cordeiro, "[...] o direito potestativo é, na verdade, o produto de normas que conferem poderes. Trata-se, no entanto de poderes atribuídos ao beneficiário através do intermediar de normas permissivas, isto é: ao titular cabe, segundo seu livre-arbítrio, atuar ou não o poder que a norma lhe conceda. Por essa via, o poder que a lei confira ao titular é visto como um bem, que ele aproveitará, ou não, como quiser. Deste modo, se poderá compreender a inclusão dos 'direitos potestativos' na figura mais extensa dos direitos subjetivos.". CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Vol. I. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 336.

[763] Neste sentido: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 123.

[764] Agnelo Amorim Filho afirma que "[...] uma das principais características dos direitos potestativos é o estado de sujeição que o seu exercício cria para outra ou outras pessoas, independentemente da vontade destas últimas, ou mesmo contra sua vontade". AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista de Direito Processual Civil**. São Paulo, 2016, p. 3. No mesmo sentido, Salvatore Satta: "São os direitos os quais não têm por conteúdo uma pretensão do titular versus a parte contrária, mas, sim, a exaurirem-se facultando a produção de um determinado efeito jurídico, independentemente da vontade daquele que estiver sujeito à alteração". SATTA, Salvatore. **Direito processual civil.** São Paulo: LZN, 2003, p. 441.

No Brasil, diversos direitos potestativos são expressamente reconhecidos por textos legais. Mas alguns destes textos, diferentemente do que ocorre com outros[765], nem sempre preveem que o titular possa realizar o direito em autotutela. O direito é expressamente reconhecido, mas não a possibilidade de autotutelá-lo. Um destes casos, que aqui se utiliza como exemplo, é a aquisição por meação de paredes e muros, prevista no art. 643 do Código Civil. Por isso, a autotutela é considerada atípica.

O direito potestativo, por dispensar, de regra, a participação da outra parte da relação jurídica, pode ser realizado diretamente pelo seu titular. E, por essa razão, dispensa o contato direto entre as partes, não havendo perturbação à ordem pública e à paz social.

E para o exercício em autotutela, quando o seu objeto seja a satisfação de direito potestativo, não se faz necessária sua violação ou sua ameaça, nem muito menos a verificação de urgência. Permite-se, diferentemente do que ocorre com outras hipóteses de autotutela, exercício de direito pela simples manifestação de vontade de seu titular em razão da certificação que decorre da potestatividade do direito.

Isso leva à conclusão de que não são todos os direitos realizáveis em autotutela que exigem a prévia violação ou ameaça a direito. A se tratar de direitos potestativos, especificamente os que dispensem a cooperação da outra parte da relação jurídica, eles podem ser realizados em autotutela, mesmo que não sejam violados ou ameaçados.

Portanto, a realização de direito potestativo: a) dispensa prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) dispensa a constatação de urgência; c) por vezes, não tem previsão legal; d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa a associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

4.3.7 Situações urgentes

[765] Como ocorre, por exemplo, no caso previsto pelo art. 1.029 do Código Civil, que, expressamente, define como pode ser exercido, em autotutela, o direito potestativo. Eis a redação do texto legal: “Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa.”.

A urgência, que impossibilita a busca da prestação jurisdicional para a realização do direito, justifica, de forma ampla, o exercício de direito em autotutela. Independentemente da existência de previsão legal ou mesmo contratual que expressamente autorize, em razão de juízo de ponderação passível de controle jurisdicional, o titular pode realizar o seu próprio direito.

Esta posição se justifica porque, se o sistema jurídico admite até mesmo a prática de ato, *a priori*, ilícito pelo sujeito, em razão de urgência, quando em risco direito seu, por maior razão, deve admitir, com o mesmo objetivo, a prática de ato lícito. Havendo urgência (caracterizada pelo risco ao direito) advinda de ação da parte adversa da relação jurídica, justifica-se a realização de direito em autotutela.

De forma unânime, a doutrina admite o exercício de direito em autotutela quando verificada urgência[766]. A crítica à realização de direito nesta circunstância decorre essencialmente da perturbação que o ato pode ocasionar, inclusive com emprego de violência.

Contudo, se, ao realizar direito em autotutela, o seu titular não ocasiona perturbações coletivas, deixando, assim, de atentar contra a ordem pública e a paz social, não haverá o que se refutar, sobretudo considerando a impossibilidade de o Estado ofertar prestação jurisdicional plena em tempo razoável. Em fácil juízo de ponderação, aí, deve ser admitida a realização do direito em autotutela.

Assim, a realização de direito em situações de urgência: a) exige prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; b) exige a constatação de urgência; c) não tem previsão legal; d) exige exercício pelo próprio titular do direito; e) dispensa a associação ao uso de força; f) exige resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

4.4 CONSTATAÇÕES PARCIAIS

---

[766] Neste sentido, dentre outros: SANTAMARIA, Ferrara. La giustizia privata. Jovene: Napoli, 1937, p. 122; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 260; CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1, 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 115); GRINOVER, Ada Pellegrini. A Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e uma Nova Modalidade de Autotutela. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 10 – jul./dez. 2007, p. 18; FONSECA, Rui Guerra. O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2012, p. 293; CASTRO, Jordi Delgado; VÉLEZ, Diego Palomo; DELGADO, Germán. Autotutela, Solución Adecuada Del Conflicto Y Epossession: Revision Y Propuesta. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte.** Ano 24, nº 2, pp. 265-289, 2017, p. 276; LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile.** Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 53; SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais.** Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 82.

Pelos estudos apresentados no primeiro capítulo, foram identificados, de forma preliminar, os seguintes elementos relacionados à autotutela: prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; constatação de urgência; previsão legal ou pelo menos contratual; exercício pelo próprio titular do direito; associação ao uso de força; resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

As hipóteses analisadas no presente capítulo, entretanto, mostram existir considerável dissenso em comparação aos estudos doutrinários apresentados, especificamente quanto à verificação e quanto à combinação dos elementos. Apenas dois destes elementos são comuns a todos os casos de autotutela. São eles: exercício pelo próprio titular do direito; resultado correspondente ao da prestação jurisdicional.

A coincidência dos dois elementos é justificada porque, como antes mostrado: se não fosse realizada diretamente pelo próprio titular do direito, não seria autotutela, mas heterocomposição ou autocomposição; se o resultado não correspondesse ao da prestação jurisdicional, não seria tutela, mas, provavelmente, um ato ilícito.

Explica-se:

A etimologia da palavra autotutela, em razão da utilização do prefixo “auto”, que guarda significação reflexiva, remete à ideia de que, para sua caracterização, é indispensável que o ato de realização ou de proteção do direito seja praticado pelo seu titular.

Não haveria sentido, *a priori,* escolher, para o vocábulo de identificação, um prefixo de concepção reflexiva e, apesar disso, entender que a participação do titular do direito não teria relevância na compreensão conceitual. Seria escolher vocábulo que não guardaria sintonia com o conceito.

Se essa situação ocorresse, a indicação vocabular seria passível de críticas. Só que não é assim que faz a doutrina, que, à unanimidade, sequer sugere outra nomenclatura. Inclusive, os próprios vocábulos estrangeiros correspondentes trazem prefixo reflexivo na sua formação[767]-[768].

---

[767] A título de exemplo: no direito estadunidense, utiliza-se o vocábulo “self-help”; no alemão, “selbstschutz”.

[768] Como aduz Rui Guerra Fonseca: “O prefixo auto é reflexivo: traz sobre o garantido (protegido, defendido, guardado) a própria garantia. Neste sentido, tal reflexividade qualifica a relação sujeito/objecto dessa mesma garantia: o que é garantido é o próprio garante; este garante-se a si mesmo. O tutor é-o de si mesmo, numa tendencial confusão entre sujeito e objecto.”. FONSECA, *op. cit.*, p. 244.

Por isso, explica Rui Guerra Fonseca[769], a partir de uma análise etimológica: “a acção do próprio sujeito é para garantia de si mesmo. Nesta perspectiva se fala, portanto, em tutela do próprio interesse operada directamente pelo próprio interessado”[770].

Essas considerações fazem compreender, com amparo etimológico, que, na construção do conceito de autotutela, a atuação do titular do direito é determinante, a constituir signo de harmonização entre a ideia e o vocábulo de denominação, diferenciando-o de outros existentes, que trazem outra compreensão.

De fato, quando não há participação direta do titular, está-se, ou diante de uma autocomposição (caracterizada por uma conjugação de vontades das partes da relação jurídica) ou de uma heterocomposição (caracterizada pela participação decisiva de um terceiro, estranho à relação jurídica, na composição do direito).

Quanto à atuação de um terceiro estranho à relação jurídica, devem ser tecidas algumas considerações. O ato praticado por ele, sob seu domínio, realizando ou protegendo direito do titular, não se caracteriza como de autotutela. É, repita-se, uma heterocomposição ou outro instituto, que deve receber diferente denominação. Mas não é autotutela.

Contudo, há divergência na doutrina que surge justamente quando o ato é praticado por terceiro, mas o seu domínio é do titular do direito. Em assim ocorrendo, a despeito da participação de um terceiro na efetivação da realização ou proteção de um direito, o ato praticado pode ou não ser considerado exercício de autotutela?

Parte da doutrina[771] entende que, se o terceiro intervier, de qualquer forma (ainda que apenas em auxílio ao titular do direito, ou seja, sem qualquer domínio), para a realização ou para a proteção de direito, a prática do ato não se caracterizaria como autotutela. Outra parte[772] diz ser de autotutela o ato praticado, a despeito da interveniência de terceiro, porque este agiria em simples auxílio ao titular do direito.

---

[769] Idem, p. 244.
[770] Ibidem, p. 244.
[771] Neste sentido: FONSECA, Rui Guerra. **O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 246; SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais.** Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 81; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal**. Atlas: São Paulo, 2010, p. 36.
[772] Neste sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Novas **Perspectivas para Atuação da Tutela Executiva no Direito Brasileiro**: Autotutela Executiva e “Desjudicialização” da Execução. Brasília: Revista de Processo, 2022, p. 3; DENARDI, Volnei Luiz. **Execuções Judicial e Extrajudicial no Sistema Financeiro da Habitação**: Lei nº 5.741/71 e Decreto-Lei nº 70/66. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.

Este trabalho entende que, mesmo que haja participação de terceiro (na realização ou na proteção de direito), sendo ela apenas auxiliar, tal circunstância não traz qualquer elemento relevante que seja capaz de descaracterizar o ato como sendo de autotutela. Essa conclusão é ratificada pela responsabilidade do ato.

Com efeito, a responsabilidade pelo ato de terceiro, se ele age sob comando, é do titular do direito, que responde pelas consequências decorrentes, inclusive, mesmo que não tenha incorrido em culpa, pelos danos eventualmente causados[773]. Mas, se o titular do direito não tem domínio sobre a ação do terceiro, não será necessariamente responsável pela reparação de danos eventuais, o que confirma que a autotutela, aí, não está caracterizada.

Neste sentido, a prática direta, pelo terceiro, do ato de realização ou de proteção do direito de outrem, não é de autotutela, porque, aí, ele passa a ter o domínio de toda a atuação, não se adstringindo à condição de simples auxiliar, mas de verdadeiro protagonista. Mas, se o domínio do fato for do titular do direito, mesmo que ele conte com o auxílio de um terceiro, o ato será próprio.

Logo, a atuação de terceiro, desde que em simples auxílio, sem domínio do fato, não descaracteriza o ato como de autotutela.

Essa ponderação é importante, sobretudo no contexto atual, em razão das novas técnicas de tutela surgidas ao longo dos anos e da própria natureza incorpórea de diversos bens jurídicos colocados em disputa. Tais circunstâncias, que são muito habituais, geralmente exigem a intervenção de terceiro para auxiliar a realização e a proteção de direito.

Ademais, sendo o radical do vocábulo (“tutela”) correspondente à realização de direito, resultado típico da prestação jurisdicional (com a licença, evidentemente, do preciosismo terminológico), a ideia de autotutela deve ter essa correspondência. A ação do titular do direito deve corresponder ao resultado da atividade jurisdicional.

Pressupõe-se, ademais, que, havendo previsão expressa na legislação ao exercício da autotutela, a qual é diuturnamente ampliada, o seu resultado deve ser lícito (como é o da prestação jurisdicional), a desconstruir, assim, a propagada ideia de possibilidade de cometimento de ilícito, habitualmente trazida por parte da doutrina.

108; BECKER, L. A. **Execuções especiais:** SFH – SFI – Alienação Fiduciária – Crédito Rural e Industrial. Malheiros: São Paulo, 2002, p. 314.

[773] Neste sentido, as disposições dos artigos 932 e 933 do Código Civil.

Os demais elementos da autotutela que foram preliminarmente apresentados no primeiro capítulo, embora tenham sido identificados, não foram necessariamente verificados em todos os casos. Estes mostram que para se realizar direito em autotutela nem sempre se exige: prévia verificação de ameaça ou de violação a direito; constatação de urgência[774]; previsão legal ou contratual; uso de força.

Poder-se-ia até estranhar que o agir em autotutela não seria uma reação à violação ou à ameaça a direito. Isso porque não haveria interesse, pelo menos a priori, que o titular agisse em autotutela se não houvesse qualquer violação ou ameaça a direito seu. Se não há violação ou ameaça a direito, estaria preservada situação idealizada pelo sistema. A modificação dessa situação, pelo titular do direito, só se justificaria para guardar um cenário de recomposição jurídica, com preservação das respectivas esferas.

Entretanto, como pontuado, há exceção quanto a essa constatação. Ela diz respeito justamente aos direitos potestativos. Estes, podendo (em sua maioria) ser realizados pela simples manifestação de vontade do titular, a impor situação de sujeição da outra parte, possibilitam o exercício de autotutela independentemente da verificação de violação ou ameaça.

Em outras palavras, os direitos potestativos (em sua maioria) são realizados por vontade de seu titular e não por desrespeito causado por outrem. Em consequência, eles excepcionam a necessidade de verificação de violação ou de ameaça a direito para que a autotutela seja exercida. O exercício decorre simplesmente da potestade, que também legitima a autotutela.

Logo, não sendo a violação ou ameaça a direito comum a todos os casos de autotutela, não pode ser colocada como elemento formativo do conceito. Comuns, repita-se, são apenas os seguintes elementos: a autotutela deve ser exercida pelo titular do direito; o seu resultado corresponde ao da prestação jurisdicional.

4.5 ARREMATE DA SEÇÃO

Identificados, neste capítulo, os elementos que são comuns aos casos de autotutela no direito privado, a este trabalho caberá, agora, no próximo capítulo,

[774] Essa constatação levou Luiz Fux a afirmar: "É possível mesmo vaticinar que em todas as hipóteses de autotutela, ainda legitimadas, subjaz uma situação de evidência". FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência** - Fundamentos da Tutela Antecipada. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 329.

estudar os institutos que são assemelhados, incluindo-se os de uso permitido e os de uso proibido. Isso possibilitará a diferenciação com os institutos assemelhados a partir da identificação dos elementos característicos, sendo este passo essencial para a formação do conceito de autotutela pelo particular no direito privado.

5 INSTITUTOS JURÍDICOS ASSEMELHADOS À AUTOTUTELA

5.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Para alcançar o conceito de autotutela, sem descurar de sua necessária precisão, é necessário ligá-lo a outros institutos jurídicos assemelhados e, em seguida, diferenciá-lo[775]. Este procedimento, realizado com observância à sua recontextualização ao atual momento, trará delineamentos mais firmes ao conceito, pois aproveitarão estudos dedicados a outros institutos, dos quais, muitos, inclusive, tiveram maior interesse por parte doutrina.

Serão, portanto, apresentados, a seguir, institutos assemelhados à autotutela, sendo alguns deles de usos permitidos e outros de usos proibidos pelo sistema jurídico brasileiro, para indicar suas semelhanças e suas diferenças. Identificar-se-ão, logo depois, quais os espaços não preenchidos pelos institutos trazidos pelo sistema jurídico brasileiro e verificar-se-á se eles devem ou não ser ocupados pela autotutela, considerando-se os elementos formativos do conceito.

Por fim, para ratificar algumas das conclusões trazidas por este trabalho, serão apresentados institutos assemelhados, sendo eles de usos permitidos, existentes em outros sistemas jurídicos que influenciaram a compreensão e a criação de dogmas em torno do instituto da autotutela no direito brasileiro. Além de serem identificadas as diferenças entre eles e a autotutela, apresentar-se-ão alguns pontos de contato, que legitimam a justiça de mão própria.

5.2 INSTITUTOS DE USOS ADMITIDOS

Primeiramente, serão apresentados os institutos jurídicos cujos usos são admitidos pelo sistema jurídico brasileiro. Com a análise de cada um, serão apontados, além de suas semelhanças e de suas diferenças com a autotutela, os pressupostos e os requisitos necessários. Mais que isso, serão apresentados os limites ao exercício de cada um dos institutos, que também poderão servir à identificação daqueles relacionados à autotutela.

---

[775] Sobre o procedimento de ligação/diferenciação, pertinente leitura de: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 54.

5.2.1 Legítima defesa

No sistema jurídico brasileiro, o instituto que mais se assemelha à autotutela é o da legítima defesa[776]. Alguns representantes da doutrina, inclusive, ao darem exemplos de autotutela, colocam a legítima defesa como sendo uma de suas espécies[777], aludindo que "quem defende, seja embora violentamente, o bem próprio ou alheio injustamente atacado, não só atua dentro da ordem jurídica, mas em defesa dessa mesma ordem"[778]. São impulsionados a cometer este erro por conta das diversas semelhanças entre os institutos, embora haja diferenças que impossibilitem colocar a legítima defesa como espécie de autotutela[779].

Observe-se:

Depois de o art. 23 do Código Penal dispor que quem age em legítima defesa não comete crime, fazendo compreender que ela se trata de uma excludente de ilicitude, o art. 25 do Código Penal traz seus delineamentos. Pelo texto legal, age em legítima defesa "quem, usando moderadamente dos meios necessários [dentre os quais, está a força][780], repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem".

No âmbito cível, o inciso I do art. 188 do Código Civil, apenas dispõe que os praticados em legítima defesa não são ilícitos. Não há nenhum delineamento mais

---

[776] E, tal qual a autotutela, é uma faculdade. Neste sentido, MERÉJE: "É um êrro dizer-se que a legítima defesa constitui um direito. Trata-se mais pròpriamente, de uma faculdade. Só há direito quando há uma obrigação correlativa, e seria absurdo dizer-se que o agressor tem a obrigação de se deixar matar.". MERÉJE, *op. cit.*, p. 91.

[777] Dentre eles: ZAMORA Alcalá. **Proceso, Autocomposiõn y Autodefensa**. México: UNAM, 1970, p. 59-60; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 29); Ari Possidônio Beltran (A Autotutela nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTR, 1996. p. 31; RÁMON, Fernando Lopéz. Limites constitucionales de la autotutela administrativa. **Revista de Administración Pública**, nº 115, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988, p. 58; VEDANA, Alexandre Torres. Incorporação **Imobiliária e Leilão Extrajudicial. Jurisdição, Crise, Efetividade e Plenitude Institucional.** Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 455-456; THEODORO JUNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiro: litisconsórcio fora do pacto arbitral. Outras intervenções. **Revista de Direito Bancário**, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, out./dez. 2001; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria da Ação de Direito Material. Salvador**: JusPodivm, 2008; BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo I. 5ª ed. Revista e atualizada por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 234.

[778] BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. 5ª ed. Revista e atualizada por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 235.

[779] Um dos pontos que alimenta esse erro é a colocação da urgência como requisito à atuação em legítima defesa (como assim faz: PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 320), que usualmente também é colocada como requisito ao exercício da autotutela privada.

[780] Quanto a este aspecto, lição de Meréje: "Mas é necessário evitar a confusão entre a existência do direito de defesa e os seus limites. Seria um erro crer, com efeito, que as condições da legítima defesa estão realizadas, a pessoa ameaçada terá sempre o direito de se defender por todos os meios e de ir até o fim, matando ou ferindo gravemente o agressor.". MERÉJE, *op. cit.*, p. 90.

específico em torno do instituto. O dispositivo legal se restringe a colocar o ato praticado em legítima defesa como sendo ato lícito, embora devesse colocar, de forma mais clara, em coerência com o que estabelece o Código Penal, que a legítima defesa é uma excludente de ilicitude.

Com efeito, o ato praticado é, *a priori*, ilícito e, por isso, não correspondente à prestação jurisdicional, mas, por decorrer de uma defesa considerada legítima, a justificar, num juízo de ponderação, o agir, sua ilicitude é excluída[781]-[782]. Então, pode-se afirmar que o ato praticado em legítima defesa não é lícito em sua origem. Ele, em verdade, é ilícito, mas se torna lícito, justamente porque a legítima defesa é uma excludente de ilicitude.

Quando praticado em legítima defesa, o ato admite uso de força. Esta passa a ser tolerada em razão das circunstâncias relacionadas. De toda forma, a força, conforme dispõe previsão legal expressa, precisa ser necessária para repelir agressão a direito e exercida de forma moderada[783]. Logo, pode-se afirmar que a força não caracteriza a legítima defesa, porque ela nem sempre será imprescindível, a considerar que outros meios podem ser suficientes ao alcance da finalidade. Quando imprescindível, seu uso deverá ser moderado.

Na autotutela, por sua vez, o uso da força, em algumas situações específicas, é expressamente autorizado por lei[784], não havendo ilícito se necessária e aplicada

---

[781] Neste sentido: LEMOS *op. cit.*, p. 29; PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 257; RODRIGUES, *op. cit.*, p. 56; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** Parte geral. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 550; CASTRO, Jordi Delgado; VÉLEZ, Diego Palomo; DELGADO, Germán. Autotutela, Solución Adecuada Del Conflicto Y Epossession: Revision Y Propuesta. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte**. Ano 24, nº 2, pp. 265-289, 2017, p. 276.

[782] É por isso que "inexiste, em qualquer das hipóteses, um direito subjetivo previamente existente para o qual se pudesse pleitear proteção ao Judiciário. Na legítima defesa, não se pode falar em 'direito' a não ser agredido injustamente e sim na proibição, dirigida a qualquer do povo, de não agredir a quem quer que seja.". YOSHIKAWA, *op. cit.* p. 28-29.

[783] Segundo PAGNINI, "[...] la Suprema Corte in una nota sentenza (Cass. 20727/03), in cui ha affermato che la legittima difesa può essere anche invocata a tutela di diritti patrimoniali, con il ricorso alla violenza, purché sussistesse proporzione, tra danno che l'imputato avrebbe potuto subire e reazione violenta posta in essere, e purché il comportamento tenuto dall'aggredito co-stituisse l'unico mezzo per impedire l'aggressione al patrimonio.". PAGNINI, Lydia. L'eccesso colposo nella legittima difesa. Un'introduzione. In: PAGNINI, Lydia. **Sicurezza e Autotutela:** A cura di Gian Guido Maria Grassi. Pisa: Pisa University Press, 2017, p. 34.

[784] Inclusive, outra diferença entre autotutela e legítima defesa é que esta, diferentemente daquela, não tem como ter hipóteses de aplicação previamente definidas. Explica Andrea Lepore: "Tuttavia, nessuna delle ricostruzioni offerte può essere accolta senza sottolineare alcune contraddizion . Non convince che possa definirsi eccezionale il principio contenuto nell'art. 2044 c.c. per la sua natura di esimente, in quanto la legittima difesa in sé non può costringersi in fattispecie tipiche, ossia in comportamenti pre-definibili". LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. Quaderni della Rassegna di diritto civile. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 61. E completa: "Un simile ragionamento deve dunque condurre a ritenere che la legittima difesa non può essere considerata una norma eccezionale, non può essere limitata in applicazioni tipiche ma, viceversa, potrebbe costituire proprio una norma generale in tema di autotutela, un importante punto di riferimento per l'indagine che si sta svolgendo." LEPORE, *op. cit.*, p. 61.

de forma proporcional. Mas, de regra, sem previsão legal, a força não é permitida, pelo que a autotutela também não se caracteriza pelo seu uso. A exceção é quando há urgência que impossibilite o Estado de ofertar prestação jurisdicional em tempo apropriado. Aí, mesmo sem expressa previsão legal, tolera-se o uso da força.

Entretanto, apesar de, em algumas situações, a urgência ser elemento comum que autoriza o uso da força para ambos os institutos analisados (contanto que ela seja necessária e aplicada de forma proporcional), o titular, em autotutela, não se adstringe apenas a defender direito, como necessariamente ocorre com a legítima defesa. Por vezes, na autotutela, o titular realiza direito, o que pode fazer mesmo que não haja urgência.

Daí, apesar da semelhança relacionada à verificação de um possível cenário de urgência que possa até justificar o uso de força, decorre outra diferença do ato praticado em legítima defesa com o ato praticado em autotutela[785]. Enquanto, na legítima defesa, apenas se defende direito, na autotutela, o direito pode ser defendido, mas também realizado. E, ainda, a defesa em autotutela deve corresponder à atividade jurisdicional, o que necessariamente não ocorre com a legítima defesa, em que se admite a prática de ato que, *a priori*, é ilícito.

Seguindo este caminho, a autotutela, por corresponder ao resultado da prestação jurisdicional, não é considerada, nem *a priori*, um ato ilícito, diferentemente do que ocorre com a legítima defesa, como antes posto. Por isso, a autotutela não é colocada como uma excludente de ilicitude, mesmo quando, para a realização ou defesa de direito, seja utilizada força. O ato praticado é lícito[786]-[787], seja porque expressamente permitido, seja porque admitido pelo sistema[788].

---

[785] Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda afirma que: "Uma vez que a legitima defesa supõe, do outro lado, ato contrário a direito e a justiça de mão própria não no é, não se pode pensar em legítima defesa contra ato de justiça de mão própria.". PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 257.

[786] Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda tem idêntica compreensão: "A justiça de mão própria é a aplicação da regra jurídica pelo próprio interessado, quando aquele, que devia atender à incidência da regra jurídica, a ela não atendeu. Não se confunde com o ato de legítima defesa, ou com ato em estado de necessidade, porque esses se passam no mundo dos fatos, subjacente ao mundo jurídico, ao passo que a justiça de mão própria supõe que a regra jurídica já tenha incidido, portanto que já se esteja no mundo jurídico, e, pois, que o interessado mesmo de aplicação à regra jurídica desatendida. O interessado põe-se no lugar que, depois que a justiça se tornou monopólio do Estado, a esse, e não a particulares, caberia.". Idem, 223.

[787] Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda mostra que, ao longo da história, a autotutela e a legítima defesa foram colocados, por ordenamento jurídico inglês, como institutos diferentes. Confira-se: "No direito inglês, o self-help foi proibido no século XIII, mas ele existiu por ocasião das guerras civis, regressivamente. O princípio proibitivo quase se apagou nos séculos XIV e XV. Quando a kings peace (paz do rei), a ordem pública assegurada pelo Estado, se firmou, a justiça de mão própria, pacífica, pôde coexistir com ela. O direito inglês não confundiu legítima defesa e justiça de mão própria, self-help e self-defense. Distinguiu o self-help em caso de contrato e o self-defense em caso de delito (expulsão do intruso, isto é, de quem se introduziu no sítio, casa,

De acordo com Silvio Rodrigues[789], os pressupostos à caracterização e os requisitos ao exercício da legítima defesa são os seguintes[790]: a) presença de agressão injusta, atual ou iminente[791]; b) proteção a direitos do agredido ou de terceira pessoa[792]; c) uso moderado dos meios defensivos[793-794]; d) inevitabilidade da agressão[795-796].

A partir dos pressupostos e dos requisitos, que identificam o núcleo conceitual do instituto da legítima defesa, verifica-se outra diferença em relação à autotutela.

---

escritório, etc; a tomada do que foi retirado do prédio; retomada de bens, retaking of goods; destruição de estado de fato lesivo, e. g., do muro que o estranho levantou; medida para segurança do objeto que causa dano, e. g., do gado ou cão que invade o terreno).". Idem, 229.

[788] Não há nem que se falar em ilicitude por não ter, o titular do direito, buscado a prestação jurisdicional, porque, quando age em autotutela, havendo ou não urgência, o sistema permite que ele aja diretamente.

[789] RODRIGUES, Arlindo Peixoto Gomes. **A legítima defesa como causa excludente da responsabilidade civil**. São Paulo: Icone, 2008, p. 66.

[790] Para Meréje, "[...] em nosso direito penal, vigente e de jure constituendo, as condições essenciais que, intervindo conjuntamente, caracterizam a legitimidade da defesa, podem reduzir-se sintèticamente a quatro: atualidade, inevitabilidade, injustiça da agressão e moderação na repulsa.". MERÉJE, *op. cit*, p. 45.

[791] Silvio Rodrigues esclarece: "Agressão atual é aquela conduta humana que está se desencadeando, iniciando-se, desenvolvendo-se, mas ainda não está concluída. É a agressão presente. [...] Agressão iminente, ao reverso, é aquela conduta humana que está prestes a ocorrer. É aquela agressão que existe quando se apresenta como um perigo concreto, que não permita demora na repulsa. É aquela agressão que está prestes a ocorrer. [...] Para caracterizar a agressão, para servir de suporte à alegação de legítima defesa, necessário se faz que ela seja injusta. Agressão injusta é aquela conduta humana não autorizada pelo Direito, nem pelo ordenamento jurídico. Não será injusta quando o suposto ofensor age regularmente. Agressão injusta é aquele ato ou omissão contrário ao ordenamento jurídico.". RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Parte geral. V. 1. 22 ed. São Paulo, Saraiva, 2008, pp. 66-67.

[792] Meréje, em alusão à conferência de Varsóvia, enumera o seguinte "princípio": "Não há infração quando alguém comete um fato necessário para defender de uma agressão atual e injusta, qualquer bem que lhe pertença ou a outra pessoa". MERÉJE, *op. cit.*, p. 31.

[793] De acordo com Silvio Rodrigues, "[...] o exercício pelo agente do instituto da legítima defesa, desde que o agente aja com o uso moderado dos meios que dispõe, repele injusta agressão, atual ou iminente, defendendo direito seu ou de outrem, fica excluída sua responsabilidade de indenizar o prejuízo causado". RODRIGUES, *op. cit.*, p. 56. E completa: "se configura o excesso doloso quando o agente consciente vai além do necessário para repelir a agressão. O excesso doloso ocorre quando o agente, ao se defender de uma agressão injusta, extrapola os limites, empregando meios desnecessários à cessação da violência, valendo-se, de forma consciente e deliberada, da situação de defesa, querendo um resultado antijurídico". RODRIGUES, *op. cit.*, p. 78.

[794] Silvio Rodrigues explicita que: "Meios necessários são aqueles que causam o menor dano indispensável à defesa do direito. São aqueles meios de que o agente dispõe no momento em que repele a agressão. [...] Neste passo, é importante destacarmos o entendimento de Damásio Evangelista de Jesus (1991, p. 339) que diz que "o meio escolhido deixará de ser necessário quando se encontrarem à sua disposição outros meios menos lesivos." O sujeito que repele a agressão deve optar pelo meio produtor de menor dano. Se não resta nenhuma alternativa, será necessário o meio empregado". RODRIGUES, *op. cit.*, p. 68.

[795] Por isso, pondera o mesmo Silvio Rodrigues "Para que presente se encontre no caso o instituto da legítima defesa, mister se faz que, no caso concreto, o agente não possa se desvencilhar do ato agressor sem que exerça o ato defensivo". RODRIGUES, *op. cit.*, p. 69.

[796] Após afirmar que "o núcleo da legítima defesa" consiste no "[...] acto destinado a afastar qualquer agressão actual e contrária à lei", Cordeiro, *op. cit.*, p. 491 e p. 492-493, defende que os pressupostos de legítima defesa são: "uma agressão actual e contrária à lei, contra a pessoa ou património do agente ou de terceiro; um acto de defesa necessário; o prejuízo causado pelo acto não seja manifestamente superior ao que pode resultar da agressão". Por sua vez, Germano Marques da Silva afirma que, "na legítima defesa, procura-se afastar uma agressão actual contra a pessoa ou bens do agente ou de terceiro". Depois, completa defendendo que a legítima defesa é "instituto jurídico que autoriza o titular de um direito cujo gozo é perturbado por violências actuais e contrárias à lei, a usar da violência, desde que não seja possível recorrer às autoridades públicas, na medida em que for necessário para evitar que se efective ou prossiga a ofensa". SILVA, *op. cit.*, p. 29 e 43-44.

Diferentemente do que ocorre com a legítima defesa, a autotutela não se presta a proteger direitos de terceira pessoa, mas apenas direito próprio. O titular age em nome próprio para (realizar ou) defender direito seu, e não para defender direito de outrem, como pode ocorrer com a legítima defesa. Se pudesse agir na defesa de interesse de terceiro, não haveria propriamente autotutela, mas uma espécie de heterotutela.

Apesar das diferenças, há semelhanças entre os institutos. Ambos dispensam a necessária intervenção da atividade jurisdicional. Além disso, os dois institutos, permitem o agente defender interesse próprio, embora, na autotutela, o direito também possa ser realizado e não apenas defendido. E, neles, os agentes podem se encontrar em cenário de urgência, em razão de agressão injusta, atual ou iminente[797], embora isso nem sempre ocorra com a autotutela.

Tais semelhanças aproximam os institutos, a ponto de se identificar que alguns dos elementos necessários ao agir em legítima defesa também autorizam ao exercício de direito em autotutela. São eles: a proteção a direito do agredido; o uso moderado dos meios[798]-[799].

Explica-se:

Enquanto a legítima defesa está associada à proteção de direito[800], a autotutela está associada, em acréscimo, à realização. Ela pode, então, significar simples realização de direito, mas, também, proteção. Logo, a violação ou ameaça a direito pode ser pressuposto ao exercício da autotutela. Se o titular age em proteção, com resultado correspondente ao da prestação jurisdicional, ele pratica autotutela. Se age sem resultado correspondente, será legítima defesa.

