

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL**

DAVI AMARAL HIBNER

**AS TUTELAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

VITÓRIA

2019

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL**

DAVI AMARAL HIBNER

**AS TUTELAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial de obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Processo, Justiça e Constituição.

Orientador: Prof. Dr. Gilberto Fachetti Silvestre.

Vitória, 2019

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

H624t Hibner, Davi Amaral, 1986-
As tutelas dos direitos da personalidade no Código de Processo Civil / Davi Amaral Hibner. - 2019.
344 f.

Orientador: Gilberto Fachetti Silvestre.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Direito privado. 2. Direito civil. 3. Processo civil. 4. Tutela jurisdicional. 5. Devido processo legal. 6. Acesso à justiça. I. Silvestre, Gilberto Fachetti. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

DAVI AMARAL HIBNER

**AS TUTELAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial de obtenção do título de Mestre em Direito.

Defendida em 19 de março de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Gilberto Fachetti Silvestre
Universidade Federal do Espírito Santo – UFES.
Presidente – Orientador.

Prof. Dr. Augusto Passamani Bufulin
Universidade Federal do Espírito Santo – UFES.

Prof. Dr. Marco Antonio dos Santos Rodrigues
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Professor Gilberto Fachetti Silvestre, pelos ensinamentos, pela competência com que conduziu a orientação da pesquisa, pela criteriosa revisão do trabalho, pelas valiosas críticas e contribuições, pela inestimável ajuda na pesquisa bibliográfica, bem como pelo exemplo de dedicação acadêmica. Agradeço-lhe, também, pela oportunidade de ter lecionado, sob a sua supervisão, na Graduação do Curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), experiência que me proporcionou muito aprendizado, além de ter contribuído para a consolidação das ideias deste trabalho.

Ao Professor Augusto Passamani Bufulin, pelos ensinamentos transmitidos durante as aulas na disciplina do Mestrado e pelas valiosas críticas e sugestões feitas no exame de qualificação, que foram incorporadas ao trabalho.

Ao Professor Marco Antonio dos Santos Rodrigues, por ter escrito a tese que foi decisiva para o ajuste das minhas ideias e o desenvolvimento deste trabalho. Agradeço-lhe, também, pelas valiosas críticas e sugestões feitas no exame de qualificação, bem como por ter gentilmente se deslocado de sua cidade para participar das avaliações.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da UFES, o que faço na pessoa da Professora Adriana Pereira Campos, pela coordenação, organização e crescimento do nosso Mestrado. Também agradeço aos servidores e funcionários do PPGDIR-UFES, pela presteza e gentileza no atendimento das demandas.

À Joan'Alice, Marcio e Raquel, pelo afeto, apoio, incentivo e suporte, fundamentais para esse objetivo que pretendo alcançar.

À equipe do Alves e Hibner Advogados, em especial ao meu sócio, Rafael Dalvi Alves, e a Pedro Mansur Três, por terem suprido a minha ausência em diversos momentos, viabilizando a pesquisa e a redação deste trabalho, bem como à Lucimar Kiefer, pelo incansável auxílio na pesquisa junto às bibliotecas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

RESUMO

Aborda a personalidade em seus aspectos formal e material. Analisa as disposições do Código Civil sobre os direitos da personalidade, ressaltando sua importância para a proteção, o desenvolvimento e a promoção da dignidade da pessoa humana. Relaciona tais direitos com a proteção da cidadania e das pessoas em situação de vulnerabilidade. Aborda os prejuízos decorrentes da violação aos direitos da personalidade. A partir do Código Civil, do Código de Processo Civil e da literatura jurídica, analisa e identifica sete tutelas destinadas à proteção dos atributos essenciais da pessoa humana: inibitória, cuja finalidade é evitar a prática do ilícito; cessatória, destinada a impedir a reiteração ou a propagação do ilícito; reintegratória ou de remoção do ilícito, direcionada à eliminação da conduta ilícita da realidade; ressarcitória na forma específica, cujo objetivo é a recomposição do bem jurídico violado, por meios não pecuniários; ressarcitória-indenizatória, voltada à reparação pecuniária de prejuízos patrimoniais; ressarcitória-compensatória, destinada à amenização de prejuízos extrapatrimoniais, por meio de quantia pecuniária, que atua como um lenitivo para a vítima; e tutela de exclusão do lucro da intervenção, cujo objetivo é retirar do patrimônio do ofensor o proveito econômico obtido a partir da violação dos direitos da personalidade. Destaca a classificação que distingue a tutela em específica e genérica, tendo como critério o resultado alcançado pelo processo no plano do direito material. Levando em conta a extrapatrimonialidade dos direitos da personalidade, investiga, dentre as modalidades de tutelas jurisdicionais, quais delas são capazes de garantir a adequada proteção dos aspectos fundamentais da pessoa humana, de modo a caracterizar a prestação de tutela específica. Demonstra que, em atenção às necessidades do direito material, o Código de Processo Civil estabelece a primazia da tutela específica na proteção dos direitos da personalidade, evitando sua conversão em perdas e danos. Constata que, a despeito da ampla utilização da tutela ressarcitória-compensatória, as tutelas inibitória, reintegratória e restauratória são mais adequadas à proteção dos interesses existenciais da pessoa humana. A partir das garantias processuais de acesso à justiça, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da boa-fé, da cooperação, da liberdade, da eficiência e da segurança jurídica e da razoável duração do processo, analisa se é possível flexibilizar as regras sobre a alteração dos elementos objetivos da demanda, para se permitir a integral proteção dos atributos essenciais à pessoa humana. Investiga, ademais, se é possível mitigar o princípio da congruência entre o pedido e a sentença, visando à adequada proteção do direito material. Constata que, com o equilíbrio e a concretização das garantias processuais, é possível relativizar as regras procedimentais sobre a alteração da causa de pedir e do pedido, bem como o princípio da correlação, com o objetivo de se garantir a prestação de tutela específica dos direitos da personalidade. Ao final, verifica que a utilização das tutelas jurisdicionais adequadas e a flexibilização das regras procedimentais podem contribuir para que o processo seja um instrumento de efetiva proteção dos atributos fundamentais da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da personalidade. Tutela específica. Devido processo legal. Acesso à justiça. Flexibilização do procedimento.

ABSTRACT

This research describes the personality in its formal and material aspects. It analyzes the dispositions in the Civil Code on the rights of the personality, highlighting its importance for the protection, development and promotion of one's dignity. It relates such rights to the protection of the citizenship and the people in a condition of vulnerability, and describes the damage resulting from the violation to the rights of the personality. From the Civil Code, from the Brazilian Civil Procedure Code and legal literature, it analyzes and identifies seven judicial provisions destined to the protection of the person's essential attributes: inhibitory, whose aim is to avoid the practice of illicit acts; ceasing, destined to prevent the acknowledgement or the propagation of illicit acts; reintegratory, or the removal of illicit acts, destined to the elimination of wrongful conduct of concrete reality; reimbursing, in the specific form, whose aim is to recompose the violated good through nonpecuniary means; compensatory, related to pecuniary restitution of patrimonial damage and destined to mitigate the extrapatrimonial damage through pecuniary amount, which acts as mitigation to the victim; and the disgorgement of profits, whose aim is to remove from the wrongdoer's patrimony the economic profit improperly obtained from the violation of the rights of the personality. It emphasizes the ranking that distinguishes specific and general judicial provisions, having as a criteria the result obtained by the process in the plan of substantial law. Considering the extra-patrimonial character of the personality rights, it investigates, among the kinds of judicial provisions, which are able to guarantee the suitable protection of the fundamental aspects of the person, as to characterize the concession of the specific judicial provision. It demonstrates that, in attention to the needs of the substantial law, the Civil Procedure Code establishes the primacy of the specific judicial provision in the protection of the personality rights, avoiding its conversion into loss and damage. It verified that, despite the broad use of the compensatory judicial provisions, the inhibitory, reintegratory and restauratory judicial provisions are more suitable to the protection of one's existential interests. Moreover, from the due process of law to the access to justice it analyzes if it is possible to mitigate the rules on the alterations of the objective elements of the demand, to allow the total protection of the person's essential attributes. Thus it investigates if it is possible to mitigate the principle of the congruence between the claim and the sentence, aiming at the proper protection of the substantial law. It is stated that, with the balance and the concretization of the due process of law, it is possible to mitigate the procedural rules on the modification of the claim, as well as the correlation principle, aiming at granting the judicial provision on the personality rights. Finally, the use of proper procedural techniques and the relativization of procedural rules may contribute for the process to be an effective tool in the protection of one's essential attributes.

KEY-WORDS: Rights of the personality. Specific judicial provision. Due process of Law. Access to Justice. Relativity of the procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO 1 – OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E SUA LESÃO.....	14
1.1. A personalidade jurídica em sentido formal e em sentido material.....	14
1.2. Definição de direitos da personalidade.....	24
1.3. O Código Civil brasileiro e a cláusula geral de tutela da pessoa humana.....	33
1.4. Personalidade, dignidade, vulnerabilidade e cidadania: visões contemporâneas....	38
1.5. A lesão aos direitos da personalidade.....	49
1.6. A tutela jurisdicional dos direitos da personalidade.....	57
CAPÍTULO 2 – AS TUTELAS RESSARCITÓRIAS-PECUNIÁRIAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	72
2.1. As modalidades de tutela ressarcitória.....	73
2.2. A tutela ressarcitória-compensatória do prejuízo extrapatrimonial.....	75
2.3. A tutela ressarcitória-indenizatória do prejuízo patrimonial.....	110
CAPÍTULO 3 – A TUTELA DE EXCLUSÃO DO LUCRO DA INTERVENÇÃO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE... ..	120
3.1. Definição da tutela de exclusão do lucro da intervenção e sua finalidade.....	121
3.2. A vedação ao enriquecimento sem causa como fundamento da tutela de exclusão do lucro da intervenção.....	127
3.3. Os pressupostos da tutela de exclusão do lucro da intervenção ou da obrigação de restituição por enriquecimento sem causa.....	135
CAPÍTULO 4 - AS TUTELAS INIBITÓRIA, DE REMOÇÃO DO ILÍCITO E RESTAURATÓRIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	143
4.1. Generalidades sobre as tutelas inibitória, reintegratória e restauratória.....	144
4.2. A tutela inibitória.....	147
4.3. A tutela inibitória nos casos de colisão entre direitos da personalidade e liberdade de expressão	167
4.4. A tutela reintegratória ou de remoção do ilícito.....	171
4.5. A (des)necessidade de demonstração de dano ou culpa para a concessão das tutelas inibitória e reintegratória	178

4.6. A tutela restauratória ou ressarcitória na forma específica.....	192
4.7. Tutela específica, resultado prático equivalente e tutela genérica (ou pelo equivalente em pecúnia).....	201
4.8. A execução das tutelas inibitória, de remoção do ilícito e restauratória.....	208
4.9. A tutela restauratória dos direitos da personalidade na Lei n. 13.188/2015: o direito de resposta.....	213
4.9.1. <i>O direito de resposta como modalidade de tutela restauratória</i>	214
4.9.2. <i>O exercício do direito de resposta e a mitigação do princípio da inafastabilidade da jurisdição</i>	219
4.9.3. <i>Os requisitos da petição inicial</i>	220
4.9.4. <i>Da legitimidade ativa e passiva e da vedação ao litisconsórcio</i>	222
4.9.5. <i>A defesa</i>	224
4.9.6. <i>A antecipação de tutela e a sentença</i>	224
4.9.7. <i>Recorribilidade</i>	228
CAPÍTULO 5 – A PRIMAZIA DA TUTELA ESPECÍFICA SOBRE A TUTELA PELO EQUIVALENTE PECUNIÁRIO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	231
5.1. A demanda	232
5.2. A causa de pedir	238
5.3. O pedido	252
5.4. O regime de alteração dos elementos objetivos da demanda no Código de Processo Civil	255
5.5. A flexibilização do inciso II do art. 329 do Código de Processo Civil a partir da concretização das garantias fundamentais do processo.....	264
5.6. O princípio da congruência e a alteração do pedido.....	306
5.7. A sobreposição da tutela específica em relação à tutela pelo equivalente pecuniário.....	313
CONCLUSÃO	318
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	323

INTRODUÇÃO

Diante das inúmeras situações lesivas aos aspectos fundamentais da pessoa humana, verifica-se uma massificação de demandas que envolvem a tutela dos direitos que resultam da personalidade. Nessas demandas, os titulares dos direitos da personalidade costumam dar preferência à tutela ressarcitória-pecuniária, especialmente à tutela compensatória de prejuízos extrapatrimoniais, em detrimento das outras modalidades de tutela. Esse fenômeno de patrimonialização dos interesses existenciais tem sido chamado de “indústria ou banalização do dano moral”.

Levando-se em consideração o critério da finalidade, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de sete modalidades de tutelas para a proteção dos direitos da personalidade: *tutela inibitória*, destinada a evitar a prática do ato ilícito; *tutela cessatória*, cujo objetivo é impedir a repetição ou a continuação do ato ilícito; *tutela reintegratória* ou *de remoção do ilícito*, direcionada à eliminação da conduta ilícita da realidade concreta; *tutela restauratória* ou *ressarcitória na forma específica*, cujo objetivo é a recomposição do bem jurídico violado e o retorno ao *status quo ante*, com a aplicação de medidas não pecuniárias; *tutela ressarcitória-indenizatória*, voltada à reparação pecuniária de prejuízos patrimoniais; *tutela ressarcitória-compensatória*, destinada à amenização de prejuízos extrapatrimoniais, por meio de quantia pecuniária, que atua como um lenitivo para a vítima; e *tutela de exclusão do lucro da intervenção*, permitindo que se retire do patrimônio do ofensor o lucro obtido em decorrência da violação dos direitos da personalidade.

A partir da literatura jurídica, do Código Civil e do Código de Processo Civil, essa pesquisa se propôs a analisar as características das modalidades de tutela dos direitos da personalidade, para verificar quais são os meios efetivos, eficientes e adequados à proteção dos atributos fundamentais da pessoa humana.

