

A AUTOTUTELA COMO FALÊNCIA DO CONTRATO SOCIAL

João Gabriel Fraga de Oliveira Faria¹

Advogado. Graduação pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo - Unidade Lorena. E-mail: joaogabrielfaria@gmail.com

RESUMO

No decurso dos últimos anos, pelos meios midiáticos, vislumbramos inúmeros casos em que cidadãos, muitos que nunca delinquiram e desprovidos de personalidade criminosa praticaram autotutela. Desde os primórdios de sua existência, o homem vive em conflito com seus próximos, dadas as divergências de vontade e os conflitos de interesses. Ocorre que nem sempre existiu um Estado forte, politicamente organizado como atualmente; naquele período, reinava a autotutela como meio de satisfazer as pretensões. Com o transcorrer do tempo, foram surgindo as primeiras sociedades organizadas, e, com elas, os primeiros entes estatais, que pegaram para si, por meio da jurisdição, o poder e o dever de dizer o Direito dos cidadãos. É irrefutável que a jurisdição, enquanto meio de solução de conflitos é mais eficaz que autotutela, tendo em vista que nesta última obtém a pretensão o mais forte, mais astuto, enfim, aquele que tem recursos para consegui-la por seus próprios meios, enquanto na jurisdição, desempenhada por terceiro, alheio à contenda – o Estado –, prestigia-se aquele que detém a razão. Assim indagamo-nos, o que levou aqueles cidadãos, que fizeram justiça pelas próprias mãos optarem pela última em detrimento da primeira? Rousseau explica que quando o Estado não cumpre sua parte no Contrato Social, deixando desprotegidos os direitos dos cidadãos, que veem sua natureza humana não guardada, ocorre a guerra de todo contra todos, e a paz social dá lugar ao caos.

Palavras-chave: Autotutela. Contrato social. Bem comum. Barbárie.

INTRODUÇÃO

A convivência humana é marcada pela existência de conflitos, dadas as divergências de vontades, de interesses e, inclusive, pela intenção de alguns se sobreporem aos seus pares.

Ocorre que nem sempre existiu um Estado organizado, politicamente estruturado, forte, soberano, que garantisse a preservação de direitos e, conseqüentemente, a paz social. Neste período, imperava a autotutela, vulgarmente conhecida “justiça pelas próprias mãos”.

Com o transcorrer do tempo, surgiram as primeiras sociedades organizadas e com elas as instituições estatais, responsáveis por dizer o Direito dos cidadãos que a formam. Neste linear, vedou-se a autotutela, ficando a cargo daquelas, por meio da jurisdição, garantir o bem comum.

¹ Trabalho orientado pela Professora Me. Luiza Helena Lelis Andrade de Sá Sodero Toledo

Todavia, no decurso dos últimos anos, vislumbramos, através dos meios midiáticos, casos em que sujeitos, sem personalidade criminosa, muitos desacostumados a se envolver em contendas físicas, ao se deparem com direitos próprios ou alheios, lesados ou na iminência de serem, praticaram autotutela.

Estampadas nas capas dos mais importantes jornais e incluídos nas pautas de programas das maiores emissoras de televisão foram inúmeras as ocorrências de tal fenômeno, como no caso em que um adolescente, na cidade do Rio de Janeiro, foi amarrado nu a um poste e brutalmente espancado por um grupo de pessoas que o surpreendeu roubando um quiosque (2014).

Todavia, indaguemo-nos, o que levou esses sujeitos a praticar tais condutas?

O presente estudo se dividirá em três capítulos, sendo que no primeiro refletiremos a evolução dos meios de solução de conflitos, da autotutela à jurisdição, abordando não apenas aspectos históricos desta transição, mas também seus reflexos no convívio humano.

No segundo capítulo, empreenderemos uma reflexão acerca da autotutela nos dias de hoje, expondo algumas das hipóteses de cabimento e vedação pelo Ordenamento Jurídico pátrio.

Por fim, no terceiro e último capítulo nos enveredaremos pela teoria contratualista proposta pelo filósofo Jean-Jacques Rousseau, a fim de compreender os recorrentes casos de autotutela que temos presenciado através dos meios midiáticos.

De antemão, consigna-se que o intuito deste trabalho não é desenvolver uma análise moral ou crítica acerca da conduta daqueles que praticaram vingança privada, mas sim compreender a evolução dos meios de solução de conflitos, e, posteriormente, compreender o que levou àqueles a abdicarem da jurisdição em detrimento da autotutela, a fim de satisfazer suas pretensões.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

1.1. DA AUTOTUTELA À JURISDIÇÃO

Autotutela consiste no meio de solução de conflitos em que titular ou terceiro resguarda direito próprio ou alheio, lesado ou na eminência de ser lesado. Em claras palavras, é a vulgarmente conhecida “justiça” pelas próprias mãos.

Dispõem Cintra, Grinover e Dinamarco, sobre o conceito de autotutela que:

Quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir por si mesmo a satisfação da dessa pretensão (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2014, p. 39).

Dois são os requisitos necessários à ocorrência da autotutela. O primeiro é a ausência de um juiz distinto das partes, ou seja, estas dizem os seus próprios direitos, destacando qual pretensão prevalecerá no litígio. O segundo requisito consiste na imposição da decisão por uma das partes à outra (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2014).

Na autotutela, não há a presença do Estado, como ente soberano, incumbido de dizer o direito daqueles que compõem o litígio; as partes buscam a solução, impondo à outra a sua vontade. Neste sentido, para o processualista Fredie Didier Jr:

“Trata-se de solução do conflito de interesses que se dá pela imposição da vontade de um deles, com o sacrifício do interesse do outro. Solução egoísta e parcial do litígio. O juiz da causa é uma das partes” (DIDIER, 2011, p. 99).

A origem histórica da autotutela compreende período remoto, desde os primórdios da existência do homem, quando os seres humanos progrediram do estado natural e atingiram o Estado civil, em que os conflitos de interesses deram luz a litígios.

Leciona J.E. Carreira Alvim que:

Esta forma de resolução dos conflitos é apontada como a mais primitiva, quando ainda não existia, acima dos indivíduos, uma autoridade capaz de decidir e impor a sua decisão aos contendores, pelo que o único meio de defesa do indivíduo ou do grupo era o emprego da força bruta contra o adversário para vencer a sua resistência (ALVIM, 2014, p. 08).

Vislumbra-se que nem sempre existiu um Estado como temos nos dias de hoje: responsável por dizer os direitos dos cidadãos. Naquele período, restava a autotutela como meio de satisfação dos conflitos, sendo cada um por si e todos contra todos.

Todavia, com o surgimento dos primeiros Estados estruturados, políticos, a autotutela foi vedada, uma vez que estes pegaram para si não só o direito de punir, bem como de solucionar as lides. Com isso, dos meios de solução de conflitos, a autotutela deixou de ser a regra, para ser a exceção, dando lugar à jurisdição.

A jurisdição nada mais é que o poder do Estado de dizer o direito dos cidadãos. “A palavra jurisdição vem do latim *ius* (direito) e *dicere* (dizer), querendo significar a dicção do direito, correspondendo à função jurisdicional, que, com as demais emana do Estado” (ALVIM, 2014, p. 64). Para Fredie Didier Junior:

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/efetivando/protetendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisões insuscetíveis de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível (DIDIER, 2011, p. 89).

A jurisdição é uma das formas de manifestação do poder soberano do Estado, ao lado da atividade legislativa, em que são editadas normas jurídicas, através das quais são reconhecidos os direitos; e, através da atividade administrativa, função típica do poder executivo, através da qual são concretizados os direitos oriundos das leis.

A soberania é o poder máximo, superior, inigualável que o Estado exerce nos limites de seu território. Sobre a origem histórica do termo, assevera Sahid Maluf:

Etimologicamente, o termo soberania provém de *superanus*, *supremitas*, ou *super omnia*, configurando-se definitivamente através da formação francesa *souveraineté*, que expressava, no conceito de Bodin, o poder absoluto e perpétuo de uma República (MALUF, 2013, p. 44).

Este poder soberano do Estado não era manifestado através da prestação jurisdicional sem motivo que o justificasse. Ao adotar a jurisdição como principal meio de solução dos conflitos ocorrentes, o Estado teve como intenção a pacificação social, colocando-a como um instrumento de controle social, a fim de salvaguardar a ordem.

1.2. OS INSTRUMENTOS DE CONTROLE SOCIAL

Foram, então, instituídos três instrumentos de controle social: a religião, a moral e o direito, este último exercido através do exercício jurisdicional.

A respeito da finalidade dos instrumentos de controle social, para Antonio Bento Betioli:

Nenhuma sociedade poderia subsistir se ela se omitisse diante do choque de forças sociais e do conflito de interesses que se verificam constantemente no seu interior. Não haveria vida coletiva se fosse permitido que cada indivíduo procedesse de acordo com os seus impulsos e desejos pessoais, sem respeitar os interesses dos demais (BETIOLI, 2013, p. 46).

Não é pertinente ao nosso estudo discorrermos de maneira profunda sobre a religião e a moral, uma vez que, de certa forma, extrapolam nossa proposta. Todavia, em busca de uma melhor compreensão do nosso tema é fundamental por elas passarmos.

A religião é uma instituição, criada pelo ser humano, com a finalidade de pôr em prática a religiosidade, ou seja, a ligação dele com o ser divino. Enquanto instrumento de controle social, a religião encontra-se atrelada à humanidade desde os primórdios de sua existência. Como leciona Lino Rampazzo:

Uma manifestação tipicamente humana é a religião. Ela não está presente nos outros seres vivos, somente no homem. E trata-se de uma manifestação que encontramos na humanidade de todos os tempos e de todos os lugares. Com efeito, os antropólogos nos informam que o homem desenvolveu uma atividade religiosa desde a sua primeira aparição no palco da história e que todas as tribos e todas as populações, de qualquer nível cultural, cultivaram alguma forma de religião. Ademais, é coisa mais do que sabida que todas as culturas são profundamente marcadas pela religião e que as melhores produções artísticas e literárias, não só das civilizações antigas, mas também das modernas, inspiraram-se em motivos religiosos (RAMPAZZO, 2014, p. 54).

A religião é um fenômeno social, que serve ao homem como freio, impondo limites ao seu comportamento e, com isso, gerando, numa concepção de coletividade, um convívio harmônico. O fundamento deste “freio comportamental” é claro na maioria das doutrinas religiosas: como a existência terrena é prescritível, as religiões prometem aos seres humanos algo após a morte, desde que vivam com retidão suas vidas, à luz do que ensinam elas.

A religião é um bem essencial ao desenvolvimento da natureza humana, uma vez que permite ao homem buscar força e equilíbrio para lidar com os entraves da vida. Tanta é a importância da religião no seio social que o ordenamento jurídico brasileiro não apenas a protegeu, como a colocou em uma posição de destaque, dentre os direitos fundamentais, resguardando a liberdade de crença e de culto.