Sob outro aspecto, quando utilizada a autotutela, o titular do direito, em proteção ou em realização de direito, assim como ocorre com a legítima defesa na proteção, deve fazer uso moderado dos meios, inclusive da força, permitida quando expressamente autorizada ou quando em cenário de urgência. A identificação do ato

---

[797] Neste sentido: VÉLEZ, *op. cit.*, p. 276.

[798] Em sentido similar: SANTAMARIA, *op. cit.*, p. 109.

[799] Quando a este último pressuposto, posiciona-se Andrea Lepore: "siano i veri e unici limiti di um atto di autodefesa: la ragionevolezza e la proporzionalità". LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile.** Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 61.

[800] Segundo Lemos, "[...] a legitima defesa não deve ser confundida com a repressão e o castigo; ella não é um direito de punir exercido por um particular, mas sim o direito de conservar um bem atacado.". LEMOS SOBRINHO, Antônio. **Da Legítima Defesa**. São Paulo: Saraiva & Cia, 1939, p. 36.

como lícito, em autotutela ou em legítima defesa, considera o uso necessário e proporcional dos meios de defesa ou de realização de direito.

E se verificada urgência, a se admitir a prática de ato em legítima defesa, também estará admitida a prática de ato em autotutela. Isso porque, se, preenchidos os pressupostos e os requisitos, autoriza-se a ação em legítima defesa, que constitui prática, a priori, de ato ilícito, por maior razão, autoriza-se a ação em autotutela, que constitui a prática de ato lícito[801]. Logo, em cenário de urgência, os pressupostos e requisitos que justificam o agir em legítima defesa, justificam o agir em autotutela[802].

Embora não afirmem isso de uma forma ampla, como se faz aqui neste trabalho, alguns representantes da doutrina, ao tratarem de casos específicos, mesmo confundindo institutos de autotutela, colocando-os como de legítima defesa, confirmam essa conclusão.

De fato, há quem defenda, de forma equivocada, que o art. 1.210 do Código Civil[803] traz hipóteses de autotutela (reintegração de posse) e de legítima defesa (manutenção de posse)[804], estabelecendo, para ambos os casos, diante da urgência[805], os mesmos pressupostos de admissibilidade[806]-[807]-[808]. O dispositivo do

---

[801] Se, a pretexto de autotutela, ato ilícito fosse eventualmente praticado, o exercício arbitrário das próprias razões, pela situação de urgência, ficaria com sua culpabilidade excluída.

[802] Uma constatação se faz necessária, pelo que é logo aqui adiantada. A cláusula de legítima defesa é geral. Não há apontamentos específicos (com descrição analítica) para situações determinadas. Mas, reconhecida a legítima defesa, o ato, apesar de, descontextualizamente, ser considerado um ilícito, passa a ser admitido em razão de sua razoabilidade aferida a partir do caso concreto. Significa que, se essa abertura do texto legal justifica o amplo uso da legítima defesa, que, a priori, exclui a culpabilidade de um ato ilícito, ela, igualmente, deve justificar a realização de direitos pela autotutela em situações atípicas, desde que observadas a razoabilidade e a proporcionalidade.

[803] O art. 1.210 do Código Civil, no seu caput, dispõe que "o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado". Em seguida, o § 1º dispõe que: "o possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse"

[804] Neste sentido, Meréje: "O desfôrço imediato é um ato de legítima defesa da posse". MERÉJE, *op. cit.*, p. 37.

[805] Reconhecendo serem de urgência as medidas possessórias de reintegração ou manutenção, Andrea Lepore "Guardando alle condotte a difesa del possesso, è evidente che queste possono essere realizzate solamente se la reazione segue l'azione a breve, o brevíssima, distanza temporale, come d'altronde avviene per la legittima difesa". LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 59.

[806] Essa posição, obviamente, é perfilhada por quem compreende que reintegração e manutenção de posse são espécies de autotutela.

[807] A manutenção da posse diretamente por quem a desempenha, para Pontes de Miranda, constituiria espécie de legítima defesa e não de autotutela. Para o autor, apenas a retomada posse é que constituiria autotutela, porque, na manutenção, a posse não seria perdida frente ao turbador. Todavia, a conclusão apontada não é a mais adequada e contradiz as próprias premissas trazidas por Pontes de Miranda. Isso porque, para ele, na autotutela, o titular do direito se coloca na condição de julgador para ofertar prestação equivalente à jurisdicional. Por consequência, como a manutenção da posse, por representar ameaça a direito, pode ser tutelada pela atividade jurisdicional, ela constitui espécie de autotutela. Não há perda do direito, mas existe interesse em conservá-lo contra a ameaça do turbador. Entretanto, não se pode olvidar que determinadas medidas tomadas em legítima

Código Civil coloca a reintegração como sendo de autotutela e a manutenção de posse (reconhecida, por uns membros da doutrina, como autotutela e, por outros, como legítima defesa) lado a lado.

Para se concluir que ambas as situações indicadas têm os mesmos pressupostos e requisitos autorizadores, a parte da doutrina que entende ser a manutenção de posse espécie de autotutela, obviamente, reconhece que, quando estiver permitida a legítima defesa, permitida estará a autotutela[809]. Logo, se preenchidos os pressupostos e requisitos necessários ao exercício da legítima defesa, quais sejam, injusta agressão, atualidade da agressão, utilização de meios adequados a repelir a agressão e proporcionalidade da reação[810], admite-se o exercício da autotutela.

A análise do art. 1.210 do Código Civil confirma essa conclusão, deixando-se, aqui, claro que há outros pressupostos e requisitos além dos apontados pela doutrina que serão indicados nos capítulos seguintes.

Com efeito, a injusta agressão decorre da violação ao direito do titular (*caput* do art. 1.210); a atualidade da agressão está indicada na expressão "contanto que faça logo" (§ 1º do art. 1.210)[811]; a utilização de meios adequados está indicada em

---

defesa, justamente por esta ser, em algumas vezes, uma possível excludente de ilicitude, não equivalem àquelas que seriam aplicadas em prestação jurisdicional. Em tais situações, não seria, de fato, autotutela. Só que o uso da força, no caso de manutenção de posse, é medida que pode ser tomada em exercício de atividade jurisdicional e que está especificamente autorizada pelo sistema jurídico brasileiro. Logo, apesar se ser a manutenção de posse uma defesa de direito, constitui autotutela.

[808] Elucida Meréje que: "Os romanos, desde logo conheceram duas espécies de defesa: a preventiva e a reativa. A que se identificava com o desfôrço físico desencadeado na hora, no mesmo instante em que o cidadão sofria a agressão, e a do revide posterior, como, a mó de exemplo, a desenvolvida por quem fôsse com as próprias mãos recuperar a posse perdida ao ocupante de má fé. Esta segunda forma foi abrrogada no Baixo-Império, substituindo-se o emprêgo da violência pelos interditos possessórios.". MERÉJE, *op. cit.*, p. 9-10.

[809] Neste sentido, Roberto Piccione, quem afirma, em relação à legítima defesa, a qual entende ser uma espécie de autotutela: "La razione resulta quindi autorizzata nei limiti della necessità proporzionalità e solo in questi termini l´ordenamento stesso riconosce la prevalenza dell´interesse ed autorizza l´autotutela". PICCIONE, Roberto. L´autotutela nei confronti dei privati. *In* **La disciplina dell´autotutela**: nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale, vol. 2. Coord. GIANNITI, Pasquale. CEDAM: Napoli, 2010, P. 348.

[810] Em sentido semelhante, Pontes De Miranda: "Se concorrem os três pressupostos da falta, no momento, da justiça estatal (e. g. morreu o juiz e o substituto não chegou, ou o juiz está longe), da possível perda ou grande dificultação da realização do direito e da justiça do petitum a si-mesmo, não é contrária a direito e, pois, não é ilícita a mão própria. Se é satisfativa, ou somente assegurativa, a prestação jurisdicional a si mesmo, depende de bastar, in casu, à satisfação, ou não bastar à satisfação o fato da tomada. Onde cabe a justiça privada, a legítima defesa contra ela não cabe: o ato seria contrário a direito". PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 232.

[811] Tratando de legítima defesa, Meréje, quanto aos pressupostos, afirma: "Atual, isto é, a agressão deve estar iminente ou já ter começado. Não é, pois, necessário aguardar o começo da agressão; Não pode exceder os limites da repulsa absolutamente necessária. A medida da repulsa ou a defesa necessária (moderamen inculpatae tutelae) é dada pela violência da agressão. Se não fôr possível repelir a agressão por outra forma, o mais insignificante bem jurídico pode ser protegido com a morte dada ao agressor. A possibilidade de uma fuga vergonhosa ou perigosa não exclui a legalidade da defesa; mas a defesa deixa de ser legal, se é possível escapar à

sua espécie, quando se refere à força (§ 1º do art. 1.210); a proporcionalidade da reação está prevista na expressão “não podem ir além do indispensável”.

Assim, a partir da hipótese prevista no art. 1.210 do Código Civil, confirma-se que, em razão de situação de urgência, observados os pressupostos e os requisitos necessários ao exercício da legítima defesa, autorizado estará o exercício da autotutela. E mesmo em se corrigindo o equívoco de parte da doutrina, em considerar a manutenção de posse como espécie de autotutela, essa conclusão não se afasta, pois, se permitida, em legítima defesa, a prática de ato *a priori* ilícito, deve-se permitir a autotutela.

Finalmente, deve-se dizer que, se faltar qualquer pressuposto ou requisito necessário ao exercício, o ato não será autotutela. Mas, faltante algum pressuposto ou requisito ao exercício da legítima defesa, o ato praticado a pretexto de autotutela poderá ser, sim, lícito[812]. Basta dizer, por exemplo, que, mesmo em não sendo verificada injusta agressão, pode haver regular exercício de direito em autotutela, já que ela se presta igualmente à realização de direito, e não apenas à sua proteção.

5.2.2 Estado de necessidade

Outro instituto jurídico que se assemelha à autotutela é o estado de necessidade[813]. Como ocorre com a legítima defesa, o estado de necessidade, por vezes, é colocado por alguns representantes da doutrina como espécie de

---

agressão sem ignomínia ou sem perigo. [...] Simultaneidade da agressão e da defesa - A defesa privada não é legitima senão se tem por fim repelir uma agressão. É a condição que a lei exprime dizendo que os golpes e ferimentos devem ser exigidos pela necessidade atual. Daí duas consequẽncias. I- É necessário que a agressão seja atual. É no momento do ataque que é permitido fazer justiça. Se o perigo tinha cessado, o sentimento que levaria a agir seria, não o sentimento da defesa que é permitido, mas o da vingança que é interdito, podendo encontrar-se a circunstância da escusa de provocação, mas não as do fato da justificativa da legítima defesa. II- É necessário que o perigo seja inevitável, no sentido de que a pessoa ameaçada não tenha outros meios de impedir o mal senão pelo emprêgo da violência. Mas sobre êste ponto só as circunstâncias ditarão a atitude do juiz. [...] A defesa deve ser necessária - isto é, é preciso que não haja outro meio de evitar o mal que ameaça; se êle fôr evitável por outros meios não violentos, então a defesa perderia a sua legitimidade. A apreciação da sua necessidade é subjetiva, e quem deve apreciá-la é aquele que se defende. [...] A agressão não deve ser provocada pela atitude ou conduta do agredido.”. MERÉJE, *op. cit.*, p. 53-63.

[812] Neste sentido, Meréje: “Quando todas as condições da legítima defesa se reúnem, o ato é justificado: porém, se uma dessas condições falha, o ato é delituoso.”. MERÉJE, João Rodrigues. **A Legítima Defesa.** São Paulo: Editora EDIGRAF Ltda., 1957, p. 60.

[813] Nuno Santos Neves ensina que “[...] a necessidade comanda as ações humanas. Conforme expusemos no iníicio dêste trabalho, foi a necessidade que compeliu os homens a se reunirem em sociedade. Criando a sociedade ela criou posteriormente o Estado e as Leis.”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 2ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010, p. 77.

autotutela[814]. Todavia, aqueles igualmente se equivocam ao assim proceder, pois estado de necessidade e autotutela não se confundem.

Reconhecendo se tratar de excludente de ilicitude, dispõe o art. 23 do Código Penal que o ato praticado em estado de necessidade não é crime. Em seguida, o art. 24 estabelece que: "Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se".

No âmbito cível, o art. 188, II, dispõe que: "Não constituem atos ilícitos [...] a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente". O parágrafo único, por sua vez, especifica que "o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo"[815].

O Código Civil, no art. 188, II, não delineia com precisão o estado de necessidade, conquanto disponha que os atos praticados não são ilícitos. Deveria clarificar que o estado de necessidade é excludente de ilicitude. O ato praticado é, *a*

---

[814] Neste sentido: Fernando López Ramón: "Sólo excepcionalmente nuestro Ordenamiento Jurídico permite a los particulares tutelar ellos mismos directamente sus derechos: así sucede, entre outros, en los supuestos de estado de necesidad o de legítima defensa dentro de los ámbitos penales, también en los casos en que el Derecho Civil autoriza el derecho de retención o en las episódicas facultades de cortar las raíces del árbol ajeno que penetra en fundo propio y de recuperar la posesión del enjambre, entre otros supuestos. La tutela del orden jurídico corresponde a los jueces y tribunales en las relaciones entre particulares.". RAMÓN, Fernando López. Limites constitucionales de la autotutela administrativa. **Revista de Administración Pública**. nº 115, enero-abril. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988, p. 58; Ferrara Santamaria, "Infine, comunque si consideri, nell'attualità, la estensione effettiva dell'autorità privata di autotutela nei casi di legittima difesa e di stato di necessità.". SANTAMARIA, Ferrara**. La giustizia privata.** Jovene: Napoli, 1937, p. 109; Nuno Santos Neves: "Por exemplo, em relação ao prédio encravado, dispõe: Art. 559, O dono do prédio rústico ou urbano, que se achar encravado em outro, sem saída pela via pública, fonte ou pôrto, tem direito a reclamar do vizinho que lhe deixe passagem, fixando-se a esta, judicialmente, o rumo, quando necessário.". NEVES, Nuno Santos. O Estado de necessidade no Direito Civil. Oficina Técnica de Vitória: Espírito Santo, 1958, p. 112; Pedro Henrique Nogueira: "No direito civil, têm-se os exemplos do desforço imediato da posse Código Civil, art. 1.210, § 1º), da legítima defesa (Código Civil, art. 188, I), do direito e ação do proprietário de cortar os ramos de árvores que ultrapassem o limite vertical do prédio vizinho (Código Civil, art. 1.283). No direito administrativo, tem-se a auto-executoriedade dos atos administrativos em geral (v.g. apreensão em estabelecimentos empresariais de alimentos impróprios para o consumo humano, interdição de estabelecimentos etc.). No direito penal, tem-se o ato em estado de necessidade (Código Penal, art. 24). Em todos esses casos, e, em outros aqui não enumerados, a ação material surge, é exercida e realizada independentemente de qualquer a intervenção judicial.". NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da ação de direito material**. Salvador: Podium, 2009, p. 111.

[815] Para António Menezes Cordeiro, os pressupostos do estado de necessidade seriam: "um perigo actual de um dano, para o agente ou para um terceiro; dano esse que seja manifestamente superior ao dano causado pelo agente; um comportamento danoso, destinado a remover esse perigo.". CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Vol. II. Tomo III. 4ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 494.

priori, ilícito, não correspondente ao resultado da prestação jurisdicional, mas, em razão da situação de perigo, sua ilicitude é excluída[816].

De forma coerente, Clóvis Beviláqua[817] afirma que o estado de necessidade decorre de situações de conflito entre direitos titularizados por diferentes pessoas, cabendo o desaparecimento ou cessação transitória do direito menos valioso do ponto de vista ético e humano[818]. Por isso, quem age em estado de necessidade, embora não cometa ilícito, viola direito de outrem[819].

Por consequência, contra quem agiu em estado de necessidade, persiste dever de indenizar[820] o terceiro, se ele não causou o perigo. Como destaca Francisco Amaral[821], "não se isenta o agente do dever de indenizar, salvo se o dono da coisa danificada ou a pessoa lesada for culpado do perigo determinante do estado de necessidade".

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda afirma que o estado de necessidade se realiza em juízo de ponderação quanto aos bens em conflito, pois "o dano provável, que se teme, há de ser desproporcional com relação ao dano causado à esfera jurídica alheia"[822]-[823]. E conclui, de forma ampla, que "a vida é bem desproporcional em relação a qualquer outro".

---

[816] Neste sentido: NEVES, *op. cit.*, p. 89; PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 257; Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 550; PRADO, Luiz Régis. Elementos de Direito Penal. Parte geral. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 110.

[817] BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980, p. 429.

[818] Para João Rodrigues Meréje, "[...] o estado de necessidade tem lugar quando o autor de um ato, para salvaguardar um dos seus bens ou o bem de outrem, não pode fazê-lo senão invadindo o bem alheio.". MERÉJE, *op. cit.*, p. 28.

[819] Nuno Santos Neves afirmando que "[...] a necessidade é um fenômeno factual multiforme, cujos efeitos se não resumem sempre à mera eliminação da responsabilidade criminal; é elemento criador de deveres, gerador de direitos e obrigações, de diversos caracteres.". NEVES, *op. cit.*, p. 76.

[820] Por isso, lembra Humberto Theodoro Júnior: "[...] embora realizado secundum jus o ato de quem afasta o perigo que o ronda, o custo desse salvamento não pode ficar a cargo do terceiro, dono do bem sacrificado, se não teve responsabilidade alguma pelo surgimento da situação perigosa.". THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código civil.** v. 3.t. I: livro III- dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. Coordenador: Sálvio Figueiredo Teixeira. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 148. Manuel A. Domingues de Andrade associa o estado de necessidade como sendo "uma situação de forte temor ou receio ocasionada por um perigo grave de origem natural ou proveniente de um facto humano, designadamente quando o perigo respeite à própria vida.". ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica.** v. II. Facto jurídico, em especial Negócio Jurídico. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 1974, p. 278.

[821] AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. Rio de Janeiro. Renovar, 2006, p. 539.

[822] Neste sentido: DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 180; GOMES, Orlando. **Questões mais recentes de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 525; MIRAGEM, Bruno. **Direito civil:** responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 153; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República.** V.I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 345.

Essa ilação se compatibiliza com a disposição do parágrafo único do art. 188 do Código Civil, que condiciona a legitimidade do estado de necessidade à verificação de proporcionalidade e de necessidade quanto à remoção do perigo. Por isso, além de imprescindível, o ato praticado em estado de necessidade não deve exceder os limites suficientes para evitar ou para remover o perigo.

O estado de necessidade não se confunde com a autotutela porque o resultado da ação praticada em estado de necessidade não corresponde ao da prestação jurisdicional. Se do estado de necessidade decorre dano, mesmo que tolerado, ele, por não haver nenhuma relação jurídica entre as pessoas envolvidas[824], não poderia ser imposto como resultado da prestação jurisdicional.

Se a autotutela se justifica, dentre outros fatores, pela impossibilidade de o estado oferecer prestação jurisdicional tempestiva, não se pode desconsiderar que o seu resultado deve corresponder ao da decisão que seria proferida no julgamento de ação processualizada. Como o ato praticado em estado de necessidade tem resultado diferente, ele não pode ser considerado autotutela[825].

Ademais, a autotutela, por vezes, pressupõe, para se legitimar, violação ou ameaça a direito do titular causado pela outra parte da relação jurídica, enquanto, no estado de necessidade, isso não ocorre[826]. Não há sequer relação jurídica previamente firmada entre quem age em estado de necessidade e aquele que suporta os danos ocasionados.

Outra diferença decorrente das próprias considerações postas acima é que o estado de necessidade importa sacrifício de um direito para a realização de outro, titularizado por quem age em perigo premente ou atual. Na autotutela, não há

---

[823] Por isso, afirma Nuno Santos Neves, "[...] dá-se o estado de necessidade quando dois bens jurídicos estão ameaçados de destruição e o agente é obrigado a sacrificar um para salvar o outro.". NEVES, *op. cit.*, p. 76.

[824] Neste sentido, Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa: "No estado de necessidade, por sua vez, não há relação jurídica de direito material entre o autor e o prejudicado (logo, tampouco ato contrário ao direito por parte deste) que justificasse o sacrifício do bem deste para evitar o dano ao direito daquele ou de terceiro. Via de consequência, tampouco poderia o Judiciário tomar partido de qualquer dos titulares dos bens em conflito.". YOSHIKAWA, *op. cit.*, p. 28-29.

[825] A ratificar essa conclusão, Nuno Santos Neves: "O estado de necessidade para ser configurado e o ato necessitado para ser justificado, êste deve ser efetiva e rigorosamente necessário. O agente precisa estar numa situação tal, que por ela seja obrigado a agir, conscientemente, contra as regras jurídicas estabelecidas, para salvar uma vida ou um bem jurídico de um perigo iminente e grave.". NEVES, *op. cit.*, p. 85.

[826] Neste sentido: Pontes de Miranda: "[...] a justiça de mão própria supõe contrariedade a direito, desatendimento do direito objetivo, para que se possa pensar em aplicação dele pelo próprio titular do direito, da pretensão, da ação ou da exceção; o ato em estado de necessidade exclui, conceptualmente, que haja ato contrário a direito da parte daquele contra quem vai a ofensividade do ato em estado de necessidade.". PONTES DE MIRANDA, *op. cit*, p. 234.

necessário sacrifício de direito da outra parte da relação jurídica, mas, usualmente, apenas a sua proteção e a sua realização pelo titular.

Além disso, o estado de necessidade se associa à urgência[827]. Tolera-se o ato praticado, mesmo a sacrificar direito de outrem, em razão da urgência que permeia a situação. Na autotutela, a urgência pode estar associada, mas ela não é necessária. Diversos atos podem ser praticados em exercício de autotutela, mesmo sem verificação de urgência.

E diferentemente do que ocorre com o estado de necessidade, a autotutela não se presta a proteger direitos de terceiros, mas apenas o próprio. O titular age em nome próprio para defender seu direito e não de outrem, como pode ocorrer com o estado de necessidade. Se assim não fosse, ou seja, se se pudesse agir na defesa de interesse de terceiro, não haveria autotutela, mas heterotutela.

Contudo, há semelhanças entre autotutela e estado de necessidade. Eles dispensam a intervenção da atividade jurisdicional e permitem que o agente realize interesse próprio, embora, na autotutela, o direito também possa ser defendido e não só realizado. Além disso, em ambos, os agentes podem se encontrar em cenário de perigo atual ou iminente, o que nem sempre ocorre com a autotutela[828]. Quanto ao mais, tanto na autotutela quanto no estado de necessidade, é possível, mas nem sempre necessário, que o agente recorra à força.

Os pressupostos e os requisitos necessários à prática de ato em estado de necessidade são: a) verificação de situação de perigo iminente ou atual; b) necessidade de ato de destruição de coisa alheia ou de lesão à pessoa; c) proporcionalidade da ação realizada em estado de necessidade para a remoção do perigo[829]. Se não observados estes elementos, não incidirá a excludente de ilicitude, sendo considerado ilícito o ato praticado.

---

[827] Nuno Santos Neves, quanto ao estado de necessidade, afirma que "[...] é uma situação de perigo atual de interêsses protegidos pelo direito, na qual não há outro remédio senão o da violação de outros interêsses também juridicamente protegidos.". NEVES, *op. cit., 82.*

[828] Neste sentido: PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 232.

[829] Neste sentido: João Rodrigues Meréje: "O estado de necessidade é um estado excepcional, em que o indivíduo para salvar-se ou a outrem, ou para preservar interêsse ou direito seu ou de outrem, de um perigo iminente, se comporta conscientemente, de tal maneira lesando direitos ou interesses alheios, que em diversas circunstâncias constituiria delito. Destacamos então os seguintes elementos: 1.º Uma conjuntura excepcional, de aperturas para o indivíduo- sem o que não há necessidade; 2.º A salvaguarda de um direito próprio ou alheio, em perigo; 3º Ação razoável do indivíduo, isto é, única escapatória e sem excessos; 4.º A consciência do agente que atua em estado de necessidade". MERÉJE, *op. cit.*, p. 13; Nuno Santos Neves: "O estado de necessidade é uma situação de perigo iminente; êsse perigo ameaça um bem ou um interêsse legitimo; êsse bem ou interêsse pode ser próprio ou de outrem; êsse perigo não pode ser evitado senão por um ato objetivamente ou formalmente delituoso. Êsse ato é praticado pelo agente livremente, consciente do conflito existente entre a lei e o seu ato, ou,

As semelhanças existentes entre o estado de necessidade e a autotutela aproximam os institutos, pelo que, considerando as particularidades de cada um deles, alguns pressupostos necessários ao exercício podem ser comuns. Dentre eles, a verificação de situação de perigo para alguns casos de autotutela (razoabilidade) e a proporcionalidade da ação.

Por isso, quando constatado o estado de perigo, justifica-se, por ser razoável, a prática de atos em estado de necessidade e em autotutela (embora essa também possa justificar atuação a despeito da não verificação de estado de perigo). Em qualquer cenário, os atos praticados em estado de necessidade ou em autotutela devem ser proporcionais ao alcance de suas finalidades específicas.

A par dessas considerações, pode-se concluir, como assim se fez com a legítima defesa, que, sendo o estado de necessidade uma excludente de ilicitude, quando ele tiver sua prática autorizada, evidentemente, a autotutela, por redundar na prática de ato lícito, estará igualmente autorizada.

5.3 INSTITUTOS DE USOS PROIBIDOS

Agora, serão apresentados institutos jurídicos cujos usos são proibidos pelo sistema jurídico brasileiro. Com a análise de cada um, identificar-se-ão, além das semelhanças existentes entre eles, as razões de impedimento, para que, na construção do conceito de autotutela, aquelas tenham suas incidências evitadas, identificando-se, assim, pressupostos e requisitos negativos.

---

pelo menos, se Ihe pode atriuir uma subconsciência dêsse conflito. A coexistência dêsses fatores é importante para que se possa configurar a eximente do estado de necessidade e se não confunda com outras figuras jurídicas, tais como a legílima defesa, a forca irresistivel, a perturbação de sentidos etc. [...] O Código Penal para a configuração da eximente exige, como se vê, a conjugação dos seguintes requisitos: a) existência de perigo atual para um interêsse jurídicamente protegido.". NEVES, *op. cit.*, p. 83 e ss. c) não ter êsse perigo sido provocado voluntàriamente por quem invoca a justificativa; d) inevitabilidade do perigo que se lhe deparava. [...] Os requisitos estabelecidos pelo Código caracterizam a situacão de necessidade, todavia, existem outros referentes ao fato necessitado, expostos pela doutrina: a) é preciso que haja uma íntinia relação, de causa a efeito entre a situacão de necessidade e o fato necessitado, e essa ligação é operada pela necessidade. Essa relação consiste na aptidão do fato necessitado para evitar que se produza o dano ameaçado pelo perigo, e na sua correspondência, quanto à gravidade, dësse dano. Não será justo, por exemplo, que para salvaguardar-se do perigo de um dano infimo, se produza um vultoso prejuízo a outrem. Isto seria a revelação de um egoismo atroz e antissocial, contrário, pois, ao estado de necessidade como princípio geral de direito; b) o fato necessitado deve corresponder à figura de uma infração: é preciso que nêle existam todos os elementos essenciais de um fato previsto na lei como infração. Assim, se o fato não se enquadra em uma violação legal, não retrata a figura do estado de necessidade sob seu aspecto jurídico penal. O fato necessitado pode lesar qualquer espécie de bem, físico, moral ou patrimonial, pertencente a qualquer pessoa, física ou jurídica".

5.3.1 Exercício arbitrário das próprias razões

O exercício arbitrário das próprias razões está tipificado pelo art. 345 do Código Penal. Segundo o seu texto, é crime "fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite". Em razão disso, é imposta, ao infrator, "detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência". O parágrafo único diz que, "se não há emprego de violência, [a ação penal] somente se procede mediante queixa".

Pelo tipo penal, abstratamente, ninguém poderia, por si, mesmo que titularize direito que está sendo violado ou ameaçado, fazer justiça pelas próprias mãos[830]. Com isso, evita-se o que Nelson Hungria chama de "indisciplina na vida social". Se a outra parte da relação jurídica, que ameaça ou viola direito, não o reconhece ou se nega a cumpri-lo, diz o autor, caberá ao titular (ou aquele que pensa ser) buscar a prestação jurisdicional[831].

O titular do direito (ou seu mandatário, ou seu gestor de negócios, ou aquele que pensa ser titular), portanto, somente poderia agir com as próprias mãos para realizar direito seu, se a lei expressamente o permitisse[832]. Essa restrição poderia impelir à conclusão de que seria somente permitida a realização de direito em autotutela se a hipótese estivesse expressamente prevista. Caso contrário, haveria crime de exercício arbitrário das próprias razões.

A revelar a essência do tipo penal, Júlio Fabbrini Mirabete[833] esclarece que o exercício arbitrário das próprias razões se compõe de uma pretensão legítima (ou supostamente como tal) e de uma ação (ou de uma omissão) que, em outras circunstâncias, constituiria fato delituoso autônomo (furto, dano, apropriação indébita

---

[830] Para Guilherme de Souza Nucci, "[...] trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente na efetiva satisfação da pretensão). Há posição em sentido contrário, considerando material a infração penal, necessitando, para a consumação, que o agente satisfaça a pretensão.". NUCCI, GUILHERME de Souza. **Código Penal Comentado**. 20ª ed., revista atualizada e reformulada. Forense: Rio de Janeiro, 2020, p. 104.

[831] HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. IX, Arts. 250 a 381. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1959, p. 492.

[832] Neste sentido, por exemplo: DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**, Revista, Atualizada e Ampliada. 17ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 884; THEODORO JUNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiro: litisconsórcio fora do pacto arbitral. Outras intervenções. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, out./dez. 2001, p. 156).

[833] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte Especial Arts. 235 a 361 do CP. Editora Atlas, São Paulo, 2004, p. 430.

etc.), mas que é em parte justificada pelo propósito do agente em fazer justiça. O que se inibe, pois, é a prática de crime e não a realização de direito em autotutela[834].

Logo, só está preenchido o suporte fático do tipo penal do art. 345 (exercício arbitrário das próprias razões) se o ato praticado por quem não fosse titular do direito[835] (ou seu mandatário, ou seu gestor de negócios[836] ou aquele que pensa ser titular[837]-[838]) constituísse crime outro (roubo, furto, dano e apropriação indébita etc.). Não sendo crime o ato praticado, ele seria um ato lícito (ou um mero ilícito civil), pelo que, em consequência, não seria exercício arbitrário das próprias razões.

Tal leva à compreensão de que o ato praticado em autotutela, por ser lícito, a considerar que correspondente ao resultado da prestação jurisdicional, não constitui nenhum crime, seja ele exercício arbitrário das próprias razões, seja qualquer outro. Por isso, ao contrário do que se poderia entender em razão do tipo penal do art. 345 do Código, a realização de direito em autotutela não se limita exclusivamente aos casos expressamente autorizados por lei.

Ademais, o crime é de exercício arbitrário das próprias razões. O exercício das razões só será arbitrário quando a prática for compulsiva, como se o ato fosse absoluto, a ensejar, por isso, violação a bem jurídico de ordem penal. Mas, ato decorrente do exercício de autotutela, mesmo sem expressa previsão legal, não viola bem jurídico e, por isso, não é arbitrário. Não sendo arbitrário, não pode ser considerado crime[839].

---

[834] O Superior Tribunal de Justiça se posiciona neste sentido, como se pode observar em: AgRg no REsp nº 1.472.834/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 7/5/2015, DJe de 18/5/2015.

[835] Afirma Nelson Hungria que "[...] é pressuposto do crime uma pretensão, a que deve corresponder um direito de que o agente é ou supõe ser titular.". HUNGRIA, *op. cit.*, 496. No mesmo sentido, Edgard Magalhães Noronha: "O elemento material do crime é fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer uma pretensão. Esta é o pressuposto do delito. Sem ela, este não tem existência, incidindo o fato em outra disposição legal. A pretensão, por sua vez, se assenta em um direito que o agente tem ou julga ter, isto é, pensa de boa-fé possuí-lo, o que deve ser apreciado não apenas quanto ao direito em si, mas de acordo com as circunstâncias e as condições da pessoa. Conseqüentemente, a pretensão pode ser ilegítima – que a lei deixa bem claro: "embora legítima" –, desde que a pessoa razoavelmente assim não a julgue.". NORONHA, *op. cit.*, p. 391.

[836] Neste sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Forense: Rio de Janeiro, 1987, p. 533; HUNGRIA, *op. cit.*, p. 492; NORONHA, *op. cit.*, p. 506; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** Parte Especial Arts. 235 a 361 do CP. Editora Atlas, São Paulo, 2004, p. 430; D'ACUNTO, *op. cit.*, p. 22-23.

[837] Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa lembra que "[...] o artigo 345 do Código Penal incide ainda que o agente não seja titular do direito, desde que de boa-fé pense possuí-lo". YOSHIKAWA, *op. cit.*, p. 10-11.

[838] Para Júlio Fabbrini Mirabete, "[...] é indiferente, porém, a efetiva existencia do direito.". MIRABETE, *op. cit.*, p. 430. No mesmo sentido: DELMANTO, Celso. **Código penal comentado, Revista, Atualizada e Ampliada**. 17ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 884.

[839] Andrea Lepore lembra que o advérbio "arbitrariamente" deve levar o intérprete a compreender que a ação punível é aquela de quem não age amparado na busca da realização de um direito, mas simplesmente na satisfação de uma compulsão. Daí, segundo o autor, ser possível concluir que, a despeito do tipo penal coibir o exercício arbitrário das próprias razões, a autotutela pode ser admitida se não importar realização de

Essa conclusão guarda coerência ao sistema porque o que se impede é a arbitrariedade e não a autotutela[840]. Aderente a essa compreensão, Lina Bigliazzi Geri[841] ressalta que conclusão pela arbitrariedade depende da análise do caso concreto. Se é necessário analisar o caso concreto, por consequência, determinadas situações, mesmo que não se fundem em autorização legal expressa, podem não constituir exercício arbitrário.