O ponto de partida foi a característica extrapatrimonial dos direitos da personalidade, investigando se os interesses existenciais da pessoa humana podem ser adequadamente reparados apenas por meio das tutelas ressarcitórias-pecuniárias – compensatória e indenizatória.

Como hipótese, adotou-se que, a despeito da ampla utilização da tutela ressarcitória-compensatória, as tutelas inibitória, reintegratória e restauratória são mais adequadas à proteção dos direitos da personalidade, por meio da concessão de medidas não pecuniárias, como, por exemplo, as ordens de abstenção da prática de atos, as medidas de remoção do ato ilícito, a retração pública ou privada e o direito de resposta.

Nessa perspectiva, abordou-se a literatura jurídica que classifica a tutela em específica e genérica (ou pelo equivalente pecuniário), adotando como critério o resultado alcançado pelo processo no plano do direito material.

Como premissa, tem-se que a tutela será específica quando o processo for apto a afastar a ameaça de lesão ao direito material, garantindo sua incolumidade, ou quando, no caso de lesão, o processo produzir resultado igual ou próximo ao que existia antes da violação do direito, viabilizando a recomposição do bem jurídico violado.

A tutela será genérica, por outro lado, se o resultado do processo não coincidir ou não se aproximar da situação existente antes da ofensa à norma, sendo incapaz, portanto, de restabelecer o bem jurídico lesado, concedendo ao jurisdicionado um equivalente em pecúnia.

Nesse sentido, dentre as sete modalidades de tutelas, foram investigadas quais delas são capazes de garantir a incolumidade dos direitos da personalidade, afastando a ameaça de violação, e de, no caso de lesão, permitir a recomposição dos atributos essenciais à pessoa humana, restabelecendo o *status quo ante*, ou alcançando situação próxima desse estado.

Em outros termos, foram identificadas as tutelas jurisdicionais que podem viabilizar, ou não, a prestação de tutela específica dos direitos da personalidade, tendo em vista seu caráter extrapatrimonial. Isso confirmou a hipótese dessa pesquisa, que teve como problemática a necessidade de uma tutela diferenciada para os direitos da personalidade, em razão de suas características extrapatrimoniais e, principalmente, de sua função axiológica e fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa medida, utilizou-se uma amostragem da literatura jurídica que vislumbra o processo como instrumento de realização do direito material, devendo produzir decisões capazes de solucionar o conflito de forma adequada e definitiva, a fim de se permitir que os jurisdicionados sejam contemplados com o resultado do processo, ainda que desfavorável aos seus interesses. Nessa linha, o processo é visto como meio para realização do que se considera justo no plano do direito material, objetivando a pacificação social.

Nessa perspectiva, a pesquisa investigou se seria possível, ou não, flexibilizar as regras procedimentais sobre a alteração dos elementos objetivos da demanda (art. 329, I e II, do Código de Processo Civil), visando à prestação de tutela eficiente, efetiva e adequada aos direitos da personalidade.

Assim, a partir da análise das garantias processuais do acesso à justiça, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da boa-fé objetiva, da cooperação, da liberdade, da eficiência, da segurança jurídica e da razoável duração do processo, foram encontrados fundamentos e argumentos que confirmaram a possibilidade de se mitigar o

inciso II do art. 329 do Código de Processo Civil, a fim de se garantir a proteção e a realização dos atributos fundamentais da pessoa humana.

Dessa maneira, a pesquisa revelou que é possível sustentar a flexibilização das regras procedimentais, para se permitir a concretização do acesso à justiça, com a prestação de tutela eficiente, efetiva e adequada às necessidades do direito material, sobretudo dos direitos da personalidade, que são fundamentais. Pela pesquisa documental, ficou constatado que, para se alcançar a efetiva proteção do direito material e a resolução adequada do conflito, é possível flexibilizar as regras procedimentais, sem que haja violação das garantias processuais.

A metodologia da pesquisa consistiu em análise documental da literatura jurídica brasileira, do Código Civil, dos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015 e de julgados do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, utilizou-se o método dedutivo, partindo-se de premissas maiores consideradas verdadeiras, submetendo-as a premissas menores, para, em um movimento lógico descendente, se chegar às conclusões dessa pesquisa. Algumas conclusões estavam implícitas nos conhecimentos já existentes e outras estavam explícitas. Trata-se, pois, de pesquisa qualitativa, baseada na análise dos fundamentos e dos efeitos verificados naqueles documentos.

Para tanto, foi necessário iniciar a pesquisa pela revisão bibliográfica sobre os direitos da personalidade, a dignidade humana, a vulnerabilidade, a cidadania e os prejuízos resultantes do ato lesivo à pessoa humana. O passo seguinte foi analisar o estado d'arte da literatura jurídica brasileira sobre as tutelas dos direitos da personalidade, as garantias fundamentais do processo, as regras de alteração dos elementos objetivos da demanda e o princípio da correlação entre a demanda e a sentença.

Em razão do corte metodológico, não foram analisadas as leis que se referem à proteção dos direitos de propriedade intelectual e industrial (Lei nº 9.279/1996) e aos direitos autorais (Lei nº 9.610/1998).

Também não foram abordadas as regras sobre redução da demanda, na medida em que não se coadunam com a ideia de prestação de tutela ampla e específica dos direitos da personalidade.

Dessa forma, o que se investigou, primordialmente, foi a possibilidade de confirmação das seguintes hipóteses genéricas: (i) quais são as tutelas jurisdicionais adequadas à proteção dos direitos da personalidade, capazes de caracterizar a prestação de tutela específica; (ii) se é possível a alteração dos elementos objetivos da demanda entre a citação e o saneamento, especificamente quando o réu não concorda com a modificação ou a ampliação da causa de

pedir ou do pedido; e (iii) se é possível a alteração dos elementos objetivos da demanda após o saneamento.

Também foi abordada a possibilidade de flexibilização do princípio da congruência entre o pedido e a sentença, como forma de se garantir a proteção adequada e efetiva dos direitos da personalidade.

O trabalho se divide em cinco Capítulos. No Capítulo 1, destacou-se a personalidade como valor jurídico e sua relação com a proteção da dignidade humana, da cidadania e das pessoas em situações de vulnerabilidade, bem como o rol exemplificativo dos direitos da personalidade previsto no Código Civil. Também foram abordados os prejuízos resultantes da violação dos atributos essenciais à pessoa humana, destacando-se o caráter *in re ipsa* dos prejuízos extrapatrimoniais. Além disso, abordou-se o significado do sintagma “tutela jurisdicional” e sua classificação na literatura jurídica.

No Capítulo 2, foi analisada a tutela ressarcitória-pecuniária, dividindo-a em tutela indenizatória de prejuízos patrimoniais e tutela compensatória de prejuízos extrapatrimoniais. Abordou-se o significado do sintagma “indenizar” e a transformação do entendimento jurisprudencial a respeito da possibilidade de reparação do dano moral. A partir dos arts. 12, 20, 186, 927 e 948 a 954 do Código Civil, foram analisadas as formas de ressarcimento dos prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais que resultam da lesão aos direitos da personalidade. Em função do corte metodológico, não foram abordados os critérios para quantificação da indenização do prejuízo patrimonial e da compensação do prejuízo extrapatrimonial, temas que dependem de pesquisas autônomas em relação às tutelas jurisdicionais dos direitos da personalidade.

No Capítulo 3, abordou-se a tutela de exclusão do lucro da intervenção, por meio da qual o lucro obtido em decorrência da violação dos direitos da personalidade é retirado do patrimônio do autor do ato ilícito. Nessa perspectiva, foram confrontadas as regras que versam sobre a responsabilidade civil e a vedação ao enriquecimento sem causa, para verificar qual é o instituto adequado para fundamentar a concessão dessa tutela. Em seguida, foram abordados os pressupostos para o surgimento da obrigação de restituição por enriquecimento sem causa, isto é, os requisitos para a utilização da *actio in rem verso*.

Em decorrência do corte metodológico adotado na pesquisa, serão abordados apenas as normas do Código Civil e do Código de Processo Civil que se relacionam com a tutela de exclusão do lucro da intervenção por violação dos direitos da personalidade. As legislações especiais, como, por exemplo, a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9610/1998) e a Lei de

Propriedade Intelectual (Lei nº 9.279/1996), não serão objeto de análise, por conterem regramento específico sobre o tema.

Também em razão do corte metodológico, a pesquisa se restringe às hipóteses de obtenção de lucro por exploração ou utilização indevida dos direitos da personalidade, de modo que não serão abordadas outras espécies de enriquecimento sem causa, tais como: a violação do direito de propriedade, o ressarcimento de benfeitorias pelo possuidor, o pagamento indevido, os atos de gestão *etc.*

No Capítulo 4, foram analisadas as tutelas *inibitória*, incluindo a *cessatória*; *reintegratória* (ou de *remoção do ilícito*), incluindo os aspectos processuais para a retirada de conteúdo ofensivo do ambiente virtual, com fundamento no Marco Civil da Internet; e *restauratória* (ou *ressarcitória na forma específica*), inclusive o procedimento para o exercício do direito de resposta, traçado pela Lei nº 13.188/2015.

No que diz respeito ao Marco Civil da Internet e à Lei do Direito de Resposta, foram analisados apenas os aspectos processuais para a concessão das tutelas dos direitos da personalidade previstas nessas legislações especiais, não havendo abordagem sobre os aspectos materiais, em razão do corte metodológico.

Além disso, destacou-se, ainda no Capítulo 4, que o legislador instituiu a necessidade de se dar primazia à prestação de tutela específica dos direitos da personalidade, com a finalidade de evitar sua conversão em pecúnia. Também foram abordados os meios de execução das tutelas *inibitória*, *reintegratória* e *restauratória*, ressaltando que o legislador previu a possibilidade de utilização de medidas executivas atípicas, a fim de assegurar a efetividade das decisões judiciais.

No Capítulo 5, foram analisados a demanda e seus elementos objetivos, a possibilidade de flexibilização das regras de alteração da demanda a partir da concretização das garantias fundamentais do processo e, ainda, o princípio da correlação entre o pedido e a sentença.

Após o Exame de Qualificação, além de ter sido realizada a redação dos Capítulos 2 e 3, foram introduzidos ao trabalho os temas referentes às críticas e sugestões feitas pelos Professores naquela oportunidade, como: o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da tutela *inibitória*, especificamente nos casos de conflito entre direitos da personalidade e liberdade de expressão; a possibilidade de concessão de tutela *inibitória* e *reintegratória* contra o abuso de direito, independentemente de culpa ou dano; a cognição exercida pelo juiz para a concessão das tutelas contra o ato ilícito; a tutela de remoção de conteúdo ilícito do ambiente virtual, prevista no Marco Civil da Internet; a possibilidade de

utilização de medidas executivas atípicas para assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, de acordo com a proporcionalidade; as hipóteses de concessão de tutela antecipada *audita e inaudita altera pars*; e a possibilidade de alteração dos elementos objetivos da demanda após o saneamento, por meio de negócio jurídico processual.

A partir dos resultados da pesquisa, acredita-se na importância e na utilidade do tema, persistindo na demonstração de que é preciso não só despatrimonializar o dano, mas também as formas de sua reparação.

Nesse sentido, a conclusão da pesquisa poderá contribuir para a identificação das tutelas jurisdicionais adequadas à proteção dos direitos da personalidade e das formas de sua atuação, permitindo que os atributos fundamentais da pessoa humana sejam protegidos de forma efetiva e eficiente no âmbito processual.

Assim, numa sociedade em que são múltiplas as possibilidades de lesão aos direitos da personalidade, o tema se revela atual e útil, trazendo reflexões e propostas para que seja possível realizar a efetiva proteção da dignidade humana por meio do processo.

CAPÍTULO 1

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E SUA LESÃO

Os direitos da personalidade são bens, atributos e valores inerentes aos aspectos fundamentais da pessoa humana: psicossomático, moral ou espiritual e intelectual.

Destaca-se, nesse sentido, que o sintagma personalidade é utilizado em dois sentidos ou aspectos. Em sentido formal, personalidade significa aptidão para adquirir direitos e contrair deveres; e em sentido material, a personalidade é considerada um valor, dando conteúdo (substância) às normas jurídicas que se destinam à proteção da pessoa humana.

A seguir, será abordada a relação entre personalidade, dignidade, vulnerabilidade e cidadania, analisando de que maneira esses conceitos se interligam na proteção da pessoa humana.

Além disso, serão analisados os prejuízos que decorrem da violação dos direitos da personalidade. Nesse sentido, verifica-se que o ato ofensivo aos direitos da personalidade pode resultar de lesão à pessoa e de lesão à coisa, sendo ambas capazes de gerar danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Nesse capítulo, analisa-se o que constitui o objeto das tutelas dos direitos da personalidade: os atributos que compõem os aspectos fundamentais da pessoa humana e os danos decorrentes de sua lesão. Também será analisada a definição do sintagma “tutela jurisdicional” e sua classificação na literatura jurídica. A partir das premissas e das definições conceituais fixadas nesse capítulo, se tornará possível analisar como as tutelas dos direitos da personalidade atuam na proteção da pessoa humana.

1.1. A personalidade jurídica em sentido formal e em sentido material

Como adverte Alf Ross, todas as palavras são vagas e potencialmente ambíguas.¹ Ambiguidade é a possibilidade de uso da palavra com mais de um significado, isto é, com dois ou mais sentidos, o que também se define como polissemia.² Com o vocábulo “personalidade” não é diferente. Na Ciência do Direito e nos textos legislativos, a palavra personalidade é plurívoca, sendo utilizada em dois aspectos (ou sentidos): (i) *formal* (ou subjetivo) e (ii) *material* (objetivo, axiológico ou substancial).³

¹ ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. 2ª ed. Buenos Aires: Eudeba, 1997, p. 112.

² GUIBOURG, Ricardo; GUIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo. *Introducción al Conocimiento Científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1985, p. 49.

³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25-33. No mesmo sentido: SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 6.

Em seu aspecto formal, personalidade significa aptidão para participar de situações jurídicas existenciais ou patrimoniais, adquirindo direitos, deveres ou outras situações jurídicas subjetivas. Em outros termos, é o atributo dado pela ordem jurídica para tornar a pessoa sujeito de direitos.