Irrefutável é que a religião, como instrumento de controle social realiza sua finalidade. Isso se dá pelo fato de que nas doutrinas religiosas é ensinado ao fiel que caso ele violar seus

mandamentos, não estará indo contra ela, mas sim contra o próprio ente divino, e dele sofrerá as consequências.

Todavia, a religião, por mais que seja um meio de controle social eficaz, como descrito acima, não deve ser instrumentalizada pelo Estado.

Primeiramente, pelo fato de que haveria violação da dignidade da pessoa humana, esta que é a garantia do “mínimo vital” ao homem (NUNES, 2012). Sobre a dignidade da pessoa humana, dispõe Antonio Fernando Pires que é a tradução dos “valores morais e espirituais que a pessoa cultiva e devem ser protegidos” (PIRES, 2013, p. 50). Se o Estado pegar para si a função de dizer no que os cidadãos deverão depositar a fé, como faz com o direito, estará não apenas violando preceitos constitucionais, mas naturais, anteriores à existência humana.

Outro fator é a preservação do Estado de direito, previsto no artigo 1º, *caput*, da nossa *lex mater*.

Em lição proferida em discurso, no dia 12 de setembro de 1969, disse John Kennedy:

Quaisquer que sejam as questões que apresentem a mim como presidente – controle de natalidade, divórcio, censura, jogo ou qualquer outro – minha decisão será tomada (...) de acordo com o que a minha consciência disser que é do interesse da nação, desconsiderando pressões ou determinações religiosas (SANDEL, 2012, p. 305).

O revolucionário presidente norte-americano foi feliz em suas palavras. A partir do momento em que um ente público exerce sua soberania à luz de preceitos religiosos está, conseqüentemente, abraçando o credo de um grupo de cidadãos e desdenhando os dos demais.

Quando um Estado se assume teocrático, na maioria casos, além de haver o prestígio de algumas religiões sobre outras, há também perseguições. Em razão da influência psicológica da religião sobre o ser humano, para alguns, aquilo que deveria ser um motivo de paz interior, torna-se uma justificativa para a guerra, como nos casos envolvendo os países Islâmicos; bem como para perseguições daqueles que seguem doutrinas diversas, como ocorreu na Idade Média, na Santa Inquisição, pelos Estados fundados na doutrina cristã católica.

Para Dalmo de Abreu Dallari, o Estado, “como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meios para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus fins particulares” (DALLARI, 1989, p. 91), ou seja, a satisfação pessoal. Sendo assim, é irrefutável que os entes soberanos devem garantir aos cidadãos o direito de exercerem sua religiosidade. Todavia, não deve o Estado buscar, enquanto ente político, da mesma forma, um credo como fundamento. Caso o faça, aquilo que motivaria a paz, a harmonia entre os homens, resultando em um eficiente instrumento de controle social gerará apenas guerra, conflitos, barbárie.

Outro instrumento de controle social é a moral, esta que constrói a consciência humana, no que tange ao certo e errado.

A nosso ver, a importância da moral está no fato dela alcançar dimensões que os demais instrumentos de harmonização do convívio não atingem, uma vez que só ela surte efeitos estritamente no íntimo do homem. Neste sentido, leciona Rizzatto Nunes:

Não se reconhece a regra moral apenas por circunstâncias exteriores; se alguém, por exemplo, dá esmola ao pobre não porque considera dever moral, mas apenas porque quer passar por caridoso aos olhos dos outros – para os outros verem –, por vaidade ou para auferir qualquer vantagem, nada ganhou do ponto de vista moral (NUNES, 2011, p. 238).

Neste mesma esteira, é inegável que a religião possui uma influência imensa sobre o homem; como dito acima, é ela essencial ao desenvolvimento da natureza humana. Também é inegável que a religião, assim como a moral, surte efeitos no íntimo do fiel, uma vez que através dela ele exercerá sua crença.

Todavia, a moral é algo intrínseco do ser humano, sendo obtida a partir do momento em que ele passou a ter consciência dos seus atos. Portanto, o homem pode deixar de agir conforme aquilo que considera moral, porém nunca conseguirá se desvencilhar deste raciocínio. As religiões, por seu turno, atingem apenas aqueles que as praticam, ou seja, não há possibilidade de usá-la como instrumento de controle social face àqueles cidadãos que nunca tiveram contato com elas.

Outro aspecto positivo da moral é que ela, por mais que esteja ligada ao íntimo do homem, extrapola a esfera individual, gerando efeitos no convívio social. Neste sentido, para Rizzatto Nunes:

A importância da existência e do cumprimento de imperativos morais está relacionada a duas questões: a) a de que tais imperativos buscam a realização do bem – ou da justiça, da verdade etc., enfim valores positivos; b) a possibilidade de transformação do ser - comportamento repetido e durável, aceito amplamente por todos (consenso) – em dever ser, pela verificação de certa tendência normativa do real (NUNES, 2011, p. 238).

Sendo assim, a moral traz ao homem a concepção daquilo que é bom, daquilo que é justo, enfim, do “dever ser” e “dever fazer” para que prevaleça a harmonia nas relações humanas.

Demais disso, vislumbramos também uma relevante influência da moral no direito.

Segundo os jusfilósofos que defendem o tridimensionalismo jurídico, dentre eles o professor Miguel Reale, o direito é formado por três elementos: fato, valor e norma. Para eles:

A análise fenomenológica da experiência jurídica, confirmada pelos dados históricos sucintamente lembrados, demonstra que a estrutura do Direito é tridimensional, visto como o elemento normativo, que disciplina os comportamentos individuais e coletivos, pressupõe sempre uma dada situação de fato, referida a valores determinados (REALE, 2013, p. 492).

Como fato, a teoria tridimensional do direito faz referência aos fatos sociais, estes decorrentes das relações entre os homens. O valor é o elemento axiológico da norma, ou seja, o

moralismo jurídico. E, por último, a norma, que é o instrumento de concretização do direito. Nesta esteira, deve o Estado, enquanto ente soberano, incumbido de editar normas que digam o direito dos cidadãos, perceber os fatos sociais, valorá-los, no sentido de consignar se possuem carga axiológica e traduzi-los em normas.

Para a nossa reflexão, o único elemento da teoria acima referida que nos interessa é o valor.

Como dito, a moral é aquilo que está presente no íntimo da consciência humana, que impulsiona o homem a agir conforme aquilo que é bom e justo. Acontece que por viver em interação com outros, aquilo que é considerado moral para uma maioria acaba instituindo parâmetros, estes que refletem no reconhecimento de novos direitos (REALE, 2013). Um exemplo disso é a atual concepção de família. Há décadas não era possível conceber outra visão de família, senão aquela formada por homem e mulher, unidos em matrimônio; entretanto, em histórico julgamento ocorrido em 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a entidade familiar homoafetiva.

Por fim, há um terceiro instrumento de controle social, este que realmente importa à nossa reflexão: o direito, uma vez que nos tempos antigos era ele satisfeito pela autotutela, e, atualmente, pela jurisdição.

O Direito é a essência de todo ordenamento jurídico, não sendo diferente no Brasil. Dispõe o artigo primeiro de nossa *Lex Mater* que: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito” [...].

A nosso ver, existem duas concepções de Estado de Direito. A primeira seria sob um aspecto formal. Prescreve Antonio Fernando Pires que “Estado de Direito é sinônimo de Estado em que prevalece a ordem jurídica” (PIRES, 2014, p. 49), ou seja, onde a lei é o norte do convívio social.

Tal concepção é irrefutável, uma vez que o próprio Legislador Constituinte Brasileiro a previu, através do princípio da legalidade: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 5º, II).

Outra concepção de Estado de Direito está ligada a aspectos materiais, no sentido de que nossa Carta Maior deixou ao Estado, quanto ente soberano, o dever de garantir a todos os cidadãos os seus direitos. Neste sentido, ensina o constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos:

Como princípio fundamental, a voz Estado Democrático de Direito veicula a ideia de que o Brasil não é um Estado de Polícia, autoritário e avesso aos direitos e garantias fundamentais. Em suma, a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de

Direito, porque assegura direitos inalienáveis, sem os quais não haveria democracia nem liberdades públicas (BULOS, 2012, p. 506-507).

Sendo assim, a Carta de Outubro impôs ao Estado o dever não apenas de criar normas jurídicas que reconheçam e assegurem direitos, como também concretizá-los, fazendo-os saírem do papel. Diante disso, nota-se o direito sendo o instrumento de controle social, enquanto imperativo, adotado pelo Estado.

Esta aderência ao direito não ocorreu por acaso. Como dito acima, a religião é essencial ao desenvolvimento do homem. Por esta razão, impor a alguém um credo ou proibi-lo de exercer o seu é, claramente, uma violação à dignidade da pessoa humana. Porém, o direito, em sua acepção mais pura, detém caráter universal, podendo ser imposto, através de leis, a todos os cidadãos.

A moral, como já refletido, é de ordem subjetiva de cada um, uma vez que oriunda da consciência do ser humano. Diante disso, o Estado pode fazer uma leitura daquilo que é moral, sob um olhar psicossocial, positivando em lei, mas não pode cobrar a moralidade do cidadão, uma vez que reside dentro dele. Nesta esteira:

O traço distintivo está em que na norma jurídica existe a possibilidade de aplicação forçada da sanção ou o uso da força para obrigar alguém ao cumprimento da norma ou à reparação do dano e pagamento de certa pena (NUNES, 2011, p. 239).

Portanto, à disposição do Estado está o direito como meio de garantia de uma sociedade justa e harmônica.

1.3. A INEFICIÊNCIA DA AUTOTUTELA FACE À JURISDIÇÃO

Como já dito acima, com o surgimento dos primeiros Estados estruturados, políticos, a autotutela deixou de ser o principal meio de solução de conflitos, dando lugar à jurisdição, uma vez que o poder público pegou para si, exclusivamente, a função de resolver as lides. Esta transição, como veremos, ocorreu para melhor, uma vez que a autotutela se mostra ineficaz face à jurisdição.

Primeiramente, na autotutela os conflitos são resolvidos mediante força, esperteza e astúcia. Sendo assim, nem sempre aquele que detém a razão obtém a satisfação de sua pretensão (GOLÇALVES, 2013). Nesta esteira, dispõe J. E. Carreira Alvim que:

Esta forma de resolução dos conflitos é altamente perniciosa, a uma, porque não satisfaz o ideal de justiça, visto que o mais forte logrará sempre a satisfação do próprio interesse, e, a outra, porque, envolvendo, inicialmente, dois contendores, pode transformar um conflito numa verdadeira guerra (ALVIM, 2014, p. 09).

Outro aspecto negativo da autotutela reside na ausência de um magistrado alheio ao conflito; nela, as partes são os juízes da própria causa. Como bem lecionou Carnelutti, [...] "é necessário não ser parte para ser juiz" (CARNELUTTI, 2009, 39), ou seja, a partir do momento em que é assumido um interesse na solução do litígio, a imparcialidade é perdida. Posto isso, na autotutela a solução do litígio está fadada ao insucesso mesmo antes de se iniciar.