Entender que o exercício de qualquer hipótese de autotutela atípica constituiria crime de exercício arbitrário das próprias razões é adotar posição que não adere aos atuais contextos jurídico, social e econômico, pois, além de algumas hipóteses típicas não mais refletirem as necessidades hodiernas rapidamente mutáveis (sendo, por isso, necessário um avanço), a realização do direito, muitas das vezes, não dependem do uso "das próprias mãos"[842-843].

E se o sistema admite a autotutela, tanto que, em diversos textos, ele se expressa em favor de seu uso, aumentando cada dia mais as hipóteses expressamente permitidas, não pode o tipo penal adstringir às hipóteses permitidas por lei, em especial quando os anseios impulsionam a pensar em sentido contrário, justamente por estar alocado num ambiente de certificação e de impressão de velocidade, onde não mais são usadas as "próprias mãos" para realizar direito.

---

comportamento arbitrário. LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 23.

[840] Emílio Betti defende que o tipo penal do exercício arbitrário das próprias razões não visa penalizar a autodefesa em si, mas apenas a autodefesa que assume formas que são perigosas para a convivência social pacífica. BETTI, Autotutela. **Enciclopedia del diritto.** v. IV. Milão: Giuffrè. 1959, p. 529. No mesmo sentido, Lina Bigliazzi Geri, para quem objetivo do tipo penal é sancionar apenas os atos socialmente perigosos, cuja proteção deve, especificamente nestes casos, ficar reservada ao Estado. GERI, Lina Bigliazzi. **Profili Sistematici Dell´Autotutela Privata.** Milão: Mvlta Pavcis, 1971, p. 38. Afinal, como afirma Luciana D´Acunto, o tipo visa a salvaguardar a paz pública que seria comprometida se o referido espaço fosse deixado à justiça privada. D'ACUNTO, Luciana. Recesso e autotutela nei rapporti di consumo. Collana: **Quaderni de IL Foro napoletano** - 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 28.

[841] GERI, Lina Bigliazzi. **Profili Sistematici Dell´Autotutela Privata**. Milão: Mvlta Pavcis, 1971, p. 92.

[842] É por isso que Érico Andrade *et al*, conquanto se posicione no sentido de ser necessária previsão legal expressa para exercício da autotutela, pondera: "de qualquer forma, a atual ampliação do espaço de conformação jurídica pela autonomia privada parece levar, realmente, a novas reflexões ao tradicional princípio ou regra da vedação à autotutela, que hoje já não está mais limitada apenas ao ambiente tradicional dos clássicos casos de desforço possessório, estado de necessidade/legítima defesa ou penhor legal, para alcançar novos territórios e inserir no campo da autotutela, especialmente da autotutela executiva, cenários engendrados e formatados pela autonomia privada das partes e inseridos nos próprios contratos para realizar de forma mais adequada a efetivação dos direitos.". ANDRADE, Érico. GONÇALVES, Gláucio Maciel. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Autonomia privada e solução de conflitos fora do processo: autotutela executiva, novos cenários para a realização dos direitos? **Revista de Processo**. vol. 322, pp. 437-476. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 12.

[843] Diana Tognini Saba se posiciona no sentido de que "[...] não configura, perante o direito brasileiro, caso de exercício arbitrário das próprias razões, mesmo se exercido fora dos casos tipificados.". SABA, *op. cit.*, p. 118.

Mas a expressão “salvo quando a lei o permite”, trazida pelo art. 345 do Código Penal, precisa ter uma razão de ser. Ela não pode ter a sua existência simplesmente ignorada pelo intérprete.

Qual seria essa razão?

O tipo penal visa a impedir a realização de direitos que perpassam pelo cometimento de crimes. Ele restringe apenas a utilização de hipóteses de autotutela que, se como tal não fosse reconhecida, redundariam em crimes, como ocorre, por exemplo, com o desforço imediato em defesa da posse. Aí, só seria admitida a autotutela se estivesse expressamente admitida por lei. Mas, desconsiderada a titularidade do direito, se o ato não importar cometimento, em abstrato, de qualquer crime, ela não fica impedida pelo tipo do art. 345.

Logo, de forma coerente ao texto do art. 345 do Código Penal, que institui o crime de exercício arbitrário das próprias razões, pode-se afirmar que só é necessária autorização legal para praticar ato em autotutela se o exercício desta, pela ausência de permissivo expresso, constituísse outro crime[844]. Se não constituir outro crime, a autorização legal para realização de direito em autotutela é, por consequência, desnecessária[845] (conquanto não se possa praticar um ilícito civil).

Surge outro questionamento: para o cometimento do crime de exercício arbitrário das próprias razões, seria necessária violência?

Pelo texto do parágrafo único do art. 345 do Código Penal, que dispõe ser privada a ação penal se “não há emprego de violência”, poder-se-ia entender que o crime de exercício arbitrário das próprias razões seria cometido mesmo sem a prática de ato violento. Mas essa ilação guardaria certa contradição com a própria essência do crime, porque a arbitrariedade, identificadora do respectivo tipo penal, poderia pressupor emprego de violência[846].

---

[844] Neste sentido, Delmanto: “Se a ação ou omissão não constitui fato delituoso autônomo em tese, impõe-se a absolvição por atipicidade [...] Havendo dúvida se o administrador de imóveis, ao deixar de restituir dinheiro ao locador originário de depósitos em caução, agiu com dolo de apropriação ou com o intuito de compensar multa a que se julgava com direito em razão de rescisão unilateral de contrato, absolve-se.”. DELMANTO, *op. cit.*, p. 885.

[845] Ilegal seria o Estado não tutelar em tempo adequado e não permitir que o titular do direito, respeitando toda a esfera jurídica do seu adversário, assim o faça. O exercício das próprias razões não é arbitrário quando o Estado não consegue prestar tutela em tempo hábil e o particular faz em seu lugar.

[846] Em outros países, como Espanha (art. 455 do Código Penal Espanhol), Itália (art. 392 do Código Penal Italiano) e Chile (art. 494 do Código Penal Chileno), a violência compõe o suporte fático do tipo exercício arbitrário das próprias razões. Sobre o assunto, importante leitura de: FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. **La realización arbitraria del propio derecho.** Santiago: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2019, p. 51; CARIMINI, Francesca. Sequestro convenzionale e autotutela – **Collana: Quaderni della Rivista Giuridica del Molise e del Sannio.** Napoli: Edizioni Scientifiche Italine, 2008, p. 48-49; CASTRO, Jordi Delgado; VÉLEZ, Diego Palomo;

Nelson Hungria indica que a palavra “violência”, trazida pelo texto indicativo da pena, refere-se unicamente à violência física praticada contra a pessoa. Se for violência moral (contra pessoa) ou praticada contra coisa, a ação seria privada, a depender de representação mediante queixa. Todavia, afirma o autor, mesmo que não haja violência de qualquer espécie, o tipo penal estaria preenchido[847]-[848].

Assim, o crime de exercício arbitrário das próprias razões pode ser cometido sem necessária verificação de violência[849].

Tal se justifica (para alguns) porque o bem jurídico protegido pelo tipo penal é o prestígio (a atividade, a autoridade e a própria existência) da justiça (oferecida pela administração pública)[850]-[851] e não a integridade das pessoas ou das coisas. Logo, para que o bem jurídico protegido pelo tipo penal estabelecido seja violado, não

---

DELGADO, Germán. Autotutela, Solución Adecuada Del Conflicto Y Epossession: Revision Y Propuesta. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte**. Ano 24, nº 2, pp. 265-289, 2017, p. 283; LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 23; MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. **Autotutela del accedor y protección penal del deudor**. La realización arbitraria del propio derecho frente a los delitos contra la libertad, la propriedad y el patrimonio. Ediciones Jurídicas de Santiago: Santiago, 2009, p. 13.

[847] Afirma Nelson Hungria: “Com o emprego do vocábulo "violência" tout court, o artigo ora comentado quer significar apenas a violência física contra a pessoa, excluída a violência contra a coisa, bem como a violência simplesmente moral (pois, tôda vez que a esta se refere o Código usa da expressão "grave ameaça"). Se, no crime de dano desacompanhado de violênca à pessoa, não é admitida ação pública, com maioria de razão, no crime de "justiça privada" com simples violência à coisa, não será admíssivel a publicidade da ação. No conceito de violência incluem-se as "vias de fato"; mas como estas não passam de contravenção, que é sempre absorvida pelo crime de que é formulativa, pode dizer-se que só haverá ação pública quando a violência consistir em crime contra a integridade corporal ou contra a vida. A ação penal será privada quer quando não há violência de espécie alguma (pacífica alteração sine judice do estado de coisas), quer quando há violência contra a coisa (com ou sem dano), ou emprêgo de ameaça (com ou sem armas) ou de meio fraudulento (ex.: captar ardilosamente o dinheiro de devedor impontual, para pagar-se da dívida)”. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. IX, Arts. 250 a 381. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1959, pp. 493-495.

[848] Embora sem ser incisivo, no mesmo sentido, Júlio Fabbrini Mirabete: “Tutela-se com o dispositivo em estudo a regularidade da administração da justiça, impedindo-se que o particular satisfaça sua pretensão, legítima ou ilegítima, fazendo valer sua vontade por meio de violência, ameaça, fraude etc. Compete ao Judiciário dirimir conflitos de interesses, não se podendo permitir que qualquer pessoa crie embaraço à atuação regular da justiça. Ademais, a conduta incriminada revela no agente desprezo pela justiça, já que usurpa a prerrogativa do magistrado e demonstra desconfiança na administração da justiça”. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** Parte Especial Arts. 235 a 361 do CP. Editora Atlas, São Paulo, 2004, p. 429.

[849] Esse é entendimento do Superior Tribunal de Justiça (conforme se pode observar do RHC n. 78.111/PB, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe de 1/2/2017). E não há qualquer contradição, como se poderia acreditar, porque, alguns crimes, como o furto e a apropriação indébita, que poderiam ser cometidos, caso o agente não titularizasse direito a ser tutelado, dispensam o uso de violência.

[850] Nas palavras de Edgard Magalhães Noronha, “não se trata da justiça no sentido restrito de jurisdição, mas de tudo quanto se refere à atuação e atividade da justiça, para conseguir os fins que lhe são próprios e inerentes. São os delitos aqui considerados fatos que não atentam apenas contra a instituição da justiça, mas também contra a função, atingindo-a no prestígio e eficácia que lhe são absolutamente indispensáveis”. NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal:** Dos crimes contra a saúde pública a Disposições finais. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 361. Em idêntico sentido: PRADO. Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 927.

[851] Afirma Edgard Magalhães Noronha que os sujeitos passivos do crime seriam o “Estado” e “a pessoa diretamente prejudicada pela ação do agente”. NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal:** Dos crimes contra a saúde pública a Disposições finais. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 391.

seria necessária qualquer violência. Em verdade, como ensina Edgard Magalhães Noronha[852]:

> O que o crime contra a administração da justiça põe em risco é a própria existência da proteção jurídica; o que todos sentem quando tal delito se verifica é a oscilação ameaçadora das garantias fundamentais, que constituem a essência da própria instituição. Daí a sua repercussão profunda, e, também, a intensidade maior de seus efeitos. A confiança pública é ferida no seu ponto nuclear. Extinta a fé na intangibilidade da justiça e na regularidade de sua administração, desaparecida fica uma das condições primordiais da tranqüilidade pública[853].

O autor, apegado aos dogmas criados ao longo da história da autotutela, justifica que "[...] não condiz com o estádio atual da civilização que a pessoa seja juiz e parte ao mesmo tempo. Se alguém tiver pretensão[854] que quer fazer valer, deve invocar o Estado-juiz para satisfazê-la"[855-856]. Apesar disso, ressalva Edgard Magalhães Noronha, se o direito não pode ser tutelado pelo Estado, "[...] não pode haver delito contra a administração da justiça"[857].

Embora o autor não faça essa especificação, suas premissas permitem compreender que as situações de urgência, que impossibilitam a busca pela tutela jurisdicional, legitimam a realização do direito pelo próprio titular[858-859]. Seria, assim,

---

[852] NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**: Dos crimes contra a saúde pública a Disposições finais. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 361.

[853] E arremata: "diversos delitos constituem embaraçoes, estorvos ou empecilhos à atuação regular da justiça, mas o exercício arbitrário das prôprias razões é a negação dela: a pessoa despreza sua intervenção e age por conta própria. Ao lado de nocivos efeitos de semelhante comportamento, não há negar que ele é incentivo à descrença na função judiciária, com real dano para o Estado" (NORONHA, 1979, p. 391)

[854] Miguel Bajo Fernández afirma que, "[...] del mismo modo la deuda ha de ser exigible. En efecto, aunque el derecho al pago nace desde el momento mismo en que la obligación ha sido constituida, lo cierto es que el ejercicio de tal derecho está subordinado a que la obligación adquiera el carácter de exigible. Pues bien, no tiene sentido hablar de ejercicio arbitrario del propio derecho cuando no es posible el ejercicio lícito del mismo. Para poder hablar de ejercicio (arbitrario o lícito) del propio derecho, es preciso que la deuda sea exigible.". FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. La realización arbitraria del propio derecho. Santiago: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2019, p. 41.

[855] NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal:** Dos crimes contra a saúde pública a Disposições finais. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 390.

[856] Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "[...] o exercício arbitrário das próprias razões refere-se a um direito que o agente tem ou supõe possuir, ou seja, a vontade livre e consciente de concretizar um fim determinado". STJ. HC 9.444/SP, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 24/08/1999, DJ 20/09/1999, p. 72.

[857] NORONHA, *op. cit.*, p. 391.

[858] Piero Calamandrei pontua que "[...] a proibição da autodefesa não pode ser operante na prática, a não ser que, quase como compensação a tal proibição, o Estado ofereça, para combater a transgressão, meios mais fortes e eficazes que a força privados. A frase empregada a respeito pelo Código Penal, a qual penaliza o exercício arbitrário dos próprios direitos, só na hipótese de quem o cometeu estivesse em condições de recorrer ao juiz, demonstra que a proibição feita aos indivíduos de recorrer à força privada para fazer valer seus direitos significa, necessariamente, faculdade, dada aos particulares de recorrer, para a defesa dos seus direitos, à força pública do Estado.". CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1, 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 189.

possível o exercício da autotutela associada à urgência porque restaria preservado o bem jurídico protegido pelo tipo penal. A administração púbica não teria o seu prestígio atacado, porque, diante da urgência, seria tolerada a realização do próprio direito, por seu titular, em exercício de autotutela.

Não poderia ser diferente. Se o sistema jurídico, em razão da necessária velocidade da ação, impressa pela verificação de situação de urgência, admite a legítima defesa e o estado de necessidade como excludentes de ilicitude, não haveria razão para, diante das mesmas circunstâncias, impedir o exercício da autotutela pelo particular. Se admitida a prática de atos, *a priori*, ilícitos, em razão de urgência, por maior razão, a autotutela deve ser admitida, mesmo sem expressa previsão legal.

Há, por isso, abertura para, em termos de autotutela, ir além das hipóteses expressamente permitidas ou mesmo dos casos relacionados à urgência. Se o caso concreto de autotutela não atenta contra os valores protegidos pelo tipo do art. 345 do Código Penal, dentre os quais, a ordem pública e a paz social, o impedimento da realização de direito em autotutela é um mero capricho.

Por essas razões, há quem se posicione no sentido de que, a autotutela, "mesmo se exercida fora dos casos tipificados, os atos praticados não configuram, perante o direito brasileiro, exercício arbitrário das próprias razões"[860]. Até porque as novas possibilidades exigem novas necessidades[861], não cabendo impedir a autotutela[862], mas, sim, os atos que sejam capazes de atentar contra a dignidade, os bons costumes, a ordem pública e a paz social[863].

---

[859] Afirmando só estar preenchido o suporte fático (do tipo exercício arbitrário das próprias razões) quando é permitido (e possível) ao interessado buscar a atividade jurisdicional: DELMANTO, *op. cit.*, p. 532; COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Comentários ao Código Penal**. V. 3. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 563.

[860] Neste sentido: CARIMINI, *op. cit.*, p. 43; SABA, Diana Tognini. **Direito de retenção e seus limites.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 118.

[861] Neste sentido: BONGIORNO, *op. cit.*, p. 98-99. Em sentido semelhante: ZOPPINI, Andrea. L'effettività in-vece del processo. **Rivista di Diritto Processuale**. v. LXXIV, n. 3, p. 679-699. Padova, 2019, p. 685-686.

[862] Neste sentido: GERI, Lina Bigliazzi. **Profili Sistematici Dell´Autotutela Privata**. Milão: Mvlta Pavcis, 1971, p. 46; CARIMINI, Francesca. Sequestro convenzionale e autotutela – **Collana: Quaderni della Rivista Giuridica del Molise e del Sannio.** Napoli: Edizioni Scientifiche Italine, 2008, p. 48-49.

[863] Em semelhante sentido, Andrade: "O princípio pelo qual ninguém pode fazer justiça a si próprio tem por fim prevenir a violência e perturbação levada à ordem social; e vae de encontro a este princípio quem quer que, para conseguir o fim que tem em vista, alterar o estado de facto deitando a mão sobre os bens alheios; entretanto isto não impede que aquelle que é violentamente perturbado em seu direito se defenda por meios proporcionais e adequados do ataque que lhe é feito, pois, nem sempre a acção do poder público, póde ser exercida promptamente, em dado momento, e de modo efficiente afim de proteger o individuo, e então apresenta-se para este o direto natural de defesa que se legitima em certas condições, porque a sociedade não é organizada para annullar os princípios de direito natural, e sim para regular o seu uso e assegurar o seu exercício.". ANDRADE, *op. cit.*, p. 11-12.

Raquel Bellini Salles[864], em alusão específica ao crime de exercício arbitrário das próprias razões, defende que "[...] não há propriamente uma proibição da autotutela como tal, mas, sim, um preceito geral de respeito aos direitos alheios"[865]. Sendo eles respeitados, mesmo que não verificada nenhuma urgência, não há crime de exercício arbitrário das próprias razões.

A tipificação do exercício arbitrário das próprias razões constitui o principal fator de inibição da autotutela. Esta poderia ter sua amplitude de utilização significativamente maior que a verificada atualmente. Só que o particular, receoso de incorrer em crime, quando não decide absorver o prejuízo, ou adstringe aos casos típicos de autotutela, ou acaba por não realizar o seu próprio direito, delegando, pela força do hábito, a tarefa ao Estado[866].

Esse efeito inibitório, contudo, deve ser debelado porque o antes obstinado esforço de monopolização do tratamento dos conflitos, além de inútil, resulta enorme aumento das despesas e elevado congestionamento dos tribunais, colocando a justiça estatal em descrédito por ser lenta e cara[867].

Antes de finalizar este ponto, são necessárias breves considerações sobre alguns tipos penais que seriam, com maior frequência, cometidos por quem pratica exercício arbitrário das próprias razões, se não fosse titular do direito (ou quem pensa sê-lo) ou seu mandatário, ou seu gestor de negócios. Isso porque, identificados os bens jurídicos por eles protegidos, a construção do conceito de autotutela deverá preservá-los, respeitando os limites firmados.

---

[864] SALLES, *op. cit.*, p. 78.

[865] Neste sentido, embora se referindo ao sistema italiano, que exige a violência como pressuposto ao cometimento do crime de exercício arbitrário das próprias razões, D'acunto: "Ne discende l'inidoneità delle previsioni in esame a fondare un divieto generale di autotutela privata, assistito addirittura da sanzione penale: con gli artt. 392 e 393 c.p., infatti, come evidenziato, non si è inteso impedire tout court l'autodifesa dei privati interessi, quanto piuttosto sanzionare quelle manifestazioni dell'autotutela socialmente pericolose perché arbitrarie e violente.". D'ACUNTO, *op. cit.*, p. 23.

[866] Raquel Bellini Salles faz a mesma constatação: "Não obstante, a maior amplitude da figura em nosso ordenamento não significa que seja utilizada tanto quanto poderia ou deveria. Por força de certo receio dos credores, decorrente da tipificação criminal do exercício arbitrário das próprias razões e do assentado monopólio estatal da justiça, a figura parece ser utilizada aquém das potencialidades e utilidades que oferece, como meio idôneo de reação ao inadimplemento.". SALLES, *op. cit., 229.*

[867] Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, em sentido semelhante, defende que 'el proceso no debe obstinarse em monopolizar la composición de los litigios, porque aparte de que resultaría vano empeño, ello se traduciría en un enorme aumento de gastos judiciales y en un terrible congestionamiento de los tribunales, que redundaría en su descrédito. Debe, pues, contentarse con encerrar la autodefensa dentro de linderos en que no sea peligrosa para la paz social y con encuadrar la autocomposición de tal modo que se eviten sus degeneraciones claudicantes, pero sin intentar acabar a rajatabla com ambas.". ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. **Proceso, Autocomposiõn y Autodefensa.** México: UNAM, 1970, p. 234.

Os referidos tipos penais, conquanto existam outros de menor frequência, são a apropriação indébita, o furto, o roubo e o dano.

A apropriação indébita tem seu tipo previsto no art. 168 do Código Penal, que, no seu *caput*, dispõe ser crime "apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção".

Já o furto, no art. 168 do Código Penal, que, no seu *caput*, dispõe ser crime "apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção".

Por sua vez, o roubo tem seu tipo previsto no art. 157 do Código Penal, que, no seu *caput*, dispõe ser crime "[...] subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência".

E o crime de dano, previsto no art. 163 do Código Penal, que, no seu *caput*, dispõe ser crime "destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia", sendo qualificada a prática, diz o inciso I do parágrafo único, quando, dentre outras circunstâncias, houver emprego de violência.

Estes tipos penais visam a preservar o patrimônio alheio e/ou a inibir a prática de atos violentos.

Por consequência, se preservado o patrimônio alheio e se não praticada violência, o agente não cometerá nenhum dos crimes acima indicados. Daí pode ser identificado um pressuposto negativo para o exercício da autotutela. Ele não pode ser violento nem ocasionar invasão ao patrimônio alheio.

Logo, o conceito de autotutela pelo particular, que constitui ato lícito, deve guardar, em suas balizas, o respeito aos bens jurídicos protegidos pelos tipos referidos penais.

5.3.2 Abuso de direito

A ilicitude de um ato pode decorrer de violação de forma ou de sentido valorativo de um direito.

O abuso de direito é um ato ilícito por violação do sentido valorativo[868-869]. Isso porque, como aponta Jorge Manuel Coutinho de Abreu[870] "há abuso de direito

[868] É assim que dispõe o art. 187 do Código Civil: Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

quando um comportamento, aparentando ser exercício de um direito, se traduz na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumento e na negação de interesses sensíveis de outrem".

A ilicitude do ato abusivo não decorre da violação aos limites lógico-formais. Estes são observados. Quanto à estrutura formal, o ato abusivo não guarda diferenças em relação ao direito. A ilicitude decorre do modo como o direito subjetivo é exercido, justamente por ultrapassar os limites axiológico-materiais, a violar o sentido e o fundamento objetivo do direito[871].

A limitação axiológica-material do direito obedece às balizas estabelecidas pela realidade social. O indivíduo, por estar inserido em sociedade, deve adotar padrões de comportamento que, ao tempo em que atendam aos seus direitos, não perturbem o bem-estar dos outros. O instituto do abuso de direito, assim, constitui um instrumento de conformação social, a harmonizar equanimemente interesses individuais e sociais, a partir dos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Sendo a autotutela uma forma lícita de proteção e de realização de direitos e de tratamento de conflitos, ela não pode ser abusiva.

Consequência disso é que, se verificada alguma abusividade sob o pretexto de exercício de autotutela, estar-se-á diante de ilícito.

Logo, conquanto preenchida a estrutura formal do direito subjetivo, no abuso, não se cumpre o valor normativo, que constitui seu fundamento. Por essa razão, o ato abusivo, repita-se, é ilícito.

---

[869] Considerando abuso de direito um ato ilícito: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 260; CARVALHO SANTOS, J. M. **Código civil brasileiro interpretado.** 14 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985, p. 338; CARPENA, Heloísa. **Abuso de Direito nos Contratos de Consumo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 44.

[870] ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso de direito**: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 2006, p. 43.

[871] Neste sentido: Idem, p. 56: "No abuso, o comportamento do sujeito só aparentemente constitui exercício do direito, ultrapassando-o exatamente por violar seu sentido e seu fundamento objetivo. A qualificação deste comportamento não prescinde do fundamento próprio do direito e é alcançada em contemplação às razões pelas quais o ordenamento reconhece ao sujeito a titularidade desse mesmo direito. Desatendido este fundamento, penetra-se no plano da abusividade"; MONTECCHIARI, *op. cit.*, p. 149: "In quanto la legge riconosce diritti soggettivi e ne consente l'esercizio, non significa anche che ciò sia sufficiente per escludere il rischio che il titolare utilizzi tale posizione in modo scorretto, anomalo, deviato, al fine di conseguire risultati non consentiti o addirittura illeciti"; CASTRO DUARTE, *op. cit.*, p. 25: "O acto abusivo consistirá no exercício de um direito formal e objetivamente legal (correcto), de que resulta um prejuízo em virtude do fim imoral ou anti-social desse exercício".

Orlando Gomes[872], quanto ao ato praticado em abuso de direito, apregoa que o agente tem direito, mas o exerce de modo irregular, a causar danos (mesmo que não haja intensão neste sentido)[873]. Se não houver danos, não haverá abuso[874-875]. Por isso, dentre outras sanções, se reconhecido o abuso de direito, impõe-se a obrigação de indenizar o prejuízo causado[876].

Contudo, não é o que ocorre com a realização de direito em razão de autotutela, porque, aqui, não há ilicitude. Mas, se esta fosse verificada e decorresse de abuso, embora os atos não proviessem de exercício de autotutela, haveria dever de indenizar pelo excesso cometido[877]. Na autotutela, os atos praticados são lícitos, pelo que devem obediência à vedação ao abuso[878], não advindo, dela, o dever de indenizar.

A par das razões postas, deve-se considerar que tanto a autotutela quanto o abuso são institutos que se relacionam à realização de direito. Apesar disso, o abuso é ilícito porque ultrapassa os limites axiológico-materiais do direito, a causar indevidos prejuízos a outrem. Tal não ocorre com a autotutela, pois, sendo lícita, não causa prejuízos indevidos.

Esta diferença em relação ao abuso de direito deve ser considerada na formação do conceito de autotutela, a qual, além de respeitar os limites axiológico-materiais, não causa prejuízos indevidos a outrem.

5.3.3 Pacto comissório

---

[872] GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil curso de direito civil. Vol. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 155.

[873] Neste sentido: PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 257.

[874] Segundo Orlando Gomes, "[...] o ato realizado sem direito não se confunde com o abuso de direito, porque, neste, o agente tem direito, que exerce, todavia, de modo irregular, enquanto, naquele, exerce, normalmente, direito que não tem. Quem age sem direito responde pelo fato, independentemente de qualquer prejuízo que cause. O exercício de direito que não cause dano, ainda moral, abusivo não é.". GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil curso de direito civil.** Vol. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 155.

[875] No mesmo sentido, Jorge Manuel Coutinho de Abreu: "Só quando o referido comportamento for suscetível de causar prejuízo não insignificante a um terceiro se configurará o abuso de direito.". ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso de direito:** ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 2006, p. 43-44.

[876] GOMES, *op. cit.*, p. 155.

[877] Pertinente a transcrição de texto de Pontes de Miranda: "O excesso da justiça privada é punível como a justiça privada ilícita, pois é ilícita no excesso. No direito civil, é abuso do direito, portanto ato ilícito (Código Civil, arts. 159 e 160. I, 2ª parte). [...] O que é da máxima importância, no tocante ao direito penal, é que se não considerou punível, em si, a justiça privada; considerou-se punível quando contrária a direito (= não permitida).". PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, 260.

[878] Neste sentido: SALLES, *op. cit.*, p. 332.

O pacto comissório[879] é ilícito que se assemelha ao pacto marciano (espécie de autotutela). Consubstancia-se em pacto assessório no qual o devedor institui garantia para a hipótese de eventual inadimplência. Se esta ocorrer, concede-se ao credor a faculdade de apropriação, que, se exercida, aquele passará a ser proprietário do bem colocado em garantia[880]-[881], extinguindo-se a dívida por tanto.

Clóvis Beviláqua[882] afirma que "[...] a proibição do pacto comissório se funda em motivo de ordem ética [...] impede que a pressão da necessidade leve o devedor a convencionar o abandono do bem ao credor por quantia irrisória". O pacto comissório só seria celebrado pelo devedor caso ele estivesse em estado de lesão ou de coação[883]. A proibição, por isso, impede que a finalidade da garantia seja desvirtuada, para que não se transforme em fonte de lucro a favor do credor[884].

Todavia, o principal impedimento ao pacto comissório (dentre outros que podem ser suscitados), decorre da possibilidade de causar prejuízos a terceiros que também são credores[885], porque, como dispõe o art. 789 do Código de Processo

---

[879] Acerca da origem histórica do pacto marciano, conferir: ANDRADE *et all, op. cit.,* p. 23.

[880] Neste sentido: REIS, Mayara de Lima. **O Pacto Comissório no Direito Romano**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 11.

[881] Há quem entenda que a transferência da propriedade da garantia em favor do credor é automática, sendo a faculdade exercida por oportunidade do firmamento do negócio jurídico. Neste sentido: GUEDES: "O pacto comissório opera mediante a transferência automática da propriedade do bem para o credor, uma vez configurado o inadimplemento.". GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Pacto comissório versus pacto marciano: estruturas semelhantes com repercussões diversas. In: ___. **Direito das garantias** / coordenação de Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Maria Celina Bodin de Moraes e Rose Melo Vencelau Meireles; Aline de Miranda Valverde Terra". [et al.] . - São Paulo: Saraiva, 2017, p. 52.

[882] BEVILÁQUA, *op. cit.,* p. 329.

[883] "Grosso modo, para que assim se entenda, ao natural estado de inferioridade do devedor deve necessariamente corresponder um benefício desproporcional a favor do credor, que passa a ser proprietário de um bem cujo valor supera o próprio crédito garantido, ainda que seja ele obrigado, ex lege, a restituir o excedente. nessas hipóteses, em que há evidente prejuízo, o devedor apenas celebraria o pacto comissório em premente estado de necessidade ou sob a coação do credor.". REIS, Mayara de Lima. **O Pacto Comissório no Direito Romano**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 151.

[884] Neste sentido: RENTERIA, Pablo. **Penhor e Autonomia Privada**. São Paulo: Atlas, 2016, p.166; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Pacto comissório versus pacto marciano: estruturas semelhantes com repercussões diversas. In: ___. **Direito das garantias** / coordenação de Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Maria Celina Bodin de Moraes e Rose Melo Vencelau Meireles; Aline de Miranda Valverde Terra". [et al.]. - São Paulo: Saraiva, 2017, p. 210; CASTRO, Jordi Delgado; VÉLEZ, Diego Palomo; DELGADO, Germán. Autotutela, Solución Adecuada Del Conflicto Y Epossession: Revision Y Propuesta. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte**. Ano 24, nº 2, pp. 265-289, 2017, p. 276.

[885] Neste sentido: REIS: "Superada a tese reducionista que condiciona o fundamento da proibição a infundadas razões históricas, apresentam-se brevemente outras alternativas costumeiramente levantadas por doutrinadores estrangeiros para tentar adequar a sanção de nulidade à moderna configuração privatista. São elas: (a) a repressão à usura e à imoralidade; (b) a inderrogabilidade do procedimento judicial; (c) a tutela da garantia geral de todos os credores (preservação do princípio da par condicio creditorum)". REIS, Mayara de Lima. **O Pacto Comissório no Direito Romano**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 153; GUEDES *et al.*: "É precisamente a assimetria existente entre tais situações que justifica a proibição: fosse válido o pacto comissório, o devedor ficaria à mercê do credor, que agiria sempre em prol de seus próprios interesses, enriquecendo-se, no mais das vezes, às custas do devedor. A própria função

Civil, "[...] o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei". A norma formada a partir do texto confirma que as limitações da responsabilidade patrimonial somente podem ser estabelecidas por lei e não por simples pacto firmado pelas partes[886].

É por isso que a sanção imposta ao pacto comissório é a nulidade, diferente da aplicada em situações semelhantes, como ocorre nos negócios firmados por erro, dolo, coação, estado de perigo, fraude contra credores e lesão, cuja pena é a anulabilidade[887]. Se pacto comissório impusesse apenas prejuízos materiais ao devedor, ele seria sancionado com anulabilidade (como ocorre, repita-se, com situações semelhantes) e não com nulidade[888], como dispõem expressamente os artigos 1.365 e 1.428 do Código Civil Brasileiro[889] (e de outros países[890]).

---

desempenhada pelas garantias reais seria posta em xeque, já que passariam a servir a propósitos especulativos. Com a vedação ao pacto comissório, evita-se que o credor obtenha a propriedade de bem cujo valor é notavelmente superior ao valor nominal do crédito, em prejuízo do devedor, que teria o seu patrimônio diminuído, e dos demais credores (titulares de créditos privilegiados e credores quirografários, estes últimos subordinados em relação ao titular de garantia real)". GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Pacto comissório versus pacto marciano: estruturas semelhantes com repercussões diversas. In: ___. **Direito das garantias** / coordenação de Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Maria Celina Bodin de Moraes e Rose Melo Vencelau Meireles; Aline de Miranda Valverde Terra". [et al.]. - São Paulo: Saraiva, 2017, p. 55.

[886] Neste sentido, REIS: "Da parte final do artigo 591, do CPC, tem-se, por outro lado, que as limitações da responsabilidade patrimonial apenas podem resultar da lei, jamais da vontade das partes. É o que ocorre, e.g., em relação aos bens absoluta ou relativamente impenhoráveis de que cuidam os artigos 649 e 650 do CPC.". REIS, Mayara de Lima. **O Pacto Comissório no Direito Romano**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 142.