A propósito, José Carlos Moreira Alves afirma que “personalidade jurídica é a capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações”.⁴ Na mesma linha, Walter Moraes define personalidade como aptidão para ser pessoa na ordem jurídica, ou seja, para ser sujeito de direitos e obrigações.^{5,6}

Em seu aspecto material, contudo, personalidade significa o “conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico”, conforme entende Gustavo Tepedino.⁷

Nessa perspectiva objetiva, axiológica ou substancial, a personalidade é considerada um valor, consubstanciando o conjunto de atributos inerentes e imprescindíveis ao ser humano, que advêm de sua condição de pessoa e que merecem, portanto, tutela especial do ordenamento.⁸ Destarte, a personalidade em sentido material constitui um bem jurídico em si mesmo, podendo ser objeto de relações jurídicas.⁹

⁴ José Carlos Moreira Alves esclarece a distinção entre personalidade e capacidade: “Personalidade jurídica é a capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações. Em geral, os autores consideram sinônimas as expressões *personalidade jurídica* e *capacidade jurídica*. Parece-nos, entretanto, que é mister distingui-las. Com efeito, enquanto *personalidade jurídica* é conceito absoluto (ela existe, ou não existe), *capacidade jurídica* é conceito relativo (pode ter-se mais capacidade jurídica, ou menos). A personalidade jurídica é a potencialidade de adquirir direitos ou de contrair obrigações; a capacidade jurídica é o limite dessa potencialidade” (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 103).

⁵ MOARES, Walter. Concepção tomista da pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, Vol. 2, p. 187-204, abr./jun., 2000.

⁶ Em sentido idêntico, sustenta Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade Nery: “Personalidade é aptidão para ser pessoa, ou – o que é equivalente – aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações na ordem jurídica” (NERY, Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade. Distinção entre “personalidade” e “direito geral de personalidade”. Uma disciplina própria. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, Vol. 60, p. 127-132, out./dez., 2014).

⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 29.

⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 29.

⁹ Em sentido contrário, Walter Moraes rejeita a existência do aspecto material, objetivo, axiológico ou substancial da personalidade, defendendo que os objetos do direito da personalidade estão na natureza humana, e não no homem: “Os bens que em Direito se qualificam como de personalidade são partes integrantes do homem *in natura*. Com efeito, excluem-se das extensas relações de bens de personalidade os que extravasam dos limites da *individualidade humana*, também os simples desdobramentos de componentes fundamentais e algumas extravagâncias do entusiasmo teórico avaliáveis de pronto, e teremos alguns poucos direitos básicos, estes admitidos pela *communis opinio* doutrinária: o corpo (saúde etc.) e a *psique* (integridade psíquica), que são substâncias, a *vida*, que é essência da psique, a *obra* dita do espírito, que é ato da potência intelectual, a *imagem*, que é propriedade do corpo (visibilidade), a condição de *família*, que é propriedade da potência generativa (congeneratividade), a *liberdade* e a *dignidade*, que são propriedades da *anima intellectiva*, a *identidade* (verdade pessoal, nome) e a *intimidade* (incomunicabilidade ontológica), que são propriedades do todo humano – além de outros cuja qualificação como bens e direitos de personalidade é discutida” (MOARES, Walter. Concepção tomista da pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, Vol. 2, abr./jun., 2000, p. 187-204). Da mesma forma, Rosa Maria Andrade Barreto Borrielo de Andrade Nery também não admite o aspecto objetivo da personalidade, ao afirmar que é equivocado dizer

Em sentido semelhante, aduz Antonino Scalisi:¹⁰

La persona iuris ed intanto la misura in cui l'uomo è persona nell'universo giuridico sarebbe rappresentata dai diritti della personalità quale tutela di quelle prerogative essenziali che ogni essere umano può legittimamente vantare nei suoi rapporti con i terzi e la società.

É a partir do sentido material da personalidade que se pode falar em proteção dos aspectos fundamentais e constitutivos da pessoa humana, por meio dos direitos da personalidade. Adquirindo personalidade em sentido formal, a pessoa humana adquire, *ipso iure*, personalidade em sentido material, de modo que os seus atributos e características essenciais passam a ser tutelados pelo Direito, como objeto de relações jurídicas.

A propósito, Francisco Amaral assevera que o bem jurídico “personalidade” (em sentido material) é o objeto dos direitos da personalidade, devendo ser compreendido como: “a titularidade de direitos e deveres que se consideram ínsitos em qualquer ser humano, em razão do que este se torna sujeito de relações jurídicas, dotado, portanto, de capacidade de direito”.¹¹

No mesmo sentido, Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski entendem ser necessária a distinção entre a personalidade como *dado abstrato*, atributo que permite alguém integrar relações jurídicas como sujeito de direito, e a personalidade como *dado concreto*, formado por um complexo psíquico-somático, integrado pelos elementos físico e psíquico da pessoa, e também pelos atributos de relação da pessoa consigo mesma e com o meio social.¹²

que “o direito de personalidade cuida de certos objetos que estão no sujeito” (NERY, Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade. *Distinção entre “personalidade” e “direito geral de personalidade”*. Uma disciplina própria. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, Vol. 60, p. 127-132, out./dez., 2014).

¹⁰ SCALISI, Antonino. *Il valore della persona nel sistema i nuovi diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 1. Em tradução livre: “A *persona iuris* enquanto medida pela qual o homem é pessoa no universo jurídico seria representada pelos direitos da personalidade, como proteção das prerrogativas essenciais que todo ser humano pode legittimamente reivindicar em suas relações com terceiros e com a sociedade”.

¹¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8ª ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 302. Em sentido similar, esclarece Pontes de Miranda: “Antes de qualquer pesquisa, advirta-se em que: a) no suporte fático de qualquer fato jurídico, de que surge direito, há, necessariamente, alguma pessoa, como elemento do suporte; b) no suporte fático do fato jurídico de que surge direito da personalidade, o elemento subjetivo é ser humano, e não ainda pessoa: a personalidade resulta da entrada do ser humano no mundo jurídico” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 57).

¹² FACHIN, Luis Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Vol. 35, jul./set., 2008, p. 101-119.

Interpretando o Código Civil português,¹³ Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa também reconhece a distinção e a interação entre os aspectos formal (subjeto) e material (objeto) da personalidade:¹⁴

O nº 1 do art. 70.º do Código Civil toma como bem jurídico, objecto de uma tutela geral, a personalidade *física* ou *moral* dos indivíduos, isto é, os bens inerentes à própria materialidade e espiritualidade de cada homem. Repare-se, pois, que a personalidade surge imediatizada no ser humano e configurada como objecto de direitos e deveres, não se perspectivando como qualificador do sujeito na relação jurídica, enquanto tal, ou seja, pelo reconhecimento de um centro autónomo de direitos e obrigações, e de capacidade jurídica, isto é, pela possibilidade jurídica inerente a esse centro de ser titular de direitos e obrigações em concreto. Todavia, os institutos da personalidade e da capacidade jurídica interpenetram-se, sem se confundirem, com o bem da personalidade humana juridicamente relevante, na medida em que os valores jurídicos que aqueles institutos incorporam são reabsorvidos também no bem jurídico da personalidade, enquanto objecto da tutela geral referida. Concretizando, o bem jurídico da personalidade reivindica e incorpora um direito ao bem da personalidade jurídica plena e clama, consequência ou postula o bem de uma capacidade jurídica extensa.

No âmbito judicial, embora a definição do momento em que ocorre a aquisição do aspecto formal da personalidade não seja objeto desta pesquisa, convém destacar que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu o *duplo aspecto* da personalidade. No julgamento do Recurso Especial nº 1.415.727/SC,¹⁵ após reconhecer que o nascituro tem aptidão para ser titular de direitos (personalidade em sentido formal), o Tribunal admitiu, também, o aspecto objetivo de sua personalidade e garantiu-lhe proteção do direito à vida, concedendo à sua genitora indenização referente ao seguro de danos pessoais causados por veículos automotores em vias terrestres (DPVAT), por causa da morte da vida intrauterina provocada por aborto advindo de acidente de trânsito:

1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil - que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento -, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei. 2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito

¹³ “ARTIGO 70º (Tutela geral da personalidade): 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”.

¹⁴ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 106-107.

¹⁵ STJ, REsp nº 1.415.727/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/09/2014.

penal a condição de pessoa viva do nascituro - embora não nascida - é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" - tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.658). 3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro - natalista e da personalidade condicional - fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa - como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros. 4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. 5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n.6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina. 6. Recurso especial provido.

Em termos históricos, todavia, a proteção da personalidade como *valor* ganhou maior relevância a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que, em seu art. 1º, preceitua que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Destaca, a propósito, Antonino Scalisi:¹⁶

Questa rinnovata attenzione per il modo in cui il diritto positivo attuale considera e disciplina i valori della persona umana trova la sua giustificazione in due ordini di ragioni: l'uno attiene al mutato contesto socio-politico-economico ossia «culturale» che ha profondamente trasformato le condizioni stesse di vita dell'uomo, il suo ruolo, la sua posizione nell'universo dell'esistente, l'altro attiene invece ai nuovi orientamenti e scopi che la normativa costituzionale in sintonia con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ha riferito all'ordinamento giuridico italiano. È opportuno evidenziare che i ccddi diritti della personalità sono una conquista della scienza giuridica dell'ultimo secolo e datano una tappa di quel lungo cammino di emancipazione dell'uomo: da schiavo a persona a persona libera.

¹⁶ SCALISI, Antonino. *Il valore della persona nel sistema i nuovi diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 2. Em tradução livre: “Essa atenção renovada à maneira pela qual a lei positiva atual considera e disciplina os valores da pessoa humana encontra sua justificativa em duas razões: a uma diz respeito ao contexto sócio-político-econômico ou ‘cultural’ modificado, que transformou profundamente as condições da vida humana, o seu papel, a sua posição no universo; o outro diz respeito às novas orientações e finalidades que o direito constitucional, em consonância com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, referendado pelo ordenamento jurídico italiano. É oportuno destacar que os chamados direitos da personalidade são uma conquista da ciência jurídica do último século e datam de uma etapa do longo processo de emancipação humana: de escravo a pessoa a pessoa livre”. Na mesma linha: SCOGNAMIGLIO, Renato. Il dano morale mezzo secolo dopo. *Rivista de Diritto Civile*. Milano, anno LVI, n. 5, p. 618-619, set./out., 2010.

Na mesma linha, a literatura jurídica nacional relata que, após a Segunda Guerra Mundial, a humanidade intensificou a preocupação com a proteção da personalidade humana. Em razão das violações cometidas pelo regime nazista, marcado pelo desrespeito à vida e à liberdade humana, a tutela do aspecto objetivo da personalidade foi positivada nos principais documentos internacionais sobre direitos humanos, como, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, na Declaração de Cartagena de 1984, no Pacto Internacional sobre Direitos Humanos e Civis de 1996 e na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000.¹⁷

Em sentido semelhante, posiciona-se Carlos Alberto Gherzi, afirmando que a preocupação com a tutela da personalidade humana decorreu, sobretudo, das transgressões praticadas contra a pessoa humana durante a Segunda Guerra Mundial.¹⁸

Fue necesaria una Segunda Guerra Mundial y numerosos campos de exterminio para darse cuenta de que con los derechos de primera y segunda generación no bastaba; la agresión al ser humano estaba en las mismas entrañas del sistema, que estimulaba la voracidad del lucro, la apetencia por el poder, la destrucción de la familia, la vida fácil y licenciosa. [...] Los derechos personalísimos así entendidos aseguran un mínimo de dignidad en el hombre – ya no en sus fases de productor-obrero o de mero consumidor, sino como ser humano –, tales como el derecho a la vida y la integridad física, el derecho al propio cuerpo, a la integridad espiritual, a los datos personales, a la intimidad, etc.; todos ellos van conformando una especie de halo protector e irreductible.

Nas declarações internacionais elaboradas no pós-guerra, a dignidade e a proteção do ser humano constituem o valor máximo e a fundamentação da ordem jurídica internacional, tornando-se, também, a razão e o fim dos Estados Democráticos de Direito.¹⁹ De fato, essa

¹⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 302-303; SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 6-7; NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. *Instituições de Direito Civil*. Vol. VII. Direito da personalidade (Direito de Humanidade). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 23-70; SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 49-62; BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 41-42.

¹⁸ GHERZI, Carlos Alberto. *Teoría general de la reparación de daños*. 3ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2003, p. 69-70.

¹⁹ FACHIN, Luis Edson. Direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). *Direito Civil: direito Patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método, 2006, p. 629-630. Na mesma linha, aduz Anderson Schreiber: “A consagração da dignidade humana como fundamento da liberdade e valor central da ordem jurídica internacional influenciou as Constituições da segunda metade século XX, que a incorporaram como verdadeira razão de ser do Estado Democrático de Direito” (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 7).

“nova” concepção, de que a pessoa é dotada de dignidade inviolável, repercutiu na elaboração das Constituições de diversos Países no Século XX.²⁰

No inciso III do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a dignidade da pessoa humana está prevista como fundamento da República, que se constitui em Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva, o ser humano é o fundamento Estado, que existe para garantir-lhe direitos imprescindíveis à proteção, ao desenvolvimento e à promoção de sua personalidade. A pessoa humana e a proteção de sua dignidade se tornam o ponto nuclear e a principal preocupação do ordenamento jurídico, provocando o fenômeno da *repersonalização* ou do *personalismo ético*.²¹

Aliás, antes mesmo da Constituição de 1988, José Lamartine Correa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz advertiram que a efetiva proteção da personalidade dependia da compreensão de que a dignidade da pessoa humana deveria ser o valor primordial da ordem jurídica:²²

[...] só através do entendimento da ordem jurídica como um todo, que tem por base uma hierarquia de valores, dentro da qual ocupa lugar primacial a noção de que o ser humano é pessoa, dotada de inalienável e inviolável dignidade, é possível dar à noção de direitos da personalidade toda a sua real amplitude.