Outro ponto que vale ser abordado é a questão da autotutela à luz da justiça.

No direito brasileiro há uma intensa cultura jurídica voltada ao formalismo, este "que é o exagero formal; o exagero, seja na imposição de formas, seja na importância que, na apreciação dos atos jurídicos, se atribui aos elementos formais" (CUNHA, 2009, p. 67).

Em nosso sistema jurídico não importa apenas a resolução do litígio, mas também o caminho percorrido para tanto. Caminho este que podemos chamar de processo; tanto é que, mesmo nos processos de maior repercussão no meio social, seria intragável conceber a ideia de uma confissão decorrente de uma tortura; de uma prova obtida por meio de interceptação telefônica ilícita, dentre outros exemplos.

Claramente percebemos este formalismo espalhado por nosso ordenamento jurídico através do vasto número de normas e princípios regentes do processo (devido processo legal, juiz natural, identidade física do juiz, contraditório, ampla defesa, acesso à justiça, economia processual, celeridade, dentre outros).

Em diversas hipóteses pode ocorrer a apuração de um crime, da culpa de um sujeito num ilícito civil, da improbidade de um agente público e o processo ser anulado em razão da violação de aspectos formais, como, por exemplo, em casos de incompetência do magistrado.

A autotutela vai na contra mão do formalismo jurídico brasileiro, uma vez que, além de dispensar o processo, nos casos em que ela é utilizada as garantias processuais, responsáveis por nortear uma justa solução do litígio, são suplantadas pela força, pela astúcia, pela esperteza. Por este motivo, aquele que detém a razão, aquele que deveria ter sua pretensão satisfeita, nem sempre obtém seu intento.

2. A AUTOTUTELA NA ATUALIDADE

A partir do momento em que o Estado pegou para si a função de solucionar os litígios, por meio da jurisdição, vedou a autotutela, tipificando-a como crime. Todavia, impossibilitado de estar presente em todos os momentos em que direitos são protelados, o Estado permite que

particulares, excepcionalmente, protejam os seus por meio da autotutela, impedindo, assim, injusta lesão.

Neste sentido, dispõe Fredie Didier:

Trata-se de solução vedada, como regra, nos ordenamentos jurídicos civilizados. É conduta tipificada como crime: exercício arbitrário das próprias razões (se for um particular) e exercício arbitrário ou abuso de poder (se for o Estado). Como mecanismo de solução de conflitos, entretanto, ainda vige em alguns pontos do ordenamento (DIDIER, 2011, p. 99).

As hipóteses de autotutela permitidas estão presentes nos mais variados ramos do direito e só podem ser executadas com autorização prescrita em lei, sob pena da conduta incorrer nos crimes acima citados.

Dois espécies de autotutela são reguladas pelo direito penal: o estado de necessidade e a legítima defesa, ambas causas excludentes da ilicitude (artigo 23, I e II do Código Penal).

O estado de necessidade se encontra textualizado no artigo 24 do Diploma Penal Pátrio, através das seguintes letras:

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.

Ocorre o estado de necessidade quando um agente sacrifica um bem jurídico, a fim de resguardar outro que esteja na iminência de ser lesado. Nesta esteira, dispõe Magalhães Noronha:

Não age contra a ordem jurídica o que lesa direito de outrem para salvaguardar o seu. Sendo ambos juridicamente protegidos, é certo que a lesão aos interesses sociais sempre haveria, se o agente não tivesse ofendido o bem jurídico alheio, porque seria então o seu sacrificado. Em situação tal, é legítimo o procedimento da pessoa, pois a lei não lhe pode impor conduta de santo ou mártir, permitindo a ofensa a seu bem-interesse. Não age conseqüentemente contra o direito. É lícita a ação (NORONHA, 2009, p. 187).

Como ambos os bens jurídicos em conflito são tutelados pelo direito, injusto seria o Estado punir aquele que age para impedir a lesão ao seu. Para Rogério Greco:

Figurativamente, seria como se o ordenamento jurídico colocasse os bens em conflitos, cada qual em um dos pratos de uma balança. Ambos estão por ele protegidos. Contudo, em determinadas situações, somente um deles prevalecerá em detrimento do outro (GRECO, 2011, p. 315).

Em análise ao dispositivo legal acima referido, que estatui o estado de necessidade, vislumbramos algumas problemáticas que obstam a prática da autotutela, sendo a primeira delas contida na expressão: “que não provocou por sua vontade”. Indaguemo-nos, neste caso, se a vontade se refere ao dolo, ou seja, a vontade de produzir o resultado ou a assunção do risco ou também a culpa, caracterizada pela imprudência, negligência e imperícia? A doutrina se divide.

Nélson Hungria defende que tanto aquele que gerou o dano a partir de conduta dolosa, quanto culposa, não pode se valer do instituto do estado de necessidade:

Cumpra que a situação de perigo seja alheia à vontade do agente, isto é, que este não a tenha provocado intencionalmente ou por grosseira inadvertência ou leviandade. Neste último caso, deve entender-se (para não estreitar demasiadamente os limites do estado de necessidade, com a abstração do instintivo *serva te ipsum*) que o agente não só podia e devia ter previsto o advento do perigo, como também a consequente necessidade de violar o direito alheio (1958 apud GRECO, 2011, p. 319).

Desta visão também comunga Magalhães Noronha:

O fato de o art. 24 ler-se „... perigo atual, que não provoco por sua vontade...” não é indicativo de dolo, já que na culpa (*stricto sensu*) também existe vontade – vontade na ação causal e, por exceção, até no próprio resultado. A nós nos parece que também o perigo culposos impede ou obsta o estado de necessidade. A ordem jurídica não pode homologar o sacrifício de um direito, favorecendo ou beneficiando quem já atuou contra ela, praticando um ilícito, que até pode ser crime ou contravenção (1980 apud GRECO, 2011, p. 319).

A nosso ver, o entendimento desta corrente não deve prosperar. Entender que na expressão “que não provocou por sua vontade”, o legislador penalista além de se referir ao dolo, está também à culpa, seria realizar interpretação extensiva do dispositivo legal, resultante em analogia em *malam partem*.

Neste sentido, pontifica Heleno Cláudio Fragoso:

Não pode alegar o estado de necessidade quem por sua vontade provocou o perigo. Essa fórmula refere-se exclusivamente ao dolo. Pode haver estado de necessidade se o agente causou culposamente a situação em que surge o perigo. Assim, por exemplo, se o agente provoca o incêndio por inobservância do cuidado devido, pode alegar o estado de necessidade, se para salvar-se causa um dano a outrem inevitável (1993 apud GRECO, 2011, p. 319).

Rogério Greco também segue este entendimento:

Entendemos que a expressão „que não provocou por sua vontade“ quer traduzir tão somente a conduta dolosa do agente na provocação da situação de perigo, seja esse dolo direto ou eventual. Suponhamos que alguém, dentro de um cinema pertencente a seu maior concorrente, com a finalidade de dar início a um incêndio criminoso, coloque fogo numa lixeira ali existente. Não pode o agente, visando salvar a própria vida, disputar a única saída de emergência, causando lesões ou mesmo a morte de outras pessoas, uma vez que ele, por vontade própria, ou seja, de forma dolosa (ato de atear fogo à lixeira), provocou a situação de perigo. Agora, imaginemos que o agente esteja fumando um cigarro nesse mesmo cinema. Quando percebe a presença do “lanterninha” – que caminhava na sua direção porque havia visto a fumaça produzida pelo cigarro – e, querendo livrar-se dele, arremessa-o para longe, ainda aceso, vindo, agora, em virtude de sua conduta imprudente, causar o incêndio. Aqui, mesmo que o agente tenha provocado a situação de perigo, não o fez dirigindo finalisticamente a sua conduta para isso. Não queria ele, efetivamente, dar início a um incêndio, razão pela qual, mesmo tendo atuado de forma culposa, poderá, durante a sua fuga, se vier a causar lesões ou mesmo a morte em outras pessoas, alegar o estado de necessidade (GRECO, 2011, p. 319-320).

Outra hipótese, atrelada ao estado de necessidade, que porventura impede o exercício da autotutela está prevista no §1º do artigo 24 do Código Penal; estatui o dispositivo que “não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo”.

Algumas profissões, tais como bombeiros, policiais, membros das forças armadas, em razão da natureza do seu ofício, possuem o dever de enfrentar o perigo, colocando em risco, caso necessário, sua integridade física e psíquica.

Todavia, este mandamento legal deve ser interpretado à luz da razoabilidade, pois, tendo alguns bens jurídicos mais relevância que outros, injusto seria violá-los. Desta forma, não há como exigir de um policial o sacrifício da sua vida para salvar patrimônio de outrem, objeto de furto, roubo, apropriação indébita e demais infrações penais desta natureza (GRECO, 2011).

A legítima defesa se encontra textualizada no artigo 25 do Código Penal, por meio das seguintes letras: “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Assim como no estado de necessidade, consiste a legítima defesa, como autotutela, na possibilidade de o agente proteger, fazendo uso de meios moderados, direito lesado ou na iminência de sê-lo.

Para Magalhães Noronha, a legítima defesa, além de um instrumento à tutela de direitos, é um direito propriamente dito:

A ordem jurídica exige respeito ao direito de outrem. Se este não fosse protegido, seria impossível a coexistência social. É mister respeitarmos o direito do próximo para que o nosso respeitado também seja. Ora, a legítima defesa, como o próprio nome está dizendo, é tutela do direito próprio ou de terceiro, e, portanto, integra-se na ordem jurídica; conseqüentemente, é um direito (NORONHA, 2009, p. 193-195).

Vislumbra-se tal concepção como irrefutável. Nossa República, sendo instituída como Estado de Direito, nos termos do artigo 1º, *caput*, da nossa Carta Mãe, ou seja, Estado garantidor de direitos, cometeria um enorme contrassenso não fornecendo aos cidadãos uma ferramenta de tutela, necessária no momento em que houvesse a protelação deles e a autoridade estatal não estivesse presente para salvaguardá-los. Nesta esteira, pontificam Néelson Hungria e Claudio Fragoso:

Chamando a si o poder de proteção aos direitos individuais, o Estado teve de abrir uma exceção, permitindo que o indivíduo o substituísse quando a debelação de injusto ataque aos direitos assegurados exigisse reação *in continenti* (FRAGOSO e HUNGRIA, 1983, p. 227).

“São seus requisitos: a) agressão atual ou iminente e injusta; b) direito próprio ou alheio a ser preservado; c) moderação no emprego de meios necessários à repulsa” (FRAGOSO e NORONHA, 2009, p. 194).

Entende-se por atual ou iminente que a defesa só será legítima quando a agressão a direito estiver ocorrendo ou prestes a ocorrer; caso ocorra em período posterior, não estaremos diante de legítima defesa e sim vingança privada.