[887] Essa situação causa espécie à doutrina, chegando alguns de seus representantes a consignar que: "A principal objeção dirigida à tese acima exposta se refere à suposta incongruência com o fato de o legislador ter previsto a sanção de nulidade para cláusula comissória. Argumenta-se, nessa direção, que o aludido ajuste consubstanciaria negócio defeituoso, baseado em consentimento viciado, a exemplo do que se observa nas hipóteses de lesão ou estado de perigo. Sendo assim, a sanção legal apropriada deveria ser, de acordo com a lógica do sistema, a anulabilidade, a depender, portanto, da demonstração, no caso concreto, o efetivo prejuízo sofrido pelo devedor (qual seja, a desproporção entre o valor do bem e o da dívida). No entanto, o que se verifica é a cominação tout court da nulidade, o que, de acordo com o raciocínio, revelaria a incompatibilidade da justificativa doutrinária com o regime legalmente estabelecido para o pacto comissório" RENTERIA, Pablo. **Penhor e Autonomia Privada**. São Paulo: Atlas, 2016, p.169. No mesmo sentido: "Uma vez mais, questiona-se a necessidade de que semelhantes situações sejam sancionadas com a nulidade, uma vez que a tutela do sujeito que celebra um acordo em estado de necessidade, via de regra, exprime-se no ordenamento brasileiro da mera anulabilidade. Consequentemente, nestes casos, privilegia-se a autonomia privada, cabendo à iniciativa da parte que se sentir prejudicada a busca pelos remédios judiciais cabíveis, à luz do princípio invitus nemo rem cogitur defendere [...] Sancionar o pacto comissório através da nulidade equivale a coloca-lo no mesmo patamar de outras situações bem mais gravosas previstas no art. 166 do CC/02, que determina a nulidade, e.g., de negócios celebrados por absolutamente incapaz ou que tenham por objetivo fraudar lei imperativa" REIS, Mayara de Lima. **O Pacto Comissório no Direito Romano**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, pp. 151-152.

[888] Embora sem referência explícita neste sentido, indica REIS: "Pela Letra da lei, presume-se, assim, que a nulidade do pacto comissório visa a proteger situações que envolvam interesses indispensáveis, insuscetíveis de ulterior confirmação, e podem ser alegadas a qualquer momento, pela parte diretamente prejudicada, por qualquer terceiro que intervenha no feito ou pelo próprio juiz, de ofício. Essa sanção da nulidade, importa

Logo, embora exista direito passível de tutela, o credor fica impedido de firmar pacto comissório ante a possibilidade de causar danos a terceiros.

Se a avaliação da garantia a ser considerada fosse a realizada por terceiro imparcial no ato da alienação extrajudicial, como ocorre com o pacto marciano, o pacto comissório seria válido[891] porque não prejudicaria nem o devedor, nem terceiros, admitindo inclusive alienação extrajudicial. Mas, sendo ela prefixada pelas partes, apenas por oportunidade da celebração do contrato, a possibilidade de prejuízo justifica a imposição da sanção de nulidade[892].

Há, porém, quem defenda que a sanção de nulidade seria justificada pelo fato de o pacto comissório supostamente ferir "absoluto princípio de inafastabilidade da jurisdição, por força do qual seria inadmissível conceber a realização da garantia sem um correspondente processo"[893]. Esta posição, todavia, não se sustenta. A uma, porque o pacto comissório poderia, no seu próprio instrumento, prever processo de alienação da garantia. A duas, porque o imaginado princípio da inafastabilidade da jurisdição tem sua força mitigada, não sendo intransponível.

A justificativa mais plausível e coerente ao sistema jurídico é, realmente, que a sanção de nulidade se impõe pela possibilidade (face à avaliação da garantia ser

---

lembrar, atinge, por expressa previsão legislativa, tanto o pacto in contienti quanto o pacto ex intervallo". REIS, Mayara de Lima. **O Pacto Comissório no Direito Romano**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 140.

889 Assim também dispunha o art. 765 do Código Civil de 1916.

890 Noutros países, os sistemas jurídicos locais igualmente estabelecem a sanção de nulidade ao pacto comissório. São exemplos: Argentina (art. 3.222 do Código Civil Argentino); Itália (artigos 1.963 e 2.744 do Código Civil Italiano); Portugal (artigos 694, 678, 665 e 753 do Código Civil Português).

891 Neste sentido: REIS, Mayara de Lima. **O Pacto Comissório no Direito Romano**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 128; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Pacto comissório versus pacto marciano: estruturas semelhantes com repercussões diversas. In: ___. **Direito das garantias** / coordenação de Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Maria Celina Bodin de Moraes e Rose Melo Venceslau Meireles; Aline de Miranda Valverde Terra". [et al.]. - São Paulo: Saraiva, 2017, p. 65.

892 Neste sentido: REIS: "A proibição revela-se de todo absoluta, indiferente à existência de eventual equivalência entre o valor real do objeto dado em garantia e o montante correspondente à obrigação principal. Em resumo, a convenção comissória é nula ainda que, porventura, o valor do bem dado em garantia seja igual ou menor àquele da prestação garantida". REIS, Mayara de Lima. **O Pacto Comissório no Direito Romano**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 143; Bongiorno: "Con il patto commissorio, com è noto, si conviene che il creditore, avente garanzia sul bene ipotecato o dato in pegno, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, rimane autorizzato ad appropriarsi del bene o a disporne per autosoddisfarsi, senza il controllo degli organi pubblici assicurato dalle formalità della vendita o dall'assegnazione giudiziale.". BONGIORNO, *op. cit.*, p. 98.

893 Neste sentido: BONGIORNO, *op. cit.*, p. 98; REIS, Mayara de Lima. **O Pacto Comissório no Direito Romano**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 156.

prévia[894], sem participação de terceiro imparcial, e, também por isso, desprovida de critérios justos[895]) de cometimento de prejuízos a terceiros, que vão, assim, além de simples prejuízos financeiros em detrimento do devedor[896].

Logo, o pacto comissório não pode ser entendido como espécie de autotutela. Se impõe, ao credor, enriquecimento ilícito e enseja prejuízos ao devedor e a terceiros em razão de um imposto "privilégio de crédito" sem observância de concurso de credores, ele é ilegal. Assim, sendo ilícito, o pacto comissório não equivale à prestação jurisdicional.

5.4 INSTITUTOS ESTRANGEIROS ASSEMELHADOS

Finalmente, serão aqui apresentados institutos assemelhados à autotutela, existentes em outros sistemas jurídicos, sendo eles de uso permitido. Como os sistemas a que pertencem influenciaram (e continuam a influenciar) o brasileiro, os institutos, além de ratificarem algumas conclusões deste trabalho, possibilitam compreender alguns dogmas trazidos pela doutrina (e pela jurisprudência) brasileira e identificar pontos de contato que legitimam a autotutela.

5.4.1 *Acção directa* do direito português

A primeira parte do art. 1º do Código de Processo Civil Português dispõe, de uma forma geral, que "a ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou

---

[894] Como afirma GUEDES, "[...] apenas a avaliação posterior ao vencimento da obrigação principal confere validade ao pacto.". GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Pacto comissório versus pacto marciano: estruturas semelhantes com repercussões diversas. In: ___. **Direito das garantias** / coordenação de Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Maria Celina Bodin de Moraes e Rose Melo Vencelau Meireles; Aline de Miranda Valverde Terra". [et al.] . - São Paulo: Saraiva, 2017, p. 69.

[895] Neste sentido, Andrea Lepore: "Si comprende perché tale divieto venga considerato un limite all'autotutela privata, in quanto tende a proibire che un creditore possa abusare della sua posizione, acquistando la proprietà di un bene dato in garanzia, senza passare al vaglio di un'autorità terza, giudiziaria, che decida in merito, garantendo equilibrio tra le parti". LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 133.

[896] São justamente por razões antagônicas que o sistema admite o pacto marciano. Neste sentido: Como se percebe, a diferença do pacto marciano para o comissório reside no fato de a apropriação do objeto da garantia pelo credor não se dar pelo valor da dívida, mas com base em valor determinado por avaliação realizada por terceiro independente e imparcial, a afastar o risco de prejuízo para o devedor ou para os demais credores. O pacto marciano não suscita, por conseguinte, a assimetria inerente ao pacto comissório.". GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Pacto comissório versus pacto marciano: estruturas semelhantes com repercussões diversas. In: ___. **Direito das garantias** / coordenação de Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Maria Celina Bodin de Moraes e Rose Melo Vencelau Meireles; Aline de Miranda Valverde Terra". [et al.] . - São Paulo: Saraiva, 2017, p. 66.

assegurar o próprio direito". Mas, em sua segunda parte, excepciona: "salvo nos casos e dentro dos limites declarados na lei". Nessas exceções, está o instituto denominado "acção directa", que possibilita a realização ou a asseguração coativa de direito pelo próprio titular[897].

De fato, o Código Civil Português, no art. 336, dispõe ser lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, quando a acção directa for indispensável, pela impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais, para evitar a inutilização prática desse direito, contanto que o agente não exceda o que for necessário para evitar o prejuízo[898]-[899].

Depois, o dispositivo acrescenta que a acção directa pode consistir na apropriação, na destruição ou na deterioração de uma coisa, na eliminação da resistência irregularmente oposta ao exercício do direito, ou noutro ato análogo. Contudo, ressalva que a acção directa, quando sacrifica interesses superiores aos que o agente visa a realizar ou a assegurar, não é lícita.

Interpretando o texto legal, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão[900] afirma ser necessário, para exercer a acção directa, que: a) esteja em causa a realização ou a proteção de um direito subjetivo do próprio agente[901]-[902]; b) seja impossível recorrer em tempo útil aos meios coercitivos normais; c) a atuação do agente seja indispensável para evitar a inutilização prática do direito; d) o agente não exceda o

---

[897] Segundo Germano Marques da Silva, "[...] do art. 336° ressalta antes de mais este traço: recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito. Daqui se vê imediatamente que a acção directa é uma forma de garantia dos direitos subjectivos, uma forma de realização coactiva do próprio direito, uma forma de justiça privada.". SILVA, Germano Marques da. Da Tutela dos Direitos da Acção Directa. Prêmio da Ordem dos Advogados para Estudantes de Direito, 1968, p. 7.

[898] Neste sentido: MACIE, Albano. **Direito Penal I**. Parte Geral. 1. ed. Lisboa: Escolar Editora, 2021, p. 248.

[899] A diferenciar a acção directa do direito português da legítima defesa e do estado de necessidade, afirma José de Oliveira Ascensão: "quando não se verificam os pressupostos específicos da legítima defesa ou do estado de necessidade, se recai na acção directa, nos termos gerais. E o que acontece aqui. Não havendo agressão ilegal, mas verificando-se a necessidade de reacção contra um facto pessoal, não se pode recorrer à legítima defesa ou ao estado de necessidade; mas pode-se recorrer à previsão da acção directa". ASCENSÃO, José de Oliveira. A teoria finalista e o ilícito civil. Direito e justiça. **Revista da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa**. V. 2. Lisboa, 1987, p. 93.

[900] LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**. Vol. I. 15ª ed. Lisboa: Almedina, 2018, p. 306.

[901] Logo, não é possível a sua utilização da acção directa em relação a direitos alheios. Idem, p. 306.

[902] Por poder ter caráter preventivo é que "o direito não carece de ser vencido e incondicional. Mesmo os direitos não vencidos ou condicionados podem dar lugar à acção directa. A lei não distingue e onde a lei não distingue não deve o intérprete distinguir. [...] Por outro lado não há razão para proibir o titular de um direito a termo ou sob condição de providenciar para evitar a inutilização prática do seu direito, pois será mesmo nos casos de direitos não vencidos (a termo ou sob condição) que o perigo será mais freqüente.". SILVA, Germano Marques da. **Da Tutela dos Direitos da Acção Directa**. Prêmio da Ordem dos Advogados para Estudantes de Direito, 1968, p. 49.

que for necessário para evitar o prejuízo; e) o agente não sacrifique interesses superiores aos que a sua atuação visa a realizar ou a assegurar.

Por conseguinte, seria pressuposto, ao exercício da acção directa, que o direito, passível de tutela jurisdicional[903], ficasse inutilizado, se não tivesse atuação do agente[904]. Mas, a acção directa ficaria excluída quando implicasse, para outrem, maiores prejuízos do que os que se pretenda evitar em favor do agente[905]. De qualquer modo, seus atos poderiam implicar a ocorrência de danos para outrem, mas o preenchimento dos seus elementos afastaria a ilicitude do fato e, assim, a responsabilidade do agente pelos danos causados[906].

António Menezes Cordeiro afirma que o recurso à própria força seria pressuposto ao exercício da acção directa[907], sendo necessário, para justificar o exercício do instituto português, haver urgência relacionada à inutilização prática do direito em causa e ser verificada a impossibilidade de recorrer, em tempo útil, aos meios coercivos normais[908]-[909].

Estes são elementos que diferenciam a acção directa da autotutela. Para a caracterização da autotutela, não é necessário o uso da força. Esta pode até ser utilizada em algumas restritas hipóteses, como antes mostrado, mas não constitui pressuposto geral. Igualmente, a urgência. Ela pode até ser verificada em determinadas hipóteses de autotutela, mas também não é um pressuposto geral.

António Menezes Cordeiro[910], em relação aos limites para exercício, aponta que a acção directa seria duplamente contida porque "não pode exceder o que for

---

[903] Neste sentido: António Menezes Cordeiro: "A posição jurídica a defender deverá ser susceptível de coerção jurídica. Nesta linha, não será possível recorrer à acção directa relativamente a obrigações naturais ou a situações jurídicas que, pela sua configuração, não possam ainda ser exercitadas.". CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Vol. II. Tomo III. 4ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 49; Germano Marques da Silva: "Por isso uma obrigação natural não pode fundar a acção directa. As obrigações naturais não são judicialmente exigíveis, e, por isso, não são também susceptíveis de realização ou asseguramento por via da acção directa (art. 402º do Código Civil).". SILVA, *op. cit.*, p. 50.

[904] LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**. Vol. I. 15ª ed. Lisboa: Almedina, 2018, p. 306.

[905] Idem, p. 307.

[906] Ibidem, p. 307.

[907] Por isso, "[...] os direitos de crédito não poderão ser tutelados pela acção directa, não sendo lícito ao credor obrigar pela força o devedor a cumprir nem lhe retirar os bens necessários para assegurar esse cumprimento.". LEITÃO, *op. cit.*, p. 306.

[908] Assim afirma António Menezes Cordeiro: "Os pressupostos da acção directa merecem a maior atenção. Podemos sumariá-los em: a necessidade de realizar ou de assegurar o próprio direito; o recurso à própria força; a contenção nos meios usados.". CORDEIRO, *op. cit.*, p. 498.

[909] A doutrina portuguesa diferencia a acção directa da legítima defesa da seguinte forma: "Na legítima defesa procura-se afastar uma agressão actual contra a pessoa ou bens do agente ou de terceiro, enquanto na accão directa se procura simplesmente evitar a inutilização prática de um direito.". SILVA, *op. cit.*, p. 29.

[910] CORDEIRO, *op. cit.*, p. 498.

necessário para evitar o prejuízo; não deve sacrificar interesses superiores aos que o agente vise [a] realizar ou [a] assegurar". Observados estes limites, "a acção directa é lícita e é legitimadora"[911].

Este acaba sendo o principal ponto de contato entre a acção directa e a autotutela. Ambos os institutos ocasionam a legítima realização de direito pelo próprio titular no plano extraprocessual, mesmo contra a vontade da parte adversa da respectiva relação jurídica, devendo, contudo, serem observados os limites da razoabilidade e da proporcionalidade[912].

Para além das semelhanças e das diferenças apontadas entre os institutos da autotutela e da acção directa, deve-se registrar que a disposição trazida pela primeira parte do art. 1º do Código de Processo Civil Português, influenciou a concepção da doutrina brasileira, que, de forma equivocada, costuma defender o uso da autotutela, quando não existe expressa autorização legal, apenas em situações de relacionada urgência e associá-la ao uso da força.

Tal se deu porque não se observou que a acção directa do direito português, como mostrado aqui e por tudo exposto até agora, é um instituto mais restrito que a autotutela, justamente pela disposição do art. 1º do respectivo Código de Processo Civil. Embora haja alguns pontos de contato entre os referidos institutos, a autotutela tem maior abrangência, a contemplar diversas situações que, repita-se, não se relacionam à urgência, nem muito menos ao uso da força.

5.4.2 *Selbsthilfe* do direito alemão

Na Alemanha, diversamente do que ocorre em Portugal, em razão do texto do art. 1º do Código de Processo Civil Português, não há nenhuma disposição genérica de proibição da justiça privada. Essa questão, afirma Germano Marques da Silva[913],

---

[911] Especifica António Menezes Cordeiro: "[...] verificados os seus pressupostos, o agente não tem qualquer dever de indemnizar os danos que dela decorram. Eles serão imputáveis ou ao 'resistente' ou a quem haja ocasionado a situação ou, finalmente, ao risco próprio dos circunstantes.". CORDEIRO, *op. cit.*, p. 500.

[912] No mesmo sentido, Germano Marques da Silva: "Para a 'acção directa' são condições: 1ª. Perigo de inutilização prática do direito subjectivo; 2ª Impossibilidade de recurso em tempo útil aos meios coercivos normais; 3ª Necessidade racional do meio empregado para evitar o prejuízo" [...] "Há, pois, uma adequação, uma proporcionalidade entre os meios e os fins. Os fins não justificam todos meios: a escolha dos meios não fica livremente ao arbítrio do agente. O acto material de exercício da acção directa há de ser dentro dos meios adequados à realização do fim, evitar a inutilização prática do direito, o menos gravoso para o titular do interesse sacrificado. O critério determinante nesta matéria há de ser, pois, o da relação de necessidade entre o meio utilizado e o fim visado.". SILVA, *op. cit.*, p. 39 e p. 71.

[913] SILVA, *op. cit.*, p. 29.

"[...] foi muito discutida nos trabalhos preparatórios do Código alemão e as comissões concluíram pela inutilidade de tal disposição [proibitiva da justiça privada]". Em razão disso, mas também pela previsão da *selbsthilfe*, a realização ou a prevenção do direito pelo próprio titular encontra maior estímulo no sistema alemão.

A *selbsthilfe* está prevista pelo § 229 do Código Civil Alemão. Dispõe que, aquele que, com o fim de justiça privada, destrói ou deteriora uma coisa, ou quem com a mesma finalidade detém um obrigado suspeito de fuga, ou vence a resistência do obrigado contra um ato que este é obrigado a suportar, não pratica um ato ilícito, se não houver possibilidade de intervenção útil da autoridade pública e, sem a ação imediata, existir o perigo de que a realização do direito se frustre ou se dificulte essencialmente.

Em seguida, o § 230 estabelece limites ao exercício da *selbsthilfe*, dispondo que: a) não pode se estender além do necessário para afastar o perigo; b) no caso em que as coisas são removidas, a menos que a execução da sentença esteja sendo efetuada, deve ser requerido um mandado; c) no caso de detenção do obrigado, a menos que seja novamente posto em liberdade, o pedido de prisão preventiva deve ser apresentado ao tribunal local em cuja comarca ocorreu a prisão, devendo a pessoa ser apresentada ao tribunal sem demora injustificada; d) se o pedido de prisão for retardado ou indeferido, as coisas apreendidas devem ser devolvidas e o detido libertado sem demora injustificada.

Dos textos legais, pode-se inferir que a *selbsthilfe*, para ser exercida de forma legítima, é necessário ser impossível a ação de autoridade pública (seja ela policial ou judiciária) e que, sem a intervenção imediata do titular, exista risco de a realização do direito seja frustrada ou dificultada significativamente.

A *selbsthilfe* não pode ser utilizada se possível a intervenção de autoridade pública e ela não pode exceder o que for necessário para afastar o perigo[914], sob pena, como dispõe o § 231, de se cometer ilícito e, por conseguinte, impor-se, ao agente, responsabilidade por reparação dos danos suportados.

Em algumas situações, a *selbsthilfe* só poderá ter sua eficácia prolongada se, sem demora, intervir autoridade pública. Este é um ponto que diferencia o instituto

[914] Neste sentido: SILVA, Germano Marques da. **Da Tutela dos Direitos da Acção Directa**. Prêmio da Ordem dos Advogados para Estudantes de Direito, 1968, p. 30.

alemão da autotutela. Esta tem sua eficácia prolongada independentemente de intervenção de qualquer autoridade pública.

Diferentemente do que ocorre com a acção directa do direito português, a *selbsthilfe* não tem a força como elemento necessário, a se identificar, neste ponto, semelhança com a autotutela. Contudo, a *selbsthilfe* está necessariamente associada a situações de urgência, o que nem sempre ocorre com a autotutela, que, conquanto possa ser verificada, não é um pressuposto geral.

A *selbsthilfe* realiza ou protege direito. Mas, ela deve observar, como limites, a razoabilidade e a proporcionalidade, porque não se pode ir além do necessário para afastar o que ocasiona o perigo contra o direito e, se houver demora na intervenção da autoridade pública, os atos praticados devem ser desfeitos.

Estes também são pontos de contato entre a *selbsthilfe* e a autotutela. Ambos os institutos ocasionam a legítima realização ou proteção de direito pelo titular, mesmo contra a vontade da parte adversa da respectiva relação jurídica, devendo, contudo, ser observados os limites da razoabilidade e da proporcionalidade.

Apontadas as semelhanças e as diferenças entre os institutos comparados, há de se convir que a *selbsthilfe* também influenciou a concepção da doutrina brasileira em torno da autotutela, porque, de forma equivocada, importou o instituto sem realizar a devida adaptação ao sistema. Por isso, costuma-se defender o uso da autotutela apenas em situações relacionadas à urgência e a associá-la ao uso da força.

Tal se deu porque não se observou que a *selbsthilfe* do direito alemão, como mostrado aqui e por tudo exposto até agora, é um instituto de amplitude diferente da autotutela. Embora a *selbsthilfe* traga alguns pontos concêntricos, a autotutela contempla situações que não se relacionam à urgência, nem muito menos ao uso da força. Além disso, a autotutela não alcança situações de retenção de pessoas, que são típicas do direito penal.

5.5 CONSTATAÇÕES PARCIAIS

Com as colocações apresentadas em torno dos institutos de uso admitido e de uso proibido pelo sistema jurídico brasileiro, pode-se afirmar que a autotutela dispensa expressa previsão legal, especialmente quando o direito se encontra em

cenário de urgência. Se, a despeito da falta de previsão legal expressa, é admitida a prática de atos que, *a priori*, são ilícitos (tendo suas ilicitudes excluídas em razão do atendimento aos pressupostos relacionados, em especial a urgência), não se deve impedir a realização de autotutela atípica.

Os institutos assemelhados previstos em outros sistemas jurídicos ratificam a conclusão de que, quando há urgência, é possível a realização ou a proteção do direito diretamente pelo seu titular, no plano extraprocessual, não havendo necessidade de posterior homologação jurisdicional.

Sob outra perspectiva, não se pode realizar atos, a pretexto de exercício de autotutela, que impliquem violência ou imposição de prejuízos indevidos em detrimento de outrem. Eles são considerados atos ilícitos, não admitidos, assim, pelo sistema jurídico.

Quanto ao mais, confirma-se que a autotutela, diferentemente dos institutos de uso admitido e de uso proibido, no plano extraprocessual, realiza (e, por vezes, protege) direitos, tendo, por isso, resultado correspondente ao da prestação jurisdicional. Estes são elementos típicos (e exclusivos) da autotutela, a confirmar o que antes foi dito.

Por fim, alguns dos institutos assemelhados antes apresentados, como a legítima defesa e o estado de necessidade, apontam para a indicação dos limites ao exercício da autotutela. Em razão da importância da definição desses limites para a formação do conceito buscado por este trabalho, que são pouco estudados pela doutrina, será dedicado, a seguir, capítulo próprio.

5.6 ARREMATE DA SEÇÃO

Tendo sido identificados os espaços próprios e alguns dos pressupostos de caracterização e requisitos de exercício (os quais serão posteriormente relacionados, categorizados e sistematizados), segue-se, no próximo capítulo, com a identificação dos limites ao uso da autotutela pelo particular no direito privado, os quais também contribuirão à formação do conceito objeto deste trabalho.

6 LIMITES AO EXERCÍCIO DA AUTOTUTELA

6.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

O vocábulo limite induz à compreensão da existência de extremos. Os limites, numa primeira concepção, estabelecem um comportamento negativo. Não se deve ir para além deles. A sua ultrapassagem importa desrespeito, sendo o comportamento reprovável. Mas, sob outra perspectiva, os limites, ao mesmo tempo, estabelecem um comportamento positivo. Deve-se agir em observância às suas balizas. O não agir dentro dos limites importa igualmente em comportamento reprovável.

Quando identificados os limites de determinado instituto, contribui-se para a formação do seu conceito porque eles passam a fazer parte dos elementos nucleares. E quando são estabelecidos, define-se a atuação dos sujeitos, mesmo que contra a sua desejada vontade. Contudo, só se deve limitar o que puder causar indevido prejuízo a outrem[915], porque "o único propósito para se exercer poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é evitar danos a outra pessoa"[916].

Em direito, agir sem observância aos limites é praticar ato não legitimado pelo sistema jurídico. Ato que não observa os limites vigentes constitui ilícito. Mas, como o sistema jurídico sofre interferências ao longo do tempo, a ocasionar mudanças, a extensão dos limites acaba por variar[917].

Na autotutela, compreendida como um instituto inserido no sistema jurídico, quando estabelecidos os limites para seu exercício, o titular do direito deve agir em estrita observância àqueles, para que não se cometa, caso ultrapassados, um ilícito. Também, não deve se omitir, o titular do direito, de usar a autotutela, dentro dos seus limites, quando ela se mostrar adequada.

A partir da análise dos institutos assemelhados e dos casos de uso pelo particular no direito privado, os quais foram antes apresentados, podem ser

---

[915] Neste sentido: HART, Herbert Lionel Adolphus. **Direito, liberdade, moralidade.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987, p. 45.

[916] Neste sentido: SIMÕES, Mauro Cardoso. **John Stuart Mill e a liberdade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 19.

[917] Como afirma Paulo Dourado de Gusmão, "[...] a ação do tempo faz-se sentir sôbre as coisas humanas e sôbre a natureza. É implacável. O direito não foge à sua influência: os seus preceitos envelhecem e acabam por desaparecer.". GUSMÃO. Paulo Dourado de. **Introdução do estado do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 61.

estabelecidos os limites ao seu exercício da autotutela. Tais limites, identificados a partir do que até aqui já se escreveu, por estabelecerem as balizas em que o justiçador agirá, constituem, repita-se, elementos necessários à formação do conceito a ser alcançado.

Representantes da doutrina, embora não tenham partido do método aqui adotado, chegam à conclusão, compartilhada por este trabalho, de que os limites ao exercício da autotutela são a razoabilidade e a proporcionalidade[918]-[919]. Os institutos assemelhados de uso permitido, inclusive alguns deles estrangeiros, e determinados casos típicos de autorizado exercício de autotutela, fazem essa identificação, *a priori,* nos próprios textos legais que os preveem.

A título de exemplo, o art. 25 do Código Penal, ao prever a legítima defesa, instituto assemelhado a autotutela, faz a indicação dos limites. Da mesma forma, o art. 1.210 do Código Civil, com a reintegração de posse, que é caso típico. Outras hipóteses, inclusive de autotutela típica, embora não façam referências expressas, estabelecem modo de exercício, permitindo identificar ditos limites, como ocorre com a expropriação de bem em alienação fiduciária e com a exclusão de sócios.

Por sua vez, os institutos assemelhados de uso proibido mostram que a proteção é estabelecida pelos respectivos textos legais exatamente para evitar o cometimento de atos desarrazoados e desproporcionais. É assim que ocorre com o pacto comissório, que, como indica a doutrina, visa justamente a evitar ação desarrazoada e desproporcional por parte do credor em detrimento do devedor e de terceiros.

Logo, a identificação da razoabilidade e da proporcionalidade como limites ao exercício da autotutela é confirmada pelos casos típicos e atípicos de autotutela, assim como pelos próprios institutos semelhantes de uso admitido e proibido.

Estes limites são compatíveis com as normas construídas a partir dos textos dos artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que fazem claras referências à razoabilidade e à proporcionalidade. Os textos legais

---

[918] Neste sentido: SALLES, *op. cit.,* p. 85; D'ACUNTO, *op. cit.,* p. 50; LAMPIS, Michela. Autotutela pubblica e privata. In: LAMPIS, Michela. PUBUSA, Francesca; PUDDU, Stefania (a cura di) Procedimento, provvedimento e autotutela Evoluzione e involuzione. **Quaderni di Diritto e processo amministrativo**, 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 122; TALAMINI, *op. cit.,* p. 199; MURINO, Filippo. L'autotutela Nell'escussione Della Garanzia Finanziaria Pignoratizia – **Quaderni di Giurisorudenza Commerciale,** 337. Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 97; LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. Quaderni della Rassegna di diritto civile. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 58.

[919] Essa conclusão é compartilhada pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro (vide julgamento da ADI 5135) e pela Corte di Cassazione Italiana (vide julgamento da sentenza n. 26365, de 26 nov. 2013).

reconhecem que, em qualquer decisão a ser tomada pelo agente (a se incluir, aí, o titular do direito), deve-se observar o balizamento estabelecido por aqueles limites.

Antes de detalhar os encimados limites, deve-se consignar que a identificação deles legitima a admissão da autotutela para além das hipóteses expressamente previstas em lei[920], mesmo que não haja previsão contratual[921]. A definição do comportamento pela imposição de um "não ir além", estabelecida pelos limites, dá margem a um "ir até", ampliando as possibilidades de o particular fazer o que não é proibido.

Tal compreensão reafirma a autotutela, colocando-a como meio adequado de tratamento de conflitos[922] porque, dentre outras razões, respeitadas a razoabilidade e a proporcionalidade, o sistema jurídico a admite em situações atípicas. Não há, como demonstrado, impedimento ao exercício da autotutela pelo particular. A este caberá, quando da realização do direito, observar os limites da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo lícitos, desde que respeitados pressupostos e requisitos, os respectivos atos praticados[923].

A observância dos limites referidos, tanto nas hipóteses típicas, quanto nas atípicas de autotutela, deve ser realizada a partir da análise de cada caso concreto[924]. Todavia, nas hipóteses típicas, por vezes, o texto legal descreve a forma a ser observada quando da prática de ato em autotutela, sendo, por isso, mais fácil a observância e a identificação de eventual desrespeito à razoabilidade e à

---

[920] Essa também é a posição seguida por Andrea Lepore: ""La soluzione per ampliare i confini dell'autotutela oltre i limiti espressi dal legislatore risiede nell'affidarsi, in definitiva, ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza del rimedio a disposizione del privato. Sono questi i parametri che permettono di dilatare o limitare i confini dell'autotutela privata". LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile.** Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 65.

[921] No sentido de admitir autotutela atípica, mas quando há pactuação firmada entre as partes, Leonardo Faria Schenk: "Tornar-se-ia possível, assim, admitir a criação, pelos contratantes, de instrumentos de autotutela, inclusive com função resolutiva, não expressamente previstos em lei. Consoante esse entendimento, a ausência de previsão legal de referidos instrumentos pode ser superada adotando-se a "não excepcionalidade da autotutela contratual constitucionalizada", decorrente do "princípio da autonomia privada, devidamente temperado pelos filtros de controle da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso.". SCHENK, Leonardo Faria; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Inafastabilidade da Jurisdição e Autotuleta: O Exemplo da Cláusula Resolutiva Expressa. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, 2019, p. 5.

[922] Neste sentido, Andrea Lepore: "La soluzione per ampliare i confini dell'autotutela oltre i limiti espressi dal legislatore risiede nell'affidarsi, in definitiva, ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza del rimedio a disposizione del privato. Sono questi i parametri che permettono di dilatare o limitare i confini dell'autotutela privata.". LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 65.

[923] Afinal, como afirma Germano Marques da Silva, "[...] contida nos devidos limites, a justiça privada revivifica o direito, restaura a sua plena dignidade.". SILVA, *op. cit.*, p. 19.

[924] Neste sentido: SANTAMARIA, Ferrara. La giustizia privata. Jovene: Napoli, 1937, p. 103; LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, pp. 62-65.

proporcionalidade. Com as hipóteses atípicas, a situação é diferente, porque falta previsão legal autorizativa expressa, sobretudo definindo a forma de exercício da autotutela.

O eventual controle jurisdicional será realizado sobre os atos praticados a pretexto de exercício de autotutela, se constatada, no caso concreto, a não observância aos limites referidos. Se atendidos os limites, o ato praticado em exercício de direito pelo próprio titular será legítimo, reconhecido como autotutela. Afinal, se não há vedação à autotutela e sendo o ato razoável e proporcional, não há impedimento. Mas, se desrespeitadas a razoabilidade e a proporcionalidade, o ato praticado a pretexto de autotutela poderá ser controlado por autoridade jurisdicional com decretação de sua invalidade ou com sua conversão em perdas e danos[925].

Fica, entretanto, a indagação necessária à compreensão do tema em estudo: quando o ato praticado a pretexto do exercício de autotutela será considerado razoável e proporcional?

Para alcançar resposta a essa pergunta, faz-se necessário compreender o que é a razoabilidade e o que é a proporcionalidade, considerado o exercício de direito pelo próprio titular no sistema jurídico brasileiro. É o que se fará a partir da agora.

6.2 RAZOABILIDADE

O termo razoabilidade está associado à ideia de razão. Algo é razoável quando, além de ter idoneidade, é adequado e aceito. Por isso, no âmbito da filosofia, diz Aristóteles[926], a razoabilidade é a conformidade com a razão ou com as regras que ela prescreve em determinado campo.

