A INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL E UMA NOVA MODALIDADE DE AUTOTUTELA
(PARÁGRAFOS ÚNICOS DOS ARTIGOS 249 E 251 DO CÓDIGO CIVIL)

ADA PELLEGRINI GRINOVER*

1- Nas fases primitivas da civilização dos povos, quando ainda inexistiam leis gerais e abstratas ou um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. Tratava-se da *autotutela*, naturalmente precária e aleatória, que não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, astuto ou ousado.

Além da autotutela, nos sistemas primitivos, existia a *autocomposição,* pela qual uma das partes em conflito, ou ambas, abriam mão do interesse ou de parte dele. Pouco a pouco, foram sendo procuradas soluções imparciais por decisão de terceiros, pessoas de confiança mútua das partes, que resolvessem seus conflitos. Surgiram assim os *árbitros*, sacerdotes ou anciãos, que agiam de acordo com a vontade dos deuses ou por conhecerem os costumes do grupo social integrado pelos interessados.

Só mais tarde, à medida que o Estado foi se afirmando e conseguiu impor-se aos particulares, nasceu gradativamente a tendência a absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos, passando-se da justiça privada para a justiça pública. E nasceu assim a *jurisdição*, atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos, substituindo-se à vontade das partes. A jurisdição acabou absorvendo todo o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas, tornando-se monopólio do Estado.

2- O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional foi assim se afirmando em todos os Estados modernos, indicando ao mesmo tempo o monopólio estatal na distribuição da justiça (*ex parte principis*) e o amplo acesso de todos à referida justiça (*ex parte populi*). A Constituição brasileira de 1946 consagrou o princípio, que hoje vem expresso pelo art. 5º, inc. XXXV da CF: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

* **Professora Titular de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.**

Mas o acesso aos tribunais não se esgota com o poder de movimentar a jurisdição (direito de ação, com o correspondente direito de defesa), significando também que o processo deve se desenvolver de uma determinada maneira que assegure às partes o direito a uma solução justa de seus conflitos, que só pode ser obtida por sua plena participação, implicando o direito de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem sobre o convencimento do juiz. Corolário do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional são todas as garantias do devido processo legal, que a Constituição brasileira detalha a partir do inc. LIV do art. 5º, realçando-se, dentre elas, o contraditório e a ampla defesa (inc. LV do mesmo artigo).

3- Logo se percebeu, porém, que o Estado não seria capaz de dirimir toda a massa de controvérsias levada aos tribunais. E voltou a renascer o interesse para as modalidades não jurisdicionais de solução de conflitos, tratadas como meios alternativos de pacificação social. Ganhou corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, se torna irrelevante que a pacificação se faça por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes e justos. Por outro lado, cresceu a percepção de que o Estado tem falhado na sua missão pacificadora, que tenta realizar por meio da jurisdição e através das formas do processo. A sentença autoritativa do juiz não pacifica as partes, porquanto imposta. Sempre haverá uma parte — e freqüentemente as duas — descontente com a decisão do juiz e recalcitrante em seu cumprimento. Por outro lado, as formalidades do processo — no limite necessário a assegurar suas garantias — exigem tempo, e o tempo é inimigo da função pacificadora. Ao lado da duração do processo, outro problema é constituído por seu custo, constituindo mais um óbice à plenitude da função pacificadora.

Essas e outras dificuldades — como a sobrecarga dos tribunais — têm conduzido os processualistas modernos a excogitar novos meios para a solução de conflitos. A primeira vertente em que se trabalhou foi a da ruptura com o formalismo processual, ou seja, a *desformalização do processo*, que trata de dar pronta solução aos litígios, constituindo fator de celeridade. A *deslegalização* foi outra tendência, substituindo os juízos de legalidade, baseados exclusivamente na norma jurídica, pelos *juízos de eqüidade.* A *gratuidade* do processo constitui outra característica marcante ancorada na preocupação social de levar a justiça a todos. E o incremento dos *meios alternativos* de pacificação social — denominados de

equivalentes jurisdicionais — é outra vertente que ocasionou o incremento da *mediação,* da *conciliação* e da *arbitragem.*

Esses meios alternativos de solução das controvérsias podem ser extrajudiciais, mas mesmo assim se inserem no amplo quadro da política judiciária e do acesso à justiça: pode-se falar, portanto, de uma justiça não estatal, mas que também não é totalmente privada. Ou seja, de uma *justiça pública não-estatal*.