Não obstante, José Frederico Marques nos traz uma ressalva ao acima exposto. Segundo ele, é legítima a defesa contra direito ainda não violado, quando demonstrado o intento do agente ativo de fazê-lo, ao praticar os atos preparatórios.

Segundo ele:

A agressão há de ser atual ou iminente, porém não se exclui a justificativa contra os atos preparatórios, sempre que estes denunciarem a iminência de agressão: o subtrair a pessoa a arma que um indivíduo comprou para matar um terceiro não constitui furto, agindo ela em legítima defesa de terceiro (apud NORONHA, 2009, p. 196).

Agressão injusta se refere não apenas à conduta humana, mas também ao meio pelo qual ela é praticada. Assevera Rogério Greco que, “além do fato de somente o homem poder cometer essa agressão, ela deve ser reputada como injusta, ou seja, não pode, de qualquer modo, ser amparada pelo nosso ordenamento jurídico” (GRECO, 2011, p. 336).

O segundo requisito propõe que aquele que pratica legítima defesa não necessariamente está limitado apenas à tutela do seu direito, sendo permitido impedir ou repelir lesão a direito de outrem. Diante disso, propõe Nélson Hungria que:

O direito a defender tanto pode ser do próprio defensor, quanto de terceiro. Como o “estado de necessidade”, a legítima defesa foi socializada. A defesa privada é uma colaboração prestada à defesa pública e, como tal, não podia deixar de ser ampliada à tutela de direito de terceiros (HUNGRIA, 1983, p. 242).

Por fim, a legítima defesa deve ser praticada pelos meios moderados, suficientes a obstar a violação do direito.

Na lição de Assis Toledo:

O requisito da moderação exige que aquele que se defende não permita que sua reação cresça em intensidade além do razoavelmente exigido pelas circunstâncias para fazer cessar a agressão. Se, no primeiro golpe, o agredido prostra o agressor tornando-o inofensivo, não pode prosseguir na reação até mata-lo (1994 apud GRECO, 2011, p. 345).

Como tratado acima, a finalidade da legítima defesa é a preservação do direito e não a punição do agente; esta, por sua vez, se reserva ao Estado, o detentor exclusivo do *ius puniendi*.

A partir do momento em que o lesado, para defender seu direito, excede os meios moderados, deixará de praticar legítima defesa, incidindo, por meio da sua conduta, em justiça privada.

Outra espécie de autotutela permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, regulada pelo Direito do Trabalho, é a greve.

A Lei 7.783, em seu artigo 2º, conceituou greve por meio das seguintes letras: (...) “considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador”.

Para Gerhard Boldt, “greve é uma interrupção coletiva e combinada do trabalho por um certo número de trabalhadores da mesma profissão ou empresa, tendo um objetivo de luta, afim de que os seus fins venham a ser atingidos” (1961 apud NASCIMENTO, 2010, p. 1359).

Nesta mesma esteira, dispõe Paul Durand que greve é “toda interrupção de trabalho, de caráter temporário, motivada por reivindicações suscetíveis de beneficiar todos ou parte do

peçoal e que é apoiada por um grupo suficientemente representativo da opinião obreira” (1961 apud NASCIMENTO, 2010, p. 1360).

Vislumbra-se o caráter de autotutela da greve na possibilidade dos empregados, ao perceberem seus direitos protelados, mobilizarem-se e não mais oferecerem a força de trabalho até obterem a melhora das condições trabalhistas. Neste sentido, pontifica Amauri Mascaro Nascimento:

A greve exerce uma pressão necessária que leva à reconstrução do direito do trabalho quando as normas vigentes não atendem às exigências do grupo social. Força o empregador a fazer concessões que não faria de outro modo. Obriga o legislador a se manter vigilante e reformular a ordem jurídica (NASCIMENTO, 2010, p. 1359).

O dispositivo legal acima referido, que conceitua greve, traz nele algumas características dela, sendo uma o caráter coletivo.

Para que ocorra greve deve haver uma mobilização coletiva, ou seja, por um grupo de obreiros; a paralisação de apenas um funcionário não é suficiente a configurar greve. Neste sentido, assevera Sérgio Pinto Martins:

Trata-se de suspensão coletiva, pois a suspensão do trabalho por apenas uma pessoa não irá constituir greve, mas apenas dar ensejo a dispensa por justa causa. A greve é, portanto, um direito coletivo e não de uma única pessoa. Só o grupo, que é o titular do direito, é que irá fazer greve (MARTINS, 2014, p. 94).

Demais disso, assim como a legítima defesa, na greve não pode haver excessos. Sendo assim, os grevistas não poderão usar de meios violentos para obter seu intento (MARTINS, 2014).

Por fim, na greve a paralisação pode ser total ou parcial, ou seja, o todo da empresa ou apenas parte dele. Ainda nas Lições de Sérgio Pinto Martins:

A paralisação do trabalho poderá ser de maneira total ou parcial, podendo abranger toda a empresa ou apenas alguns setores ou seções desta. É possível, portanto, que apenas os mensalistas na empresa venham a paralisar a prestação de serviços, continuando o trabalho os empregados horistas, não havendo, assim, a descaracterização da greve, que será parcial (MARTINS, 2014, p. 940).

Outra hipótese de autotutela presente no ordenamento jurídico brasileiro é regulada pelo Direito Administrativo, que consiste no poder da administração pública rever seus próprios atos, quando necessário, sem que seja provocada por outrem. Sobre o fundamento da autotutela no direito administrativo, pontifica José dos Santos Carvalho Filho:

A Administração Pública comete equívocos no exercício de sua atividade, o que não é nem um pouco estranhável em vista das múltiplas tarefas a seu cargo. Defrontando-se com esses erros, no entanto, pode ela mesma revê-los para restaurar a situação de regularidade (CARVALHO, 2014, p. 35).

A autotutela, nesta hipótese, “é uma decorrência do princípio da legalidade; se a Administração Pública está sujeita à lei, cabe-lhe, evidentemente, o controle da legalidade” (DI PIETRO, 2014, p. 70). Nota-se que, se a Administração Pública não pode agir, em situação alguma, ao arrepio da lei, a revisão dos atos administrativos ilegais não é uma faculdade, mas um dever do administrador, sob pena de responder, caso não o faça, por improbidade administrativa (artigo 11, inciso I, da Lei 8.429/92).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro consigna que o alcance da autotutela permitida à Administração Pública extrapola o controle de legalidade, sendo possível atuar para repelir ou evitar lesões ao patrimônio público. Para ela:

Também se fala em autotutela para designar o poder que tem a Administração Pública de zelar pelos bens que integrem seu patrimônio, sem necessitar de título fornecido pelo Poder Judiciário. Ela pode, por meio de medidas de polícia administrativa, impedir quaisquer atos que ponham em risco a conservação desses bens (DI PIETRO, 2014, p. 71).

Também vislumbramos a possibilidade da autodefesa a direitos no processo penal, por meio da prisão em flagrante.

Dispõe o Código de Processo Penal, em seu artigo 301 que “qualquer do povo poderá e as autoridades deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. Todavia, indaguemo-nos: o que é flagrante delito?

O artigo 302, em seus incisos estatui que se considera em flagrante de delito quem:

Está cometendo a infração penal (I); acaba de cometê-la (II); é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração (III); e, é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Para José Frederico Marques, “na verdade, flagrante delito é o crime cuja prática é surpreendida por alguém no próprio instante em que o delinquente executa a ação ilícita” (MARQUES, 2000, p. 72). Sendo assim, flagrante delito consiste no surpreender delinquente praticando ilícito penal.

Portanto, aquele que vislumbrar outrem infringindo norma penal poderá prendê-lo.

O fundamento da prisão em flagrante, como instrumento de autotutela, a nosso ver, reside no próprio fundamento da prisão em flagrante, que é acautelar posterior persecutório criminal. Neste sentido, leciona Fernando da Costa Tourinho Filho:

Inegável, pois, o caráter da prisão em flagrante – concolada em preventiva -, dê que necessária para assegurar a consecução dos fins do processo. A prisão em flagrante – convertida em preventiva -, como toda e qualquer prisão provisória, só se justifica se tiver um caráter cautelar; do contrário, haverá desrespeito à Constituição Federal. E essa cautelaridade existirá tão somente nas hipóteses em que a prisão for

necessária para preservar a instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal (TOURINHO, 2013, p. 488).

Neste mesmo sentido, dispõe Mirabete que:

Em sentido jurídico, flagrante é uma qualidade do delito, é o delito que está sendo cometido, praticado, é o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerado a certeza visual do crime. Assim, a possibilidade de se prender alguém em flagrante delito é um sistema de autodefesa da sociedade, derivada da necessidade social de fazer cessar a prática criminosa e a perturbação da ordem jurídica, tendo também o sentido de salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria (MIRABETE, 2008, p. 374).

O Estado possui interesse na apuração do fato criminoso, para que assim, através da jurisdição, exerça seu *ius puniendi* (MARQUES, 2012). Entretanto, como ele não pode estar presente em todos os locais onde ocorram crimes, acaba por permitir que particulares pratiquem o ato acautelatório da prisão em flagrante. Assim, o particular atua em nome do Estado, preservando o interesse público.

Todavia, a vítima também possui interesse na solução do processo penal apurador do fato que lhe causou dano, pois, nos dizeres de Basileu Garcia, o ofendido “é o titular do direito lesado ou posto em perigo pelo crime” (apud TOURINHO, 2013, p. 329). Por esta razão, a nosso ver, ao realizar a prisão em flagrante, está o agente não apenas preservando o interesse do Estado, mas também o próprio, nos casos em que foi prejudicado pelo ato criminoso.

No que tange à prisão em flagrante, outro ponto é merecedor de reflexão: o sujeito ativo dela, ou seja, o agente executor.

O dispositivo legal retro abordado estatui que todos do povo, ou seja, da sociedade, podem executar a prisão em flagrante. Nota-se que o legislador ao prescrever o verbo “podem”, deu aos civis a faculdade de executar a prisão em flagrante. Todavia, o mesmo dispositivo legal estabeleceu que “devem” os funcionários públicos prender quem for surpreendido em flagrante delito. Sendo assim, estes últimos não possuem a faculdade de realizar o ato e sim o dever, a obrigação, sob pena de sofrerem consequências administrativas e penais. Neste sentido, pontifica Edilson Mougnot Bonfim:

Qualquer pessoa do povo poderá prender (capturar) quem se encontrar em situação de flagrância. Essa a determinação do art. 301 do CPP. É o chamado flagrante facultativo, já que não existe o dever de realizar a captura”. Diferentemente, as autoridades policiais e seus agentes que presenciarem a prática de um delito penal terão o dever de capturar o delinquente, motivo pelo qual se denomina essa situação flagrante obrigatório. Nesse caso, os policiais civis e militares que descumprirem o dever de prender em flagrante serão responsabilizados administrativamente e criminalmente (BONFIM, 2015, p. 591).

Além do Direito Processual Penal, outro ramo dispõe sobre outra hipótese de autotutela: o Direito Constitucional, por meio do estado de defesa e estado de sítio.