No âmbito do direito, afirma Chaïn Perelman[927], a razoabilidade deve incidir quando a estrita aplicação da lei ocasiona consequências inaceitáveis (iníquas,

---

[925] Afirma Tiziana Montecchiari que, "[...] se l'autotutela privata è una forma particolare di esercizio di un diritto soggettivo, come tale, non è tuttavia esente da un controllo circa la legittimità del suo operare, ovvero se rientra nei limiti di quanto l'ordinamento ha posto per la sua attivazione.". MONTECCHIARI, Tiziana. Ius singulare e autotutela privata – Contributo allo studio di una categoria. *Collana: Quaderni de Il Foro napoletano,* 31. Napoli: Edizioni Sci-entifiche Italiane, Itália, 2019, p. 149.

[926] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Coleção "Os Pensadores". v. IV, São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 324.

[927] PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 429.

ridículas ou opostas ao bom funcionamento do Estado), porque nenhum direito pode ser exercido desarrazoadamente (afinal, “o desarrazoado não é direito”).

A razoabilidade é aplicada a partir da análise subjetiva dos meios e dos fins, estabelecendo um padrão a ser utilizado na análise de todas as circunstâncias que envolvem um determinado ato[928], o qual não pode ultrapassar os limites do aceitável pelo direito.

Quando o quadro normativo é complexo, a razoabilidade assume feição estrutural. Funciona, nas palavras de Suzana Tavares Silva[929], como um elemento de conexão relevante na construção da solução jurídica considerada “mais acertada”.

A razoabilidade, afirma Luís Roberto Barroso[930], possui dois vieses: um interno (“verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados”) e outro externo (“adequação aos meios e aos fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional”).

Em algumas hipóteses típicas de autotutela, como ocorre com o desforço imediato na reintegração e na manutenção de posse, o legislador reconhece, de forma expressa e, *a priori*, o uso da força como razoável à realização do direito pelo seu titular, desde que aplicada imediatamente.

De fato, o art. 1.210 do Código Civil, no seu *caput*, dispõe que “o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado”. Em seguida, o § 1º dispõe que: “o possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo [...]”.

O sistema, no caso de manutenção e de reintegração de posse, reconhece o uso da força como razoável. Apesar disso, o seu uso pelo particular a fim de realizar direito não é habitual. Ele fica adstringido a pouquíssimos casos, condicionado à imediatidade.

---

[928] Neste sentido: VICTORINO, Fábio Rodrigo. O conteúdo teórico do princípio da razoabilidade: relativizando a legalidade estrita e supremacia do interesse público. **Revista da AGU**, ano 14, n. 01, Brasília-DF, p. 9-26, jan./mar. 2015, p. 12.

[929] SILVA, Suzana Tavares. **O princípio da razoabilidade**. Comentários ao novo código do procedimento administrativo. coord. Carla Amado Gomes, coord. Ana Fernanda Neves, coord. Tiago Serrão. 3ª ed. Vol. 2. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2016, p. 227.

[930] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 226.

Não seria razoável, é verdade, pelo viés externo, o titular do direito não estar inserido numa situação de urgência, em que poderia, por consequência, buscar a prestação jurisdicional, e, mesmo assim, fazer uso da força, justamente por ser esta uma medida de uso excepcional ao particular.

O sistema reconhece expressamente que o uso de força para a proteção dos bens jurídicos relacionados à posse é razoável justamente porque, além de a disputa se relacionar a um direito historicamente caro, há um cenário de urgência que justifica a sua defesa e sua realização diretas.

Da mesma forma, o sistema reconhece ser razoável o uso da força quando se age em legítima defesa, atuando, assim, de forma imediata à proteção de direito. Embora não se trate de hipótese de autotutela, mas de instituto assemelhado, o art. 25 do Código Penal reconhece a razoabilidade como um limite à defesa de direito.

A situação ratifica que, conquanto possa ser razoável o uso de força, porque expressamente previsto no sistema, ele está condicionado a um cenário de urgência (que impossibilita o titular do direito a recorrer à atividade jurisdicional), justamente pelas consequências que o seu uso pode ocasionar. Assim ocorre em Portugal (com a acção directa) e na Alemanha (com a *selbsthilfe*).

O sistema não impede, propriamente, a realização e a defesa direta de direito por seu titular, havendo diversos casos, como mostrado, de autotutela, mas tem especial preocupação com o uso da força. Por isso, ora admite algumas situações, ora proíbe outras, que, conquanto alcancem idênticos resultados, diferenciam-se substancialmente pelo uso da força.

E tanto há preocupação com o uso da força como instrumento de realização de direito, que o legislador, por exemplo, muitas das vezes, não impossibilita a apropriação de bens imateriais, mas proíbe a apropriação de bens materiais. A restrição, como se pode observar, de regra, é ao uso da força, e não à apropriação de bens para satisfazer direito de crédito.

Essa conclusão é confirmada, de um lado, pela possibilidade de apropriação de quotas societárias de sócio excluído (debaixo das quais podem existir diversos bens, inclusive materiais), que, por serem bens imateriais, dispensam uso de força, e, de outro, pela impossibilidade, em regra, de se apropriar de bens materiais, sobretudo quando necessário o uso de força.

Os exemplos trazidos não tratam de um simples jogo de palavras, mas do efetivo reconhecimento de que: o uso da força pode até ser razoável, sendo admitido em algumas hipóteses pelo sistema, o que ocorre de forma expressa para determinadas situações; para muito além disso, é possível ampliar o uso da autotutela aos bens jurídicos imateriais, justamente por dispensar o uso da força.

Logo, como se observa dos diversos casos de autotutela e dos institutos assemelhados, é razoável realizar direito se, num cenário em que não há urgência, não seja necessário uso de força, destacando-se que, embora não seja uma exclusividade, tal sói ocorrer quando a disputa envolve bens imateriais.

A razoabilidade, portanto, conquanto não seja o único, é limite ao exercício da autotutela confirmado pelos casos encimados[931].

Outra constatação: a cláusula de legítima defesa é geral. Não há apontamentos específicos, com descrição analítica, para situações determinadas. Mas, reconhecida a legítima defesa, o ato, apesar de, de forma descontextualizada, ser considerado um ilícito, passa a ser admitido em razão de sua razoabilidade aferida a partir do caso concreto.

Significa que, se essa abertura do texto legal justifica o amplo uso da legítima defesa, que, *a priori*, exclui a ilicitude de um ato, ela, igualmente, deve justificar a realização de direitos pela autotutela em situações atípicas, desde que observada(s) a razoabilidade (e a proporcionalidade).

Como ocorre com a legítima defesa, a análise da razoabilidade, nos casos de autotutela, principalmente os atípicos, dependerá da análise do caso concreto em seu devido tempo. Observada(s) a razoabilidade (e a proporcionalidade), no exercício da autotutela, não haverá que se censurar o titular pela realização de seu direito.

Ao analisar caso de autotutela (realizada pela Fazenda Pública), o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 5135, entendeu que ela deve ser exercida em observância à razoabilidade (e à proporcionalidade), não sendo desarrazoada (nem desproporcional) a imposição de restrição de crédito.

A Corte, na ocasião, decidiu que, apesar de haver impacto negativo na esfera jurídica do contribuinte, o protesto de CDA pela Fazenda Pública, ante o estado da

[931] Neste sentido: D'ACUNTO, *op. cit.*, p. 50.

inadimplência, é admissível, sendo legítima a imposição de medidas coercitivas ao pagamento[932].

Nas razões de julgamento, o STF entendeu que a restrição de crédito não violaria o devido processo legal, além do que afirmaria a esfera jurídica do titular do direito (no caso, de crédito), sem contar que o devedor poderia buscar a atividade jurisdicional para controlar eventual ilegalidade.

Por conseguinte, concluiu que não haveria inconstitucionalidade, sendo razoável a restrição de crédito.

A razoabilidade deve ser aferida a partir da análise do caso concreto, mediante a verificação de sua compatibilização ao sistema jurídico[933]. Mas não haverá razoabilidade quando a medida de realização de direito violar a dignidade da pessoa humana e a boa-fé. Por isso, não se admite, por exemplo, impor prisão como medida coercitiva para satisfação de direito de crédito e proceder à alienação de bem sem comunicar o devedor para purgar sua mora[934].

A realização de direito de consolidação de propriedade e de expropriação de bem por procedimento extrajudicial, reconhecido em contrato com alienação fiduciária, confirma essa conclusão, porque não é permitida a prisão civil como medida coercitiva[935], sendo o procedimento de consolidação de propriedade e de alienação do bem realizado integralmente com constante comunicação do devedor.

Quando, na realização de direito reconhecido em contrato com alienação fiduciária, afasta-se a possibilidade de prisão civil como medida coercitiva do devedor, preserva-se a dignidade da pessoa humana, e, quando se estabelece a necessidade de realizar permanente comunicação, respeita-se a boa-fé.

---

[932] Segue trecho do julgamento da ADI 5135 pelo STF: "Tampouco há inconstitucionalidade material na inclusão das CDAs no rol dos títulos sujeitos a protesto. Somente pode ser considerada "sanção política" vedada pelo STF (cf. Súmulas nº 70, 323 e 547) a medida coercitiva do recolhimento do crédito tributário que restrinja direitos fundamentais dos contribuintes devedores de forma desproporcional e irrazoável, o que não ocorre no caso do protesto de CDAs".

[933] Eduardo Talamini, com relação a instrumentos de realização de direito, afirma que: "Além disso, tais instrumentos precisarão ter sua admissibilidade sempre aferida à luz da proporcionalidade e da razoabilidade da providência de autotutela adotada, considerando-se especialmente o grau de essencialidade do bem cuja privação se imporá. O interruptor de acionamento do veículo e o bloqueio da porta da casa alugada são drásticos e desproporcionais, pois privam o sujeito que sofre a medida de bens relevantes e valiosos. No entanto, telefones públicos e máquinas de fliperama sempre funcionaram com sistemática similar: a ligação é interrompida se o crédito decorrente da ficha telefônica terminar e outra não for inserida; o jogo de fliperama também para sem nova ficha; a conexão com a internet é interrompida uma vez esgotado o tempo contratado... Essas hipóteses são aceitas com normalidade, a ponto de usualmente nem serem pensadas como formas de autotutela, mas como o regular desenvolvimento desses serviços.". TALAMINI, *op. cit.*, p. 199.

[934] Neste sentido: D'ACUNTO, *op. cit.*, p. 50.

[935] Conforme: a) súmula vinculante 25 ("É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito"); b) STF HC 92.566, rel. min. Marco Aurélio, P, j. 3-12-2008, DJE 104 de 5-6-2009.

Logo, a realização em autotutela do direito de consolidação de propriedade e de expropriação de bem mediante obediência a procedimento extrajudicial é razoável, sendo, por isso, legítimo perante o sistema[936]. Confirma-se, assim, que a razoabilidade é limite ao exercício da autotutela.

Por fim, há segurança para se afirmar, com amparo na razoabilidade, que a realização de direitos potestativos, se não houver exigência estabelecida por lei em sentido contrário, pode ocorrer no plano extrajudicial. Se o resultado é definido pela vontade do titular, não é razoável impor a busca pela atividade jurisdicional.

6.3 PROPORCIONALIDADE

A proporcionalidade estabelece a proibição de excesso. O que é excessivo, não é proporcional e, por isso, é proibido.

Elimar Szaniawski[937] afirma que a proporcionalidade "resulta sempre da pesagem e da ponderação da intensidade do atentado praticado ou dirigido aos direitos e interesses privados, de uma parte em relação ao peso que o interesse público ou alheio posto em causa efetivamente apresenta".

A proporcionalidade possui três elementos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Por isso, em razão da proporcionalidade, o legislador e o aplicador devem prever e utilizar meios que sejam adequados (aquele que, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado) e necessários (se não se dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo a direitos) à consecução dos fins visados[938].

---

[936] Sob outro aspecto, pode-se afirmar que, em determinadas oportunidades, sobretudo relacionadas a um cenário de urgência, afirmação à dignidade da pessoa humana é concretizada pela atuação em autotutela. Ela passa a ser um marco à razoabilidade, seja na limitação do agir, seja no seu impulsionamento. Até porque, se a dignidade da pessoa humana, numa situação de urgência, justifica até a realização de um ato que, a priori, seria ilícito, como ocorre em casos de legítima defesa, por maior razão, ela justifica a realização de direito como resultado correspondente ao da prestação jurisdicional. Diz-se, assim, que o respeito à dignidade da pessoa do devedor estabelece um freio para "não agir", enquanto que respeito à dignidade da pessoa humana do credor estabelece um estímulo ao "agir", sendo a razoabilidade o limite firmado ao exercício da autotutela.

[937] SZANIAWSKI, Elimar. Considerações sobre o princípio da proporcionalidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, vol. 33. 2000, pp. 19-29, p. 23.

[938] Segundo Gilmar Ferreira Mendes, "[...] a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins". MENDES, Gilmar Ferreira. O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência no Supremo Tribunal Federal: Novas Leituras. **Revista Diálogo Jurídico**. Ano I. Vol. I, nº 5. Salvador, 2001, p. 2. E continua (MENDES, *op. cit.*, p. 4): "o subprincípio da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos.

Além disso, a proporcionalidade (compreendida em seu sentido estrito) impõe justa medida, de modo que a providência a ser tomada deve proporcionar benefícios que superem os ônus a serem suportados[939].

A identificar os elementos da proporcionalidade, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade registrado sob o nº 5135, o Supremo Tribunal Federal decidiu que,

> [...] deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade em suas três dimensões, para fins de examinar: (i) se referidas restrições são adequadas aos fins perseguidos com a medida (adequação), (ii) se há meio alternativo menos gravoso e igualmente idôneo à produção do resultado (necessidade/vedação do excesso), e (iii) se os seus benefícios superam os seus ônus (proporcionalidade em sentido estrito).

O respeito à proporcionalidade termina por ser uma proteção do indivíduo contra intervenções desnecessárias ou excessivas, que causem, a ele, danos maiores que o indispensável para a proteção dos interesses perseguidos. Afinal, quem respeita a proporcionalidade adota "meio menos lesivo". Diante da existência de vários meios, o legislador e o aplicador do direito devem prever e utilizar, respectivamente, aquele que causa menor lesão[940].

O alcance da proporcionalidade pressupõe a tomada de uma decisão de índole jurídica, mas também social, econômica e política, já que constitui parâmetro valorativo, a permitir avaliar a adequação e a necessidade de determinada medida (se ela é menos gravosa aos interesses ou se poderia ser praticada outra em substituição).

O subprincípio da necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos [...]. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.".

[939] Fábio Rodrigo Victorino afirma que "[...] a adequação "significa que a providência se mostra adequada ao objetivo almejado [...]; envolve, pois, correspondência de meios e fins". A necessidade "supõe a existência de um bem juridicamente protegido e de uma circunstância que imponha intervenção ou decisão; equivale a exigibilidade desta intervenção". E a proporcionalidade em sentido estrito "implica em justa medida; que a providência não fica aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido, nem mais, nem menos.". VICTORINO, Fábio Rodrigo. O conteúdo teórico do princípio da razoabilidade: relativizando a legalidade estrita e supremacia do interesse público. **Revista da AGU**, ano 14, n. 01, Brasília-DF, p. 9-26, jan./mar. 2015, p. 12.

[940] Neste sentido: CORREIA, Fabíola Samara Brito. Interesses Públicos versus Interesses Privados: divergências na doutrina brasileira. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, vol. 1, nº 3, pp. 1295 - 1339, ano 2012, p. 1319; SZANIAWSKI, Elimar. Considerações sobre o princípio da proporcionalidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Vol. 33. 2000, pp. 19-29, p. 22.

A vingança não é proporcional porque movida pela excitação do indivíduo, sem propósito de realizar direito. Por isso, ela não pode ser confundida com autotutela[941], pois, como afirma Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda[942], "o justiçador não pode ir além do que é necessário à tutela jurídica", a se utilizar, para tanto, apenas dos meios de que "poderia usar a justiça estatal, atendidas as regras jurídicas sobre pressupostos necessários".

Pontes de Miranda[943] afirma, assim, que o excesso é exercício irregular, a constituir, por isso, abuso do direito[944]. Logo, quem age com excesso, sem observância à proporcionalidade, não age em autotutela. A proporcionalidade, por tais razões, é também considerada limite ao exercício da autotutela[945].

Como ocorre com a razoabilidade, as hipóteses de autotutela, sejam elas típicas ou atípicas, e os institutos a ela assemelhados, sejam eles admitidos ou proibidos, ratificam a conclusão de que a proporcionalidade é limite à realização de justiça pelas próprias mãos.

Nos casos de desforço imediato para a manutenção e a reintegração de posse, a título de exemplo, o art. 1.210 do Código Civil, na parte final do § 1º, dispõe que os atos de defesa ou de desforço praticados pelo possuidor "não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse".

A indispensabilidade, referida no texto legal, remete à necessidade, o que confirma que a proporcionalidade é limite ao exercício da autotutela. Se for além do

---

[941] Neste sentido: PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 233; SALLES, *op. cit.*, p.85. Em sentido contrário: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do Executado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 36; PRADO, Alessandra R. Mascarenhas; OLIVEIRA FILHO, Ney Menezes de. O problema da vingança privada (autotutela): entre minimalismo garantista e o abolicionismo radical. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais.** Salvador, v. 4, nº 1, pp. 61-81, Jan./Jun., 2018, p. 61.

[942] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 257.

[943] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 257.

[944] No mesmo sentido: PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 257; TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 57.

[945] A respeito, Luciana D'acunto afirma que: "Vi è, dunque, una intrinseca connessione tra autotutela e buona fede, come anche tra autotutela e ragionevolezza, e autotutela e proporzionalità, segnando, esse, i connaturali «limiti» allo svolgimento dell'autotutela nei rapporti di diritto privato. «Limiti» che si proiettano, tra l'altro, sulla procedimentalizzazione dell'esercizio degli strumenti di autodifesa e sui risultati realizzati: si pensi, ad esempio, ai necessari termini di preavviso, che consentano al destinatario di valutare gli effetti dell'intervento altrui; o alla necessaria concessione di un termine di grazia, per consentire il salvataggio dell'operazione economica; o ancora alla scelta di un certo rimedio che, pur proteggendo l'autore dell'autotutela, risulti meno gravoso per il destinatario a fronte di soluzioni differenti maggiormente penalizzanti (così, ad esempio, nel mercato dell'energia e del gas, preferendosi la riduzione rispetto all'integrale sospensione della somministrazione).". D'ACUNTO, *op. cit.*, p. 50.

indispensável, agirá com excesso, sem respeito à proporcionalidade, ocasionando um ilícito, que não se confunde, repita-se, com autotutela.

Institutos assemelhados, como antes dito, igualmente confirmam ser a proporcionalidade limite ao exercício da autotutela. Na legítima defesa, por exemplo, o art. 25 do Código Penal dispõe que ela deve ser exercida “usando moderadamente dos meios necessários” para repelir “injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Atuando com moderação, a partir da utilização de meios necessários, como determina o texto legal, o agente baliza seu comportamento na proporcionalidade.

Mas, ao passo que a proporcionalidade limita a atuação do agente, ela abre considerável flanco à realização do próprio direito. O titular pode agir, inclusive em casos atípicos de autotutela, desde que o faça em observância à proporcionalidade. Preserva-se a liberdade de agir, o que é razoável, contudo, ela fica limitada pelas balizas trazidas pela proporcionalidade.

Sendo o desrespeito à proporcionalidade um ilícito, o titular do direito que não a observa pode estar em exercício arbitrário das próprias razões. E, de uma forma mais ampla, quem age de forma desproporcional comete abuso.

Nos dois institutos (exercício arbitrário das próprias razões e abuso de direito), o agente vai além do necessário. Em algumas vezes, age até sem o objetivo de alcançar o direito a ser tutelado, em comportamento desmedido que impõe ônus superior aos benefícios que podem ser proporcionados. É justamente por também importar desrespeito à proporcionalidade, que o exercício arbitrário das próprias razões e o abuso de direito são expressamente vedados pelo sistema.

Como a autotutela corresponde ao resultado que adviria da prestação jurisdicional, a se distanciar, por uma consequência necessária, da prática de ilícito, a proporcionalidade constitui limite ao exercício.

De toda forma, deve-se dizer que a conclusão quanto à proporcionalidade ou não do ato praticado (assim como ocorre com a razoabilidade) dependerá da análise do caso concreto na época de sua prática, considerando inclusive o bem jurídico colocado em disputa. A defesa do domicílio, por exemplo, justifica uma atuação, por parte do agente, que receberá maior tolerância que a atuação em situações cuja disputa envolve crédito de pequena monta há muito inadimplido.

Entretanto, o agir em defesa do domicílio também deve ser proporcional, a se considerar as particularidades do caso concreto.

Assim, o que pode ser proporcional para a realização de direito relacionado à defesa do domicílio, pode não ser para a realização de crédito de pequena monta há muito tempo inadimplido. Na defesa do domicílio, o uso da força pode ser considerado proporcional, a depender do tempo de aplicação e de sua intensidade, o que não será assim considerado, em hipótese de autotutela que vise a realizar direito de crédito de pequena monta que está há muito vencido.

De uma forma mais ampla, diante de um cenário de urgência, determinados atos realizados em exercício de autotutela podem ser considerados proporcionais, mas, em situações outras, sem urgência, eles poderiam não ser assim considerados.

Inclusive, é sempre pertinente ressaltar que o sistema considera proporcionais atos, *a priori*, ilícitos, praticados em legítima defesa ou em estado de necessidade, justamente pela associação a um cenário de urgência. Não se poderia, assim, diante de cenário de urgência, compreender que não seriam proporcionais atos lícitos praticados em autotutela.

E, mesmo que não haja urgência, algumas situações justificam o exercício de direito em autotutela, ainda que atípica, por ser ela considerada meio adequado e necessário e, além disso, mais eficiente à satisfação de direito. Contudo, se o ato não for necessário, adequado e mais eficiente, ele será ilícito. Logo, não correspondente à prestação jurisdicional e, por isso, não podendo ser considerado em exercício de autotutela. Então, pode-se afirmar que a proporcionalidade, assim como a razoabilidade, é limite ao exercício de autotutela[946].

6.4 CONSTATAÇÕES PARCIAIS

Apresentadas as colocações encimadas, que consideram, por motivos antes apresentados, o resultado da autotutela como correspondente ao da prestação jurisdicional, identifica-se, com amparo nos casos típicos, atípicos e institutos assemelhados, que os limites ao exercício da autotutela pelo particular no direito privado são a razoabilidade e a proporcionalidade. Se não respeitados os estes

[946] Neste sentido: LAMPIS, Michela. Autotutela pubblica e privata. In: ____. PUBUSA, Francesca; PUDDU, Stefania (a cura di) Procedimento, provvedimento e autotutela Evoluzione e involuzione. **Quaderni di Diritto e processo amministrativo**, 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 122.

limites, o ato será ilícito, não sendo, assim, autotutela por não corresponder ao resultado da prestação jurisdicional.

6.5 ARREMATE DA SEÇÃO

Identificados os limites necessários ao exercício da autotutela, que servem à formação do conceito de autotutela privada no direito brasileiro, segue-se, no próximo capítulo, também com o intuito de alcançar o objetivo do presente trabalho, com a identificação, a análise, a categorização e a sistematização dos respectivos pressupostos e requisitos.

7 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS AO EXERCÍCIO DA AUTOTUTELA NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

7.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

A palavra pressuposto conduz à ideia de antecedência necessária. Ela significa aquilo que se supõe antecipadamente, sendo uma pressuposição, uma conjectura, uma suposição[947]. Se algo é pressuposto, é antecedente. Segundo Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena[948], "nos pressupostos, ainda se está no terreno da intersecção, entre o mundo fático e o mundo jurídico. O fato-causa não só antecede o fato jurídico, como está fora dele. Passa a compô-lo com a luminosidade da lei"[949-950].

Por sua vez, a palavra requisito está relacionada à ideia de uma exigência legal, que é necessária para validar um ato. Se atendido o requisito, confere-se validade ao ato praticado. Embora o requisito imiscua-se na formação dos atos jurídicos, ele deve ser verificado em etapas ulteriores da elaboração jurídica. E o ato integrado pelo requisito fica revestido dos elementos formais impostos pela regra de direito[951].

A diferenciar estes elementos, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena[952] afirma que, "[...] quando se fala em 'pressuposto', se está no terreno da existência ou não existência do fenômeno jurídico; quando se fala em 'requisito', já se alcança etapa superveniente, a qual é a da validade ou não do fenômeno jurídico".

A par dessa diferenciação, para exercício da autotutela, devem, antes, ser preenchidos os seus pressupostos. A antecedência, que caracteriza o pressuposto,

---

947 Definição trazida pelo dicionário Oxford Languages. Disponível em: https://www.google.com/search?q=dicion%C3%A1rio+significado+pressuposto&oq=dicion%C3%A1rio+significado+pressuposto&aqs=chrome.69i57j0i131i433i512l6j46i433i512j46i131i433i512j0i131i433i512.13037j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em 19 ago. 2021.

948 VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. O pressuposto, o requisito e a condição na teoria geral do direito e no direito público. **Revista da faculdade de direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 21, n. 13, p. 185-202, out. 1973, p. 198.

949 No mesmo sentido, José Orlando Rocha de Carvalho: "pressuposto é aquilo que vem antes; é o antecedente de algo, aquilo que se supõe existir para dar existência a alguma coisa". CARVALHO, José Orlando Rocha de. **Teoria dos Pressupostos e dos Requisitos Processuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 27.

950 Até porque, como ensina Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, os pressupostos dos fatos jurídicos são "os elementos do suporte fático". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 198.

951 Lição trazida por VILHENA, *op. cit.*, p. 198 e 202.

952 Idem, p. 186.

dá-se em relação ao exercício de direito em autotutela. É pressuposto da autotutela porque antecede a sua utilização.

Por sua vez, requisito é identificado e deve ser cumprido durante a prática dos atos relacionados ao exercício da autotutela. Existente a autotutela, fenômeno ocorrido a partir do preenchimento dos pressupostos, os requisitos a serem observados darão validade aos atos praticados pelo titular do direito.

Mas quais seriam os pressupostos e os requisitos necessários ao exercício da autotutela no direito privado pelo particular?

Esta pergunta será respondida ao longo do presente capítulo. Antes, porém, de serem indicados os pressupostos e os requisitos necessários ao exercício da autotutela, o que se fará essencialmente a partir da análise das hipóteses típicas e atípicas antes trazidas, relembrar-se-á, de forma sintética, o entendimento doutrinário a respeito.

Em seguida, quando especificados os pressupostos e os requisitos indicados pela doutrina, eles serão analisados, a se saber, depois, a partir das hipóteses de autotutela antes apresentadas, se eles deverão ser ou não confirmados. Além disso, também a partir das hipóteses de autotutela antes apresentadas, serão indicados e analisados outros pressupostos de existência e requisitos de validade do exercício, que não foram identificados pela doutrina.

Ao fim, para alcançar o objetivo principal deste trabalho, o qual é conceituar a autotutela exercida pelo particular no direito privado brasileiro, e para facilitar a sua compreensão e a sua utilização, serão categorizados e sistematizados os elementos necessários à realização do direito pelo seu titular.

7.2 APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS E DOS REQUISITOS IDENTIFICADOS PELA DOUTRINA

Para a doutrina, de uma forma geral, conquanto não haja assertividade na indicação da respectiva categoria jurídica, existiriam dois pressupostos de admissibilidade ao exercício da autotutela. O primeiro deles seria a urgência e o outro, a existência de previsão legal ou contratual[953].

[953] Neste sentido, a entender que a urgência e/ou a previsão legal (ou pelo menos contratual) seriam pressupostos ao exercício da autotutela: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Vol. 2. 22 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2009, p. 62; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; LACERDA, Galeno. **Comentários ao**

A urgência estaria relacionada à violação ou à ameaça a direito[954-955]. Haveria urgência no agir em autotutela porque, diante da violação ou da ameaça a direito, o titular não teria tempo hábil de buscar a prestação jurisdicional. Assim, para se evitar e combater a violação a direito, caberia ao seu titular, ante a impossibilidade de alcançar prestação jurisdicional em tempo oportuno, recorrer à autotutela.

Enquanto isso, a existência de previsão legal ou contratual, além de pressuposta à realização do direito diretamente pelo seu titular, seria importante para que não houvesse abuso e até mesmo cometimento de crime de exercício arbitrário das próprias razões[956]. Logo, seria necessária a existência de previsão legal ou contratual, a servir também de fator de legitimação ao exercício de direito em autotutela.

Sem urgência e sem previsão legal ou contratual[957], portanto, não caberia ao particular agir em proteção e realização de direito via autotutela. Àquele, caberia

---

Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 306; DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** v. 1, 15 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 116; GERI, Lina Bigliazzi. **Profili Sistematici Dell´Autotutela Privata.** Milão: Mvlta Pavcis, 1971, p. 47; NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil.** v. 2. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 98; VEDANA, Alexandre Torres. Incorporação Imobiliária e Leilão Extrajudicial. In: VEDANA, Alexandre Torres. **Jurisdição, Crise, Efetividade e Plenitude Institucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 455-456; SANTAMARIA, Ferrara. **La giustizia privata.** Jovene: Napoli, 1937, p. 122; CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1, 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 115; MONTECCHIARI, Tiziana. Ius singulare e autotutela privata – Contributo allo studio di una categoria. **Collana: Quaderni de Il Foro napoletano,** 31. Napoli: Edizioni Sci-entifiche Italiane, Itália, 2019, p. 55; CASTRO, Jordi Delgado; VÉLEZ, Diego Palomo; DELGADO, Germán. Autotutela, Solución Adecuada Del Conflicto Y Epossession: Revision Y Propuesta. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte**. Ano 24, nº 2, pp. 265-289, 2017, p. 276; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal.** Atlas: São Paulo, 2010, p. 10-11; RICCIARDONE, Angela de Sanctis. **Biblioteca di Diritto Privato Ordinata da Pietro Rescigno**. Itália: Jovene Editore Napoli, 2011.

954 Neste sentido: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da Ação de Direito Material.** Salvador: JusPodivm, 2008, p. 109.

955 Afirma GRINOVER: "Pressuposto explícito da autotutela nas obrigações de fazer ou não fazer é a urgência. O requisito coaduna-se com os próprios fundamentos das formas de autotutela permitidas pelo ordenamento, os quais, como visto, são a impossibilidade de estar o Estado-juiz presente sempre que um direito esteja sendo violado ou prestes a sê-lo, bem como a impossibilidade de se confiar no altruísmo da outra parte, inspirador de uma possível autocomposição.". GRINOVER, Ada Pellegrini. A Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e uma Nova Modalidade de Autotutela. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 10 – jul./dez. 2007, p. 18.

956 Neste sentido, LAMPIS: "L'autotutela privata, difatti, nella sua configurazione originaria, era sostanzialmente soggetta al principio di tipicità e ciò impediva ai singoli di elaborare convenzionalmente meccanismi e strumenti di autotutela diversi rispetto a quelli già previsti e disciplinati dalla legge. [...] Superata l'impostazione tradizionale circa il carattere eccezionale del potere di autotutela, però, non vi sarebbe più difficoltà ad ammettere che l'esercizio del potere medesimo possa essere altresì previsto e disciplinato anche dalle parti.". LAMPIS, Michela. Autotutela pubblica e privata. In: ____. PUBUSA, Francesca; PUDDU, Stefania (a cura di) Procedimento, provvedimento e autotutela Evoluzione e involuzione. **Quaderni di Diritto e processo amministrativo**, 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 123.

957 Em sentido contrário, a entender que seria desnecessária a existência de previsão legal como pressuposto ao exercício da autotutela: LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 31.

buscar a prestação jurisdicional[958], sob pena de, assim não fazendo, cometer um ato ilícito, passível de ser controlado.

Há quem faça a indicação de outros elementos necessários à caracterização e ao exercício da autotutela. Parte da doutrina faz o apontamento deles, mas sem a devida categorização, deixando de apontar se seriam pressupostos ou requisitos.

Um destes elementos seria a justiça da *res deducta*[959]-[960]-[961]. O resultado da autotutela deveria corresponder ao resultado da prestação jurisdicional. Não havendo correspondência, ocorreria um ilícito, passível, entretanto, de controle por posterior atividade jurisdicional[962]. A indicação desse elemento não é pacífica na doutrina. Há quem defenda que a justiça da *res deducta* não seria elemento relacionado, porque a autotutela poderia ocasionar a prática de um ato ilícito, seja pelos meios utilizados, seja pelo resultado alcançado[963].

Outro elemento relacionado a autotutela, embora a doutrina também deixe de categorizá-lo, seria a sua extraprocessualidade[964]. O resultado da autotutela seria equivalente à prestação jurisdicional, e, justamente por isso, adviria de atos praticados fora do processo. Se os atos de realização de direito fossem praticados no processo, a atividade seria necessariamente jurisdicional, não se confundindo,

---

[958] Idêntica posição é defendida por: GERI, *op. cit.*, p. 47; PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 232.

[959] Pontes de Miranda, a título de exemplo, entende que a ausência de possível prestação jurisdicional pelo Estado seria pressuposto ao exercício da autotutela. Por isso, afirma que "a justiça de mão própria existe onde o juízo deveria ter criado, e não no foi, ou onde o juiz deveria funcionar, e não pode ou não quer". O autor continua dizendo que, "embora reduzida a mínimo, não pode, portanto, ser eliminada, de todo, da vida. Onde a imperfeição ou ineficiência do Estado se manifesta pode ela aparecer; e o jurista tem de dar solução aos casos que se apresentam". Após confirmar que a impossibilidade de se obter, a tempo, a tutela jurídica prometida pelo Estado seria pressuposto ao exercício da autotutela pelo particular, Pontes de Miranda defende que deveria existir, além do "risco de dano irreparável" (urgência), a "justiça da res deducta". Finaliza, Pontes de Miranda, ressalvando que, "se o direito é mutilado (sem pretensão ou sem ação), não se pode pensar em justiçamento privado: não se estaria a substituir a tutela jurídica estatal; estar-se-ia a admitir àquele onde essa não caberia". Essa afirmação é coerente ao indicado elemento da "justiça da res deducta", já que o resultado da autotutela deve corresponder ao da prestação jurisdicional. Se o direito é mutilado, o resultado da prestação jurisdicional seria de não realização do direito afirmado. Logo, não se poderia realizar direito mediante autotutela. Assim, para Pontes de Miranda, também seria elemento, ao exercício da autotutela pelo particular no direito privado, a justiça da res deducta. PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 232.