²⁰ Na Lei Fundamental da Alemanha de 1949: “Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]: (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”. Na Constituição da República Portuguesa de 1976: “Artigo 1.º Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Na Constituição espanhola de 1978: “Artículo. 10 Derechos de la persona 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. A propósito, Maria Celina Bodin de Moraes pondera que, embora a Constituição italiana tenha previsto, em seu art. 1º, que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei”, costuma-se apontar a Lei Fundamental da Alemanha como o primeiro documento normativo a estabelecer o princípio da dignidade humana em termos mais incisivos (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 82).

²¹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 57; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 582; LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, vol. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar., 1999.

²² OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os direitos da personalidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais. obrigações e contratos*. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1005-1024.

O personalismo ético é fundado, sobretudo, no pensamento de Immanuel Kant,²³ formulado no Século XVIII, especificamente em 1785. Esse filósofo afirma que os seres humanos são fins, e não meios, e que as pessoas têm dignidade, ao passo que as coisas têm preço. Sustenta que o direito à vida, à honra, à integridade física, à integridade psíquica, dentre outros, estão acima do preço, não podendo ser substituídos por algo equivalente, já que, sem eles, não se concretiza a dignidade, valor absoluto do homem.²⁴

De acordo com Karl Larenz, a compreensão de que a condição de ser pessoa é a qualidade que distingue o homem de todos os demais seres vivos encontrou fundamento no personalismo ético de Kant, que atribui ao homem, precisamente porque é “pessoa” em sentido ético, um valor em si mesmo, e não simplesmente como meio para os fins de outras pessoas. Nesse sentido, o personalismo ético também atribui ao homem uma dignidade. Como consequência, todo ser humano possui, perante qualquer outro, o direito de ser respeitado como pessoa e de não ser prejudicado em sua existência, com o respeito à sua vida, seu corpo e sua saúde, de modo que cada pessoa está obrigada perante qualquer outra de forma análoga, ou seja, reciprocamente.²⁵

Dessa maneira, repersonalizar o direito significa retomar ou revistar o personalismo ético de Kant, recolocando a pessoa e sua dignidade como razão de ser da ordem jurídica, o que permitiu o reconhecimento da necessidade de efetiva proteção dos direitos da personalidade.²⁶ No âmbito do Direito Civil, os institutos passam a ser precipuamente funcionalizados e voltados à promoção, ao desenvolvimento e à proteção da personalidade e da dignidade humana,²⁷ valor máximo do ordenamento jurídico.

Nessa linha, Pietro Perlingieri fala em “despatrimonialização” do Direito Civil, no sentido de que as situações jurídicas patrimoniais devem estar voltadas à proteção e ao desenvolvimento da pessoa humana. Entretanto, como adverte o autor, não se trata de desconsiderar a importância do patrimônio no sistema jurídico, mas de colocá-lo a serviço da pessoa humana, isto é, instrumentalizá-lo, visando à tutela de sua dignidade.²⁸

²³ LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. Tradução de Miguel Izquierdo y Macias-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, p. 44-46.

²⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 33-34.

²⁵ LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. Tradução de Miguel Izquierdo y Macias-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, p. 45-46.

²⁶ AMARAL, Francisco. O Direito Civil na Pós-Modernidade. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro, vol. 18, n. 21, p. 53, 2002.

²⁷ SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, vol. 48, p. 3-26, out./dez., 2011.

²⁸ “Com o termo, certamente não elegante, a ‘despatrimonialização’, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma,

Em sentido semelhante, Francisco Amaral explica a *personalização do Direito Civil*, destacando, também, que o patrimônio continua sendo um elemento essencial para a pessoa humana:²⁹

Personalização do direito civil, no sentido da crescente importância da vida e da dignidade da pessoa humana, elevada esta à condição de valor fundamental da ordem jurídica. [...]. O ser humano, porque pessoa em sentido ético, é um valor em si mesmo, o que legitima o surgimento de uma nova categoria jurídica, a dos Direitos da Personalidade. A personalização do direito não leva, porém, à desconsideração da esfera patrimonial individual. O *homo privatus* é, ainda e sempre, um *homo oeconomicus*, ‘portador de exigências econômicas juridicamente relevantes’, como atesta a introdução recente de novas figuras contratuais, próprias da sociedade pós-industrial (*leasing, merchandising, franchising, know how, engineering, factoring*, contratos na informática, alienação fiduciária em garantia).

Nesse contexto, Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski afirmam que “repersonalizar” o Direito Civil significa “colocar a pessoa humana no centro das preocupações do Direito. Trata-se de revisitar, de algum modo, a ideia de que o ser humano é dotado de dignidade, e que constitui um fim em si próprio”.³⁰ Em outras palavras, a pessoa humana é o centro nuclear do Direito Civil, de modo que qualquer norma só tem razão de existir em função do ser humano e de sua dignidade.^{31,32}

do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores). Com isso, não se projeta a ‘expulsão’ e a ‘redução’ quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência da tutela do homem, um aspecto idôneo, não a ‘humilhar’ a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. [...]. é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 33-34).

²⁹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 202. Em outro trabalho, o autor aduz na mesma linha: “Personalização do direito civil, no sentido da crescente importância da vida e da dignidade da pessoa humana, elevados à categoria de direitos e de princípio fundamental da Constituição, donde o reconhecimento de um novo e importante ramo jurídico, o dos direitos da personalidade, fundamentais ou humanos, ‘constituem o núcleo das Constituições dos sistemas jurídicos contemporâneos’ (AMARAL, Francisco. O Direito Civil na Pós-Modernidade. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro, vol. 18, n. 21, p. 53, 2002).

³⁰ FACHIN, Luis Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Vol. 35, p. 101-119, jun./set., 2000.

³¹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luis Edson (Org.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 41. Em sentido similar: “O ser humano e sua dignidade fundamentam e justificam a existência do Estado e da ordem jurídica. O fim primordial do Estado é a garantia da existência digna do ser humano, assegurando-lhe direitos e regulando seu exercício de modo a criar condições adequadas ao seu desenvolvimento” (CABRAL, Marcelo Malizia. A colisão entre os direitos de personalidade e o direito de informação. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Coords.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 110).

³² Em sentido diverso, Antonio Junqueira de Azevedo defende que a ética tem fundamento biológico (biocentrismo), afirmando que a vida é a razão de ser e o fundamento das regras do ordenamento jurídico, e não

Pode-se afirmar, assim, que a proteção, a realização e a promoção da personalidade humana se tornam o centro e o valor máximo da ordem jurídica, de modo que os aspectos fundamentais e constitutivos da pessoa merecem tutela que se coadune com o princípio da dignidade humana.³³

o homem. Segundo o autor, “o erro de Kant foi o de considerar que toda vida não-humana, a vida em geral, e, em especial a vida dos animais, era desprezível, sem dignidade, coisa”. Por essa visão, os animais não têm alma e são reduzidos à condição de coisa. De acordo com Antonio Junqueira de Azevedo, não há, no mundo científico, uma radical separação entre o *homo sapiens* e os animais superiores. O autor argumenta que, desde que a vida surgiu na Terra, os seres vivos vem se reproduzindo e aparecendo novos tipos de seres cada vez mais complexos, até o surgimento do *homo sapiens*, há aproximadamente 200 mil anos. Para sustentar a tese de que o respeito e a defesa da vida são os fundamentos da ordem jurídica, o autor apresenta três emergências, todas elas com consequências jurídicas. A primeira emergência refere-se ao aparecimento da vida animal, que fixou, para o homem, uma regra ética absoluta: todo ser humano tem direito a ver sua vida respeitada e a se defender. Segundo o autor, “esse é um princípio *supra-constitucional*: cria Direito subjetivo *lato sensu* e é de Direito natural no sentido próprio, porque a vida, repetimos, é um valor ontológico”. Não há direito à vida ou direito de dispor da vida, mas apenas direito de ver a vida respeitada e de defendê-la. Como consequência do valor ontológico da vida, surgem outras regras éticas e jurídicas, tais como: o direito à integridade física, às condições mínimas de sobrevivência, ao meio ambiente saudável, aos alimentos, à moradia, à propriedade, à proteção dos animais *etc.*, todas fundadas no valor da vida. Nesse sentido, o autor afirma que o fundamento de todos os direitos e regras jurídicas é ético; no entanto, diversamente do que sustenta o personalismo, o fundamento dessa ética não é religioso, cultural ou espiritual, e sim biológico. É daí que o autor defende a ética biocêntrica, colocando o respeito e a defesa da vida como o principal fundamento da ordem jurídica. A segunda emergência se constitui no aparecimento dos animais superiores, que possuem um sistema nervoso sofisticado, centralizado no cérebro, em que há neurônios para percepção do ambiente externo, transmissão de informações e emissão de ordens de comportamento. Desse modo, esses animais vivem em sociedade, possuindo uma solidariedade grupal. Para exemplificar que os animais possuem solidariedade grupal assim como os seres humanos, o autor cita alguns exemplos, como o caso dos macacos, que “caçam em conjunto de forma muito organizada, distribuindo quem deve ir pela direita ou pela esquerda para acurrular a caça”. Essa segunda emergência possui duas características que importam para o mundo jurídico: solidariedade grupal e direito de realização dos impulsos vitais. No que se refere à primeira característica, o autor sustenta que, em decorrência desse aparato biológico, esses animais decidem os movimentos que realizam, a partir de um processo interno de decisão. Na luta pela sobrevivência, esses animais superiores, inclusive o homem, obtiveram mais sucesso que os demais em razão de um fator biológico, que é a solidariedade grupal, isto é, um impulso físico de defender seus semelhantes. Esta solidariedade é própria dos animais superiores e também se revela nos seres humanos, dando origem a muitas regras jurídicas, como, por exemplo, as normas de Direito de Família, o direito de associação *etc.* Ainda na segunda emergência, a segunda característica que tem relevância para o mundo jurídico é a realização dos impulsos vitais, consistente no direito de procriar, de se desenvolver, de ampliar o conhecimento e de ter prazer, sendo, portanto, um *plus* em relação ao simples instinto de sobrevivência. O autor aduz que, entre uma situação de auto-realização e outra de renúncia ou sofrimento, os homens, como animais superiores, optam pela primeira. Esse fundamento, segundo o autor, é biológico, fazendo surgir o princípio da autonomia da vontade, pelo qual os homens buscam satisfazer seus interesses por meio da celebração de negócios jurídicos. Por fim, a terceira emergência diz respeito a dois princípios que são próprios do *homo sapiens*, quais sejam: exigência de tratamento de igualdade das situações iguais e solidariedade universal, no sentido de empatia, ambas previstas na Declaração de Direitos do Homem de 1948. Para o autor, a capacidade de se comunicar com palavras é o que *homo sapiens* possui a mais em relação aos animais superiores, como os chimpanzés e orangotangos. É essa capacidade, ou seja, o *logos*, que permitiu o desenvolvimento da cultura humana e das civilizações. Apesar da importância da cultura para o ser humano, são disposições fisiológicas do cérebro humano que permitem a fala e a comunicação por palavras. Assim, embora estejam no campo da ética e do Direito, a igualdade de tratamento e a solidariedade universal também possuem fundamentos biológicos (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil. Em favor de uma ética biocêntrica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 103, jan./dez., 2008).

³³ A propósito, sustenta Gustavo Tepedino: “Assim é que, no caso brasileiro, em respeito ao texto constitucional, parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercido a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 53).

A vida humana, portanto, só pode ser considerada como vida se for necessariamente digna.³⁴ Como observa Eroulths Cortiano Junior, “a dignidade da pessoa humana é o centro de sua personalidade”, de forma que, no âmbito do direito privado, a tutela da dignidade se concretiza, precipuamente, por meio dos direitos da personalidade.³⁵

1.2. Definição de direitos da personalidade

Os direitos da personalidade são destinados à proteção, ao desenvolvimento e à promoção dos aspectos fundamentais e constitutivos da pessoa humana (psicossomático, moral ou espiritual e intelectual), a fim de lhe garantir uma vida com dignidade. Dito de outro modo, os direitos da personalidade são aqueles voltados à tutela da dignidade, por meio da proteção dos atributos essenciais à pessoa humana.

Na mesma linha, entende Gustavo Tepedino: “compreendem-se, sob a denominação de direitos da personalidade, os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade”.³⁶

Na literatura jurídica brasileira, há outras definições conceituais sobre os direitos da personalidade. Para Orlando Gomes, “Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade”.³⁷

Segundo Rubens Limongi França, os direitos da personalidade são “[...] as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior”.³⁸

Maria Helena Diniz, por seu turno, define os direitos da personalidade como direitos subjetivos:³⁹

São direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo

³⁴ FACHIN, Luis Edson. Direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). *Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método, 2006, p. 631.

³⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luis Edson (Org.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 42.

³⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 26. Em sentido semelhante, afirma Anderson Schreiber: “Os direitos da personalidade consistem em atributos essenciais da pessoa humana [...]” (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13).

³⁷ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 14ª ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Jr. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 148.

³⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 1.033.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do Direito civil*. Vol. 1. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 142.

ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social).

Em sentido semelhante, Francisco Amaral aduz que os direitos da personalidade são direitos subjetivos ou situações jurídicas existenciais subjetivas “que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”, conferindo ao seu titular o poder de atuar na defesa de tais atributos.⁴⁰

Na mesma linha, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald entendem que os direitos da personalidade são situações jurídicas essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana.⁴¹

[...] é possível asseverar serem os direitos da personalidade situações jurídicas reconhecidas à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Isto é, são os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica.

Em sentido similar, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam que os direitos da personalidade são “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”.⁴²

Propondo a utilização de nomenclatura distinta, Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior defendem que os direitos da personalidade devem ser chamados de “direito de humanidade”. É que, segundo os autores, os bens que são objeto dos direitos da personalidade não estão na pessoa, mas na natureza humana.⁴³

Personalidade, como reiteradamente afirmamos na cadência da doutrina prevalecente, é a aptidão para ser sujeito de direito. Assim, a personalidade é o atributo que confere ao ente a qualidade de sujeito de direitos; isto é, o atributo que confere ao ente a qualidade de pessoa; ou simplesmente, personalidade é o atributo que faz do ente pessoa. De outra parte, os direitos de humanidade são aqueles destinados a tutelar os bens que compõem a natureza humana, é dizer, a humanidade do ser. A eles também se faz referência a partir da expressão direitos de personalidade. Apesar de muito conhecida e aceita, a expressão direitos de personalidade (amplamente adotada) não é a melhor, porque confunde dois conceitos distintos: a) Pessoa (ente com personalidade) e b) Natureza humana (essências, potências e atos realizados, típicos da humanidade do ser, da natureza do

⁴⁰ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 301.