O estado de defesa se encontra textualizado no artigo 136 da nossa Carta de Outubro, por meio das seguintes letras:

O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

Para Uadi Lammêgo Bulos, “diz-se estado de defesa o conjunto de medidas que objetivam debelar ameaças à ordem pública ou à paz social” (BULOS, 2012, p. 1435). Noutras palavras, através de decreto, o líder do executivo feral pode editar normas temporárias, que, com o fim de preservar a ordem social, viole determinados direitos individuais.

O mesmo dispositivo legal, em seu §1º, inciso I: dispõe sobre os direitos que poderão ser cerceados no transcurso do período em que o estado de defesa esteja decretado: de reunião, ainda que exercido no seio das associações (a); do sigilo de correspondência (b); e, do sigilo de comunicação telegráfica e telefônica (c).

Como já abordado anteriormente, sendo nossa República instituída como Estado Democrático de Direito, intragável é permitir a protelação de direitos fundamentais por parte do ente estatal. Todavia, o estado de defesa não tem o fim em si mesmo, mas na preservação da paz social. De qualquer forma, Não poderá o Estado invocá-lo sem motivos que o justifique. A exemplo, analisemos o direito à greve, há pouco refletido: uma simples paralisação trabalhista não autoriza o presidente da República a decretá-lo; necessário é estarmos diante de uma calamidade, de um fato gerador de caos dentre os homens. Neste sentido, pondera José Afonso da Silva:

Se a Constituição Federal reconhece o direito de greve sem limitações, é evidente que ela não pode ser tomada como algo fora da normalidade, para justificar a implantação de uma legalidade extraordinária. A calamidade é sempre um fato de desajuste no âmbito de sua verificação, mas nos termos do texto constitucional, ela terá que ser de grandes proporções e ainda gerar situações de séria perturbação à ordem pública ou à paz social para servir de base à decretação do estado de defesa (SILVA, 2013, p. 776).

Dispõe o § 2º do mesmo artigo que o período de duração do estado de defesa não poderá ser superior a trinta dias, podendo ser renovado novamente, por mais uma vez, se ao final deste período não cessarem as causas que justificaram a sua decretação. Entretanto,

como abordaremos mais adiante, se ao final dos 60 dias o estado de defesa não for suficiente a resolver a questão da calamidade, decretar-se-á o estado de sítio.

O estado de sítio se encontra textualizado no artigo 137 da nossa *Lex Mater*, por meio das seguintes letras: “o Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio”.

O estado de sítio tem a mesma razão do estado de defesa, sendo a decretação de ambos sujeitas ao mesmo fim. Todavia, o estado de sítio atende situações mais gravosas (PIRES, 2014), sendo elas previstas nos incisos I e II, do artigo acima referido: comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia da medida tomada durante o estado de defesa (I); declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira (II).

Não há dificuldades em conceber a maior gravidade dos casos em que se faz necessária a decretação do estado de sítio.

Primeiramente, em análise ao *caput* do artigo 136 e 137, que trazem as causas interventivas, é de se notar que no estado de defesa o Presidente da República pode decretá-lo segundo seu arbítrio, enquanto no estado de Sítio é necessária a autorização do Congresso Nacional.

Outro fator indicativo se encontra previsto no dispositivo legal acima trazido, haja vista uma das hipóteses de decretação do estado sítio ocorrer quando, transcorrido o prazo de decretação do estado de defesa, e, após renovação por igual período, não cessarem as causas que justificaram sua decretação (artigo 137, II). Noutras palavras, quando o estado de defesa não for suficiente, adota-se o estado de sítio.

Nos termos do artigo 138, § 1º, o período de duração do estado de sítio variará de acordo com o motivo da sua decretação: nos casos trazidos pelo inciso I do artigo 137, acima relatados, poderá durar no máximo 60 dias, enquanto nas hipóteses prescritas no inciso II do mesmo artigo, poderá persistir até o fim da guerra ou resposta à agressão armada estrangeira (BULOS, 2012).

Do estado de defesa e de sítio, vislumbramos o caráter de autotutela a direito quando analisamos as suas finalidades: defender o Estado e as instituições democráticas.

Como defesa do Estado, Uadi Lammêgo Bulos entende a proteção do território brasileiro contra estrangeiros; da soberania nacional; e, da pátria. Por defesa das instituições democráticas, entende ele a preservação do equilíbrio no seio social. Noutras palavras:

A sobrevivência da democracia é a garantia da própria Constituição, pois o equilíbrio relativo é o traço característico dos Estados democráticos. Sem equilíbrio, o poder não se distribui igualmente, pois alguns indivíduos, ou grupos, sobrepõem-se a outros, comprometendo a democracia, a soberania, a separação de Poderes, o federalismo, a República, a livre concorrência, as liberdades públicas etc (BULOS, 2012, p. 1432).

Em suma, com a decretação do estado de defesa e de sítio, o ente estatal cerceia direitos dos cidadãos, porém, com o fim de salvaguardar a paz social, repelindo o caos; por estes meios, se autodefende.

Vislumbramos também a regulamentação da autotutela pelo Direito Civil, por intermédio dos artigos 1210, §1º e 1283, ambos do Diploma Civil pátrio.

O artigo 1210, §1º do diploma legal acima referido, nas seguintes letras dispõe sobre a legítima defesa da posse e o desforço imediato:

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.

Para Carlos Roberto Gonçalves, a “turbação é todo ato que embaraça o livre exercício da posse” (GONÇALVES, 2014, p. 151), enquanto “o esbulho consiste no ato pelo qual o possuidor se vê privado da sua posse mediante violência, clandestinidade ou abuso de confiança” (GONÇALVES, 2014, p. 153). Em suma, na turbação o exercício da posse é prejudicado, atrapalhado, ao tempo que no esbulho ele é tolhido.

Como dito acima, o diploma legal acima referido trouxe dois meios de autotutela: a legítima defesa, que ocorre “quando a posse é ameaçada, e o desforço imediato, quando a posse é perdida” (VENOSA, 2014, p. 124).

Nota-se uma irrefutável semelhança entre tais institutos e a legítima defesa, prevista pelo Direito Penal, anteriormente abordada. O artigo 25 do Diploma Penal pátrio estatui que aquela espécie de autotutela será legítima quando praticada pelos meios moderadamente necessários, contra injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, enquanto o artigo acima abordado, que regulamenta a legítima defesa da posse e o desforço necessário prescreve que, nestes casos, a autodefesa deverá ser praticada logo, sem extrapolar o indispensável à manutenção ou restituição da posse.

A outra hipótese de autotutela reconhecida pelo Direito Civil se encontra textualizada no artigo 1283 do Diploma Civilista pátrio, nos seguintes termos: “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”, ou seja, poderão ser cortadas raízes e ramos

de árvore que ao crescerem extrapolem o limite territorial da propriedade originária, alcançando vizinhas.

Como tratado no início deste capítulo, o Estado permite a autotutela em caráter de exceção, com fundamento na impossibilidade dele de se fazer presente em todos os momentos em que direitos são protelados. Entretanto, a autotutela só será legítima nas hipóteses em que a lei permita, e quando não praticada com excessos. Se a autotutela for praticada em dissonância com esta forma, o agente que a realizou será responsabilizado criminalmente, pelas infrações penais de exercício arbitrário das próprias razões, quando praticada por particular, e abuso de poder, quando praticada por agente público, no exercício de função.

Vislumbra-se a importância que o ordenamento jurídico brasileiro despeja sobre vedação da autotutela ante a prevalência da jurisdição, pois, como bem sabemos, o Direito Penal só atua em *ultima ratio*, ou seja, na tutela dos bens jurídicos mais relevantes, que outros ramos do direito não consigam preservar (BITENCOURT, 2012).

O delito de exercício arbitrário das próprias razões se encontra textualizado no artigo 345, do Código Penal, nas seguintes elementares: “fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permita”.

Em análise ao tipo penal incriminador, acima trazido, nota-se que o legislador, ao fazer uso da expressão “embora legítima”, não está fazendo juízo de valor quanto à conduta do agente praticante do delito; a finalidade de tal imperativo proibitivo é apenas garantir que a jurisdição prevaleça sobre a autotutela. Nesta esteira, pontifica Cezar Roberto Bitencourt:

Protege-se, em verdade, a probidade da função judicial, sua respeitabilidade, bem como a integralidade de seus funcionários. Quando o particular arvora-se em julgador dos seus próprios interesses, coloca-se acima da lei e despreza o poder jurisdicional ao qual é atribuída a missão de dar a cada um o que é seu (BITENCOURT, 2010, p. 354-355).

Neste sentido, também lecionam Rui Stoco e Tatiana Stoco:

O ser humano evoluiu e desenvolveu-se no sentido de buscar estruturar-se através de um grupo social do qual faça parte e, nele inserido, acatar as regras e o *modus vivendi* que o próprio estrato social estabeleceu. Um dos pressupostos da vida em sociedade e da inserção da pessoa nessa sociedade é – obrigatoriamente – a submissão às regras estabelecidas e à legislação posta. Se as divergências entre pessoas devem ser dirimidas pelo Poder Judiciário – porque assim se estabeleceu –, que tem no juiz o arbítrio das querelas, nada se justifica que alguém queira fazer justiça pelas próprias mãos. Essa a razão pela qual a reprovação da sociedade a esse comportamento fez com que a conduta fosse considerada greve e erigida à condição de crime (STOCO e STOCO, 2007, p. 1685).

O delito de abuso de autoridade, por seu turno, não se encontra previsto no Código Penal pátrio, mas na Lei 4898/65.

Estatui o referido diploma legal, em seu artigo 3º e alíneas, por meio das seguintes letras, algumas das hipóteses de abuso de poder:

Constitui abuso de autoridade qualquer atentado à liberdade de locomoção; à inviolabilidade do domicílio; ao sigilo da correspondência; à liberdade de consciência e de crença; ao livre exercício do culto religioso; à liberdade de associação; aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto; ao direito de reunião; à incolumidade física do indivíduo; aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.

O artigo 4º, nas suas alíneas, estende o rol das possibilidades de abuso de autoridade:

Ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder; submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei; deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa; deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada; levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei; cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor; recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa; o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal; prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.

Ocorre abuso de poder, no exercício da autotutela, quando funcionário público, no exercício de sua função, a prática, como, por exemplo, nos casos em que a Administração Pública reveja seus atos de ofício, na hipótese de prisão em flagrante, bem como nos casos de estado de defesa e de sítio, porém com abuso. Quando tal fato ocorrer, a conduta dele incorrerá no tipo penal acima descrito.

Guilherme de Souza Nucci consigna que no delito em tela é de extrema relevância análise minuciosa ao elemento subjetivo do crime, ou seja, a vontade do agente, uma vez que, em diversas ocasiões, funcionários públicos devem agir com rigor, fazendo, inclusive, uso da força física, para salvaguardar a ordem social, como nos casos dos agentes policiais (NUCCI, 2008).