[960] Neste sentido: GERI, *op. cit.*, p. 3; LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, pp. 19 e 45.

[961] Diferentemente do que apregoa parte da doutrina, que não se atentou à terminologia adequada, a justiça da res deducta não se trata de um pressuposto, mas de um requisito, vez que concomitante à realização da autotutela, estando relacionada, assim, não ao plano da existência, mas sim ao plano de validade.

[962] Em sentido semelhante, Narváez: "La autotutela, en tanto no afecte o vulnere bienes jurídicos, no requerirá de un control para validar el acto [...] El efecto final del control se expresará en la aprobación o desaprobación de la conducta vulneratoria del tipo legal.". NARVÁEZ, Marianella Ledasma. Conflicto, Autotutela Y Control Jurisdiccional. IUS ET VERITAS, v. 23, n. 46, p. 204-219, 25 abr. 2013, p. 46.

[963] Neste sentido: CASTRO, *op. cit.*, p. 282-283; BELTRAN, Ari Possidônio. **A Autotutela nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTR, 1996, p. 26.

[964] Neste sentido: MONTECCHIARI, *op. cit.*, p. 73; PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 223; GERI, *op. cit.*, p. 38; RICCIARDONE, *op. Cit.*, p. 45.

assim, com a autotutela. Por isso, a extraprocessualidade seria elemento necessário da autotutela.

Não é só.

Vários representantes da doutrina, apesar de igualmente não trazerem a categorização cabível de forma expressa, apontam que autotutela pressuporia ação direta do titular do direito[965]. Se os atos relacionados à realização de direito fossem praticados por terceiros, a autotutela não estaria caracterizada.

Ainda, segundo parte da doutrina, que também não realiza a devida categorização do elemento, sustenta que o exercício da autotutela não poderia atentar contra a ordem pública e a paz social[966], a entender, assim, que os atos de realização de direito não poderiam ser violentos.

Finalmente, alguns representantes da doutrina, embora em reduzidíssimo quantitativo, defendem, mas, da mesma forma, sem categorizar o elemento, que a autotutela estaria associada a um poder de realização conferido ao titular de direito violado ou ameaçado[967]. Este elemento seria uma decorrência da impossibilidade, como regra geral, de recorrer à força como medida coercitiva de realização de direito. Fala-se em poder exatamente para se justificar que direito poderia ser realizado sem necessário uso de força.

Logo, em síntese, a doutrina aponta como elementos da autotutela: a) urgência; b) previsão legal ou contratual; c) justiça da *res deducta*; d) extraprocessualidade; e) ação direta do titular; f) não cometimento de atentado contra a ordem pública e a paz social; g) poder sobre o bem em disputa conferido ao titular do direito.

Sem estes elementos, não estaria caracterizada a (e nem seria possível o exercício da) autotutela.

---

[965] Neste sentido: CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 189; YOSHIKAWA, *op. cit.*, p. 25; PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 223; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria da Ação de Direito Material. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 109; GERI, *op. cit.*, p. 36; f) RICCIARDONE, *op. cit.*, p. 45.

[966] Neste sentido: CASTILLO, Nicelo Alcalá-Zamora Y. **Proceso, Autocomposición y Autodefensa Contribuición al Estudio de los fines del Proceso**. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2000, pp. 57-58; LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 23; CASTRO, *op. cit.*, p. 272; d) MONTT, Mario Garrido. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo II. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 153; PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 223; SALLES, *op. cit.*, p. 75.

[967] Neste sentido: MONTECCHIARI, *op. cit.*, p. 37.

Todavia, repita-se, a doutrina não categoriza nem sistematiza os referidos elementos[968]. Além disso, mesmo que estivessem categorizados e sistematizados os elementos encimados: faltam pressupostos gerais não indicados pela doutrina; alguns dos pressupostos indicados como gerais são específicos; faltam outros pressupostos específicos a serem indicados; há requisitos que não foram indicados.

Portanto, abaixo, caberá a este trabalho analisar, categorizar e sistematizar os elementos trazidos pela doutrina, além de indicar, analisar, categorizar e sistematizar outros que, conquanto omitidos, são necessários para a compreensão do conceito de autotutela.

Assim, de logo, aqui, procede-se à análise dos elementos já apresentados.

Com apoio no que foi antes mostrado por este trabalho, há diversas situações em que direito é realizado em autotutela sem verificação de urgência ou de expressa previsão legal (ou contratual)[969-970]. Mas, também, é possível que, em algumas hipóteses, ditos pressupostos sejam simultaneamente verificados.

Entretanto, sobretudo considerando os casos típicos de autotutela, é comum que o elemento da urgência não seja verificado, e, nos casos de urgência, que não seja necessária existência de previsão legal ou contratual. Isso permite afirmar que os elementos indicados não estão presentes em todos os casos, principalmente de forma cumulada.

---

[968] Neste sentido: "I riferimenti dottrinali all'autotutela sono sovente frammentari ed occasionali, per lo più avulsi anche da ogni tentativo di inquadramento sistematico della figura. Tale approccio consente di leggere in ogni riferimento dottrinale una nozione soltanto approssimativa." RICCIARDONE, Angela de Sanctis. **Biblioteca di Diritto Privato Ordinata da Pietro Rescigno**. Itália: Jovene Editore Napoli, 2011, p. 8.

[969] Quanto à previsão legal autorizativa ao uso da autotutela como pressuposto, há dissenso doutrinário. Enquanto alguns (como Caio Mario da Silva Pereira) entendes não ser possível o exercício da autotutela carente de previsão legal, outros (como Pontes de Miranda) adotam posição contrária, como a qual este trabalho concorda, em especial quanto às situações associadas à urgência. Se o Estado não realiza direito existente (não presta tutela), ele permite o uso da autotutela, que, por isso passa a ser constitucional. O próprio art. 5º da Constituição Republicana, no § 1º, dispõe que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Como a tutela de direito é direito fundamental, a autotutela pode ser exercida mesmo sem expressa autorização legal. Se o estado não pode deixar de ofertar tutela, não pode impedir que o titular do direito assim o faça. Se há direito fundamental a ser tutelado e a sua aplicação é imediata, haveria inconstitucionalidade impedir o uso da autotutela. A expressa previsão legal para fins de utilização deve ser apenas da força, porque ela está reservada ao Estado, o que não necessariamente ocorre com a atividade satisfativa de direito. Assim, autotutela com uso de força só deve ser admitida (e não constituir ato ilícito) mediante expressa previsão legal.

[970] Afirma Érico Andrade et al: "De qualquer forma, a atual ampliação do espaço de conformação jurídica pela autonomia privada parece levar, realmente, a novas reflexões ao tradicional princípio ou regra da vedação à autotutela, que hoje já não está mais limitada apenas ao ambiente tradicional dos clássicos". E completa: "é interessante referir a sistematização proposta pela doutrina italiana, que poderia funcionar como baliza geral para o exercício da autonomia privada no campo da realização direta dos direitos materiais, sem a intervenção do sistema processual.". ANDRADE et al, *op. cit.*, p. 12.

Essa constatação conduz à compreensão de que há uma alternatividade entre os elementos indicados pela doutrina. É que, se eles não estão presentes em todos os casos de exercício de autotutela, mas estão em alguns, por vezes, são elementos necessários, e, noutras vezes, não. E quando não são, há outros elementos que devem ser assim considerados.

A alternatividade, por sua vez, induz à compreensão de que alguns elementos são específicos. Eles não são comuns a todos os casos de autotutela, mas a alguns deles por razões específicas. Contudo, para que todas as hipóteses de autotutela sejam assim consideradas em um mesmo conceito jurídico, obrigatoriamente, há elementos que são gerais.

Antes de adentrar nestas considerações relativas à existência de elementos gerais e especiais, prossegue-se com a demonstração, a partir das hipóteses de autotutela antes analisadas, de que a urgência e a existência de previsão legal ou contratual não são elementos gerais, porque, repita-se, há situações de autotutela sem urgência e há situações sem previsão legal.

Para ratificar essa afirmação, pode-se dizer que:

a) são hipóteses de autotutela sem urgência e sem expressa previsão legal: a interdição de uso contra condômino antissocial; a imissão na posse de bem abandonado; a realização de desconto diretamente por depositário; a expropriação realizada com base em pacto marciano; a aplicação de medidas coercitivas atípicas; a realização de alguns direitos potestativos.

b) são hipóteses de autotutela com urgência e sem expressa previsão legal: a realização de direito sem expressa autorização de autotutela em situações de urgência;

c) são hipóteses de autotutela sem urgência e com expressa previsão legal: a exceção do contrato não cumprido; a decretação de extinção de contrato; o exercício de arrependimento; o exercício de desistência; a imposição de restrição de crédito; a aplicação de penalidades; a apropriação de quantias pecuniárias ou de bens em pagamento ou em indenização; a retenção; a compensação; a consolidação de propriedade e de expropriação do bem em alienação fiduciária; a satisfação de crédito a partir da alienação do bem oferecido em penhor e da mercadoria depositada em armazéns; a satisfação de crédito do portador de warrant pela alienação de mercadoria depositada; a satisfação de crédito do condomínio frente a

condômino inadimplente; a averbação premonitória; a retirada do sócio; a aplicação de penalidade de exclusão contra associado, sócio e cooperado; o corte de raízes e de ramos de árvores que ultrapassem estremas de prédios; o ingresso em imóvel vizinho para reparação, construção, reconstrução e limpeza ou para apoderamento de coisas e de animais;

d) são hipóteses de autotutela com urgência e com previsão legal: a exceção de urgência; a reintegração de posse; a manutenção de posse; a apreensão e retenção de bens para posterior constituição de penhor legal.

Se há hipóteses de autotutela sem urgência e outras sem previsão legal, a conclusão, de que uma e outra não são elementos gerais, termina por ser impositiva.

Inclusive, é de certa forma contraditório falar em cumulatividade de urgência com previsão legal. Isso porque, de uma forma geral, a urgência é fator que justifica a não observância de disposição legal[971]. É que, se a urgência autoriza até a prática de ilícito, *a priori*, ou seja, se ela justifica a incidência de excludente de ilicitude, permitindo agir contra texto legal, ela também justifica a realização de direito diretamente pelo titular quando não exista previsão legal autorizativa[972].

Em ratificação à ideia de desnecessidade de cumulação dos pressupostos e, por consequência, a afastar a imaginada generalidade deles, há situações de autotutela em que a certificação proporcionada pela previsão de exercício afasta a necessidade de verificação de urgência. Não há necessidade de urgência para a realização de direito em autotutela, porque a certificação, decorrente de previsão legal ou contratual, justifica o agir.

Daí se confirmar a conclusão de que a urgência e a previsão legal ou contratual, conquanto sejam elementos específicos para algumas hipóteses de autotutela, não podem ser consideradas gerais. Há, assim, um equívoco por parte da doutrina quando generaliza ditos elementos, pois, como ficou mostrado, não estão presentes em todas as hipóteses de autotutela.

---

[971] A sistematização das tutelas provisórias, estabelecida a partir do art. 294 do Código de Processo Civil, confirma a dispensabilidade (ou pelo menos a mitigação) de um ou outro pressuposto, ante a suficiência da verificação de qualquer deles. Se há evidência, dispensa-se a urgência. Se há urgência, mitiga-se a plausibilidade do direito. Por isso, o referido dispositivo legal estabelece: "a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência".

[972] Há quem defenda que, se a específica hipótese de autotutela funda-se na pressuposição de urgência, o exercício de direito pelo justiçador deve ser contemporâneo àquela. Afastada a urgência, inclusive por eventual perecimento do direito, não se deve fazer uso da autotutela. Neste sentido: PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 228; LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 53.

Sob outro aspecto, o resultado equivalente à prestação jurisdicional é elemento da autotutela. Se ele não fosse, não haveria uma tutela. Por consequência, a autotutela não pode ensejar o cometimento de um ato ilícito. Mas, apesar disso, há quem defenda que o exercício da autotutela poderia sim ocasionar um ilícito. Essa posição é equivocada. Se se está diante de uma tutela, o ato praticado pelo titular do direito deve ser lícito. Só assim seu resultado corresponderá ao da prestação jurisdicional. Se a autotutela pudesse ensejar a prática de ilícito, estar-se-ia a admitir que a atividade jurisdicional poderia ser ilícita.

Sendo o resultado equivalente ao da prestação jurisdicional, não podem ser realizados, em autotutela, direitos mutilados, como são aqueles sem pretensão em razão da verificação do transcurso do prazo de prescrição. Se não pode ser ofertada a respectiva tutela jurisdicional em favor do titular em razão da mutilação, o direito não pode ser realizado pelo exercício de autotutela. A ser diferente, a autotutela não corresponderia ao resultado da prestação jurisdicional.

E, apesar de o resultado da autotutela ser equivalente, ele não decorre de atividade jurisdicional estatal, que, essa, sim, é prestada em juízo e com exclusividade por autoridade constituída. A autotutela é realizada pelo próprio titular do direito. Inclusive, o próprio prefixo “auto” que compõe o vocábulo autotutela ratifica essa conclusão.

Para que a autotutela não ocasione a prática de ilícitos, o seu exercício não deve atentar contra a ordem pública e a paz social. Mesmo que o resultado corresponda ao da prestação jurisdicional, não se permite a realização de ilícitos como meio. A prática de atos em realização de direito via autotutela deve respeitar os interesses da coletividade.

Finalmente, para que se alcance o resultado equivalente à prestação jurisdicional, é preciso que, antes, o titular do direito detenha poder para a sua realização. Se ele não consegue realizar o próprio direito, porque não tem poder sobre o bem em disputa, não há autotutela. Essa afirmação é ratificada por todas as hipóteses de autotutela apresentadas anteriormente.

Mas o poder, necessário ao exercício da autotutela, não se confunde com força. O titular do direito pode ter poder de realizar direito em autotutela, mesmo sem que seja necessário uso de força. Vários exemplos de autotutela confirmam essa conclusão. No direito de retenção, a título de ilustração, o credor tem poder sobre a

coisa, por estar em sua posse. Este poder lhe permite realizar o próprio direito em autotutela sem qualquer necessidade de uso de força.

7.3 APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DE OUTROS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS NÃO IDENTIFICADOS PELA DOUTRINA

Após apresentados e analisados os pressupostos e os requisitos trazidos pela doutrina, devem, agora, ser indicados e analisados outros que não foram antes identificados, mas que são necessários ao exercício da autotutela. São eles: a) titularidade do direito; b) não realização voluntária do direito; c) ausência de impedimento ao uso da autotutela; d) se o direito for potestativo, de regra, apenas vontade, mas, se o direito não for potestativo, além da vontade, violação ou ameaça a direito; e) urgência ou certificação do direito (esta amparada em previsão legal ou contratual); f) quando não houver urgência e respeito a procedimento que estabeleça a observância ao devido processo legal; g) não utilização de força, exceto quando a lei expressamente a autorizar; h) não invasão do patrimônio da parte adversa.

Explica-se cada um destes elementos:

Se não houver titularidade do direito, não haverá autotutela[973]. É preciso que haja direito e que ele seja titularizado pelo justiçador[974]. Caso contrário, não se estará frente a uma autotutela, mas a uma espécie de hétero-tutela.

De fato, o radical "tutela" significa aplicação de direito. O prefixo "auto" induz à concepção de reflexividade. O vocábulo que associa prefixo e radical remete à ideia de realização de direito pelo próprio titular. Assim, a titularidade do direito é elemento da autotutela.

---

[973] Segundo Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, "[...] mostra-se de extrema importância para a exata compreensão da ação de direito material como categoria de eficácia jurídica, a diferenciação entre titularidade e exercício; entre ação como poder jurídico que confere impositividade à satisfação do direito subjetivo, e ação como atividade concreta destinada a realizá-lo. Consequentemente, pode-se ter o direito, ter a ação, sem, contudo, exercê-los. Da mesma forma como se pode exercer a "ação" (processual), tendo-se ou não a ação de direito material, pois o direito de acesso à Justiça não é exclusivo daqueles que têm um direito ou uma ação no plano do direito material". NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da ação de direito material**. Salvador: Podium, 2009, p. 110.

[974] De acordo com PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 254, "[...] a justiça de mão própria é distinta do exercício do direito, pretensão, ação, ou exceção, que se deduz, para se aplicar, de motu próprio, o direito objetivo. Exercer o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, é realizá-lo em seus efeitos, talvez exaurientes; exercer o direito à justiça privada é aplicar o direito objetivo, a que outrem desatendeu, e até certo ponto realizá-lo. O exercício do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção, que ali é continente, autônomo, aqui é conteúdo de decisão explícita ou implícita no ato de autotutela.".

E só haverá interesse em utilizar a autotutela se não houver realização voluntária do direito. Não é necessária a resistência, mas é preciso que não haja realização voluntária.

Se o direito for realizado voluntariamente, não se estará diante de uma autotutela. Esta pressupõe a necessidade de o titular do direito agir[975]. Se a ação decorre de ato da outra parte da relação jurídica, há mero cumprimento espontâneo e, por consequência, falta de interesse em agir. Esse voluntarismo, que expressa consensualidade, descaracteriza a autotutela.

Alguns chegam a defender que a autotutela exigiria resistência da parte adversa da relação jurídica[976]. Não bastaria simples falta de realização voluntária. Entretanto, esta posição carece de precisão porque alguns direitos, em especial alguns potestativos, para serem realizados em autotutela, dispensam a verificação de resistência.

Com efeito, embora não seja uma regra absoluta, alguns direitos potestativos são realizados em autotutela em razão da simples manifestação de vontade de seu titular. Não é necessário haver resistência. Basta a inação pela parte adversa para justificar a realização de alguns direitos potestativos em autotutela.

Ademais, a resistência, por vezes, exige o uso da força, que, como mostrado, nem sempre é permitido. Não se pode, assim, associar a autotutela à apresentação de resistência.

Logo, quando se afirma que o elemento referido é a não realização voluntária do direito pela parte adversa da relação jurídica e não necessariamente a resistência, são contempladas todas as situações de exercício de autotutela,

---

[975] Neste sentido, "Exercer o seu direito, regularmente, pode quem quer que seja; se o que deve suportá-lo se antepõe, o afastamento da resistência já não é exercício regular nem é ato de estado desnecessidade, nem perfaz, sempre, a figura da legítima defesa. Há apreciação do direito próprio e do dever alheio, bem como da contrariedade a direito, por parte do que havia de deixar exercer-se o direito. Portanto, justiça de mão própria. Se A tem servidão de passagem e B fecha a cerca; ou A se defende, in ipso congressu, ou, passado algum tempo, se faz justiça a si mesmo.". Idem, p. 242.

[976] Neste sentido: Pontes de Miranda: "A justiça de mão-própria supõe resistência; o exercício do direito, da pretensão, da própria ação e da exceção, não na supõe; pode ter ocorrido, ou não; pode agora ocorrer, ou não; pode vir a ocorrer ou não. A justiça de mão própria supõe estado de necessidade, mas já no plano da tutela jurídica; o ato em estado de necessidade passa-se no plano do direito material ou formal. Essas precisões são indispensáveis para bem se ver onde se situa o direito subjetivo da justiça de mão própria.". PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 254; García: "La réplica presume la existencia de una actuación previa ante la cual se presenta una cierta oposición.". GARCÍA, Rosa María Morato. **Derecho de resistencia y ejercicio irregular del poder de dirección:** especial referencia a la autotutela indivudual em situaciones de riesco grave e inminente. Tese de Doutorado. Universidade de Salamanca. Salamanca, 2009, p. 315.

inclusive aquelas relacionadas a determinados direitos potestativos que podem ser realizados sem qualquer participação da outra parte da relação jurídica.

Não se está, pelo balizamento aqui dado ao referido elemento, a contemplar os atos realizados de forma consensual, já que estes exigem a atuação, em colaboração, das partes integrantes da relação jurídica. E nem se poderia, porque, repita-se, a consensualidade é incompatível com o exercício da autotutela. Aquela pode até existir no pacto de previsão, mas não no exercício de direito em autotutela[977].

Poder-se-ia indagar se, pelo balizamento dado ao pressuposto, estar-se-ia a contemplar o exercício regular do direito?

A resposta é afirmativa, até porque a autotutela, sendo um ato lícito, correspondente ao resultado decorrente da prestação jurisdicional, é espécie de exercício regular do direito. Por isso que ela é admitida pelo sistema jurídico. A autotutela, entretanto, como mostrado, traz consigo elementos que a particulariza frente a outras diversas formas de realização regular de direito.

Outro elemento é a ausência de impedimento ao uso da autotutela como meio de realização de direito. Em determinadas situações, como ocorre, por exemplo, com o pacto comissório, o sistema expressamente impede a realização direta. Ir contra esse impedimento é cometer ilícito, que não corresponde ao resultado da prestação jurisdicional. Por isso, não se trataria de autotutela.

De uma forma específica para os direitos potestativos, pode-se dizer que a vontade de realizar o direito que se titulariza é um elemento especial suficiente. Não se faz necessária a verificação de nenhum outro elemento especial. Basta a verificação dos gerais. Mesmo que não haja violação ou ameaça, sendo potestativo o direito, ele pode ser realizado em autotutela pela simples vontade do titular.

Tal se dá porque a realização de direitos potestativos dispensa cooperação da parte adversa da relação jurídica.

Por outro lado, se o direito não for potestativo, ou, sendo, exigir a cooperação da outra parte da relação jurídica, é necessário, como elemento, que haja, além da vontade, a violação ou a ameaça a direito. O interesse no agir, por parte do titular,

---

[977] Neste sentido, Bongiorno: "È appena il caso di rilevare che il consenso si realizza soltanto nel momento della costituzione del rapporto e non quando l'autotutela viene in concreto posta in essere, giacché la tutela del proprio interesse deriva esclusivamente dall'iniziativa dello stesso interessato (auto-tutela) e resta circoscritta nell'ambito della sua personaiità.". BONGIORNO, *op. cit*., p. 30.

decorreria da necessidade de combater a violação ou de impedir a ameaça a seu direito. Sem violação ou ameaça, não se precisaria agir[978].

Quanto ao mais, embora, por vezes, o agir em autotutela se justifique por uma situação de urgência associada, noutras várias vezes, justifica-se pela certificação atribuída ao direito objeto da autotutela. É assim que demonstram as diversas hipóteses de autotutela típicas e atípicas apresentadas anteriormente, as quais dispensam a verificação de urgência para a realização direta do direito em razão da certificação.

E se não verificada urgência, assim compreendida como elemento da autotutela e de legitimação do exercício do direito, deve ser estabelecido e respeitado procedimento que estabeleça a observância ao devido processo legal[979]-[980].

Por vezes, quando típica a hipótese de autotutela, o texto legal já estabelece o procedimento a ser seguido. Mas, sobretudo nos casos de autotutela atípica (e, mesmo nos típicos, quando não haja delineamento trazido pelo texto legal), o procedimento de exercício da autotutela deve ser previsto em contrato. O respectivo instrumento deverá detalhar os atos a serem praticados pelo titular a fim de tornar regular o exercício do direito[981].

Se não houver previsão legal ou contratual a estabelecer procedimento para exercício da autotutela, num cenário onde a urgência esteja ausente, sobretudo, o

---

[978] Neste sentido, Raquel Bellini Salles: "A noção de lesão é nuclear para a compreensão da autotutela como reação em defesa de um interesse juridicamente protegido.". SALLES, *op. cit.*, p. 63.

[979] Como observa D'Acunto: "Vi è, dunque, una intrinseca connessione tra autotutela e buona fede, come anche tra autotutela e ragionevolezza, e autotutela e proporzionalità, segnando, esse, i connaturali «limiti» allo svolgimento dell'autotutela nei rapporti di diritto privato. «Limiti» che si proiettano, tra l'altro, sulla procedimentalizzazione dell'esercizio degli strumenti di autodifesa e sui risultati realizzati: si pensi, ad esempio, ai necessari termini di preavviso, che consentano al destinatario di valutare gli effetti dell'intervento altrui; o alla necessaria concessione di un termine di grazia, per consentire il salvataggio dell'operazione economica; o ancora alla scelta di un certo rimedio che, pur proteggendo l'autore dell'autotutela, risulti meno gravoso per il destinatario a fronte di soluzioni differenti maggiormente penalizzanti (così, ad esempio, nel mercato dell'energia e del gas, preferendosi la riduzione rispetto all'integrale sospensione della somministrazione).". D'ACUNTO, *op. cit.*, p. 50.

[980] Neste sentido, Salles: "A legitimação do direito deve ser buscada num procedimento discursivo, realizado sem coerções e do qual todos os afetados tenham iguais possibilidades de participar, sendo, simultaneamente, autores e destinatários das normas elaboradas. Esta ideia que retrata uma autonomia intersubjetiva, associada à de cooriginariedade, enseja uma renovada compreensão dos limites atuais da autonomia privada em especial da autotutela.". SALLES, *op. cit.*, p. 44.

[981] Neste sentido, Andrade: "[...] é de se assentar a irrevogável necessidade de procedimentalizar a atuação do credor, como ocorre no âmbito do pacto marciano no direito italiano e na execução extrajudicial das garantias fiduciárias no direito brasileiro, com a regulamentação do passo a passo para a atuação direta do próprio credor, com apuração de valor do bem imóvel, por meio, por exemplo, de laudo a ser produzido por experto neutro e imparcial, com a previsão da forma de devolução ao devedor de eventual excesso, no caso de o bem ser de valor superior ao da dívida.". ANDRADE, *op. cit.*, p. 12.

titular do direito deverá estabelecer o próprio procedimento, a respeitar o devido processo legal, para legitimar sua atuação em autotutela.

Ainda, a não utilização de força, exceto quando a lei expressamente autoriza, é considerada elemento da autotutela. Se aplicada força sem previsão legal, por ser ela uma medida coercitiva de uso do Estado[982] (a quem cabe controlá-la, a fim de evitar abusos), o ato respectivo será ilegal, não correspondendo, assim, a autotutela.

E sempre quando autorizado por lei o uso da força, há uma situação de urgência associada, sendo por isso considerada razoável, que exige, do titular do direito, observância à proporcionalidade, a se evitar abusos no exercício de direito[983]. Logo, a força, quando possível, só será permitida, ou seja, razoável, se houver urgência e uso proporcional.

De toda forma, nada impede que as partes, desde que não haja impedimento legal, em exercício regular de suas autonomias privadas, pactuem medidas coercitivas outras diversas da força. Elas darão poder ao titular do direito a fim de alcançar a sua realização. Entretanto, muitas vezes, o titular do direito possui poder sobre o bem em disputa, permitindo que a realização do direito se faça sem necessidade de qualquer medida coercitiva.

Finalmente, a não invasão do patrimônio da parte adversa é considerada elemento ao exercício da autotutela. Caso contrário, como antes explicado, poderia ensejar o cometimento de um tipo penal, a exemplo do furto, do roubo e da apropriação indébita. Estes são tipos penais visam a preservar o patrimônio.

Mas, se preservado o patrimônio alheio, o agente não cometerá nenhum dos crimes indicados. Quando o titular do direito, pois, apreende bem seu, que foi, por alguma razão que não mais subsistente, entregue a outra parte, ele não invade o patrimônio alheio, mas, sim, preserva o próprio, sendo, aí, possível a autotutela.

Não haverá também invasão se, em contrato, as partes pactuam que o titular do direito possa se apropriar de bens da outra parte. O patrimônio é alheio, mas não há invasão, sendo, diante deste cenário, permitida a realização de direito em exercício de autotutela.

---

[982] Neste sentido: CASTRO, Jordi Delgado; VÉLEZ, Diego Palomo; DELGADO, Germán. Autotutela, Solución Adecuada Del Conflicto Y Epossession: Revision Y Propuesta. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte**. Ano 24, nº 2, pp. 265-289, 2017, pp. 265 e 268.

[983] A força, quando de uso autorizado, deve ser despendida de forma imediata e observar os mesmos requisitos que autorizam o exercício da legítima defesa, quais sejam: a) injusta agressão ao direito; b) atualidade da agressão ao direito; c) utilização de meios adequados a repelir a agressão ao direito; d) proporcionalidade da reação.

7.4 CATEGORIZAÇÃO E SISTEMATIZAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS E DOS REQUISITOS DA AUTOTUTELA

Apresentados e analisados os elementos da autotutela, cabe, agora, categorizá-los e sistematizá-los.

Primeiramente, realizar-se-á a categorização.

Os elementos da autotutela são: a) extraprocessualidade; b) titularidade de direito; c) não realização voluntária do direito; d) ausência de impedimento ao uso da autotutela; e) poder de realização do direito pelo seu titular; f) vontade; g) violação ou ameaça a direito; h) urgência ou certificação do direito (esta amparada em previsão legal ou contratual); i) resultado equivalente ao da prestação jurisdicional; j) realização do direito por seu titular[984]; k) não utilização de força, exceto quando a lei expressamente a autorize; l) não invasão do patrimônio da parte adversa; m) não atentar contra a ordem pública e a paz social; n) estabelecimento e respeito a procedimento firmado com observância ao devido processo legal.

Destes elementos, são pressupostos aqueles constantes nas alíneas “a” até “h”. Os elementos das alíneas “i” até “n” são considerados requisitos. Isso porque aqueles estão relacionados ao plano de existência da autotutela, enquanto estes estão relacionados ao plano de validade. Os primeiros elementos antecedem ao exercício da autotutela. Sem eles, a autotutela não se caracteriza. Enquanto isso, os últimos são contemporâneos ao seu exercício. Sem eles, a autotutela não é regular.

Explica-se:

Antes de exercida a autotutela, de uma forma geral, pressupõe-se, para sua caracterização, a extraprocessualidade da atuação do titular de direito em razão da não realização voluntária pela parte adversa. Para tanto, apesar de a titularidade do direito e da vontade do titular em recorrer à autotutela, que detém poderes para realizar o direito, não poderá haver prévio impedimento ao seu exercício direto.

Quando o direito não for potestativo, além de preenchidos os pressupostos gerais acima indicados, é necessário que, antes de iniciada a realização do direito em autotutela, verifique-se violação ou ameaça, bem como urgência ou certificação,

---

[984] Ressaltando ser diferente a titularidade e o exercício do direito: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da ação de direito material**. Salvador: Podium, 2009, p. 110.

sendo esta última decorrente de previsão legal ou contratual. Se o direito for potestativo, tais pressupostos são dispensados.

Logo, como se observa, os pressupostos são preenchidos antes de iniciada a realização de direito em autotutela. Por isso, são assim categorizados.

Preenchidos todos os pressupostos, em seguida, para serem válidos os atos de realização de direito praticados pelo seu titular do direito, é necessário, de uma forma geral, que o resultado seja equivalente ao da prestação jurisdicional[985]. Além disso, os atos devem ser realizados diretamente por seu titular, sem utilização de força, exceto quando a lei expressamente a autorize, sem invasão do patrimônio da parte adversa e sem atentar contra a ordem pública e a paz social.

De uma forma específica, se não houver urgência, para a validade dos atos, além de preenchidos os requisitos gerais postos acima, deverá ser estabelecido e observado procedimento que respeite o devido processo legal.

Todos os requisitos, como se observa, são preenchidos durante o exercício do direito em autotutela e até a sua conclusão.

Em razão dessa categorização, os pressupostos e os requisitos necessários ao exercício da autotutela podem ser sistematizados da seguinte forma:

a) pressupostos gerais: extraprocessualidade; titularidade de direito; não realização voluntária do direito; ausência de impedimento ao uso da autotutela; poder de realização do direito pelo seu titular;

b) pressupostos especiais: se o direito não for potestativo; violação ou ameaça a direito; urgência ou certificação do direito (sendo esta amparada em previsão legal ou contratual).

c) requisitos gerais: resultado equivalente ao da prestação jurisdicional; realização do direito por seu titular; não utilização de força, exceto quando a lei expressamente a autorize; não invasão do patrimônio da parte adversa; não atentar contra a ordem pública e a paz social;

d) requisito especial: se não verificada urgência, estabelecimento e respeito a procedimento firmado com observância ao devido processo legal.

---

[985] Justificando tratar-se de requisito (e não de pressuposto), Pontes De Miranda: “De qualquer maneira, a justiça de mão própria só é admissível se a sentença estatal seria favorável ao que a exerce. Não se diga que se faz pressuposto um posterius: se a sentença estatal seria favorável, a regra jurídica, que o justiçador invoca, incidiu; portanto, agiu bem se foi justa a solução dada por ele. Daí atuar a seu risco, ainda sem culpa.”. PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 234.

A categorização e a sistematização, que facilitam a compreensão e, por consequência, o exercício da autotutela, são confirmadas pelas diversas hipóteses de autotutela. A título de ilustração, são trazidos dois exemplos (sendo um deles direito não potestativo e, o outro, de direito potestativo que não depende de cooperação), a partir das hipóteses antes listadas, mas que poderiam ser qualquer uma delas.

O primeiro exemplo é o da restrição de crédito. Ela ocorre com vontade do titular do direito, no plano extraprocessual, em razão da não realização voluntária pela parte adversa. Não há impedimento ao uso da restrição de crédito, tendo, o seu titular, poder de realização. Em razão da violação do direito de crédito, o titular realiza seu direito, que está certificado, em resultado equivalente ao da prestação jurisdicional, sem uso de força, não invadindo o patrimônio da parte adversa e sem atentar contra a ordem pública e a paz social, bastando remeter comunicação à outra da relação jurídica.

O segundo exemplo é o da retirada de sócio. Ela ocorre, por vontade do titular, no plano extraprocessual, porque integrante de uma sociedade. A lei permite a retirada em autotutela, tendo o titular poder de realização do direito. Sendo direito potestativo, que não depende de cooperação da outra parte, dispensa-se a verificação de violação ou ameaça a direito. Não há invasão do patrimônio, sendo suficiente o poder atribuído ao titular. bO exercício do direito de retirada pelo seu titular, que deve ocorrer mediante envio de prévia comunicação, equivale ao resultado da prestação jurisdicional. Não há uso de força e nem atentando contra a ordem pública e a paz social.