4- Atualmente, apesar da enérgica repulsa à *autotutela* como meio ordinário de satisfação de pretensões, para certos casos especialíssimos a própria lei abre exceções à proibição. Exemplos antigos de autotutela no ordenamento brasileiro são o *direito de retenção* (arts. 578, 644, 1.219, 1.433, inc. II, 1.434 do CC), o *desforço imediato* (CC, art. 1.210, par. 1º), o direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio (CC, art. 1.283), a auto-executoriedade das decisões administrativas, e, sob certo aspecto, o poder de efetuar prisões em flagrante (CPP, art. 301) e 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).

A autotutela justifica-se nesses casos 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.

5- O novo Código Civil disciplina as obrigações de fazer e não fazer da seguinte forma:

> Das obrigações de fazer:
>
> Art. 247: "Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exeqüível".
>
> Art. 248: "Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos".
>
> Art. 249: "Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível".

> Parágrafo único: "Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido".
>
> Das obrigações de não fazer:
>
> Art. 250: "Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar".
>
> Art. 251: "Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos".
>
> Parágrafo único: "Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido".

A primeira observação que o texto legal suscita é a de que a disposição do art. 247, atinente às obrigações de fazer, prevendo a indenização por perdas e danos, não foi reproduzida quanto às obrigações de não fazer. Cochilo do legislador? Ou talvez resquício da antiga idéia de que as obrigações de não fazer são sempre infungíveis?

Já se demonstrou que esta última afirmação não é correta: a infungibilidade pode ser puramente jurídica, e nesse caso, quando violada a proibição, surge do inadimplemento um comando positivo e, em substituição à obrigação de não fazer, ter-se-á a obrigação de fazer o necessário para repor o *status quo ante*. Assim, por exemplo, a obrigação de não poluir (obrigação negativa, ou de não fazer) pode resolver-se na obrigação de o poluidor instalar um filtro em seu estabelecimento (obrigação positiva, ou de fazer). E se tampouco essa obrigação positiva for cumprida, o estabelecimento poderá ser interditado até que o filtro seja instalado.

Só em relação às obrigações de fazer ou não fazer *naturalmente infungíveis* não se poderá pensar em seu cumprimento forçado e a única saída será a das *astreintes* ou da indenização por perdas e danos. É o caso sempre lembrado do artista famoso, contratado para pintar um quadro e que se recusa a adimplir a obrigação.

Mais uma razão para pensar-se num cochilo do legislador, podendo-se afirmar, sem temor de erro, que o art. 247 do CC, com a previsão da obrigação de indenizar, também se aplica às obrigações de não fazer.

Quanto aos artigos 249 e 251 e a seus parágrafos únicos, ou seja, quanto à possibilidade de o credor mandar fazer ou desfazer o fato por terceiro ou diretamente, ressarcindo-se do custo, é preciso distinguir.

A leitura conjunta dos dois *caput* e respectivos parágrafos dos mencionados dispositivos mostra que a regra geral, inscrita no *caput*, é a da intervenção judicial, enquanto a exceção é constituída pelos parágrafos únicos, que dispensam autorização judicial, constituindo-se em formas de autotutela.

6- É necessária agora uma pequena digressão, em tema de obrigações de fazer ou não fazer há um aparente conflito entre o tratamento da matéria pelo Código de Processo Civil e o Código Civil.

Com efeito, o CPC, no art. 461, fixa uma disciplina que prevê a indenização por perdas e danos como última escolha, privilegiando a via das *astreintes* (meio de coação indireta sobre a vontade do devedor para induzi-lo a cumprir "espontaneamente" a obrigação) e até mesmo a de ordens mandamentais do juiz, como meio sub-rogatório que leve ao resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação. Isto quer dizer que a preferência do legislador processual é pela chamada *tutela específica*, que leva no próprio processo de cognição — aglutinando-se as funções de conhecer e executar — a proporcionar a quem tem direito precisamente o exato resultado prático que seria atingível pelo adimplemento.

Ao contrário, o Código Civil, adotando a linha do vetusto Código Civil francês (art.1.142), prevê exclusivamente a indenização por perdas e danos (art. 247).