O artigo 5º da diploma legal em tela considera autoridade quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração. Todavia, Ricardo Antonio Andreucci ressalva, à luz do estatuído no artigo 30 do Código Penal, que poderá responder por abuso de autoridade o particular que agir em concurso com a autoridade, conhecendo essa circunstância elementar (ANDREUCCI, 2011).

Insta relatar que nos casos de autotutela, praticados nas hipóteses de estado de defesa e de sítio, acima abordadas, todos os agentes que desempenharem atos abusivos enquanto em vigor estiver a legislação extraordinária, poderão ser responsabilizados, inclusive, criminalmente. Demais disso, a doutrina e a jurisprudência intendem pela possibilidade de controle jurisdicional do estado de defesa e de sítio (nos casos de estado de defesa: artigo 136, §3º, I e V, Constituição Federal; e, nos casos de estado de sítio, por meio de *habeas corpus*) e político, este último realizado pelo Congresso Nacional (sobre o estado de defesa: artigo 136, §4º e §7º; e, nas hipóteses de decretação de estado de sítio: artigo 137, 140 e 141, todos da Carta Magna) (BULOS, 2012).

3. A AUSÊNCIA DO ESTADO E A AUTOTUTELA

No decorrer dos dois capítulos anteriores, navegamos pelo nosso tema, percorrendo os tópicos necessários para sua compreensão. Entretanto, chegamos, agora, ao cume da nossa reflexão, em que abordaremos a autotutela como uma decorrência da ausência do Estado, à luz da Teoria Contratualista tecida por Jean-Jacques Rousseau.

3.1. O CONTRATUALISMO

Como já dito, o fundamento teórico do nosso estudo é a teoria do Contrato Social. Destarte, do que trata ela?

O contratualismo foi um movimento filosófico, o qual recebeu contribuições de celebrados pensadores, tais como Hugo Grotius (1583-1647), Thomas Hobbes (1588-1679), Benedito Spinoza (1632-1677), John Locke (1632-1704), dentre outros. Irrefutável é a importância da contribuição dos pensamentos destes filósofos para com a evolução intelectual humana, pois, de fato, muitas das concepções contemporâneas apenas existem em razão deles. Todavia, dos contratualistas clássicos, um merece ser visto com olhares atenciosos: Jean-Jacques Rousseau (1712-1778).

Rousseau, vivendo na vanguarda de seu tempo, concebeu uma filosofia política que revolucionou a ideia de Estado e de ser humano, que extrapola os limites fronteiriços do tempo, fazendo-se aplicáveis até os dias de hoje.

O pensamento do celebrado filósofo é tão expressivo que de maneira incisiva influenciou um dos eventos históricos mais importantes para a política universal: a Revolução Francesa (TORRES, 2012).

A teoria Contratualista de Rousseau vai muito além da explicação da constituição dos Estados. Primeiramente, busca ela abordar a essência humana, no seu momento mais primitivo, no período pré-social; tem por finalidade também abordar a necessidade do homem de ver sua essência humana resguardada e o meio adotado para fazê-la – o pacto social; a direção a ser seguida pelo pacto social, chamada por Rousseau de vontade geral (*volonté générale*) e o seu fundamento, que se resume à busca da igualdade e liberdade; e, por fim, diga-se de passagem, o tópico mais importante do nosso estudo: os reflexos da falência do contrato social para os cidadãos, ou seja, para aqueles que o pactuaram.

Adiante, abordaremos estes tópicos, a fim de refletir os atuais e recorrentes casos de justiça privada.

3.2. O HOMEM EM ROUSSEAU: DO ESTADO DE NATUREZA AO ESTADO CIVIL

Como dito, o ponto inicial do “debate Rousseauiano” é a reflexão acerca da essência humana.

Diferente de alguns filósofos, como Hobbes e Spinoza, Rousseau leciona que o homem, no seu estado natural é bondoso, livre e vive em harmonia com seus pares. Neste sentido:

No seu ponto de partida, a filosofia de Rousseau é diametralmente oposta à de Hobbes e Spinoza. Segundo a concepção destes, o estado natural primitivo era de guerra mútua: *status hominum naturalis bellum fuerit*”. Para Rousseau o estado de natureza era de felicidade perfeita: o homem, em estado de natureza, é sadio, ágil e robusto. Encontra facilmente o pouco que precisa. Os únicos males que teme são a dor e a fome (*Discours sur l'origine d l'inegalité parmi les hommes*) (MALUF, 2014, p. 103).

Em suma, para Rousseau, o ser humano, no seu estado mais primitivo não era lobo dele mesmo (*homo homini lupus* – HOBBS, 2012); pelo contrário, “no estado de natureza, o homem possuía todas as suas potencialidades livres para serem exercidas ilimitadamente, inclusive sua liberdade, que não possuía aparas” (ALMEIDA e BITTAR, 2011, p. 297).

O homem era um “bom selvagem” (FORTES, 1989), ou nos melhores dizeres: um selvagem bom.

Entretanto, um fato da existência do homem fez deturpar a sua natureza boa: o descobrimento de duas virtudes. Neste sentido, Sahid Maluf pontifica:

Entretanto, para sua felicidade, a princípio, e para a sua desgraça, mais tarde, o homem adquiriu duas virtudes que o extremam dos outros animais e que, pouco a pouco modificaram o seu estado primitivo: a primeira, a faculdade de aquiescer ou resistir; e a segunda, a faculdade de aperfeiçoar-se (MALUF, 2014, p. 103).

Assim, a partir do momento em que o homem percebeu que poderia ser melhor que seus pares e impor a sua vontade a eles, aquela convivência que era harmoniosa e serena foi manchada por atritos de vontade, guerra de interesses, e a busca pelo interesse pessoal.

Nessa esteira, pontifica Paulo Nader que:

A desarmonia teria surgido quando alguns homens, prevalecendo de sua força, impuseram o domínio. A sociedade civil teria sido fundada pelo indivíduo que, cercado um terreno, declarou: isto me pertence! Se naquele momento alguém houvesse gritado: „Guardai-vos de escutar este importor!“, teria poupado, à humano, crimes, guerras, assassinatos (NADER, 2014, p.179).

Diante disso:

Os que acumulavam maiores posses passaram a dominar e submeter os mais pobres. A propriedade individual do solo, a riqueza, a miséria, as rivalidades, os sentimentos violentos, as usurpações dos ricos, os roubos dos pobres, desencadearam paixões, abafaram a piedade e a justiça, tornando os homens avaros, licenciosos e perversos (MALUF, 2014, p. 103).

Em suma, “a essência, a natureza do homem é essencialmente boa; o que vemos diante de nós é uma degradação, uma degenerescência dessa natureza originária, em si mesma límpida e rica em potencialidades” (FORTES, 1989, p. 32).

Vendo ruir o convívio humano sadio, prejudicado pelo interesse pessoal dos mais fortes e astutos, que se corromperam, viu-se a necessidade de se tomar uma medida que colocasse fim à guerra de todos contra todos. Assim, nasceu o pacto social, visando a preservar o estado de natureza humana, “em que os homens seriam felizes, desfrutando de liberdade e igualdade” (NADER, 2014, p.179).

3.3. O PACTO SOCIAL

Com a deturpação da natureza humana, que sofreu a ruína do seu estado primitivo, cuja bondade, a harmonia, a liberdade e a igualdade eram os principais traços, nasceu o estado cívico, marcado, como dito, por uma convivência repleta de ganância e conflitos.

Assim, os homens não viram alternativas senão se juntarem, na mesma direção, em busca do bem comum. Almeida e Bittar acrescentam que:

Se a bondade é intrínseca à natureza humana, o estado cívico só pode corresponder a um estado degenerado da convivência humana, em que o desgoverno, o destempero, a corrupção, a beligerância medram. Abdicarem os homens de suas liberdades individuais e naturais emergem para imergirem no seio do convencionalismo contratual somente sob a condição de que o contrato social garanta a continuidade

do estado de natureza, ou seja, do estado de liberdade (ALMEIDA e BITTAR, 2011, p. 290-291).

Para Rousseau, cada indivíduo é dono de um poder intrínseco; a fim de fazer nascer um poder soberano, absoluto, cada um abdica de uma parcela dessa força intrínseca, e a soma dessa força faz nascer o poder soberano do Estado:

Como os homens não podem engendrar novas forças, mas somente unir e dirigir as que existem, eles não têm outro meio para se conservar senão formar por agregação uma soma de forças que possa prevalecer sobre a resistência, coloca-las em jogo por uma só motivação e fazê-las agir de comum acordo (ROUSSEAU, 2012, p. 32-33).

Nesse dítar, asseveram Almeida e Bittar:

O contrato social é, portanto, um pacto, ou seja, uma deliberação conjunta no sentido da formação da sociedade civil e do Estado. Trata-se de um acordo que constrói um sentido de justiça que lhe é próprio; a justiça está no pacto, na deliberação conjunta, na utilidade que surge o pacto. Trata-se de um verdadeiro escambo: liberdade natural x utilidade comum. O homem poderia optar por continuar em situação inicial, ou seja, em seu estado de natureza, ou, então, por meio de uma convenção, fundar uma associação tendente à realização de seu estado social. Em poucas palavras, a partir da união de muitos em torno de um objetivo comum, o que há é a formação de um corpo maior e diverso dos corpos individuais dos membros que o compõem. Forma-se mesmo, pode-se dizer, uma pessoa pública (*personne publique*), um corpo moral ou coletivo (*corps moral ou collectif*), diferente dos membros particulares que compõem sua estrutura, e isto em função do ato de união que se chama pacto social (ALMEIDA e BITTAR, 2011, p. 292-293).

Em suma, os homens se limitam, resignam-se, na certeza de que um ente soberano, provedor de Direitos garantirá a sua liberdade natural, aquela que foi deturpada pelos interesses individuais. Assim:

Vemos por essa fórmula que o ato de associação encerra um compromisso recíproco do público com os indivíduos e que cada um deles, ao contratar, por assim dizer, consigo mesmo, vê-se comprometido sob um duplo aspecto: como membro do soberano em relação aos demais indivíduos e como membro do Estado em relação ao soberano (ROUSSEAU, 2012, p. 35).

A Teoria Contratualista proposta por Rousseau é repleta de pontos a serem abordados, não sendo pertinente ao nosso estudo nos enveredar profundamente neles. Todavia, para uma melhor compreensão do tema, é fundamental divisar algumas questões.

Primeiramente, muito se discute se é o pacto social em si que enseja a criação de um Estado. No melhor entender da doutrina “Rousseauiana”, depreende-se que não. Carlos Galves explica que:

Para Rousseau, o contrato social, a rigor não cria sociedade ou o Estado: é um programa que diz como eles devem ser, para o bem da humanidade; nele, são estipuladas as condições que permitem aos homens retornar a viver sob os benefícios de um estado de natureza aperfeiçoado e no qual reencontravam a sua autêntica natureza humana (GALVES *apud* BETIOLI, 2013, p. 43).