7.5 CONSTATAÇÕES PARCIAIS

Firmadas essas considerações, conclui-se que a doutrina, além de não realizar a devida categorização dos pressupostos e dos requisitos da autotutela, deixa de apontar e, por consequência, de analisar diversos outros. Coube, aqui, fazer a indicação e a análise todos os pressupostos e requisitos relacionados, assim como categorizá-los e sistematizá-los.

Esta atividade, que nunca foi antes realizada pela doutrina, sendo, por isso, uma importante contribuição científica, além de ajudar na formação do conceito de

autotutela pelo particular no direito privado, facilitará a compreensão, o uso e a propagação do instituto. Por consequência, apoiará a colocação da autotutela como método adequado de tratamento de conflitos.

7.6 ARREMATE DA SEÇÃO

Após apresentados, analisados, categorizados e sistematizados os pressupostos e os requisitos necessários à caracterização e ao exercício da autotutela pelo particular no direito privado, caberá, no próximo, capítulo, considerando tudo o que foi até aqui trazido, atualizar o respectivo conceito.

8 CONCEITO DE AUTOTUTELA PELO PARTICULAR NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

8.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Pelas considerações trazidas, compreende-se que o conceito de autotutela exercida pelo particular, o qual é até então utilizado pela maior parte doutrina, equivoca-se em alguns pontos, porque está apegado a dogmas antigos, que não subsistem ao cenário jurídico, econômico e social da atualidade.

O conceito, como visto, de forma errônea, sobretudo porque descontextualizada, quase sempre associa o exercício pelo particular à utilização de força e à verificação de urgência, sendo a autotutela, por isso, supostamente permitida apenas quando haja expressa autorização legal.

Mas qual seria o conceito de autotutela, exercida pelo particular, no direito privado brasileiro?

Esta pergunta é respondida, de forma específica, no presente capítulo, a contribuir, por consequência, com a compreensão, o uso e a propagação do instituto da autotutela pelo particular no direito brasileiro, bem como com a predição de novas hipóteses de autorizado exercício.

8.2 Conceito De Autotutela Pelo Particular No Direito Privado

Para guardar a necessária coerência textual deste trabalho, deve-se recordar as premissas de elaboração conceitual que foram trazidas pelo primeiro capítulo.

Pois bem.

A elaboração de um conceito, como antes dito, baseia-se em processo de captação de dados possíveis de serem absorvidos pela consciência humana, os quais são processados pelo intelecto, para formar a ideia que servirá de esquema. O que, do mundo real, adentra no conceito, constitui o objeto do conceito. Este processo passa pela identificação do caráter essencial de alguns elementos em relação a outros, a serem reunidos num espaço único, diverso daqueles já ocupados por conceitos outros existentes.

A partir do esclarecimento da origem do instituto a ser conceituado, seguindo-se ao apontamento dos fatos da realidade histórico-social-humana e à significação da palavra ante as vivências pessoais experienciadas, foram, neste trabalho, afastados os significados falsos, que não tinham relação com o vocábulo autotutela, e apontados os traços distintivos, os essenciais e aqueles expressivos do conceito. Em razão disso, foram estudados os casos reconhecidos como de autotutela exercida pelo particular e investigados os institutos assemelhados, a se extrair, deles, os seus elementos de aproximação e de diferenciação.

Como o conceito jurídico buscado já era existente, foram realizadas, depois, análises em razão do contexto em que aquele foi elaborado e da evolução ocorrida durante o período até se chegar aos dias de hoje, ficando claro que se faz necessária sua atualização, porque o conceito de autotutela utilizado desconsidera o cenário jurídico, social e econômico que se apresenta. Por isso, como mostrado, antigos dogmas devem ser quebrados na busca de uma formação conceitual fidedigna à concepção atual da autotutela.

Em verdade, com olhares acríticos, voltados a período longínquo, muito se propagou que a autotutela estaria necessariamente vinculada ao uso da força e, em razão disso, por vezes, à violência. Logo, como consequência, o particular só poderia utilizar a autotutela em situações de urgência e, mesmo assim, quando a lei expressamente a permitisse.

Todavia, a realidade se mostra muito diversa porque, além de terem aumentado, de forma significativa, as disputas em torno de bens jurídicos imateriais, o aumento de certificação dos fatos jurídicos inibiu a prática de ilícitos pois, ao mesmo tempo, ela possibilitou a realização de controle mais efetivo. Por isso, nos últimos anos, foram criadas, por lei, diversas hipóteses de autotutela exercida pelo particular no direito privado, passando outras, apesar da carência de previsão legal, a serem admitidas.

Realmente, como antes mostrado, mesmo quando não há expressa previsão legal, tem se admitido o exercício de direito em autotutela, a se quebrar outro dogma relacionado ao conceito, o de que a justiça de mão própria só seria permitida quando expressamente autorizada por lei.

Se não há necessário uso de força para a realização de direito em autotutela e, em acréscimo, hoje, a certificação dos fatos é muito mais intensa que há alguns

anos, a ponto de inibir o cometimento de excessos e de facilitar eventual controle, não se justifica colocar a existência de previsão legal como requisito obrigatório.

Assim, embora o uso da força e a expressa previsão legal possam ser identificados em alguns casos de exercício de autotutela pelo particular no direito privado brasileiro, não há generalidade que justifique suas inserções no núcleo conceitual buscado.

Quanto à violência, especificamente, se verificada, não se estará diante de autotutela, pois esta corresponde ao resultado da tutela jurisdicional.

Com efeito, a violência está associada a um ilícito que não integra o núcleo conceitual da autotutela. Mesmo quando admitido o uso da força em exercício da autotutela, em razão de expressa previsão legal, a violência não será permitida, nem muito menos tolerada.

Por isso, a força, mesmo que autorizada, deve ser aplicada em respeito à razoabilidade e à proporcionalidade, para não ensejar o cometimento de ato violento. Esta limitação, inclusive, é estabelecida por institutos semelhantes à autotutela, que têm utilização expressamente autorizada pelo sistema jurídico.

Seguindo este rumo, pode-se afirmar que a violência não é elemento associado ao conceito de autotutela exercida pelo particular no direito privado. A força, em algumas hipóteses, é que se apresenta como possível, contudo, repita-se, não sendo comum a todas elas, não pode ser considerada como elemento nuclear do conceito de autotutela.

Outrossim, intensificada a certificação dos fatos jurídicos, não há sentido relacionar, de forma necessária, a autotutela à urgência. A certificação, ao contrário, acaba por dispensar a verificação daquela. É por este motivo que, em quase todas as hipóteses de expressa autorização legal de exercício de autotutela pelo particular, a urgência não é colocada como requisito. A certificação, nestes casos, trazida pelo texto da lei, mas que também pode ser trazida por outros meios, permite que o particular realize diretamente o seu direito sem necessária verificação de urgência.

Assim, a urgência, em algumas situações, pode justificar o exercício de direito em autotutela, até porque autoriza inclusive a prática, pelo particular, de atos que, a priori, seriam considerados ilícitos.

Mas a urgência, igualmente como ocorre com a força, não sendo comum a todas as hipóteses, não pode ser considerada elemento essencial ao conceito de autotutela.

Sob outra perspectiva, pode-se afirmar que a autotutela, exercida pelo particular no direito privado, realiza-se no plano extraprocessual. Trata-se de elemento essencial do instituto, que se caracteriza pela tutela realizada fora do plano processual, sem nenhuma atuação, ou mesmo supervisão, de autoridade jurisdicional. Se a tutela é realizada diretamente pelo titular, por isso o emprego do prefixo “auto”, ela dispensa o plano processual, que, como se sabe, é integrado por outros sujeitos, que não compõem a relação jurídica originária.

Destaque-se, entretanto, que, na autotutela, pela falta de atuação espontânea de outro sujeito integrante da relação jurídica, o titular, amparado pela ausência de proibição legal expressa, realiza diretamente o seu direito.

Contudo, quando o direito não for potestativo, a autotutela depende, para sua caracterização, de violação ou de ameaça a direito e, em acréscimo, da verificação de urgência ou de certificação, sendo esta proporcionada por previsão legal ou contratual.

Não é só.

Para que seja exercida de forma legítima, como se apontou, a autotutela, realizada pelo titular do direito deve ter resultado equivalente ao da prestação jurisdicional. Exatamente por isso, o exercício da autotutela não se deve atentar contra a ordem pública e a paz social.

Entretanto, deve-se ressaltar que algumas medidas postas à disposição da autoridade jurisdicional, como a posterior imposição de *astreintes*, não estão à disposição do titular do direito. Por isso, pode ocorrer de, em determinadas situações, o titular do direito precisar fazer uso de medidas que não seriam as preferencialmente utilizadas pela autoridade jurisdicional.

Outrossim, embora o Estado assim possa fazer, o particular, na aplicação do direito em autotutela, não se deve invadir o patrimônio da parte adversa.

Além do mais, nos casos em que não seja verificada urgência, como indicado, deve-se estabelecer procedimento destinado ao respeito do devido processo legal, sendo conveniente, se o litígio decorrer de uma relação contratual, que o respectivo instrumento faça o seu detalhamento.

Todavia, como o procedimento destinado à preservação do devido processo legal deve ocorrer apenas nas hipóteses de autotutela em que não constatada urgência, essa exigência não deve ser colocada como elemento nuclear do conceito.

Diante dessas considerações, pode-se dizer que a autotutela se caracteriza pela realização direta de direito pelo respectivo titular, no plano extraprocessual, com observância da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo o resultado decorrente de seu exercício correspondente àquele que seria alcançado em razão de oferta de prestação jurisdicional.

É, pois, a autotutela, considerada método adequado de tratamento de conflitos.

Apesar disso, diferentemente do que ocorre com outros métodos, os atos praticados a pretexto de autotutela, por não corresponderem ao resultado da prestação jurisdicional, poderão ser controlados. A particularidade, frente a outros métodos de tratamento de conflitos, é que o controle jurisdicional se torna possível tanto no aspecto formal, como também no mérito da decisão tomada pelo particular[986]-[987].

Inclusive, a atividade jurisdicional buscada pode ser declarativa, por iniciativa de quem exerceu o ato em autotutela. Se improcedente a ação processualizada, sua eficácia predominante também será declarativa, no sentido de reconhecer ilícito praticado pelo autor. Mas, caso procedente a ação intentada contra quem se realizou o direito em autotutela, a carga eficacial predominante da decisão proferida pelo órgão jurisdicional tenderá a ser constitutiva (negativa) ou condenatória.

Essa especificidade, de o controle jurisdicional não ficar adstringido ao aspecto formal, impõe, ao particular, redobrada observância às cautelas relacionadas, para que, além de desconstituídos os atos praticados, ele não seja responsabilizado pelos atos ilícitos eventualmente praticados a pretexto de exercício de autotutela.

Tal percepção, em torno dos elementos nucleares componentes do conceito de autotutela exercida pelo particular no direito privado, faz com que o método de tratamento de conflito se compatibilize inclusive com os interesses do mercado, que

---

[986] Parte da doutrina apresenta textos imprecisos, que deixa clara a possibilidade de controle formal, mas não tem a mesma preocupação de clarificar a possibilidade do controle de mérito. Segue assim: GARSON, Samy. **A Desjudicialização da Execução Hipotecária como Meio Alternativo de Recuperação de Créditos**. Universidade de Coimbra. Faculdade de Direito. Coimbra, 2006, p. 129.

[987] Entendendo ser possível o controle do mérito do ato praticado em autotutela: GERI, *op.cit.*, p. 95.

precisa ter as obrigações assumidas cumpridas e, caso isso não ocorra, possa adotar providências para impor sua realização rápida[988] e em baixo custo[989].

8.3 FUTURAS PERSPECTIVAS

Firmado o conceito, com a identificação de seus pressupostos, requisitos e limites ao exercício, projeta-se um futuro promissor à propagação da autotutela como meio adequado de tratamento de conflitos.

Com efeito, o particular não precisará buscar o auxílio do Poder Judiciário, como ainda sói ocorrer, para realizar os direitos potestativos que não dependem da colaboração da parte adversa da relação jurídica. Se o particular tem poder de realização de seu direito e não cabendo a oposição de resistência pela parte adversa, a autotutela, desde que observados seus requisitos e seus limites, terá seu uso legitimado.

Alguns outros direitos potestativos, ainda que se vislumbre eventual impedimento legal à sua realização direta, como supostamente, segundo entendimento do Conselho Nacional de Justiça, ocorreria com o divórcio litigioso[990], poderão ser revisitados, com propostas de mudanças de textos legislativos e com consequente estímulo à sua realização por meio da autotutela. Até porque, se não é possível a apresentação de resistência pela outra parte da relação jurídica, face à potestatividade do direito de extinção do vínculo conjugal, não há sentido impedir a sua realização por autotutela.

---

[988] Neste sentido, Filipe Antônio Marchi Leveda: "Para que prospere, o mercado precisa confiar que as obrigações serão cumpridas celeremente. No entanto, essa rapidez não é própria do Poder Judiciário, cuja estrutura é insuficiente para lidar com a massificação dos negócios jurídicos. Tal fato é pernicioso às relações negociais, pois o aumento da litigiosidade e da incerteza do resultado de disputas judiciais aparecem como custo de transação". LEVADA, Filipe Antônio Marchi. **Garantias Autoexecutáveis**. Tese de Doutorado. Orientador Nestor Duarte. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2021, p. 73.

[989] Filipe Antônio Marchi Leveda ainda ressalta que "Os tribunais devem estar cientes de que o recurso à lei é dispendioso e demorado, e que, apesar de intimações, audiências e procedimentos complexos serem adequados e necessários em muitas circunstâncias, eles também aumentam o custo dos negócios e têm efeitos potencialmente negativos sobre a indústria e o comércio". LEVADA, Filipe Antônio Marchi. **Garantias Autoexecutáveis**. Tese de Doutorado. Orientador Nestor Duarte. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2021, pp. 76-77.

[990] Quem se posiciona contrariamente à realização de divórcio consensual no plano extraprocessual, defende que o art. 733 do Código de Processo Civil só permitiria o fim do laço conjugal, mediante escritura pública, se houvesse consenso entre os cônjuges. Em havendo litígio, a direito potestativo de cindir o vínculo conjugal dependeria de intervenção do Poder Judiciário. Todavia, pensa-se que não há sentido em impedir a realização de divórcio litigioso pela via da serventia extrajudicial, porque o direito se divorciar é potestativo e ele não depende de cooperação da outra parte da relação jurídica para ser realizado.

Outrossim, sem a intervenção do Poder Judiciário, em razão de suficiente certificação, determinados direitos, especialmente quando relacionados a bens jurídicos imateriais, mesmo que não verificada urgência, poderão ser realizados em autotutela.

Essa certificação poderá ser trazida pelo texto legal, mas também por instrumento contratual firmado entre as partes (e, depois, até em precedentes judiciais), cabendo a eles, além de indicar os termos ou as condições (que, se verificados, legitimarão o exercício do direito em autotutela), o eventual procedimento a ser adotado.

Noutros casos, ainda que envolvam bens jurídicos materiais, a autotutela também poderá ser considerada método adequado de tratamento de conflitos, possibilitando, por exemplo, que o titular do direito imponha ônus ou até mesmo proceda à alienação de bens para a satisfação de obrigações. A título de ilustração, vislumbra-se a possibilidade de o exercício de direito de apreensão seguir à imposição de uso[991] ou, se prevista em instrumento contratual ou diante de verificada urgência, à alienação extrajudicial.

A acompanhar este sentido, a jurisprudência terá papel primordial nesta construção relacionada à autotutela[992]. A edição de precedentes, com a indicação dos parâmetros necessários à legitimação do exercício em situações de evidência, será de fundamental importância para estimular a realização de direito diretamente pelo seu titular.

Da mesma forma, à jurisprudência, caberá fixar os elementos conformativos de urgência que poderão justificar a realização de direito em autotutela.

Seguindo o mesmo rumo, os instrumentos contratuais ganharão ainda mais vida na sociedade atual, que admite a autotutela, cabendo a eles, além de conceituar o instituto, indicar os respectivos requisitos e limites a serem observados pelo titular do direito.

A atuação dos advogados, neste sentido, no âmbito extraprocessual, terá relevo de acrescida força, não só para elaborar instrumentos, mas, igualmente, para orientar a ação das partes frente aos casos de autotutela.

---

[991] Em sentido semelhante: ADDABBO, Stefano. Destrutturazione del pegno ordinario e autotutela satisfattoria dell'interesse creditorio. Rivista di diritto dell'impresa. Edizioni Scientifiche Italiane E.S.I. SpA, pp. 357- 389, 2018, pp. pp. 382-383.

[992] Neste sentido: LEVADA, Filipe Antônio Marchi. **Garantias Autoexecutáveis**. Tese de Doutorado. Orientador Nestor Duarte. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2021, p. 79.

E com a ampliação do uso da autotutela, a partir da quebra de alguns dogmas que usualmente, de forma equivocada, são-lhes associados, abrir-se-ão vias para a difusão de outros métodos de tratamento de conflitos, especialmente com uso de suportes inteligentes, como os que são utilizados pelos *smart contracts*. Até porque, não se faz mais nenhum sentido pensar que todos os conflitos devem ser submetidos à solução jurisdicional.

De fato, a atividade jurisdicional permanece centralizada no Estado, contudo, a solução de conflitos deve ser buscada por métodos adequados, sendo, em muitos casos, a autotutela considerada um deles.

Introjetada a autotutela como meio adequado de tratamento de conflitos, à atividade jurisdicional caberá, no mais das vezes, realizar eventual controle (com confirmação e com revisão ou com fixação de eventual reparação pecuniária)[993] dos atos praticados àquele pretexto, restando-lhe mais tempo para dedicar-se à solução dos casos outros que exijam, de fato, sua participação no tratamento de conflitos.

8.4 ÚLTIMAS CONSTATAÇÕES

A par das considerações postas neste capítulo, apresentado o conceito atualizado de autotutela exercida pelo particular no direito privado brasileiro, que traz consigo a identificação e a sistematização dos pressupostos e dos requisitos, além dos respectivos limites, prevê-se, em futuro breve, que o instituto voltará a ser colocado em lugar de protagonismo no tratamento de conflitos entre os particulares.

Logo, se, antes, a autotutela era vista como algo ruim, porque associada à violência, só podendo, por isso, ser utilizada quando houvesse urgência e expressa previsão legal, hoje, pode ser considerada meio seguro e eficiente[994] de tratamento de conflitos. Isso traz impactos positivos, pois fortalece a esfera jurídica dos particulares e reduz custos e tempo necessários à realização de direito.

---

[993] Em sentido semelhante: GARSON, Samy. **A Desjudicialização da Execução Hipotecária como Meio Alternativo de Recuperação de Créditos**. Universidade de Coimbra. Faculdade de Direito. Coimbra, 2006, p. 34.

[994] Neste sentido: MONTECCHIARI, *op. cit.*, pp. 164-165; CASTILLO, *op. cit*, pp. 57-58.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de autotutela, como se mostrou no segundo capítulo, além de não encontrar consenso, está interligado a antigos dogmas, em especial ao de que o seu exercício estaria necessariamente associado ao uso da força e que, por isso, a sua utilização pelo particular seria apenas excepcional, admitida unicamente quando, diante da urgência verificada, a lei, de forma expressa, autorizasse-a.

Contudo, demonstrou-se que estes dogmas não se contextualizam com a realidade hodierna. Como apresentado no terceiro capítulo, existem vários argumentos que confirmam essa conclusão e que, ainda, justificam o amplo exercício da autotutela pelo particular no direito privado, que termina por se colocar como meio adequado de tratamento de conflitos.

Dentre os argumentos favoráveis ao amplo exercício da autotutela, os quais são confirmados, estão a sua previsão expressa no sistema para algumas hipóteses e a tolerância para outras não previstas expressamente, a impossibilidade de oferta tempestiva e plena de prestação jurisdicional, a suficiência da certificação, a disputa por bens jurídicos imateriais e aperfeiçoamento das técnicas de realização de direito, mesmo que relacionadas a bens materiais.

Outros argumentos favoráveis ao exercício da autotutela pelo particular, que, como mostrado, também foram confirmados, são a afirmação da autonomia privada como fonte de obrigações, a possibilidade de controle jurisdicional, a imposição de respeito às esferas jurídicas e a redução de custos para o Estado e para as partes integrantes da relação jurídica.

Apesar disso, ainda são, de forma frequente, ainda levantados argumentos contrários ao exercício da autotutela pelo particular. Dentre estes argumentos, estão a existência de monopolização da atividade jurisdicional, a violação ao devido processo legal e o de que o exercício da autotutela constituiria estímulo à violência com consequente comprometimento da ordem pública e perturbação da paz social.

Só que estes argumentos, como detidamente explicado no terceiro e no quarto capítulo, são inconsistentes, não devendo, por isso, ser considerados como obstáculos ao amplo exercício da autotutela.

Demonstrada a admissibilidade de exercício da autotutela pelo particular, verificou-se, em seguida, no quarto, quinto e sexto capítulos, a partir da análise das

hipóteses de possível exercício, bem como dos institutos assemelhados, que, como limites, devem ser observadas a razoabilidade e a proporcionalidade.

E, pela mesma metodologia, de forma inédita, a partir do quarto capítulo até o sétimo, foram identificados e sistematizados os pressupostos e os requisitos necessários ao exercício da autotutela pelo particular.

Como pressupostos gerais, identificou-se a extraprocessualidade, a titularidade de direito, a não realização voluntária do direito, a ausência de impedimento ao uso da autotutela e o poder de realização direta do direito pelo seu titular.

Como pressupostos especiais, nas situações em que o direito não for potestativo, identificou-se a violação ou a ameaça a direito e a urgência ou a certificação do direito, amparada, esta, em previsão legal ou contratual.

Quantos aos requisitos, foram considerados, como gerais, o resultado equivalente ao da prestação jurisdicional, a realização do direito por seu titular, a não utilização de força (exceto quando a lei expressamente a autorize ou em situação de urgência), a não invasão do patrimônio da parte adversa e o não atentado contra a ordem pública e a paz social.

Por sua vez, restou considerado, como requisito especial, exigido quando não verificada urgência, o estabelecimento e o respeito a procedimento firmado com observância ao devido processo legal.

Essas premissas permitiram, no oitavo capítulo, conceituar, em cenário atual, a autotutela, a ser exercida pelo particular, como um método adequado de tratamento de conflitos, que se caracteriza pela realização de direito pelo respectivo titular no plano extraprocessual, com observância da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo seu resultado correspondente ao que seria alcançado em razão de prestação jurisdicional.

Estes elementos conceituais trazem alicerces mais firmes ao exercício da autotutela pelo particular no direito privado brasileiro, contribuindo com sua compreensão, o seu uso e a sua propagação, bem como com a predição de novas hipóteses de autorizado exercício.

E, como dito, diferentemente do que ocorre com outros métodos de tratamento de conflitos, os atos praticados a pretexto de autotutela, por não corresponderem ao resultado decorrente daquele que seria obtido pela prestação

jurisdicional, poderão ser controlados. A particularidade da autotutela, frente a outros métodos, é que o controle jurisdicional se torna possível no aspecto formal e, também, quanto ao mérito da decisão tomada pelo particular, a se alcançar decisões de cargas eficaciais predominantemente declarativas (inclusive em razão de improcedência), desconstitutivas ou condenatórias.

Por fim, este trabalho não poderia ser finalizado sem contar os capítulos faltantes da narrativa que envolve a história do empresário da construção civil que consultou este pesquisador acerca da possibilidade de rescindir, em exercício de autotutela, contrato de promessa de compra e venda de unidade futura não entregue.

Na oportunidade, o empresário indagou se poderia dar por resolvido o contrato firmado, devolvendo o valor recebido, devidamente corrigido, e, em seguida, repassar a unidade imobiliária para outra pessoa, que não integrava a relação jurídica originária.

Após avaliar todas as possibilidades relacionadas ao caso, o empresário foi orientado a seguir procedimento indicado por este pesquisador, que consistiria em notificar a outra parte da relação jurídica sobre a resolução do contrato e do depósito do valor pago, monetariamente corrigido, que se encontrava à sua disposição, consignado perante instituição financeira.

O empresário assim o fez, aguardando pelo prazo de quinze dias, conforme indicado na notificação, para que o comprador eventualmente apresentasse alguma resposta. Ultrapassado o elastério, sem resposta, o imóvel objeto do contrato foi alienado para outra pessoa. Por sua vez, o pretenso adquirente do imóvel que figurava no anterior contrato, sequer procurou a empresa, que agiu em autotutela, para questionar os atos praticados.

Em razão do resultado alcançado, o encimado procedimento de resolução de contrato de promessa de compra e venda de unidade futura foi transformado em rotina interna junto à respectiva empresa de construção civil, que, repetidamente, passou a realizar o seu direito de resolução mediante exercício de autotutela. Inclusive, como antes mostrado, o próprio Superior Tribunal de Justiça mudou de entendimento e passou a admitir o exercício do referido direito em autotutela.

O empresário, até hoje, ressalta os benefícios, das mais diversas ordens, proporcionados, que, inclusive, resultou em maior competitividade no mercado local

em razão da diminuição dos riscos de inadimplemento e, também, dos custos e prejuízos suportados desde a propositura de ação judicial até e efetiva devolução do imóvel prometido à venda.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso de direito:** ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 2006.

ADDABBO, Stefano. Destrutturazione del pegno ordinario e autotutela satisfattoria dell'interesse creditorio. **Rivista di diritto dell'impresa**. Edizioni Scientifiche Italiane E.S.I. SpA, p.357- 389, 2018.a

ADAMEK, Marcelo Vieira von. Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil. In: AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes (coords.). **Temas de direito societário e empresarial contemporâneos.** São Paulo: Malheiros, 2011.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. **Proceso, Autocomposiõn y Autodefensa.** México: UNAM, 1970.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALMEIDA, Mario Aroso. **Teoria Geral do Direito Administrativo:** temas nucleares. Coimbra: Almedina, 2012.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual.** Porto Alegre, AJURIS, n° 33, 1985.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1991.

ALVIM, Eduardo Arruda; GRUBER, Rafael Ricardo. Segurança jurídica dos negócios imobiliários versus fraude à execução: ônus dos credores e ônus dosadquirentes de bens no direito civil e tributário brasileiro. **Revista de Processo**,São Paulo, v.291, p. 101-134, maio 2019.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil:** introdução. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar,2008.

AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica:perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista de Direito Processual Civil**. São Paulo, 2016, pp. 3-22.

ANDRADE, Érico. GONÇALVES, Gláucio Maciel. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Autonomia privada e solução de conflitos fora do processo: autotutela executiva, novos cenários para a realização dos direitos? **Revista de Processo**.vol. 322, pp. 437-476. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** Coimbra: Almedina, 1997.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. v. II.Facto jurídico, em especial Negócio Jurídico. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 1974.

ANDRADE, Olavo de. **Notas sobre o direito de retenção**. São Paulo: Saraiva, 1922.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Sociedade de responsabilidade limitada:** de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. **Contratos Eletrônicos:** a boa-fé objetivae a autonomia da vontade. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A "Supremacia do Interesse Público" noAdvento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Interesses Públicos versus Interesses Privados:** Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. 2ª Tiragem.Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2007.

ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia.** Coimbra: Almedina, 2005.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Coleção "Os Pensadores". v. IV, São Paulo:Abril Cultural, 1973.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A teoria finalista e o ilícito civil. Direito e justiça. **Revista da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa.** V. 2. Lisboa, 1987, pp. 81-97.

ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 3ª ed. SãoPaulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes A. *et al*. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica:** entre permanência, mudança erealização do Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo. **Código Civil Comentado**. V. I. Álvaro Villaça Azevedo (coord). São Paulo: Atlas. 2007.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia**. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 1989.

AZEVEDO, Paulo Faraco. **Limites e justificação do poder do Estado**. Petrópolis: Vozes, 1979.

AZEVEDO, Renan Falcão de. **Posse:** Efeitos e Proteção. São Paulo:

EDUCS/Revista dosTribunais, 1987.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LIMA, Germano Alves de. Os Limites da Autonomia Privada em Face da Perspectiva Civil – Constitucional. **Direitos Fundamentais & Justiça.** Belo Horizonte, ano 10, nº 34, pp. 115-131, jan./jun.,2016.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. **Animo de lucro y ánimo de hacerse pago**.Madrid: ADPCP, 1975.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. **La realización arbitraria del propio derecho**, Madrid: Civitas, 1976.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BANDEIRA, Luiz Octávio Vilela de Viana. **Exceção de insegurança no direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2022.

BARBATO, Maria Rosario. Autotutela del lavoratore: rifiuto di prestazione di inadempimento. **Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais**, nº 57, jul./dez. 2010. Belo Horizonte: Nova Fase, 2010.

BARBOSA, Darli. Decreto-Lei 70/66- Constitucionalidade. São Paulo, **Revistade Direito Imobiliário**, nº 47, jul./dez. 1999.

BARBOSA, Ruy. **Posse de direitos pessoais.** Clássicos do direito brasileiro.São Paulo: Saraiva, 1986.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5ª ed.São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentaise a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In: BARROSO, Luís Roberto. **Interesses Públicos versus Interesses Privados:** Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Editora LumensJuris, 2007.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO. **Delitos contra la Libertad**. Santiago: Universidad de Chile, 2004.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO. **Delitos contra la Propiedad (2):** Delitos de Expropiación conApropiación Correlativa. Primera Parte: El Sistema de los Delitos de Apropiación. Santiago: Universidad de Chile, 1998.

BAUDRILLARD, Jean. **O sistema dos objetos.** São Paulo: Perspectiva, 1993.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida.** 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BECKER, L. A. **Execuções especiais:** SFH – SFI – Alienação Fiduciária –Crédito Rural e Industrial. São Paulo: Malheiros, 2002.

BELTRAN, Ari Possidônio. **A Autotutela nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTR, 1996.

BENVENUTI, Feliciano. **Autotutela (diritto amministrativo).** *Enciclopedia delDiritto*. Tomo IV. A. Padova: Milani, 1959.

BERMUDES, Sergio. **Introdução ao Processo Civil**. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BERNIDJI, Sergio Eskenazy. **Temas de direito societário e empresarial contemporâneo.** São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

BETTI, Autotutela. **Enciclopedia del diritto.** v. IV. Milão: Giuffrè. 1959.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. vol. V. 10 ed. Rio deJaneiro: Livraria Francisco Alves, 1954.

BIANCA, C. Massimo. **Autotutela (diritto privato).** *Enc. dir. Aggiornamento*, IV. Milão, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial. Vol. 3. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOCCHINI, Fernando. **Il regime dei rischi nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali.** *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*. Turim: Gli scambi, 2003.

BONGIORNO, Girolamo. **L'autotutela Esecutiva**. Milão: A. Giuffrè Editore,1984.

BONGIORNO, Girolamo. Profili sistematici e prospettive dell'esecuzione forzata in autotutela. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, v. 42, n. 2, pp. 449-450. Milão,1988.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia privada e negócio jurídico. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, Porto Alegre, v.5, p.69-87, set. 2005.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Da Ação Civil. In: *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. **Embargos de retenção por benfeitorias e outras questões relativas ao exercício de retenção por benfeitorias**. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. V.40. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Particulares.** 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

BRITO, Cristiano Gomes de. Novas perspectivas da fraude à execução nos processos civil, trabalhista e tributário. **Revista de Processo**, São Paulo, v.277, p. 257-280, mar. 2018.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo I. 5ª ed. Revista e atualizada por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BULHÕES, Luiz Eduardo. **Direito das Companhias**. Vol.1 Rio de Janeiro:Forense, 2009.

CABRAL, Antônio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. **Civil Procedure Review**, v. 12, nº 2: mai-ago 2021, pp. 69-102.

CABRAL, Antônio do Passo. Processo e tecnologia: novas tendências. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI; Giovani dos Santos (Coords.). **Direito, processo e tecnologia.** São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 19, pp. 83-129, jul/set 2004.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil.** v. 1, 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003.

CAMPOBASSO, Mario. **Il pegno non possessorio.** "Pegno", ma non troppo. Le nuove leggi civili commentate.v.XLI, n. 3, p. 703-718. Milão, 2018.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Livraria Almedina, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça.** Tradução EllenGracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias, sociedade.** Buenos Aires: EJEA, 1974.

CARIMINI, Francesca. Sequestro convenzionale e autotutela – **Collana: Quaderni della Rivista Giuridica del Molise e del Sannio.** Napoli: EdizioniScientifiche Italine, 2008.

CARPENA, Heloísa. **Abuso de Direito nos Contratos de Consumo.** Rio deJaneiro: Renovar, 2001.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARVALHO. Alexandre Douglas Zaidan de. **Imagens da Imparcialidade entre o Discurso Constitucional e a Prática Judicial.** São Paulo: Almedina, 2017.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. **Teoria dos Pressupostos e dos Requisitos Processuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO SANTOS, J. M. **Código civil brasileiro interpretado.** 14 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao Código Civil:** Parte Especial: doDireito de Empresa (artigos 1.052 a 1.195), vol. 13. Antônio Junqueira de Azevedo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo.** Tomo I. 7 ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2002.

CASTILLO SANTIAGO, Rolando. La autotutela, derecho comparado enMéxico. **LEX**, vol. 17, no 23, maio de 2019.

CASTRO, Jordi Delgado; VÉLEZ, Diego Palomo; DELGADO, Germán. Autotutela, Solución Adecuada Del Conflicto Y Epossession: Revision Y Propuesta. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte**. Ano 24, nº 2,pp. 265-289, 2017.

CASTRO DUARTE, Teófilo de. **O abuso de direito e as deliberações sociais.** Almedina: Coimbra, 1955.