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Parte Geral e LINDB*. Vol. 1. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 183-184.

⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Vol. 1. Parte Geral. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 184.

⁴³ NERY, Rosa Maria de Andrade, NERY JR., Nelson. *Instituições de Direito Civil*. Vol. VII. Direito da personalidade (Direito de Humanidade). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 19.

ente de que se trata). A conveniência que se tem de prestigiar a nomenclatura “direito de humanidade”, no lugar de “direito de personalidade”, a par da necessidade de não confundir o termo clássico “personalidade” (qualidade de quem é sujeito), com a disciplina que cuida de teorizar os interesses jurídicos sobre objetos que estão na humanidade do ser, permite ao teórico repensar essa disciplina com aspectos novos a respeito de institutos fundamentais em que se baseia o Código Civil: propriedade, contrato e responsabilidade civil.

Como se nota, a despeito de apresentarem diferenças, todas as definições sobre os direitos da personalidade têm um ponto em comum, qual seja: a proteção dos aspectos e atributos fundamentais da pessoa humana.

Na literatura jurídica, costuma-se dividir os aspectos essenciais à pessoa humana da seguinte forma: *(i)* psicossomático,⁴⁴ relacionado aos atributos psicológicos e físicos, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a integridade física e psíquica *etc.*, *(ii)* espiritual ou moral, concernente aos sentimentos, à convicção e às relações do indivíduo consigo mesmo e na vida em sociedade, como, por exemplo, a honra, o nome, a intimidade, a privacidade, a imagem, a liberdade de crença e religião *etc.*; e *(iii)* intelectual, referente à inteligência e à capacidade criativa, como a liberdade de expressão e informação, os direitos autorais *etc.* Assim, a classificação dos direitos da personalidade pode ser sistematizada da seguinte maneira:^{45,46}

⁴⁴ “O indivíduo da espécie humana – o homem – é um composto psicossomático. É corpo e psique (ou alma), o que vale dizer um corpo animado segundo o princípio operativo da natureza” (MOARES, Walter. Concepção tomista da pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, Vol. 2, p. 187-204, abr./jun., 2000).

⁴⁵ Classificação proposta pelo Professor Doutor Gilberto Fachetti Silvestre, durante as aulas da disciplina “Aspectos processuais do Código Civil Brasileiro: Tutela dos direitos da personalidade”, ministrada no Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, no segundo semestre do ano letivo de 2017.

⁴⁶ Na literatura jurídica, há outras diversas classificações tripartites dos direitos da personalidade. Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar defende a divisão dos direitos da personalidade em *(i)* físicos, *(ii)* psíquicos e *(iii)* morais: “Por isso, podemos distribuir os direitos da personalidade em: a) direitos físicos; b) direitos psíquicos; c) direitos morais. Os primeiros são referentes a componentes materiais da estrutura humana (a integridade corporal, compreendendo: o corpo, como um todo; os órgãos; os membros; a imagem, ou efígie); os segundos relativos a elementos intrínsecos à personalidade (integridade psíquica, compreendendo: a liberdade; a intimidade; o sigilo); e os últimos, respeitantes a atributos valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade (o patrimônio moral, compreendendo: a identidade; a honra; as manifestações do intelecto)” (BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 49). Por outro lado, Rubens Limongi França prefere classificá-los em direito à integridade *(i)* física, *(ii)* intelectual e *(iii)* moral: “I – Direito à integridade física: 1) direito à vida e aos alimentos; 2) direito sobre o próprio corpo, vivo; 3) direito sobre o próprio corpo, morto; 4) direito sobre o corpo alheio, vivo; 5) direito sobre o corpo alheio, morto; 6) direito sobre partes separadas do corpo, vivo; 7) direito sobre partes separadas do corpo, morto. II – Direito à integridade intelectual: 1) direito à liberdade de pensamento; 2) direito pessoal de autor científico; 3) direito pessoal de autor artístico; 4) direito pessoal de inventor. III – Direito à integridade moral: 1) direito à liberdade civil, política e religiosa; 2) direito à honra; 3) direito à honorificência; 4) direito ao recato; 5) direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional; 6) direito à imagem; 7) direito à identidade pessoal, familiar e social” (FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 1.037-1.038). Em sentido semelhante à classificação de Limongi França, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal dividem os direitos da personalidade da seguinte forma: *(i)* direitos à integridade física (direito à vida, à liberdade, ao corpo, à saúde, ao cadáver *etc.*), *(ii)* direitos à integridade intelectual (direito à autoria científica ou literária, à liberdade religiosa e de expressão *etc.*), e *(iii)* direito à integridade moral ou psíquica (direito à privacidade, ao nome, à imagem, à honra *etc.*) (FARIAS,

<i>Aspectos</i>	<i>Direitos “clássicos”</i>	<i>“Tutelas contemporâneas”</i>
Psicossomático (psicológico e físico)	Vida, integridade física e psicológica, saúde, integridade dos órgãos e tecidos, recusa a tratamento médico, consentimento médico informado, doação de órgãos, doação do corpo e do cadáver para estudos, liberdade de locomoção, meio ambiente saudável <i>etc.</i>	Proteção <i>anti-bullying</i> e <i>anti-mobbing</i> , liberdade, inclusão e acessibilidade das pessoas com deficiência, ⁴⁷ tempo útil <i>etc.</i>
Espiritual ou moral (sentimentos, convicções, reputação, intimidade e relações pessoal e social)	Nome, imagem, honra, privacidade, intimidade, recato, sossego, liberdade de crença e religião <i>etc.</i>	Direito ao esquecimento, identidade pessoal e sexual das pessoas transexuais, autodeterminação e orientação sexual, uniões de pessoas homoafetivas, adoção de menores por pessoas homoafetivas, proteção de dados pessoais <i>etc.</i>
Intelectual (manifestações do intelecto e criatividades)	Liberdade de expressão e de pensamento, direito à informação, direitos autorais, propriedade intelectual, propriedade industrial <i>etc.</i>	Proteção à personalidade e à liberdade de expressão e de informação nas redes sociais, proteção contra <i>stalkers</i> e <i>haters</i> <i>etc.</i>

Em sentido similar, Francisco Amaral também adota uma classificação tripartida dos direitos da personalidade, referindo-se aos bens e valores inerentes aos aspectos físico, intelectual e moral da pessoa humana:⁴⁸

Como direitos ou situações jurídicas subjetivas, conferem ao seu titular o poder de agir na defesa dos bens ou valores essenciais da personalidade, que compreendem, no seu aspecto físico, o direito à vida e ao próprio corpo; no aspecto intelectual, o direito à liberdade de pensamento, direito de autor e de inventor; e no aspecto moral, o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem, à identidade [...].

Diversamente, Orlando Gomes propõe uma classificação bipartida dos direitos da personalidade, dividindo-os em: (i) direitos à integridade física: a) o direito à vida; b) o direito sobre o próprio corpo, que se subdivide em direito sobre o corpo inteiro e direito sobre partes separadas, compreendendo os direitos de decisão individual sobre tratamento médico e cirúrgico, exame médico e perícia médica; e (ii) direitos à integridade moral: a) o direito à

Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB*. Vol. 1. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 221-223).

⁴⁷ Gilberto Fachetti Silvestre, Camila Villa Nova Ramalho e Davi Amaral Hibner consideram a acessibilidade das pessoas com deficiência como um “novo” direito da personalidade (SILVESTRE, Gilberto Fachetti; RAMALHO, Camila Villa Nova; HIBNER, Davi Amaral. La accesibilidad como un nuevo derecho de la personalidad en Brasil: el Estatuto de la Persona con Discapacidad (ley 13.146/2015) y el daño moral que surge de la inaccesibilidad. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, v. 80, p. 9-31, jun./nov., 2018).

⁴⁸ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 302.

honra; b) o direito à liberdade; c) o direito ao recato; d) o direito à imagem; e) o direito ao nome; e f) o direito moral do autor.⁴⁹

Defendendo uma divisão bipartida, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa entende que os direitos da personalidade protegem dois aspectos da pessoa: (i) físico, formado pelo complexo unitário somático-psíquico da personalidade, incluindo a vida, o corpo e seus elementos básicos (o somático, a psique e a saúde), o espírito e seus sistemas fundamentais (os sentimentos, a inteligência e a vontade), e a capacidade criadora do homem e respectivas criações; e (ii) moral, compreendido pela dimensão relacional “eu”-“mundo” da personalidade (atributos relacionais da pessoa consigo mesma e enquanto ser social), incluindo a identidade, a liberdade, a igualdade, a existência e a segurança, a honra, a reserva (resguardo e sigilo) do ser particular e da vida privada, e o desenvolvimento da personalidade.⁵⁰

Por sua vez, Silmara Juny de Abreu Chinellato defende uma classificação quadripartida, colocando o direito à vida à parte e em posição hierarquicamente superior, por considerar que dele decorrem os demais direitos da personalidade.⁵¹

É preciso advertir, todavia, que a classificação adotada neste trabalho tem pretensão meramente didática. Diante das inevitáveis transformações sociais, tecnológicas e científicas, nenhuma classificação consegue esgotar todos os atributos essenciais à pessoa humana, que se alteram e se renovam no espaço e no tempo. Como pondera Anderson Schreiber, “o caráter aberto da dignidade humana não permite o congelamento das múltiplas expressões” da personalidade humana.⁵² Além disso, as classificações não devem ser rígidas ou estanques, pois determinado direito ou atributo pode integrar mais de um aspecto da pessoa humana.

De qualquer modo, percebe-se que, apesar das diferenças, todas as definições e classificações sobre os direitos da personalidade tangenciam a proteção dos aspectos fundamentais e constitutivos da pessoa humana.

No entanto, seja qual for a definição ou a classificação que se adote, a ampla proteção da pessoa humana depende da superação das teorias *pluralista* e *monista* sobre os direitos da personalidade.⁵³

⁴⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 14ª ed. Atualização de Humberto Theodoro Jr. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 153.

⁵⁰ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 198-203.

⁵¹ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Comentários aos arts. 1º ao 21. In: MACHADO, Antonio Cláudio da Costa (Org.). *Código Civil interpretado*. Barueri: Manole, 2008, p. 18.

⁵² SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 227.

⁵³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 50-62.

De acordo com a teoria pluralista, os direitos da personalidade são direitos subjetivos fracionados em hipóteses legislativas, ou seja, multifacetados em diversas tipificações. Sob essa ótica, direitos não positivados no ordenamento não poderiam ser tutelados, tampouco considerados como direitos da personalidade.

Sustenta, a propósito, Adriano de Cupis:⁵⁴

[...] os direitos da personalidade estão vinculados ao ordenamento positivo tanto como os outros direitos subjetivos, uma vez admitido que as ideias dominantes no meio social sejam revestidas de uma particular força de pressão sobre o próprio ordenamento. [...]. Admitindo que a individualização dos bens ocorra com base na individuação das necessidades, e admitindo que a exigência da existência seja distinta em relação àquela da liberdade; que a necessidade de viver de maneira honrada não se confunda com a necessidade de se distinguir dos outros sujeitos, *etc.* [...]. daí decorre por consequência que distintos são também os bens correspondentes assim como os direitos sobre estes.

Por outro lado, a teoria monista defende que a pessoa humana é um valor unitário e que os seus atributos e aspectos fundamentais estão substancialmente interligados, de modo que existe apenas um “direito geral de personalidade”, conferindo ao seu titular o poder de atuar na defesa de seus interesses e impondo a toda coletividade o dever de respeitá-los, ou seja, um dever geral de abstenção.

Nessa linha, afirma Elimar Szaniawski:⁵⁵

Assim, desenvolveu-se a teoria do direito geral de personalidade na Alemanha e Suíça a partir das teses de Gierke, Koehler e Huber, que se pronunciaram a favor da existência de um único e genérico direito de personalidade, repudiando a ideia da existência de direitos de personalidade multifacetados em diversas tipificações. Segundo esta concepção, assim como cada um de nós possui uma personalidade, a sua personalidade, existe apenas um único e geral direito de personalidade, variando, tão somente, os modos de atentar contra a personalidade do indivíduo, sendo essa doutrina acatada e aplicada na Alemanha pelo Supremo Tribunal do Reich, em seus julgados, e, na Suíça, recepcionada pelo legislador do Código Civil de 1907.

⁵⁴ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004, p. 24-26.

⁵⁵ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 45. A propósito, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa define o direito geral de personalidade como “o direito de cada pessoa ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões de sua personalidade humana, bem como da unidade psíquico-físico-sócio-ambiental dessa mesma personalidade humana (v.g. da sua dignidade humana, da sua individualidade concreta e do seu poder de autodeterminação), com a conseqüente obrigação por parte dos demais sujeitos de se absterem de praticar ou de deixar de praticar actos que ilicitamente ofendam ou ameacem ofender tais bens jurídicos da personalidade alheia, sem o que incorrerão em responsabilidade civil e/ou na sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a consumação da ameaça ou a atenuar os efeitos da ofensa cometida” (CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 83). Contudo, Antonio Carlos Morato relata que, em Portugal, há divergência quanto à aceitação de um direito geral de personalidade, sendo a Escola de Direito de Coimbra favorável e a de Lisboa majoritariamente contrária (MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, vol. 31, p. 49-96, jan./jun., 2013).

Entretanto, a proteção dos direitos da personalidade não pode ficar limitada à mera conformação de direitos subjetivos, tampouco a um único direito geral de personalidade, que também é subjetivo.