O que se cria, nos dizeres de Rousseau é a vontade geral (*volonté générale*).

Para ele, “cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo” (ROUSSEAU, 2012, p. 34).

Roberto Gatti, em busca do conceito de vontade geral acentua que Rousseau:

No discurso escreve que a *volonté générale* é uma regra de justiça. Isso quer dizer que não é a vontade empírica dessa ou daquela assembleia soberana, mas o critério regulador que cada assembleia deve seguir para fazer as leis. Tal critério é que a vontade dos cidadãos reunidos em corpo seja conforme, de forma justa, e, como tal, finalizada para o bem do todo (GATTI, 2015, p. 60).

Em suma, entende-se por vontade geral a direção pela qual o soberano, ou seja, o Estado deve seguir na busca pelo interesse comum, que extrapola o interesse individual. Nestas veredas, nos dizeres de Romain Rolland, “a vontade geral é a única indicada para dirigir as forças do Estado segundo o fim da sua instituição que é o bem comum” (ROLLAND, 1975, p. 42-43).

Observa-se que é a vontade geral que legitima o poder estatal, isto porque ela surge da contribuição do povo ou, como chama Rousseau: Dos súditos. Neste sentido, pontifica Almeida e Bittar:

O contrato social possui o respaldo da vontade geral, que não se constitui meramente da somatória das vontades particulares, mas que se coloca na posição de representar o interesse comum. A vontade geral é mais que simplesmente a vontade de todos (somatória de interesses particulares), pois aquela visa à realização do interesse comum e público, e esta visa aos interesses particulares. Mais que isso, deve-se esclarecer que a vontade geral não está lastreada nas ideias de unanimidade; ela não é geral por ser unânime, por não haver discordância, mas porque nela estarão contadas todas as ideias, todas as contribuições, todas as discordâncias que participam formalmente do todo, do sistema (ALMEIDA e BITTAR, 2011, p. 294).

Demais disso, outro ponto a ser refletido, no que tange ao “contratualismo rousseauiano”, é a forma como ele ocorre.

Alguns acreditam que todo o divisado até o presente momento, neste estudo, ocorre em uma cadeia fática, da seguinte forma: o homem era bondoso, livre, vivia em harmonia com seus pares quando, de repente, viu surgir nele a vontade de ter mais que outros tinham e a partir daí se tornou perverso, astuto e todos os demais, diante da injustiça social decidiram por abrir mão de uma parcela de sua liberdade visando ao bem comum. Todavia, esse entender não se amolda na filosofia contratualista de Jean-Jacques Rousseau.

Por mais que as ideias trazidas até o momento se assemelhem a uma sucessão de acontecimentos, na verdade, trata-se de uma ficção filosófica, que tem por finalidade refletir o

ser humano, no seu estado mais puro, em que está presente apenas ele em sua natureza, o choque dele com as coisas do mundo e, por fim, a forma e a direção como o Estado, garantidor de direitos, incumbido de fazer presente a justiça, deve agir.

É fato que o contrato social decorre de uma convenção, esta feita em busca do bem comum. Nesta esteira, Alberto Betioli vai a Platão, na Grécia antiga (428-348 a.C.) explicar como ocorre tal acordo de vontades:

Para Platão, o homem é essencialmente alma; ele realiza sua perfeição e chega a alcançar sua felicidade na contemplação das ideias, que povoam um mundo denominado metaforicamente por ele de lugar celeste (*topos uranos*). Nessa atividade não necessita de ninguém; cada alma existe e se realiza por sua própria conta, independentemente das outras. Mas, devido a uma grande culpa, as almas perderam sua condição original de absoluta espiritualidade e caíram na Terra, onde teriam sido obrigadas a assumir um corpo para pagar as próprias culpas e purificar-se. Agora o corpo comporta toda uma série de necessidades que podem ser satisfeitas apenas com a ajuda dos outros. A sociabilidade é, portanto, uma consequência da corporeidade, e dura apenas enquanto as almas estiverem ligadas ao corpo. [...] Durante a época moderna, a interpretação platônica do fundamento da sociabilidade encontrou adesão por parte de muitos filósofos, como Spinoza, Hobbes, Locke, Leibniz, Vico, e Rousseau. Sustentavam que a sociedade, como o direito, é tão só o produto de um acordo de vontades, ou seja, de um contrato hipotético celebrado entre os homens (BETIOLI, 2013, p. 42-43).

Neste sentido, Paulo Nader assevera que “o contrato social” não é um fato histórico, mas um postulado racional (NADER, 2014).

Isto, pois, acrescentam Almeida e Bittar:

De qualquer forma, identificar nos propósitos do *Du contrat social* o delineamento de uma história da sociedade humana é falsear a proposta de Rousseau. Deve-se começar por dizer que o trabalho de Rousseau é hipotético e não descritivo. A pesquisa e a investigação rousseauianas não consistem numa busca de acontecimentos ou fatos, que, se se somassem, resultariam na formação da história da humanidade desde seus primórdios; se asso, fosse, seu trabalho seria puramente histórico-descritivo. Na verdade, sua proposta é filosófica, e por isso se desdobra no sentido de desenvolver os argumentos que conferem solidez a suas hipóteses. Uma das hipóteses desenvolvidas em seu trabalho filosófico é a da formação de um contrato social (ALMEIDA e BITTAR, 2011, p. 292).

Após entender o que vem a ser o pacto social, viga mestra da teoria do contrato social de Rousseau avançaremos no tema, abordando o conteúdo desta convenção: a liberdade e a igualdade.

3.4. O CONTEÚDO DO CONTRATO SOCIAL: LIBERDADE E IGUALDADE

Há pouco discorreremos que a finalidade primeira do contrato social é preservar o estado de natureza do homem, aquele traduzido no momento mais primitivo de sua existência; e tal consiste na máxima do “contratualismo rousseauiano”. Todavia, o pensador foi mais

além, elegendo dois direitos naturais como as viga-mestras do contrato social: a liberdade e a igualdade. Neste sentido, Romain Rolland explica o porquê dessa eleição:

Se procurarmos saber em que consiste o maior de todos os bens, qual deve ser finalidade de todos os bens, qual deve ser a finalidade de todos os sistemas de legislação, encontramos-la reduzida nestes dos principais objetos: a liberdade e a igualdade. Liberdade, porque toda dependência particular é a força retirada do corpo do Estado; e a igualdade, porque sem ela, a liberdade não pode subsistir (ROLLAND, 1975, p. 45).

Como acima dito, Rousseau foi um dos pensadores que influenciou de forma mais incisiva a Revolução Francesa; é percebida com maior facilidade a importância do pensador para o referido movimento quando rememoramos as aulas de História do colégio, em que nos foi ensinado que o lema dele era: liberdade, igualdade e fraternidade.

Primeiramente, vamos à liberdade em Rousseau.

Como dito acima, o pacto social está na cessão do poder que cada cidadão possui dentro de si, a fim de que a soma dessa força crie algo maior, que é vontade geral, que guiará o Soberano (Estado) na busca do bem comum. A liberdade no mento de Rousseau consiste naquele que doa a sua parcela de força se sujeitar à limitação de parte de sua liberdade absoluta, no sentido de obedecer à vontade geral, na certeza de que se verá garantida e preservada a sua liberdade e a de seus pares. Nessa esteira, leciona Roberto Gatti:

A liberdade, mesmo em suas articulações de liberdade civil e política, é apenas uma, ou seja, a faculdade do sujeito humano de auto determinar-se mediante o exercício da vontade direta da razão, no pleno controle das paixões. Podemos e devemos fazer isso tanto na esfera privada quanto na pública, realizando assim nossa finalidade de *hommes e citoyens*. Na esfera privada, a autodeterminação corre o risco de ser anulada pelo arbítrio de qualquer semelhante meu que me imponha sua vontade usando a força, a astúcia, o medo e assim por diante: dessa forma aconteceu, como vimos, na história da humanidade, em que, a um certo ponto, todos se tornaram inimigos uns dos outros. Para evitar isso, é necessário um soberano que faça respeitar a liberdade dos particulares, compelidos a se unir por causa da impossibilidade objetiva de enfrentar os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado natural (GATTI, 2015, p. 54-55).

Nessa vereda, "aquilo que o homem perde pelo contrato social é a sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que ele tenta e que pode atingir; o que ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui" (ROLLAND, 1975, p. 42).

A concepção de igualdade em Rousseau segue a mesma esteira: o contratante abre mão de uma parcela dos seus anseios individuais, a fim de ver resguardado pelo Estado o seu Direito de ser tratado como seus pares são. Assim, "com respeito à igualdade, não se deve entender por isso que os graus de poder e de riqueza sejam, absolutamente, os mesmos, mas, sim, que o poder esteja acima de toda a violência e não se exerça senão em virtude das classes e das leis" (ROLLAND, 1975, p. 46).

No entanto, “se o pacto social for violado, cada um volta a seus primeiros direitos e retorna sua liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual renunciou àquela” (ROUSSEAU, 2012, p. 33).

Neste momento, chegamos ao cume do nosso estudo. A seguir, refletiremos sobre os efeitos da falência do contrato social nos contratantes.

3.5. A FALÊNCIA DO CONTRATO SOCIAL E A AUTOTUTELA

Como dito no tópico anterior, quando abordamos os temas da igualdade e liberdade em Rousseau, o contrato social propõe aos seus contratantes a resignação no sentido de que se abdica da liberdade absoluta, a fim de ver preservado o direito de ser livre.

Em suma, não se usurpam terras para ser garantido o direito de propriedade por parte do Estado; não se mata para ver a vida preservada, enquanto bem jurídico; não se escraviza para ver a liberdade, na sua integralidade, resguardada pelo Estado.

Acontece que nem todos cumprem o contrato social, indo na contramão da vontade geral. Neste sentido, para Rousseau:

Para que o pacto social não seja um vão formulário, ele contém tacitamente este compromisso, o único capaz de dar força aos outros: todo aquele que se recusar a obedecer à vontade geral será forçado por todo o corpo a obedecer, o que não significa outra coisa senão que o forçarão a ser livre, pois tal é a condição que garante o cidadão, entregue à pátria, de toda dependência pessoal (ROUSSEAU, 2012, p. 37).

Assim, àqueles que não cumprem o contrato social, obedecendo à vontade geral, é imposta à força para que assim façam. Deste modo, é legítimo privar a liberdade, pelo cárcere, daquele que pratica um crime, tendo em vista que ele desobedeceu à vontade geral; este mesmo raciocínio se aplica àquele que sonegou imposto, protelou direitos trabalhistas, desrespeitou obrigação contratual, tendo em vista que igualmente desobedeceram à vontade geral, expressa por meio da lei (GATTI), cabendo ao Estado cobrar seu cumprimento, posto que, como visto anteriormente, o pacto social implica num compromisso entre o ente público e os contratantes.