CASTRO FILHO, José Olympio de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** v. 10. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CAVALCANTI, Mariana Oliveira de Melo; NÓBREGA, Marcos. Smart Contracts ou "Contratos Inteligentes": O Direito Na Era Do Blockchain. **Revista Científica Disruptiva**, V. II. Recife: Faculdade CERS, 2020.

CHALHUB, Melhim Nemem. **Negócio Fiduciário.** 2ª ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2000.

CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. **Negócio de Acertamento.** BeloHorizonte: Del Rey, 2005.

CHERTI, Stefano. La ritenzione come forma di autotutela privata. **Rassegna di Diritto Civile**. Edizioni Scientifiche Italiane E.S.I. SpA, p. 465-484, 2018.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho.Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe***. Principii di Diritto Processuale Civile***. Nápoles:Jovene, 1928.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

COELHO, Daniel Pereira. Aspectos polêmicos da fraude à execução e sua análise de acordo com o novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Riode Janeiro, v.422, p. 73-98, jul.-dez. 2015.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial.** 6ª ed., v. 2. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fabio Konder. O Princípio da Função Social e o Direito deEmpresa. **Revista de Direito Mercantil**. vol. 116. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Riode Janeiro: Forense, 1981.

CONTESSA, Claudio. **L'autotutela Amministrativa all'indomani della "Legge Madia".** Disponível em: http://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2018/04/L%E2%80%99autotutela-amministrativa-all%E2%80%99indomani-della-%E2%80%98legge-Madia%E2%80%99.pdf. Acesso em: 04 out. 2021.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Vol. I. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Vol. II. Tomo III. 4ª ed. Coimbra:Editora Almedina, 2010.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Comentários ao Código Penal.** V. 3. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga.** Trad. Jonas Camargo Leite eEduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo:Bushatsky, 1976.

CRETELLA JÚNIOR, José. Da autotutela administrativa. **Revista de Direito Administrativ*o***, v. 108, p. 47–63. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1972.

CRISTIANO, Romano. **Sociedades limitadas de acordo com o Código Civil**.São Paulo: Malheiros, 2008.

CRUZ, Diogo Merten. **Exclusão extrajudicial de sócio na sociedade limitada:** requisitos e procedimentos do art. 1.085 do Código Civil. Porto Alegre: Livrariado Advogado Editora, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo.** 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CURY, ENRIQUE: **Derecho Penal Parte General.** 2ª ed. Santiago: EditorialJurídica de Chile, 1992.

D’ACUNTO, Luciana. Recesso e autotutela nei rapporti di consumo. **Collana: Quaderni de IL Foro napoletano** - 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018.

D’ADDA, Alessandro. **L’autotutela del creditore nel mercato dell’energia e del gas:** i limiti all’eccezione di inadempimento. Milão: Luglio, 2015.

DADICO, Claudia Maria. **A Medida Cautelar Fiscal e o Princípio do Devido Processo Legal.** Dissertação (Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999.

DAGNINO, A. **Contributo allo studio dell'autotutela privata**. Milão: A. Giuffrè,1983.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DAMASKA, Mirjan. **I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo.** Il Mulino: Bologna, 1991.

D’AMICO, Giovanni; PAGLIANTINI, Stefano; PIRAINO, Fabrizio; RUMI, Tiziana**.I nuovi marciani.** Torino: G. Giappichelli, 2017.

DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo.** 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2007.

DANTAS, Ivo. **Instituições de Direito Constitucional Brasileiro.** 2ª edição revista eaumentada. Curitiba: Juruá Editora, 2001.

DANTAS, Ivo. **Novo Processo Constitucional Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 1995.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro de. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Parte Geral. V. I. Arruda Alvim e Thereza Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO. **Tutela Penal de la Propiedad y Delitosde Apropiación**. Barcelona: PPU S.A., 1994.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado.** Atualizado e ampliado porRoberto Delmanto. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**, Revista, Atualizada e Ampliada.17ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DI MAJO, Adolfo. **La tutela civile dei diritti**. 4ª ed. Milão: Giuffrè, 2003.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1, 15 ed.Salvador: JusPodivm, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. 18ed. Salvador: JusPodium, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, LeonardoCarneiro da. **Por uma Nova Teoria dos Procedimentos Especiais:** dos procedimentos às técnicas. Salvador: Juspodivm, 2018.

DILTHEY, Wilhelm Guillermo. **La essencia de la filosofia.** 2 ed. Buenos Aires: Losada, 1952.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros,1993.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil comentado**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva,2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** teoria das obrigações contratuais eextracontratuais. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

EIZIRIK, Nelson. **A lei das S.A. Comentada**. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin,2011.

ELGUETA, Giacomo Rojas. Il pegno mobiliare non possessorio nel sistema delle cause di prelazione. In: GRISI, Giuseppe (a cura di). **Processo e teniche di attuazione dei diritti,** p. 605-608. Napoli: Jovene, 2019.

ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado.** Coimbra: Almedina, 1999.

ETCHEBERRY, ALFREDO. **Derecho Penal.** 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídicade Chile, 1997.

FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico**. Curitiba: Educa, Scientia et Labor, 1988

FARIA, Luzardo. Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já tiverem decorrido efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo. **Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores.** São Paulo: Revistados Tribunais, 2017.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale.** 8 ed. Padova: CEDAM,1996.

FERNANDES, David Augusto; DUARTE, Márcia Michele Garcia. Desjudicialização: hipóteses possíveis e a busca por fundamentos para a sua ampliação. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte,n. 101, p. 29-47, jan./mar. 2018.

FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. **La realización arbitraria del propio derecho.**Santiago: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** teoria do garantismo penal. 4 ed. SãoPaulo:

Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª ed. São Paulo:Atlas, 2012.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva,1961.

FERREYRA, Raúl Gustavo. Enfoque sobre el mundo del derecho. Constitucióny derechos fundamentales. Internalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional. **Revista sobre ensenãnza del derecho.** Buenos Aires, n. 21, pp. 243/282, 2013.

FERRIS ALBENCA, Vicente. **La realización arbitraria del propio derecho**. Barcelona: ADPCP, 1988.

FLOR, Roberto. **Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet.** Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale. Padova: CEDAM, 2010.

FLORIANI. Lara Bonemer Rocha. **Smart contracts nos contratos empresariais:** um estudo sobre possibilidade e viabilidade econômica de sua utilização. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

FONSECA, Rui Guerra. **O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública.** Coimbra: Almedina, 2012.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FRAMIÑAN SANTAS, Francisco Javier. **La exclusión del socio en la sociedadde responsab lidad limitada.** Albolote: Comares, 2005.

FRANÇA, Beatriz. A (des)construção do direito privado em face da despatrimonialização do sujeito de direito civil constitucional – aspectos constitucionais da autonomia privada. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (Org.). **Contrato & Sociedade:** a autonomia privada na legalidade constitucional. Curitiba: Juruá, 2006. v.2.

FRANÇA, R. Limongi. **A Posse no Código Civil** (Noções Fundamentais). São Paulo: EditoraIMPRES, 1964.

FRANCHINI, Lorenzo. Alle origini di negozio e processo: l'autotutela rituale. In: **Il Giudice Privato nel Processo Civile Romano.** Milão: Casa Editrice, 2012.

FRANK, Felipe. **Autonomia da Vontade, Autonomia Privada e Negócio Jurídico.** Morrisville: Lulu Press, 2019.

FREIRE, João Pedro. **Blockchain e Smart Contracts:** Implicações Jurídicas. Coimbra: Edições Almedina, 2021.

FRIEDE, Reis. **Curso Analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias.** Riode Janeiro: Forense, 1978.

GABRIELLI, Enrico. Pegno “non possessorio” e teoria delle garanzie mobiliari.Rivista del Diritto Commerciale e del diritto generale delle obbligazioni. v.CXV, parte seconda, p. 241/242. Padova, 2017.

GALLI, Leandro. A Crise da Jurisdição e o Desrespeito às Obrigações Negociais. In: GALLI, Leandro. **Jurisdição, Crise, Efetividade e Plenitude Institucional.** Curitiba: Juruá Editora, 2009.

GARCÍA, Ignacio Serrano. **Autotutela.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

GARCÍA, Rosa María Morato. **Derecho de resistencia y ejercicio irregular del poder de dirección:** especial referencia a la autotutela indivudual em situaciones de riesco grave e inminente. Tese de Doutorado. Salamanca: Universidade de Salamanca, 2009.

GARSON, Samy. **A Desjudicialização da Execução Hipotecária como Meio Alternativo de Recuperação de Créditos**. Universidade de Coimbra. Coimbra: Faculdade de Direito, 2006.

GERI, Lina Bigliazzi. **Profili Sistematici Dell´Autotutela Privata**. Milão: Mvlta Pavcis, 1971.

GERI, Lina Bigliazzi. **Profili Sistematici Dell´Autotutela Privata II**. Milão: Giuffrè, 1974.

GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa. 4**. ed. São Paulo:Atlas, 2002.

GIL Y GIL, José Luis. **Autotutela privada y poder disciplinario em la empresa**. Madrid: Centro de Publicações del Ministerio de Justicia, 1994.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito***.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

GIORGIANNI, M. **Il negozio di accertamento**. Milano: Giuffrè, 1939.

GOMES, Magalhães. **Direito de retenção**. São Paulo: Saraiva, 1931.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil curso de direito civil**. Vol. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GOMES, Orlando. **Questões mais recentes de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 1988.

GOMES, Orlando. **Direitos reais.** 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa:** comentários aosartigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** contratos e atosunilaterais. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osorio. **Direitos Reais e Autonomia da Vontade:** o Princípio da Tipicidade dos Direitos Reais. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesus. **El Derecho a la Tutela Jurisdiccional**. 3ª ed.Madrid: Civitas, 2001.

GORA, Joel M. **Due Process of Law.** Lincolnwood: National Textbook Company, 1985.

GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. Da Homologação de Penhor Legal. *In:* ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo *et al.* (coord.). *Breves* **Comentários ao Novo Código de Processo Civil.** São Paulo:Revista dos Tribunais, 2015, p. 1622-1636.

GRASSI, Roberto Joacir. Da compensação. **Revista Justitia**. Vol. 38, nº 95.1934, pp. 65-80.

GRECO, Leonardo. A Reforma do Poder Judiciário e o Acesso à Justiça. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 27, pp. 60-78, jun. 2005.

GRINOVER, Ana Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e uma Nova Modalidade de Autotutela. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 10 – jul./dez. 2007.

GUERRA, Alexandre. **Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos:** A Eficácia Jurídico-Social como Critério de Superação das Invalidades Negociais.São Paulo: Almedina, 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Breves Notas sobre os Modos de Soluçãodos Conflitos. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 42, p. 271-278, abr./jun. 1986.

GUSMÃO. Paulo Dourado de. **Introdução do estado do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Direito, liberdade, moralidade.** Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 1987.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** Vol. IX, Arts. 250 a 381.Rio de Janeiro: Forense, 1959.

lGLESIAS, Juan. **Derecho Romano**. 13ª ed. Madrid: Ariel, 2001.

IHERING, Von Rudolf. Teoria Simplificada da Posse. In: IHERING, Von Rudolf. **Posse de direitos pessoais**. Clássicos do direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1986.

INNOCENTI, Osmida. **La exclusión del sócio**. Trad. Juan Majem Morgades. Barcelona: Editorial AHR, 1958.

JUSCELINO, Cristhiane Bessas. Débito e responsabilidade. **Revista deProcesso**, São Paulo, v.287, p. 231-250, jan. 2019.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed.São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KEMMERICH, Clóvis Juarez. **O direito processual da idade média**. PortoAlegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula**. Obrigações**. Rio de Janeiro:Revista dos Tribunais, 1916.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LAMEGO, Nelson Luiz Machado. *Recuperação de crédito*: evitando a excussão judicial de garantias. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.891, p. 9-28, jan. 2010.

LAMPIS, Michela. Autotutela pubblica e privata. In: LAMPIS, Michela. PUBUSA, Francesca;PUDDU, Stefania (a cura di) Procedimento, provvedimento e autotutela Evoluzione e involuzione. **Quaderni di Diritto e processo amministrativo**, 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019.

LARROUCAU, Marco Antonio Sepúlveda. La Autonomía de La Voluntad o Autonomía Privada EN El Código Civil. **Estudios de Derecho Civil en Homenajea Don Lorenzo de La Maza Rivadeneira**. Santiago: Facultad de Derecho - Universidad Gabriela Mistral, 2013.

LE GOFF, Jacques. **História e Memória.** 2. ed. Campinas: Unicamp, 1992.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. Boa-Fé Contratual. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto;

LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (orgs.). **A Teoria doContrato e o Novo Código Civil.** Recife: Nossa Livraria, 2003.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**. Vol. I. 15ª ed. Lisboa: Almedina, 2018.

LEMOS FILHO, Flávio Pimentel de. **Direito Potestativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

LEMOS SOBRINHO, Antônio. **Da Legítima Defesa**. São Paulo: Saraiva & Cia,1939.

LEO, Mauro. Il “pignoramento revocatorio”. **Rivista del Notariato**. v.LXX, n. 1, p. 981, gen.-feb. Milano, 2016.

LEONI, Bruno. **Liberdade e a lei:** os limites entre a representação e o poder.Trad. Diana Nogueira e Rosélis Maria Pereira. Porto Alegre: Ortiz, 1993.

LEVADA, Filipe Antônio Marchi. **Garantias Autoexecutáveis**. Tese de Doutorado. Orientador Nestor Duarte. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2021.

LEPORE, Andrea. Autotutela e Autonomia Negoziale. **Quaderni della Rassegna di diritto civile**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2019.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do Executado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva,1968.

LIMA, Alvino. **O Direito de Retenção e o Possuidor de Má-Fé**. 2ª ed. SãoPaulo: LEJUS, 1995.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; ANDRADE, L. D . Repercussão geral em sededede recurso extraordinário: seletividade 'à moda da casa' no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça**, v. 2,p. 20-41, 2016.

LOPES. Idevan César Rauen**. Empresa & Exclusão do Sócio:** De acordo com o Novo Código Civil. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

LUCENA, José Waldecyr. **Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada**. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 1997.

LUMINOSO, Angelo. Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva. **Rivista di Diritto Civile,** v.LXIII, n. 1, p.20-32. Padova, 2017.

LUZ, Claudia Regina Zani. Repercussão Geral e o Princípio da Inafastabilidadedo Controle Jurisdicional. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 32, n. 2, pp. 99-109, jul./dez. 2008.

LYRA FILHO, Roberto. **Para um direito sem dogmas**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1980.

LYS, Vivien. A Autotutela no Código Civil de 2002. MAZZEI, Rodrigo (coord.). **Questões Processuais no Novo Código Civil**. São Paulo: Manole, 2006, p.131-151.

MACIE, Albano. **Direito Penal I**. Parte Geral. 1. ed. Lisboa: Escolar Editora, 2021.

MAGANO, Octávio Bueno. **Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr Editora, 1993.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. **Autotutela del accedor y protección penal del deudor. La realización arbitraria del propio derecho frente a los delitos contra lalibertad, la propriedad y el patrimonio.** Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009.

MANCUSO, Rodolfo De Camargo. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Tutela Cautelar do Direito ao Devido Processo Legal** (o caso da execução privada do Dec.-lei 70/66). Curitiba, Jurisprudência Brasileira, v. 173, 1994, p. 61-62.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 3ª ed. São Paulo: Revistados Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Gulherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento.** 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARONGIU, Daniele. L'autotutela nel dominio della tecnica. In: MARONGIU, Daniele; PUBUSA, Francesca; PUDDU, Stefania (a cura di) Procedimento, provvedimento e autotutela Evoluzione e involuzione. **Quaderni di Diritto e processo amministrativo**, 29. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária.** Campinas: Millennium, 2000.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**: conceito, objetivo, método. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MARTINS, Samir José Caetano. Execuções Extrajudiciais de CréditosImobiliários. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2007, p. 81-108.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MC ROBERT, Ryan. **Defining Breach of the Peace in Self Help Repossessions.** Washington: Washington Law Review, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico.** Plano de existência. 12ªed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**. Ano I, Vol. 1,nº 5. Ago. 2001. Salvador: Centro de Atualização Jurídica.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. v. III.São Paulo: Freitas Bastos, 1963.

MERA FIGUEROA, Jorge: **Hurto y Robo**. Santiago: ConoSur, 1995.

MERÉJE, João Rodrigues. **A Legítima Defesa**. São Paulo: Editora EDIGRAFLtda., 1957.

MERÉJE, João Rodrigues. **O Estado de Necessidade**. São Paulo: Editora EDIGRAF Ltda., 1957.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Limites ao Poder do Juiz nas Cautelares Antecipatórias. In: **Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil**. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 210-225.

MESSINEO, F. **Manuale di diritto civile e commerciale**. Vol. I, Milão: Giuffre,1957.

MEZZANOTTE, L. **Il diritto di ritenzione.** Dall'autotutela alla pena privata. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 1995.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte Especial Arts. 235 a361 do CP. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

MIRAGEM, Bruno. **Direito civil:** responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva,2015.

MONCADA, L. Cabral de. **Estudos de história do direito**. Coimbra:Universidade de Coimbra, 1948.

MONTE ALEGRE, José Sérgio. Presunção de legalidade, ônus da prova eautotutela: o que diz a constituição? **Revista da ESMESE**, Aracaju, n. 3, p.339-362, 2002.

MONTECCHIARI, Tiziana. Ius singulare e autotutela privata – Contributo allostudio di una categoria. **Collana: Quaderni de Il Foro napoletano**, 31. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, Itália, 2019.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias.** Rio de Janeiro: Editora Processo,2017.

MONTT, Mario Garrido. **Derecho Penal.** Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

MONTT, Mario Garrido. **Derecho Penal.** Parte General. Tomo II. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito. Santiago: Editorial Jurídica de Chile,2005.

MONTT, Mario Garrido. **Derecho Penal.** 4ª ed. T. II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile,2007.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Posse:** Estudo Dogmático. Vol. II. Tom. I. Rio de Janeiro: Forense,1991.

MULLER, Jean-Marie**. O princípio de não-violência:** percurso filosófico. Lisboa: Palas Athena,1995.

MÜLLER, Júlio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MURINO, Filippo. L'autotutela Nell'escussione Della Garanzia Finanziaria Pignoratizia – **Quaderni di Giurisorudenza Commerciale**, 337. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil.** v. 2. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense,2010.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito.** 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NANNI, Giovanni Etore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual:** requisitos e efeitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

NARVÁEZ, Marianella Ledasma. Conflicto, Autotutela Y Control Jurisdiccional**.IUS ET VERITAS**, v. 23, n. 46, p. 204-219, 25 abr. 2013.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**. Novos Paradigmas. 2.ed. Rio deJaneiro: Renovar, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora

Acadêmica, 1994.

NEVES, Nuno Santos. **O Estado de necessidade no Direito Civil**. Espírito Santo: OficinaTécnica de Vitória, 1958.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY, Rosa Maria Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NIEVA FENOLL, Jordi. **Derecho procesal I. Introducción**. Madrid: Marcial Pons, 2014.

NÓBREGA, José Flóscolo da. **Introdução ao Direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da Ação de Direito Material**. Salvador: JusPodivm, 2008.

NOGUEIRA, Pedro Henrique; MAZZEI, Rodrigo. Anotações prévias sobre a negociação processual e a proposta de desjudicialização da execução. In: **Execução civil:** novas tendências. Coord. Marco Aurélio Bellizze Oliveira, Teresa Arruda Alvim, Trícia Navarro Xavier Cabral. Indaiatuba: Foco, 2022.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal.** 18 ed. São Paulo: Saraiva,1988.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal:** Dos crimes contra a saúde pública a Disposiçõesfinais. São Paulo: Saraiva, 1979.

NUCCI, GUILHERME de Souza. **Código Penal Comentado**. 20ª ed., revista atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro; LACERDA, Galeno. **Comentários ao Códigode Processo Civil.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. São Paulo: Atlas, 2015.

PAGLIANTINI, Stefano. **La norma incompiuta dell'art. 61 C**. Cons.: consegna e recesso in autotutela. Le nuove leggi civili commentate. Vol. 37, pp. 1002-1021,2021.

PAGNINI, Lydia. L'eccesso colposo nella legittima difesa. Un'introduzione. In: PAGNINI, Lydia. **Sicurezza e Autotutela:** A cura di Gian Guido Maria Grassi. Pisa: PisaUniversity Press, 2017.

PALMER, Tom G. **Constituição da liberdade**: um tratado sobre direito e deveres. Trad. Matheus Pacini. São Paulo: Faro Editorial, 2020.

PEDROSO, Luís Renato. **Constitucionalidade das Execuções Extrajudiciais no**

Sistema Financeiro da Habitação. São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 457, nov. 1973, p. 19-27.

PEKELIS, Alessandro. **Novíssimo Digesto Italiano**. Milão: Cedam, 1957.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 2. 22 ed.Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Rodrigo Serra. **Estado de Necessidade no Direito Civil Brasileiro**.Belo Horizonte: Letramento, 2018.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direto Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PESUCCI, Stefania Pacchi. **Autotutela dell'azionista e interesse dell'organizzazione.** Saggi di Diritto Comerciale. Milano: A. Giuffrè Editore,1993.

PICCIONE, Roberto. L´autotutela nei confronti dei privati. *In* **La disciplina dell´autotutela**: nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale, vol. 2. Coord. GIANNITI, Pasquale. Napoli: CEDAM, 2010.

PINHEIRO, Marcio Alves; SILVA, Geórgia Carvalho; MENDES, Auliete dePaula. A Autotutela como meio legal de defesa de direitos**. Portal JurídicoInvestidura.** Florianópolis, 03 Jul. 2010. Disponível em: investidura.com.br/ufsc/85-processo-civil/165074-a-autotutela-como-meio-legal-de-defesa-de-direitos. Acesso em: 14 Dez. 2021

PLO, Laura Murillo. **La autotutela y los poderes preventivos**. Zaragoza: Universidad deZaragoza, 2021.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários do Código de Processo Civil.** Tomo V. 3ª ed. Atualização Legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. 2, 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi,1954-A.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. 24, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi,1954-B.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. T. 23, Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. 49, 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

POPPER, karl; CONDRY, John. **La television:** *un danger pour la démocratie*.Paris: Anatolia, 1994.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PRADO, Alessandra R. Mascarenhas; OLIVEIRA FILHO, Ney Menezes de. O problema da vingança privada (autotutela): entre minimalismo garantista e o abolicionismo radical. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**. Salvador,v. 4, nº 1, pp. 61-81, Jan./Jun., 2018.

PRADO, Alessandra R. Mascarenhas; OLIVEIRA FILHO, Ney Menezes de. **Dicionário Jurídico**. Vol. I. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

PRADO. Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Régis. **Elementos de Direito Penal**. Parte geral. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 2016.

PUBUSA, Francesca. Semplificazione, dichiarazioni sostitutive, qualità dell'istruttoria ed effettività dell'autotutela. In: PUBUSA, Francesca. (org.); PUDDU, Stefania (acura di) Procedimento, provvedimento e autotutela Evoluzione e involuzione. **Quaderni di Diritto e processo amministrativo**, 29. Napoli: Edizioni ScientificheItaliane, 2019.

QUARTIERI, Rita de Cássia Conte. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Coor. Angélica Arruda Alvim; Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; George Salomão Leite. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

QUEIROZ, Ana Alice Lima. **Retenção Pecuniária e Autotutela nos Contratos Empresariais.** 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito deSão Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

RAMÓN, Fernando López. Limites constitucionales de la autotutela administrativa. **Revista de Administración Pública**. nº 115, enero-abril. Madrid:Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988.

RAPPAZZO, A. **L'autotutela della parte nel contrato**. Padova: Cedam, 1999.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos eletrônicos:** formação e validade – aplicações práticas. São Paulo: Almedina, 2015.

RECKZIEGEL, Janaína; FABRO, Roni Edson. Autonomia da Vontade e Autonomia Privada no Sistema Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito Brasileira**,v. 8, ano 4, pp. 161-177, maio/agosto, 2014.

RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil**. São Paulo:Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Renato Ventura. **Exclusão de sócios nas sociedades anônimas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RICCIARDONE, Angela de Sanctis. **L'autotutela civile.** Napoli: Jovene Editore, 2011.

RICCIARDONE, Angela de Sanctis. **Biblioteca di Diritto Privato Ordinata da Pietro Rescigno**. Itália: Jovene Editore Napoli, 2011.

RIPERT, Georges. **Evolution et progrès du droit**. Pádua: CEDAM, 1953.

RIVERO, Jean; MOUTOUH Hugues. **Liberdades Públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ROBINS, Lionel. **An essay on the nature and significance of economic science.** 2. ed. rev. and ext. London: Macmillan, 1945. pdf.

ROBLES, Jahanna Reaño. **La Autotutela Ejecutiva de la Administración Públicay el Procedimiento de Ejecución Coactiva.** Disponível em: <http://proiure.org.pe/wp-content/uploads/2016/10/jrr2.pdf. Acesso em: 04 out.2020.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da Vontade, Autonomia Privadae Autodeterminação: Notas sobre a Evolução de um Conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 41, n. 163, p. 124-125, jul./set. 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Parte geral. V. 1. 22 ed. São Paulo, Saraiva, 2008

ROS, Luciano da. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. **Observatório de elites políticas e sociais do brasil**. v. 2, n.9. 2015.

ROSA, Alberto Lopes da. Autonomia Privada Criadora e o Judiciário: o Caso "Uber". **Revista Brasileira de Direito Comercial.** Porto Alegre: LexMagister, v.28,pp. 26-52, abr./maio, 2019.

SAAVEDRA, José Leyva. Autonomia Privada Y Contrato. **Revista oficial del Poder Judicial**, Lima: Corte Suprema de Justicia de La República del Perú, v. 6e v. 7, año 4-5, pp. 267-290, 2010-2011.

SABA, Diana Tognini. **Direito de retenção e seus limites.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela pelo inadimplemento nasrelações contratuais.** Rio de Janeiro: Processo, 2019.

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Rodrigo. **Designación de tutor em previsión de la incapacidad.** Tese de doutorado. Universidad La Salle. México: 2008.

SANTAMARIA, Ferrara. **La giustizia privata.** Napoli: Jovene, 1937.

SANTIAGO, Rolando Castillo. La autotutela, derecho comparado en México**.Revista Lex da Faculdad de Derecho y Ciencias Políticas de la UniversidadeAlas Peruanas.** Ano XVII, nº 23. Peru, 2019.

SANTORO PASSARELLI, F. **La transazione.** Napoli: Jovene, 1975.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 15-44.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos versus Interesses Privados:** Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. **B.Cient. ESMPU,** Brasília, a. 4, n.14, p. 167-217, jan/mar 2005.

SATURNO, Angelo. **L'autotutela privata**. I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco. Napoli: EdizioniScientifiche Italiane, 1995.

SCHENK, Leonardo Faria. Breve relato histórico das reformas processuais naItália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis***. Revista eletrônica de Direito* Processual,** v.2, n.2, 2008.

SCHREIBER, Anderson, *et al*. **Código Civil Comentado***.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge:Harvard University Press, 2004.

SICA, Heitor Vítor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, mediação e conciliação. In: Eduardo de Oliveira Leite (Org.). **Grandes Temas da Atualidade** - Mediação, arbitragem e conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 7 p. 17-38.

SILVA, Clóvis do Couto e. **Obrigação como processo.** São Paulo: JoséBushatsky, 1976.

SILVA, Germano Marques da. **Da Tutela dos Direitos da Acção Directa**. Prêmioda Ordem dos Advogados para Estudantes de Direito, 1968.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, Direito Material e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. Rio de Janeiro:Forense, 2007.

SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o cabimento do direito de retenção: desafios da autotutela no direito privado. **Civilistica.com**. vol. 2. pp. 1-24, 2017.

SILVA, Suzana Tavares. **O princípio da razoabilidade**. Comentários ao novo código do procedimento administrativo. coord. Carla Amado Gomes, coord. Ana Fernanda Neves, coord. Tiago Serrão. 3ª ed. Vol. 2. Lisboa: AssociaçãoAcadémica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2016.

SILVEIRA, Bernardo Bastos. O Acesso à Justiça: o alcance de seu significado,sua evolução e alguns obstáculos a serem transpostos. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). **Estudos de História do Processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SIMÕES, Mauro Cardoso. **John Stuart Mill e a liberdade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

SOUTO MAIOR BORGES, José. **Ciência feliz**. São Paulo: Quartier Latin, 2007

SOUZA, Gelson Amaro. Procedimento na fraude à execução. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.968, p. 347-374, jun. 2016.

SPINELLI, Luis Felipe. **A exclusão de sócio por falta grave na sociedade limitada.** São Paulo: Quartier Latin, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** 4. ed. rev., aum. eatual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SZANIAWSKI, Elimar. **Considerações sobre o princípio da proporcionalidade. Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Vol. 33. 2000, pp. 19-29.

TALAMINI, Eduardo; CARDOSO, Eduardo Guskow. Smart contract, “autotutela”e tutela jurisdicional. In **Execução civil:** novas tendências. Coord. Marco Aurélio Bellizze Oliveira, Teresa Arruda Alvim, Trícia Navarro Xavier Cabral. Indaiatuba,SP: Editora Foco, 2022.

TARTUCE, Flávio; SCHREIBER, Anderson; BRANDÃO, Everilda; ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **O direito de arrependimento do consumidor e o RJET:** Impactos diretos e indiretos da lei

14.010/2020 no art. 49 do CDC. Disponível em https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/329823/o-direito-de-arrependimento-do-consumidor-e-o-rjet--impactos-diretos-e-indiretos-da-lei-14-0 10-2020-no-art--49-do-cdc. Acesso em 30 jun. 2020.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim. **Assumpção, Manual de Direito do Consumidor.** 3ª ed. São Paulo: Método, 2018.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Inibições Processuais** – Abstenção, Impedimento e Suspeição no Processo Civil, Processo Administrativo e Arbitragem. Belo Horizonte: DelRey Editora, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República.** V.I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). Obrigações. **Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiro: litisconsórcio fora do pacto arbitral. Outras intervenções. **Revista de Direito Bancário, do Mercado deCapitais e da Arbitragem.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, out./dez. 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código civil**. v. 3.t. I: livro III- dos fatos jurídicos:do negócio jurídico. Coordenador: Sálvio Figueiredo Teixeira. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Novas Perspectivas para Atuação da Tutela Executiva no Direito Brasileiro: Autotutela Executiva e "Desjudicialização" da Execução. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

THIOLLENT, Michel. Metodologia da Pesquisa-Ação. São Paulo: Cortez, 1986.

TOKARS, Fábio. Sociedades Limitadas. São Paulo: LTr, 2007.

TORRASI, Francessco Paolo. **L'autotutela nel diritto privado:** una categoria, un meccanismo. Tese de doutorado. Università degli Studi di Palermo, 2007-2008.

TORRES, Andreza Cristina Baggio. Direito Civil-Constitucional: a função socialdo contrato e a boa-fé objetiva como limites à autonomia privada. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (Org.). **Contrato & Sociedade:** a autonomia privada na legalidade constitucional. Curitiba: Juruá, 2006. v. 2.

TORRES, Eloy Sanchez. Una nueva modalidad tutelar. **Revista Critica deDerecho Inmobiliario.** Madrid: Civitas, 1928, pp. 345-352.

TREVES, Renato. L'amministrazione della giustizia in Italia: bilancio di umaindagine. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 27, n. 1, 1997, p. 96-108.

UGALDE, Carlos Rendón. Fundamentos teóricos y prácticos de la autotutela. **Revista de derecho privado***.* Madrid: Cortez, 2015.

VALLESPÍN PÉREZ, David. **El modelo constitucional de juicio justo en elámbito del proceso civil.** Barcelona: Atelier, 2002.

VEDANA, Alexandre Torres. Incorporação Imobiliária e Leilão Extrajudicial. In: VEDANA, Alexandre Torres. **Jurisdição, Crise, Efetividade e Plenitude Institucional.** Curitiba: JuruáEditora, 2009.

VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** Parte Geral. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VICENTE, Montserrat Pereña. Autotutela y mandato de protección futura em el Código de Napoleón. la ley de 5 de marzo de 2007. **Revista Crítica de Derecho Inmobiliario**, vol. 73, pp. 2235-2253. Madri, 2007.

VICTORINO, Fábio Rodrigo. O conteúdo teórico do princípio da razoabilidade: relativizando a legalidade estrita e supremacia do interesse público. **Revista da AGU**, ano 14, n. 01, Brasília-DF, p. 9-26, jan./mar. 2015.

VIERA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2006.

VILANOVA, Lourival. **Sobre o conceito de direito***.* Escritos jurídicos filosóficos.Vol. 1. São Paulo: IBET/Axis Mundi, 2003.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. O pressuposto, o requisito e a condição nateoria geral do direito e no direito público. **Revista da faculdade de direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 21, n. 13, p. 185-202, out. 1973.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo:Martins Fontes, 2005.

VIO, Daniel de Avila. **A exclusão de sócios na sociedade limitada de acordocom o Código Civil de 2002, 2008.** 230 f. Dissertação (mestrado) - Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. Programa dePós-Graduação em Direito. São Paulo: BR-SP, 2008.

WACH, Adolf. **Manual de Derecho Procesal Civil**. Tradução de Tomás A.Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1977.

WALD, Arnoldo. **Comentários ao Novo Código Civil**, vol. XIV: Livro II, Do Direitode Empresa. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro:Forense, 2005.

WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo. Algunas consideraciones sobre laprohibición del pacto comisorio y el pacto marciano. **Revista Chilena de Derecho Privado**, nº 13, 2009, pp. 95-122.

WEIL, Prosper. **Le Critére du Contrat Administratif en Crise.** Paris: LGDJ, 1974.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal**. São Paulo: Atlas, 2010.

Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário:** Crise, Acertos e Desacertos.São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZOPPINI, Andrea. L'effettività in-vecse del processo. **Rivista di DirittoProcessuale**. v.LXXIV, n. 3, p. 679-699. Padova, 2019.