Revelam-se múltiplas, atualmente, as possibilidades de violação dos direitos da personalidade, em decorrência de diversos fatores, tais como: o desenfreado consumo de bens e serviços; o desenvolvimento de enormes conglomerados urbanos; as incessantes descobertas científicas e tecnológicas; a difusão dos instrumentos de comunicação e de transmissão de notícias e informações *etc.*

Assim, como as pessoas estão cada vez mais vulneráveis a riscos e danos, a proteção dos direitos da personalidade não pode ficar restrita a previsões fechadas e exaustivas. Limitando-se a um número determinado de situações jurídicas subjetivas tipificadas, a tutela dos direitos da personalidade será sempre insatisfatória e insuficiente.⁵⁶

Ademais, com as transformações da sociedade, surgem novas e variadas manifestações da personalidade, que necessitam de ampla proteção, de modo que a efetiva tutela da pessoa humana não se satisfaz com disposições rígidas, isoladas e exaustivas, isto é, com um número fechado de situações subjetivas tipificadas (*fattispecie* concretas).⁵⁷

Esclarece, a propósito, Pietro Perlingieri: “Nenhuma previsão especial poderia ser exaustiva porque deixaria de fora algumas manifestações e exigências da pessoa que, em razão do progresso da sociedade, merecem consideração positiva”.⁵⁸

Na mesma linha, afirma Gustavo Tepedino: “Daí resulta que o modelo do direito subjetivo tipificado será necessariamente insuficiente para atender às possíveis situações subjetivas em que a personalidade humana reclame tutela jurídica”.⁵⁹

Também não se pode conceber a tutela da pessoa humana apenas com base em um único direito geral de personalidade, protegendo-a somente em termos negativos, no sentido de afastar ameaças e agressões.

Conforme observa Maria Celina Bodin de Moraes, a personalidade se realiza por meio de uma “complexidade de situações subjetivas que se podem apresentar ora como poder jurídico, ora como direito potestativo ou como autoridade parental, interesse legítimo,

⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 764-765.

⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 155-156.

⁵⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 765.

⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 51.

faculdade, estado”;⁶⁰ enfim, qualquer situação juridicamente relevante que envolva a proteção e a realização da pessoa humana.

Os direitos da personalidade não protegem a pessoa apenas nas situações em se que busca impedir a ocorrência da lesão; mais do que do isso, a real dimensão de tais direitos contempla, também, as situações em que o ordenamento determina a promoção e a realização dos aspectos fundamentais da pessoa humana.

Nesse sentido, assevera Pietro Perlingieri:⁶¹

[...] a tendência, um tempo dominante, que se propõe esgotar a problemática dos chamados direitos da personalidade no momento patológico da violação ou da lesão, e, portanto, no ressarcimento do dano, leva em consideração apenas as atitudes subjetivas e as situações que visam impedir, ou, de toda sorte, dificultar, a realização do bem. Ao contrário, devem ser consideradas juridicamente relevantes também aquelas situações que o ordenamento orienta em direção à realização da pessoa em termos positivos e fisiológicos.

Em algumas situações, a realização dos direitos da personalidade se dá independentemente da relação ou da conexão com outra pessoa, como ocorre, por exemplo, nos atos de limitação ou redução da integridade física⁶² e no desenvolvimento dos atributos relacionados ao intelecto e à criatividade humana. Os direitos da personalidade se realizam, portanto, em quaisquer situações existenciais em que a pessoa humana pode se encontrar, seja nas relações intersubjetivas, seja nas relações consigo mesma.

Nessa linha, Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior defendem que os direitos da personalidade (de humanidade) se realizam por meio de situações jurídicas, afirmando que as expressões “direitos subjetivos” ou “relações jurídicas” são insuficientes para abarcar todas as hipóteses possíveis da experiência humana no direito:⁶³

Essa compreensão é fundamental para perceber-se a necessidade de olhar o fenômeno jurídico de direito de humanidade de um outro modo: há alguém (sujeito), que, diante de um específico bem (objeto) – que se constitui em essências (vida e liberdade), potências (potências humanas) e em atos realizados (enquanto vistos

⁶⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 112-113 e p. 126.

⁶¹ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 767.

⁶² Diversos atos de disposições do próprio corpo, como, por exemplo, tatuagens, *piercings*, circuncisões penianas, doação de órgãos *etc.*, são manifestações de livre desenvolvimento da personalidade humana, resultantes do direito de autodeterminação pessoal (ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 205-216). No mesmo sentido: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Parte Geral e LINDB. Vol. 1. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 229.

⁶³ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. *Instituições de Direito Civil*. Vol. VII. Direito da personalidade (Direito de Humanidade). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 16-18.

como objetos derivados dessas potências) –, objetivamente se investe de titularidade de direitos, independentemente de conexão com outros sujeitos, que não necessariamente participam da configuração dessa investidura: bens inatos, bens personalíssimos, bens que se alocam na humanidade do ser. Não são e nunca estiveram sob titularidade de nenhum outro sujeito e a investidura que distingue aquele determinado sujeito, quanto a esses específicos bens, o colhe numa posição jurídica toda própria e especial, que independe para sua configuração, muitas vezes, da alteridade como outro sujeito. [...] Mais do que nunca, e precisamente agora, em tempos de fenômenos econômicos de massa ou de hipóteses de relevância jurídica que não respeitam a situações relacionais, como é o caso de situações de direitos de humanidade, o uso de expressões como direitos subjetivos ou relações jurídicas, dizem muito pouco do precisaria ser dito, ou muito menos do que é necessário e suficiente para abarcar todas as hipóteses possíveis da experiência humana do direito na atualidade: deve-se levar em conta a expressão situação jurídica de direito de humanidade.

Os direitos da personalidade, portanto, não podem ser compreendidos apenas como direitos subjetivos multifacetados ou como um único direito subjetivo que impõe um dever geral de abstenção, destinado a evitar lesões. Sendo a dignidade humana o valor máximo do ordenamento, devem ser tuteladas todas as situações jurídicas existenciais em que a pessoa reclame promoção ou proteção, assegurando-se, assim, o livre desenvolvimento da personalidade humana.

Adverte, a propósito, Pietro Perlingieri:⁶⁴

A personalidade, portanto, não é um direito, mas sim, um valor, (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente exigência mutável de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer que se perca de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade da tutela se torna instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre desenvolvimento da vida de relação.

No mesmo sentido, Gustavo Tepedino destaca que a proteção da pessoa humana não deve se resumir à enunciação de diversos direitos subjetivos, tampouco a um único direito geral de personalidade (também de natureza subjetiva), ao qual corresponde um dever geral de inibição de lesões.⁶⁵ Segundo o autor, para que se possa proteger eficaz e efetivamente a pessoa humana nas diversas e renovadas situações da vida, a personalidade deve ser

⁶⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 156-157.

⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 53.

considerada, antes de tudo, como um valor jurídico, de modo que sua tutela não pode ser reduzida a uma situação jurídica-tipo ou a um elenco de direitos subjetivos típicos.⁶⁶

Destarte, a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana, fundamento e valor máximo da ordem jurídica, dependem da compreensão de que a realização dos direitos da personalidade ocorre de forma integrada, ou seja, em um complexo de situações jurídicas existenciais, não podendo ficar restrita a múltiplos direitos subjetivos tipificados, nem a um único direito geral de personalidade, também de natureza subjetiva, voltado apenas à repressão de ofensas.

1.3. O Código Civil brasileiro e a cláusula geral de tutela da pessoa humana

Em seus arts. 11 a 21, o Código Civil brasileiro disciplinou cinco direitos da personalidade, quais sejam: direito ao corpo, ao nome, à honra, à imagem e à privacidade.

O *caput* do art. 12 do Código Civil trata das tutelas dos direitos da personalidade. Por força desse dispositivo, é possível inibir ou cessar atos ofensivos aos atributos essenciais à pessoa humana, bem como exigir reparação por perdas e danos decorrentes de sua lesão. Esse dispositivo confere, portanto, ampla proteção aos direitos da personalidade, prevendo tutelas capazes de evitar e de reparar os danos aos aspectos fundamentais da pessoa humana.

Esse dispositivo legal traz um sintagma, qual seja, “direito da personalidade”, cujo conteúdo é vago e impreciso. Assim, cabe ao juiz exercer função interpretativa quanto ao seu significado, definindo quais atributos ou interesses existenciais podem ser considerados essenciais à pessoa humana e que serão, portanto, merecedores de tutela.

Havendo ameaça ou lesão aos direitos da personalidade, o dispositivo estabelece as consequências para o ofensor e as medidas a serem aplicadas pelo juiz: cessar a ameaça ou a lesão, bem como reparar os danos decorrentes da transgressão, sem prejuízo das demais sanções, que pode ser, por exemplo, a remoção do ato ilícito, também prevista em lei (art. 497, parágrafo único, do Código de Processo Civil). O art. 12 do Código Civil prevê, destarte, um conceito jurídico indeterminado.⁶⁷ Na hipótese normativa, há uma expressão de conteúdo vago, ao passo que as consequências e sanções estão preestabelecidas em lei.

⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 1-18.

⁶⁷ Em sentido diverso, Rodrigo Pereira Moreira entende que o art. 12 do Código Civil prevê uma cláusula geral (MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: proteção e promoção da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 218).

Judith Martins-Costa explica a diferença entre cláusula geral e conceito jurídico indeterminado, afirmando que a distinção entre ambos está na estrutura normativa:⁶⁸

Os chamados conceitos jurídicos indeterminados podem estar presentes em estruturas normativas completas, em que há hipótese legal (ainda que formulada de modo semanticamente vago) e consequência predeterminada. Diferentemente, nas cláusulas gerais em sentido próprio, a estrutura deverá ser completada pelo intérprete, pela adição da consequência devida.

Pode-se afirmar, assim, que o art. 12 do Código Civil encerra um conceito jurídico indeterminado, e não uma cláusula geral, já que, havendo ameaça ou lesão aos direitos da personalidade, as consequências para o ofensor estão predeterminadas pela lei. Destarte, embora o Código Civil tenha previsto apenas alguns dos direitos da personalidade, outros atributos essenciais à pessoa humana podem e devem ser reconhecidos com fundamento em seu art. 12, que traz um conceito jurídico indeterminado.

A despeito de se referir às características dos direitos da personalidade (intransmissibilidade e irrenunciabilidade), o art. 11 do Código Civil também traz um enunciado aberto, qual seja, o sintagma “direitos da personalidade”. Considerando que o Código Civil prevê um rol exemplificativo dos direitos da personalidade, Gilberto Fachetti Silvestre afirma que o art. 11 prevê um “enunciado aberto” importante para a proteção da dignidade humana e dos direitos da personalidade, a partir da proibição de disposição de tais direitos.⁶⁹

Em decorrência das transformações da sociedade, da difusão dos meios de comunicação, das descobertas científicas e tecnológicas *etc.*, não é possível prever, *a priori*, um número determinado de situações jurídicas subjetivas que sejam capazes de garantir integral proteção aos direitos da personalidade.

O rol previsto no Código Civil, portanto, não deve ser considerado taxativo ou fechado (*numerus clausus*), mas, sim, exemplificativo ou aberto (*numerus apertus*), de modo que outros atributos da personalidade que não tenham previsão legal expressa devem ser protegidos com base em seu art. 12 e com fundamento no princípio da dignidade, cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/1988).

⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 158.

⁶⁹ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. Parte Geral do Código Civil brasileiro: princípios, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e questões polêmicas. In: BATISTA, Alexandre Jamal (Org.). *Princípios, Cláusulas Gerais e Conceitos Jurídicos Indeterminados nos Institutos de Direito Privado: homenagem ao Professor Doutor Francisco José Cahali*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2017, p. 95-188.

A esse respeito, aduz Maria Celina Bodin de Moraes:⁷⁰

No direito brasileiro, a previsão do inciso III do art. 1º da Constituição, ao considerar a dignidade humana como valor sobre o qual se funda a República, representa uma verdadeira cláusula geral de tutela de todos os direitos que da personalidade irradiam. Assim, em nosso ordenamento, o princípio da dignidade da pessoa humana atua como uma cláusula geral de tutela e promoção da personalidade em suas mais diversas manifestações. Não pode, portanto, ser limitada em sua aplicação pelo legislador ordinário.

Na mesma direção, entende Gustavo Tepedino:⁷¹

[...] a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

É esse, inclusive, o entendimento consolidado no Enunciado nº 274 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na IV Jornada de Direito Civil: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana) [...]”.

Assim, mesmo que não esteja previsto no Código Civil de 2002, o direito à identidade de gênero, por exemplo, merece reconhecimento jurídico, o que ocorrerá por força da cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade: o princípio da dignidade humana.

Esclarece, a propósito, Anderson Schreiber:⁷²

O direito à identidade pessoal não encontra previsão expressa no Código Civil. A codificação limitou-se tratar de cinco direitos da personalidade: direito ao corpo, direito ao nome, direito à honra, direito à imagem e direito a privacidade. Ainda assim, é fácil perceber que o direito à identidade pessoal merece proteção em nosso ordenamento jurídico, por força da cláusula geral de tutela da dignidade humana,

⁷⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 128.

⁷¹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 54. Em outro trabalho, esse autor sustenta que, a partir da cláusula geral de tutela da personalidade humana prevista no art. 1º, III, da Constituição de 1988, “[...] deverá o intérprete romper com a ótica tipificadora não apenas no sentido de admitir uma ampliação de hipóteses de ressarcimento, mas, de maneira muito mais ampla, no intuito de promover a tutela da personalidade mesmo fora do rol de direitos subjetivos previstos pelo legislador codificado” (TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 8).

⁷² SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 15.

consagrada no art. 1º, III, da Constituição. O mesmo pode se dizer do direito à integridade psíquica ou do direito à liberdade de expressão. Em outras palavras: embora o Código Civil brasileiro tenha tratado apenas de alguns direitos da personalidade e não tenha tido o cuidado de ressaltar a existência de outros tantos além daqueles que contempla em seus arts. 11 a 21, essa omissão não impede que outras manifestações da personalidade humana sejam consideradas merecedoras de tutela, por força da aplicação direta do art. 1º, III, da Constituição.