Isto não significa, em absoluto, que o art. 461 do CPC tenha sido revogado. E não foi revogado, porque em nenhuma parte do CC se fez sua revogação expressa, porque a disposição da nova lei não é incompatível com a anterior, que a complementa e porque o CC não regulou inteiramente a matéria, restringindo-se à previsão da indenização por perdas e danos (par. 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil).

É preciso lembrar, ainda, para sustentar a vigência do art. 461 do CPC, a moderna posição no sentido de que as fontes do direito se integram, se harmonizam, "conversam". A escolha pela indenização feita pelo Código Civil significa apenas que o credor pode imediatamente ajuizar a ação reparatória por perdas e danos contra o devedor, se assim o

desejar. Mas permanecem vigentes e válidas as disposições do art. 461 do CPC, que indicam caminhos diversos que o credor pode percorrer (*astreintes* e meios subrogatórios que levem ao resultado prático equivalente ao adimplemento).

Com relação ao fazimento ou desfazimento da coisa por terceiro ou pelo próprio credor, mediante intervenção judicial (*caput* dos arts. 249 e 251 do CC), as fontes do direito continuam se integrando: os arts. 634 a 638 do CPC complementam a matéria, indicando o procedimento a ser seguido na espécie, sem prejuízo, evidentemente, da utilização de outros instrumentos processuais, como, por exemplo, a antecipação de tutela do art. 273 do CPC.

A grande novidade do Código Civil, aplicável evidentemente ao regime processual, consiste na nova modalidade de autotutela criada para as obrigações de fazer e não fazer nos parágrafos únicos dos arts. 249 e 251 supra transcritos.

7- 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.

Mas existem pressupostos implícitos da autotutela, que impregnam todo o sistema do Código Civil: o princípio da *boa-fé*, da *eticidade*, da fustigação do *abuso do direito*.

Segue-se daí que não é correta a afirmação de que os dispositivos em questão representam um "cheque em branco" para o credor. Embora se tratem de conceitos abertos, indeterminados, não consagram eles uma liberdade ilimitada.

É preciso lembrar, ainda, que a utilização da autotutela corre por risco e conta do credor — assim como ocorre até mesmo com os provimentos antecipados pelo juiz. A pedido do devedor, em ação própria indenizatória por perdas e danos, ou em outro tipo de demanda, conforme o caso (por exemplo, a nunciação de obra nova), o juiz aferirá não somente se no caso concreto efetivamente se caracterizou a *urgência*, mas ainda se a encomenda do fato ou a execução pelo próprio credor não representou custo excessivo, dentro dos princípios da *boa fé* e da *eticidade*, punindo o eventual *abuso do direito.*

8- Decorre logicamente do que se disse a afirmação de que os parágrafos únicos dos arts. 249 e 251 do CC não afrontam o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Como visto, sobra espaço para a autotutela, expressamente prevista em lei, nos sistemas jurídicos modernos. E, de qualquer modo, a via judicial fica aberta ao devedor que não se conforme com o exercício ou a forma da autotutela no caso concreto, garantido, assim, o acesso ao Judiciário assegurado pelo art. 5º, inc. XXXV da CF.

9- Do mesmo modo, decorre de tudo isso a afirmação de que os dispositivos mencionados não ferem o princípio do contraditório e da ampla defesa. Evidentemente, essas são garantias processuais que não se aplicam à autotutela. Mas trata-se somente de diferir o momento do contraditório e da ampla defesa para o eventual momento processual sucessivo, quando o devedor insatisfeito poderá ajuizar a ação própria, cercado de todas as garantias do devido processo legal.

10- Pode-se afirmar, assim, que a nova previsão de autotutela de que trata esse estudo representa uma modalidade congruente com as demais formas de autotutela autorizadas pela lei, que seus requisitos (explícito e implícitos) representam uma baliza segura e eficaz para a conduta do credor, que o exercício da autotutela corre por conta e risco de quem dela se utiliza e que o sistema abre ao devedor insatisfeito o acesso à justiça para a aferição dos pressupostos da autotutela, mediante as vias processuais próprias, podendo o credor ser condenado à reparação pelo abuso de direito eventualmente cometido.

Em conclusão, a nova modalidade de autotutela não afronta o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e as garantias do devido processo legal, que ficam simplesmente diferidas para o eventual processo posterior, marcando a oportunidade sempre benfazeja de que as forças espontâneas do direito material se demonstrem suficientes para solucionar o conflito e para evitar o processo.