Todavia, indaguemo-nos, e quando o Estado não cumpre sua parte no contrato social? Quando tal fato ocorre, como dito, o contrato deixa de existir, e os pactuantes voltam ao estado civil, fazendo reinar a guerra de todos contra todos. Nessas situações, há a total ausência da vontade geral e do Estado; portanto, os indivíduos acabam buscando, por si só, a

satisfação dos seus interesses. A justiça pública se torna a justiça privada, que é buscada por meio da autotutela, ou seja, a justiça pelas próprias mãos.

Nos últimos anos, vislumbramos, por intermédio dos meios de comunicação, inúmeros casos em que o Estado foi ausente, rompendo o contrato social, causando nos indivíduos a sensação de que sua natureza não fora preservada e que, desta forma, encontravam-se no estado civil.

Um dos casos ocorreu no dia 31 de fevereiro de 2014. No bairro do Santíssimo, na Cidade do Rio de Janeiro, um adolescente, que contava 15 anos ao tempo do fato, tentou roubar um quiosque situado em praça pública, não obtendo êxito, tendo em vista que um grupo de populares o impediram. Até aí, a ação deles estava correndo dentro da legalidade, pois como exposto no capítulo anterior: a todos do povo é franqueada a prerrogativa de realizar a prisão daquele que se encontra em flagrante delito. Ocorre que, não satisfeitos, os populares passaram a agredir o menor, desferindo pauladas no seu corpo todo, principalmente na região da cabeça, e, posteriormente, amarram-no nu a um poste. Bombeiros relataram que ao chegar no local o adolescente estava semiconsciente em razão das pancadas que levou na cabeça (2014).

No dia 18 de outubro de 2013, por volta das duas horas, cerca de 100 ativistas ligados a ONGS que militam contra os maus-tratos a animais invadiram um laboratório de pesquisas farmacêuticas, pertencente ao Instituto Royal, e “resgataram” cerca de 200 cachorros que eram usados como cobaias vivas nos experimentos. Além de roubarem os animais, que eram propriedade do instituto, também subtraíram gaiolas e outros objetos, depredaram patrimônio e destruíram anos de pesquisa coletadas para a confecção de medicamentos para seres humanos (OLIVEIRA, 2013).

Por fim, outro caso de grande repercussão na mídia, ocorrido nos últimos anos, se passou no Litoral Paulista, na cidade do Guarujá. No dia 06 de maio de 2014, na periferia daquele município, Fabiane Maria de Jesus, que contava 33 anos ao tempo do fato, foi brutalmente espancada até morrer após ser confundida com outra mulher que sequestrava crianças e as matavam, em rituais de magia negra. De acordo com a polícia militar local, não há qualquer indício de que Fabiane praticou o crime, sendo que o reconhecimento equivocado dos populares se realizou por meio de um retrato falado da verdadeira criminosa (CAMPANHA, 2014).

Como abordado no capítulo anterior, não é lícito a ninguém fazer justiça pelas próprias mãos, podendo sua conduta incorrer no crime de exercício arbitrário das próprias razões, além dos conexos a este, praticado no momento da vingança privada, ainda mais

nestes casos, em que os meios empregados foram brutais. Mas, perguntemo-nos, será que a conduta deles não foi um reflexo da ausência do Estado?

A ausência do Estado não justifica qualquer prática criminosa. Demais disso, nosso intuito não é apurar a responsabilidade por tais fatos, do Estado e dos indivíduos. Nesse estudo, buscamos compreender o instituto da autotutela e a filosofia contratualista de Jean-Jacques Rousseau, e fazer a subsunção de ambos os temas.

Todavia, indaguemo-nos, se o contrato social fosse cumprido, se o direito à liberdade e à igualdade fossem concretizados e se os homens vissem sua natureza humana preservada, haveria autotutela?

Como dito, o contrato social é uma ficção filosófica, um acordo hipotético. Portanto, ele apenas existe no mundo das ideias. Mas se a vontade geral de fato existisse iria à contramão da realidade vivida no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegando ao fim da presente monografia, depreendemos inúmeras lições de Direito, que levaremos conosco como norte para os primeiros passos, sozinhos, em nossa vida profissional e acadêmica, pois, diferente do que muitos fielmente acreditam, a graduação, para aqueles que escolheram o Direito, não é o fim de uma jornada de estudos, mas apenas o começo.

Em um primeiro momento, analisamos a evolução histórica dos meios de solução de conflitos, da autotutela à jurisdição, recorrendo-nos aos primórdios da existência humana, quando o homem não tinha um Estado para se socorrer das lesões sofridas a direito; neste período, como falado, reinava a autotutela, ou seja, a justiça privada.

Entretanto, com o surgimento dos primeiros entes estatais, estes pegaram para si a função de solucionar os conflitos e dizer os direitos alheios, por meio de seu poder soberano. Nisto, conclui-se que houve não apenas uma mutação dos meios de solução de conflitos, mas sim uma irrefutável evolução, tendo em vista que a autotutela não satisfazia a pretensão o dono da verdade ou da razão, mas a do mais forte, do mais astuto, enfim, daquele que fazia por seus próprios meios. A jurisdição, por sua vez, por ser desempenhada por um terceiro, o Estado, alheio à contenda, desinteressado na resolução dos conflitos, e tendo ela como norte a justiça e a equidade, garante a pretensão àquele que faz jus a ela.

No segundo capítulo, percorremos as hipóteses de autotutela presentes no Ordenamento Jurídico pátrio. Observamos que o Estado a vedou, pegando para si a função de

dizer o direito dos cidadãos por meio da jurisdição. Todavia, permite-se a autotutela em ocasiões isoladas, uma vez que o Estado não pode de fazer presente em todos os momentos em que direitos são lesados. Assim, a urgência legitima a autotutela, mas não como forma de vingar direito lesado ou punir o violador, e sim como medida acautelatória.

Por fim, enveredamo-nos na teoria contratualista de Jean-Jacques Rousseau, visando justificar os recorrentes casos de autotutela transmitidos, nos últimos anos, pelos meios midiáticos.

Para uma melhor compreensão do tema, discorreremos sobre os pensamentos daquele, analisando as basilares ideias de sua filosofia política; em seguida, chegando ao cume de nossa reflexão, trouxemos à discussão alguns dos famosos casos em que cidadãos se valeram da autotutela para satisfazer suas pretensões.

O homem em seu estado de natureza, no momento primitivo da existência, é bondoso e vive em harmonia com seus pares, tendo em vista a ausência de cobiça. Ocorre que após descobrir algumas potencialidades, o viu sua natureza humana ser corrompida. Posto isso, a fim de ver a igualdade e a liberdade assegurada, celebrou com seus pares o contrato social, escolhendo abrir mão de uma parcela de seu poder individual, doando-o à vontade geral, que consiste na direção que o Estado deve seguir.

Entretanto, o contrato social só existe se o Estado seguir a vontade geral, ou seja, garantir que o estado de natureza humano seja preservado. Quando o contrário acontece, o pacto é rompido e homem volta ao seu Estado civil. Nestas ocasiões, ocorre a guerra de todos contra todos, a justiça pelas próprias mãos, a autotutela.

Como discorrido no terceiro capítulo, o presente estudo não cuida de uma reflexão objetiva acerca da causa de uma série de acontecimentos, até mesmo porque as ideias “rousseauanas” não objetivam uma análise histórico-descritiva da moral humana.

Neste linear, o contrato social não existe de fato. Trata-se de uma ficção filosófica que Rousseau propôs para explicar a natureza humana, em seu momento mais primitivo, em que o homem não se encontra influenciado por nada ou ninguém, a posterior corrupção dele, após descobrir a propriedade privada e a necessidade do Estado seguir a vontade geral para garantir a preservação da natureza humana.

Destarte, indaguemo-nos, se o Estado seguisse a vontade geral, que é o bem comum, concretizando direitos, os cidadãos fariam justiça pelas próprias mãos?

Depreende-se que não.

Sendo assim, é fundamental que o Soberano faça sair do papel os direitos dos cidadãos, concretizando-os, para que não seja necessário garantir a justiça pelas próprias mãos, por meio da autotutela

REFERÊNCIAS

- ALVIM, J.E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BENTIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao Direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**, vol. 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. **Tratado de Direito Penal – Parte Especial**, vol. 5. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – vol. I**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAMPANHA, Díógenes. Mataram a mulher, diz morador após espancamento em Guarujá. **Folha de São Paulo**, São Paulo, mai. 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/05/1449679-mataram-a-mulher-diz-morador-apos-espancamento-no-guaruja-veja-video.shtml>. Acesso em: 26 set. 2016.
- CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2º ed. Campinas: Russel, 2009.
- CARVALHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo. **Uma Deusa Chamada Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- DIDIER, FREDIE. **Curso De Processo Civil – vol. I**. 13. ed. Salvador: Podivm, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FERRY, Luc. **Aprender a viver – Filosofia para os novos tempos**. Trad. Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

FORTES, Luiz Roberto Salinas. **Rousseau: o bom selvagem**. São Paulo: FTD, 1989.

FRAGOSO, Heleno Claudio; HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal** – vol. I, tomo II. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FRANCO, Alberto Silva (Coord.); STOCO, Rui (Coord.). STOCO, Tatiana de Oliveira. **Código Penal e sua interpretação** – doutrinária e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GATTI, Roberto. **Rousseau**. Trad. Alessandra Siedschlag. São Paulo: Ideias & Letras, 2015;

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil** – vol. I. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral** – vol. 5. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral, vol. I. 13. ed. Niterói: Impetus, 2011.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. Rosina D'Angila. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal: volume I**. Atualizado por Eduardo Reale Ferrari. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000.

_____. **Elementos de Direito Processual Penal: volume IV**. Atualizado por Eduardo Reale Ferrari. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. Atualizado por Renato N. Fabbrini. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal** – vol. 1. Atualizado por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 38. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Carlos. Manifestantes invadem laboratório e retiram cães em São Roque (SP). **Uol Notícias**, São Paulo, out. 2013. Disponível em:
<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/10/18/manifestantes-fazem-protesto-em-frente-a-laboratorio-em-sao-roque-sp.htm>. Acesso em: 26 set. 2016.

Outro adolescente suspeito de furto é amarrado a poste na Zona Oeste do Rio. **Cultura: Jornalismo**. São Paulo, mar. 2014. Disponível em: <http://cmais.com.br/noticias-jornalismo/outro-adolescente-suspeito-de-furto-e-amarrado-a-poste-na-zona-oeste-do-rio>. Acesso em: 26 set. 2016.

PIRES, Antonio Fernando. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

RAMPAZZO, Lino. **Antropologia, Religiões e Valores Cristãos**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROLLAND, Romain. **O pensamento vivo de Rousseau**. Trad. J. Crus Costa. São Paulo: Martins, Ed. da Universidade de São Paulo, 1975.

ROUSSEAU, Jean-jacques. **O contrato social**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2012.

SANDEL, Michael J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa**. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 08. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

TORRES, João Carlos Brum. In: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato Social**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2012. p. 9.

TOURINHO, Fernando da Costa. **Processo Penal – vol. 3**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais - vol. V**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.