Nessa linha, adotando a dignidade como cláusula geral de proteção da personalidade, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que as pessoas transexuais têm direito à alteração do nome e do sexo no registro civil, independentemente da realização de cirurgia de redesignação sexual.⁷³ Trata-se, pois, de tutela do direito à identidade pessoal ou de gênero, que, embora não tenha expressa previsão legal, deve ser protegido com fundamento na cláusula geral da dignidade humana:⁷⁴

8. Tal valor (e princípio normativo) supremo envolve um complexo de direitos e deveres fundamentais de todas as dimensões que protegem o indivíduo de qualquer tratamento degradante ou desumano, garantindo-lhe condições existenciais mínimas para uma vida digna e preservando-lhe a individualidade e a autonomia contra qualquer tipo de interferência estatal ou de terceiros (eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais). 9. Sob essa ótica, devem ser resguardados os direitos fundamentais das pessoas transexuais não operadas à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal), ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade e

⁷³ STJ, REsp nº 1.626.739/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 09/05/2017.

⁷⁴ A propósito, escreve Nelson Rosenvald: “O direito da personalidade à identidade de gênero se amolda à cláusula geral de tutela pessoa humana, cujas abertura e porosidade permitem uma constante atualização do rol aberto e dúctil de direitos da personalidade” (ROSENVALD, Nelson. O fato jurídico da transexualidade. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 14). A respeito da alteração do registro civil quando há cirurgia de redesignação sexual, confira-se: “O princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal) e os direitos da personalidade (art. 5º, caput, CF; arts. 11 a 21, do Código Civil), sustentados por aquele, são os norteadores da defesa dos direitos dos transexuais. Para que estes vivam de forma plena, faz-se necessária a possibilidade da modificação de seu registro civil, o que seria, logicamente, uma consequência do já aceito, praticado e regulamentado tratamento terapêutico (cirúrgico ou hormonal). Trata-se de uma consequência lógica. Isso se dá, pois, o indivíduo que venha a alterar o seu sexo anatômico cirurgicamente, também há de desejar, possivelmente, ter seu registro civil modificado para se adequar àquele. Se o mais gravoso, qual seja, a disposição de partes do próprio corpo, já foi garantido ao transexual, nos casos devidamente regulados, não haveria óbice à consequente alteração registral. [...] A identidade da pessoa não é formada somente pelo aspecto físico-biológico, mas também pelo aspecto social, que consiste na forma como ela é tratada e referida em suas relações com outros indivíduos. O nome, composto pelo prenome e pelo sobrenome, assim como o sexo legal, aquele constante na certidão de registro civil de nascimento, são alguns dos fatores que compõem essa dimensão da identidade. Assim, através da cirurgia de transgenitalização e tratamentos hormonais é possível alterar a aparência do indivíduo transexual que assim o desejar. No entanto, os aspectos cíveis permanecerão os mesmos. A possibilidade de alteração do registro civil nos casos de indivíduos que sofrem de disforia de gênero é uma necessidade para a ideal realização de tais pessoas. A não alteração do registro civil pode fazer com que o transexual reviva o trauma da disforia sempre que evocado publicamente pelo nome de registro. [...] Constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é o alicerce da possibilidade de alteração de nome e sexo no registro civil do transexual” (LOURO, Arthur Souza; HIBNER, Davi Amaral; SILVESTRE, Gilberto Fachetti . A proteção jurídico-processual do registro civil do transexual no Brasil. *Revista jurídica luso-brasileira*. Lisboa, v. 6, p. 1079 e p. 1.089-1.090, nov./dez., 2017).

à não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a colocá-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsíquico) e à felicidade (bem-estar geral). 10. Consequentemente, à luz dos direitos fundamentais corolários do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, infere-se que o direito dos transexuais à retificação do sexo no registro civil não pode ficar condicionado à exigência de realização da cirurgia de transgenitalização, para muitos inatingível do ponto de vista financeiro (como parece ser o caso em exame) ou mesmo inviável do ponto de vista médico. [...]. 13. Recurso especial provido a fim de julgar integralmente procedente a pretensão deduzida na inicial, autorizando a retificação do registro civil da autora, no qual deve ser averbado, além do prenome indicado, o sexo/gênero feminino, assinalada a existência de determinação judicial, sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações procedidas, resguardando-se a publicidade dos registros e a intimidade da autora.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as pessoas transgênero possuem direito à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, mesmo que não realizem a cirurgia de redesignação sexual. Para garantir a dignidade e a proteção dos direitos da personalidade de tais pessoas, o Tribunal fixou as seguintes teses a respeito do tema: (i) o transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa; (ii) essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo “transgênero”; (iii) nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; e (iv) efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.⁷⁵

Pode-se afirmar, destarte, que o rol de direitos da personalidade previsto no Código Civil é exemplificativo ou aberto, de modo que, ainda que não exista previsão legal específica, todos os direitos, atributos e manifestações inerentes à personalidade humana encontram proteção no princípio da dignidade e, também, no conceito jurídico indeterminado do art. 12 do Código Civil.⁷⁶

⁷⁵ STF, RE nº 670.422, Rel. Ministro Dias Toffoli, Plenário, julgado em 15/08/2018.

⁷⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 15. A respeito do tema, destaca Maria Celina Bodin de Moraes: “A propósito dos direitos da personalidade, um de seus aspectos mais interessantes – e problemáticos – consiste no fato de que se evidenciam sempre novas instâncias concernentes à personalidade do sujeito, não previstas nem previsíveis pelo legislador, de modo que estes interesses precisam ser encarados como uma categoria aberta” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 127). Em sentido similar, Paulo Luiz Netto Lôbo entende que se trata de tipicidade aberta: “Perfilho a orientação, que me parece majoritária, da

1.4. Personalidade, dignidade, vulnerabilidade e cidadania: visões contemporâneas

Personalidade, dignidade, vulnerabilidade e cidadania são temas imprescindíveis à proteção da pessoa humana. Na proteção dos direitos da personalidade, os conceitos de dignidade, vulnerabilidade e cidadania se relacionam e se interligam.

Cumprir esclarecer, porém, que a dignidade da pessoa humana não será abordada em seus aspectos histórico, filosófico, político, cultural, antropológico, sociológico *etc.* Em razão do corte metodológico da pesquisa, a dignidade será analisada apenas em sentido jurídico.

De acordo com Guido Alpa, dignidade é, ao mesmo tempo, um valor, uma cláusula geral, um limite *etc.*, relacionando-se com os direitos da personalidade, como a liberdade e a igualdade:⁷⁷

«Dignità» non è soltanto una parola, è al tempo stesso un valore, un principio, una clausola generale, un elemento connotante un sistema giuridico, un limite e molte altre cose, come accade a tutti i vocaboli onusti di storia, ai significanti con pluralità di significati, alle opere aperte alla tessitura degli interpreti. [...]. La sorte di questa parola – che al tempo stesso è un valore, un principio, un limite, un emblema – si intreccia con le elaborazione teoriche, con le formule legislative, con le prassi giurisprudenziali. Ma proprio la complessità delle fonti, l'intervento articolato delle Corti, le linee politiche dei parlamenti e dei governi, la pletorica letteratura che si è raccolta in questa materia ci devono rendere avvertiti che il problema della tutela della dignità umana, intesa come fondamento di tutti i diritti della persona, oppure

tipicidade aberta, ou seja, os tipos previstos na Constituição e na legislação civil são apenas enunciativos, não esgotando as situações suscetíveis de tutela jurídica à personalidade. O tipo, conquanto menos abstrato que o conceito, é dotado de certa abstração, pois se encontra em plano menos concreto que os fatos da vida. Os fatos concretos, que ocorrem na vida, para serem enquadrados em determinado tipo, necessitam de reconhecimento social, de uma certa tipicidade social. Desse modo, são apreensíveis pelo intérprete, reduzindo-se o juízo de valor subjetivo. A tipicidade aberta não é incompatível com uma cláusula geral de tutela, que, ao lado da tipicidade social reconhecida, estabelece os limites mais amplos da consideração dos tipos. Significa dizer que são tipos de direitos da personalidade: a) os tipos previstos na Constituição e na legislação civil; b) os tipos reconhecidos socialmente e conformes com a cláusula geral. A Constituição brasileira, do mesmo modo que a italiana, prevê a cláusula geral de tutela da personalidade que pode ser encontrada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Vol. 6, p. 85, abr./jun., 2001). Por sua vez, Leonardo Estevam de Assis Zanini defende que os direitos da personalidade possuem caráter aberto: “O caráter aberto determina que os direitos da personalidade não se esgotam em um rol determinado, pois são admissíveis novas manifestações da personalidade, o que se faz para que se acompanhe a evolução do mundo contemporâneo” (ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 261).

⁷⁷ ALPA, Guido. Dignità personale e diritti fondamentali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, anno LXV, n. 1, p. 21 e 25, mar., 2011. Em tradução livre: “«Dignidade» não é somente uma palavra, é, ao mesmo tempo, um valor, um princípio, uma cláusula geral, um elemento que conota um sistema jurídico, um limite e muitas outras coisas, como acontece com todos os vocábulos cheios de história, com os significantes com pluralidade de significados, com as obras abertas à tessitura dos intérpretes. [...]. O destino dessa palavra – que é, ao mesmo tempo, um valor, um princípio, um limite, um emblema –, relaciona-se com as elaborações teóricas, com as leis, com as decisões jurisprudenciais. Mas, justamente a complexidade das fontes, a intervenção articulada das Cortes, as linhas políticas dos parlamentos e dos governos, a pletórica literatura que se reuniu nesta matéria, nos devem fazer perceber que o problema da tutela da dignidade humana, entendida como fundamento de todos os direitos da pessoa, ou como expressão de liberdade e de igualdade, ou como resumo dos direitos invioláveis, não pode resolver-se em modo sumário”.

come espressione di libertà e di eguaglianza, oppure come riassunto dei diritti inviolabili, non può risolvere in modo sommario.

Na literatura jurídica brasileira, Luis Edson Fachin aduz que a dignidade da pessoa humana é o “princípio fundamental de que todos demais princípios derivam e que norteiam todas as regras jurídicas”, incluindo, portanto, os direitos da personalidade.⁷⁸

Na definição de Antonio Junqueira de Azevedo, os direitos da personalidade estão abrangidos pelo conteúdo do princípio da dignidade humana, que, segundo o autor, pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem, em ordem hierárquica, a três consequências: respeito à integridade física e psíquica das pessoas; consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e respeito pelas condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária. Segundo o autor, a terceira consequência se relaciona com os aspectos fundamentais dos direitos da personalidade, essenciais ao livre desenvolvimento da pessoa no seu meio social, como o direito à identidade, especialmente ao nome, à liberdade, à igualdade, à intimidade, ao sigilo de correspondência *etc.*⁷⁹

Em sentido semelhante, Maria Celina Bodin de Moraes entende que os direitos da personalidade integram o substrato material do princípio da dignidade humana. Segundo a autora, o princípio da dignidade, em sentido jurídico, se desdobra nos postulados da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade, que se interligam e se relacionam da seguinte maneira: (i) o sujeito ético reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele (igualdade); (ii) esses sujeitos iguais são merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica da qual o sujeito ético é titular; (iii) o sujeito ético é dotado de vontade livre, de autodeterminação, ou seja, possui liberdade; e (iv) o sujeito faz parte de um grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não ser marginalizado (solidariedade).⁸⁰

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a integridade física, a isonomia, a proteção à vida e a privacidade da pessoa humana fundam o atual conceito jurídico de dignidade.^{81,82}

⁷⁸ FACHIN, Luis Edson. Direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). *Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método, 2006, p. 631.

⁷⁹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. A caracterização da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, vol. 97, p. 107-125, jan./dez., 2002.

⁸⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MOARES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 17.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 107.

⁸² Luis Roberto Barroso entende que, no âmbito do direito constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana possui três elementos em seu conteúdo: (i) o primeiro é o valor intrínseco da pessoa humana (inviolabilidade de sua dignidade), que, no plano jurídico, compreende diversos direitos fundamentais: direito à

Percebe-se que, nas definições da literatura jurídica, os direitos da personalidade fazem parte do conteúdo do princípio da dignidade humana. Os atributos que compõem os aspectos psicossomático, moral ou espiritual e intelectual da pessoa estão abrangidos pelo substrato material do princípio da dignidade humana.

Assim, quando se protege os direitos da personalidade, o que se tutela, em última análise, é a dignidade humana. O princípio da dignidade da pessoa humana aglutina todos os direitos da personalidade. E os direitos da personalidade existem para proteger a dignidade humana. Há, portanto, uma simbiose entre dignidade e personalidade ou uma “relação indissolúvel”⁸³ entre ambas.

Em decorrência da intrínseca relação entre dignidade e personalidade, há quem defenda que as expressões “direitos humanos”, “direitos fundamentais” e “direitos da personalidade” se destinam, igualmente, à proteção de atributos essenciais da personalidade humana. Nas situações em que tais “expressões” são empregadas, o que se busca, em *ultima ratio*, é a proteção da dignidade humana.⁸⁴

O que se difere, todavia, é o plano em que a proteção da personalidade humana se manifesta: (i) direitos humanos, termo utilizado no plano internacional, isto é, nas declarações e convenções internacionais, em que os Estados exigem, entre si, respeito aos atributos essenciais do ser humano; (ii) direitos fundamentais, termo que designa os direitos positivados nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito, especialmente após a Segunda Guerra Mundial. Essa expressão, portanto, é geralmente usada para tratar da proteção da pessoa humana diante da atuação do Estado, nas relações de direito público; e (iii)

vida, à igualdade, à integridade física e à integridade psíquica ou moral (direito ao nome, à privacidade, à honra e à imagem); (ii) o segundo é a autonomia da vontade (elemento ético da dignidade), significando capacidade de autodeterminação. A autonomia tem uma dimensão privada e outra pública. Dentro da autonomia privada (direitos individuais), estão albergados os direitos à liberdade (autodeterminação sem interferências externas) e igualdade (possibilidades objetivas de decisão e escolha). Por outro lado, na dimensão pública da autonomia, a dignidade se expressa por meio dos direitos políticos, identificando o direito de cada um participar do processo democrático de tomada de decisões (processo eleitoral e debate público). A condição para o exercício da autonomia pública e privada é o mínimo existencial, isto é, a satisfação das necessidades vitais básicas; e (iii) o terceiro é o valor comunitário (elemento social da dignidade), constituindo a relação entre o indivíduo e o grupo. Nesta perspectiva, a dignidade liga-se a valores compartilhados pela sociedade, assim como às responsabilidades e deveres de cada um, funcionando como um limite às escolhas individuais. Fala-se, pois, em dignidade como heteronomia, destinando-se a promover objetivos sociais diversos, dentre os quais a proteção do indivíduo em relação a atos que possa praticar capazes de afetar a ele próprio (condutas autorreferentes), a proteção de direitos de outras pessoas e a proteção de valores sociais, dos ideais de vida boa de determinada comunidade. (BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 72-89). É possível notar, assim, que o autor insere diversos direitos da personalidade no conteúdo do princípio da dignidade humana, como a vida, a liberdade, a integridade física e a integridade psíquica ou moral.

⁸³ Expressão utilizada por Eroulths Cortiano Junior (CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luis Edson (Org.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 42).

⁸⁴ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13.

direitos da personalidade, expressão usada para designar direitos fundamentais da pessoa que são objeto de proteção nas relações entre particulares, embora também estejam previstos em textos constitucionais e internacionais.⁸⁵

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1998, há diversos direitos da personalidade previstos no rol exemplificativo dos direitos fundamentais (art. 5º e seus incisos), como, por exemplo: a vida (*caput*), a liberdade em sentido amplo (*caput*), a integridade física e mental (inciso III), a liberdade de expressão e de pensamento (incisos IV e IX), a liberdade de consciência e de crença religiosa (incisos VI e VIII), a liberdade de criação intelectual (inciso IX), a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem (incisos V, X, XI e XII), à informação (inciso XIV), a liberdade de locomoção (inciso XVI) *etc.*⁸⁶

Todos os direitos da personalidade, portanto, são fundamentais, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade, como, por exemplo, os direitos à propriedade e à herança (art. 5º, XXII e XXX, da CRFB).⁸⁷ Diante deste contexto, Fernando Noronha afirma que “os direitos da personalidade são a versão civil dos direitos fundamentais da pessoa humana”.⁸⁸

⁸⁵ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13-14; AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 309-310. Na mesma linha, Antonio Carlos Morato apresenta interessante exemplo para esclarecer a distinção dos planos em que os termos “direitos humanos”, “direitos fundamentais” e “direitos da personalidade” são utilizados: “Imaginemos que temos três observadores de uma mesma estátua em um museu e que cada um deles observa tal estátua sob ângulo distinto, imaginando ainda que a estátua consistiria no próprio objeto (a pessoa humana ou natural e, no que couber, a pessoa jurídica) e que cada observador seria um ramo do direito. Assim, o direito civil, mediante os direitos da personalidade, trataria da questão sob o âmbito privado, regulando as relações entre os particulares, enquanto o direito constitucional disciplinaria as relações entre a pessoa e o Estado, coibindo os abusos deste por meio das liberdades públicas e os direitos humanos fariam parte do direito internacional público, no qual os Estados - entre si - exigiriam o respeito aos direitos da pessoa humana” (MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, vol. 31, p. 49-96, jan./jun., 2013).

⁸⁶ “Além do previsto no artigo 1.º, III, é no artigo 5º que se encontram arrolados alguns direitos de personalidade, particularmente no *caput* e nos quinze primeiros incisos, que arrolam, entre outros, os direitos à vida, liberdade, igualdade, igual tratamento, integridade física e mental, liberdade de expressão, autonomias religiosa, ética e política, privacidade, intimidade, honra e imagem” (LIXINSKI, Lucas. Considerações acerca da inserção dos direitos da personalidade no ordenamento privado brasileiro. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, vol. 27, p. 201-222, jul./set., 2006).

⁸⁷ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14. No mesmo sentido: “Todos os direitos da personalidade são fundamentais, mas não o inverso” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 310). Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski também afirmam que “o conteúdo dos Direitos da Personalidade se insere naquilo a que se pode denominar Direitos Fundamentais”, isto é, “os Direitos da Personalidade nada mais são que Direitos Fundamentais”. Porém, os autores sustentam que, diante da concepção contemporânea a respeito da dignidade humana, da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais sobre as relações de direito privado e da relação entre Constituição e Direito Civil, está superada a distinção no sentido de que os direitos fundamentais incidem sobre as relações entre o indivíduo e o Estado, enquanto os direitos da personalidade são aplicáveis às relações entre particulares (FACHIN, Luis Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Vol. 35, p. 112, jul./set., 2008).

⁸⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 466.

Assim, conclui-se que, nas declarações normativas internacionais, nas Constituições dos países signatários de tais Declarações e nas legislações infraconstitucionais, as expressões “direitos humanos”, “direitos fundamentais” e direitos da personalidade visam à proteção da dignidade humana, a razão, o fim e o valor máximo do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, como observa Luis Edson Fachin, a dignidade humana conforma e dá unidade a todo o ordenamento, sendo o substrato normativo e axiológico para os direitos da personalidade.⁸⁹

O inciso III do art. 1º da CRFB estabelece que a plena realização da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Esse princípio, portanto, vincula as políticas públicas, a elaboração e a interpretação das leis, que devem ser direcionadas à finalidade precípua de se tutelar, com dignidade, a pessoa humana. No exercício de suas respectivas atividades, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem se pautar pela proteção do ser humano.⁹⁰

Nesse sentido, as leis devem ser criadas e interpretadas no sentido de promover e proteger a dignidade da pessoa humana, incluindo, pois, os direitos da personalidade. É possível citar exemplos em que o legislador e os tribunais atuaram com a finalidade de tutelar a dignidade da pessoa humana, especificamente no âmbito dos direitos da personalidade.

Em sintonia com o art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o art. 8º do Código de Processo Civil de 2015 determina que, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Como se percebe, o Código de Processo Civil exige não só o respeito à dignidade da pessoa humana, mas também a sua promoção. A propósito, fala-se que a dignidade possui duas dimensões: (i) negativa ou defensiva, impedindo que o Estado a viole, e (ii) positiva ou

⁸⁹ FACHIN, Luis Edson. Direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). *Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método, 2006, p. 631.

⁹⁰ BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 72-89.

prestacional, no sentido de que o Estado tem o dever de promovê-la e efetivá-la.⁹¹ Por força do art. 8º do CPC, é possível dizer que, no âmbito processual, a dignidade também apresenta duas dimensões.

Pela dimensão *positiva* da dignidade, o processo deve ser compreendido como um meio de efetivação da tutela dos direitos e de realização da pessoa humana, não podendo ser visto como mero instrumento a serviço do Estado.⁹²

Por exemplo, a lei autoriza que, em determinadas situações, o juiz adote, até mesmo de ofício, medidas executivas atípicas, como forma de efetivar o cumprimento dos deveres de fazer e não fazer, que são especialmente relacionados com a proteção dos direitos da personalidade (art. 536, § 1º, do CPC).⁹³

Ainda sobre o aspecto positivo da dignidade, considerando que a liberdade é um dos postulados da dignidade, o Código de Processo Civil permite a celebração de negócios jurídicos processuais, privilegiando a autonomia da vontade das partes, isto é, o autorregramento processual, dentro dos limites legais (art. 190, do CPC).⁹⁴

Pela dimensão *negativa* da dignidade, as partes não podem ser transformadas em simples objeto de atividade jurisdicional; ao contrário, deve ser assegurado à elas o direito de participar da construção dos provimentos jurisdicionais, funcionando o contraditório, nesse aspecto, como direito de influência, dever de debate e proibição de decisão-surpresa (art. 7º, 9º e 10 do CPC), de forma a exigir fundamentação adequada nas decisões (arts. 11 e 489, § 1º e § 2º, do CPC).⁹⁵

No Código de Processo Civil, há vários dispositivos que possuem intrínseca relação com a proteção dos direitos da personalidade e, por consequência, da dignidade humana. A

⁹¹ Nessa linha, sustenta Ingo Wolfgang Sarlet: “É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexas dimensão defensiva e prestacional da dignidade. Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção” (SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. Belo Horizonte, n. 9, p. 378, jan./jun., 2007).

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 168.

⁹³ DIDIER JR., Fredie. Capítulo I: Das normas fundamentais do processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 27.

⁹⁴ ROSENVALD, Nelson. *O Direito Civil em movimento*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 65.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 169.

título exemplificativo: (i) o inciso III do art. 162 confere à pessoa com deficiência auditiva o direito de comunicar-se, em audiências, por meio da Língua Brasileira de Sinais; (ii) o art. 199 impõe às unidades do Poder Judiciário o dever de adotar medidas para que as pessoas com deficiência tenham pleno acesso aos meios eletrônicos de comunicação processual; e (iii) o art. 459, § 2º, veda a formulação de pergunta vexatória à testemunha.⁹⁶

No âmbito da atividade jurisdicional, também é possível notar que a dignidade humana é invocada para a proteção dos direitos da personalidade, especialmente nos casos em que o direito perseguido não possui expressa previsão normativa. A propósito, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, a despeito da inexistência de previsão legal, a viúva tem o direito de voltar a usar o nome de solteira após o falecimento do cônjuge, a fim de garantir sua dignidade:⁹⁷

3- O direito ao nome é um dos elementos estruturantes dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, pois diz respeito à propriedade identidade pessoal do indivíduo, não apenas em relação a si, como também em ambiente familiar e perante a sociedade. 4- Impedir a retomada do nome de solteiro na hipótese de falecimento do cônjuge implicaria em grave violação aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana após a viuvez, especialmente no momento em que a substituição do patronímico é cada vez menos relevante no âmbito social, quando a questão está, cada dia mais, no âmbito da autonomia da vontade e da liberdade e, ainda, quando a manutenção do nome pode, em tese, acarretar ao cônjuge sobrevivente abalo de natureza emocional, psicológica ou profissional, em descompasso, inclusive, com o que preveem as mais contemporâneas legislações civis. 5- Na hipótese, a justificativa apresentada pela parte - reparação de uma dívida moral com o genitor, que foi contrário à assunção do patronímico do cônjuge, e com isso atingir a sua paz interior - é mais do que suficiente para autorizar a retomada do nome de solteiro pelo cônjuge sobrevivente.

Demonstrada a interação entre personalidade e dignidade, convém ressaltar que “vulnerabilidade” e “dignidade” também se relacionam na tutela dos direitos da personalidade. Em decorrência do art. 1º, inciso III, da CRFB, a elaboração e a interpretação das leis devem ser direcionadas à precípua finalidade de se tutelar a pessoa humana.⁹⁸

⁹⁶ DIDIER JR., Fredie. Capítulo I: Das normas fundamentais do processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 28.

⁹⁷ STJ, REsp nº 1.724.718/MG, Rel. Ministra Nancy Adrighi, Terceira Turma, julgado em 22/05/2018.

⁹⁸ Destaca, a propósito, Gustavo Tepedino: “A prioridade conferida à cidadania e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, I e III, CF), fundamentos da República, e a adoção do princípio da igualdade substancial (art. 3º, III), ao lado da isonomia formal do art. 5º, bem como a garantia residual estipulada pelo art. 5º, § 2º, CF, condicionam o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte. Significa dizer, em primeiro lugar, que qualquer lei que, mesmo cumprindo os ditames constitucionais específicos para certas matérias, como por exemplo o art. 199 da CF, em matéria de transplante –, desatendesse a preocupação do legislador constituinte relativamente à realização da personalidade e à dignidade da pessoa humana, padeceria do vício da inconstitucionalidade: não há condições ou requisitos legais destinados a promover e incentivar a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de

Nessa perspectiva de respeito ao ser humano, intensificou-se a preocupação de se proteger categorias ou grupos de pessoas vulneráveis ou frágeis. A respeito do tema, Maria Celina Bodin de Moraes aduz que, como resultado dessa nova ordem constituída, as pessoas em situação de vulnerabilidade devem ser prioritariamente tuteladas, dando-se primazia aos direitos e prerrogativas de determinados grupos considerados frágeis ou débeis, incluindo as vítimas de ofensa a direitos da personalidade.⁹⁹

Em diversos textos normativos editados após a Constituição da República de 1988, o legislador almejou garantir especial proteção às pessoas em situação de vulnerabilidade, como, *verbi gratia*, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) e no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) *etc.*¹⁰⁰

Sergio Chiarloni pondera, no entanto, que, embora a lei preveja instrumentos especiais para a tutela e a prevenção de lesão aos vulneráveis, a efetiva proteção de tais pessoas

transplantes que possam desconsiderar o valor máximo do ordenamento constitucional brasileiro, ou seja, a pessoa humana e o desenvolvimento de sua personalidade [...]. Demais disso, a regulamentação dos direitos de personalidade deferida ao legislador ordinário não significa uma reserva legal ilimitada. À legislação infraconstitucional, tanto em matéria de direito civil, como no caso do direito do trabalho, acidentário ou previdenciário, por exemplo, só é permitido impor restrições às garantias individuais ou sociais na medida em que a disciplina normativa encontre justificativa na própria dignidade da pessoa humana” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 54-55).

⁹⁹ “Neste ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que se manifeste. Terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei. Nestes casos estão as crianças, os adolescentes, os idosos, os portadores de deficiências físicas e mentais, ou não proprietários, os consumidores, os contratantes em situação de inferioridade, as vítimas de acidentes anônimos e de atentados a direitos da personalidade, os membros da família, os membros de minorias, entre outros” (MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MOARES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do Direito Civil contemporâneo* (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 15).

¹⁰⁰ Anderson Schreiber e Carlos Nelson Konder demonstram preocupação com a proliferação dos estatutos protetivos das pessoas vulneráveis. Segundo os autores, em decorrência da unidade do ordenamento, os estatutos não podem reescrever as noções que fundam o sistema jurídico, nem criar princípios próprios e autônomos: “Na mesma direção, a proliferação de estatutos protetivos no Brasil (Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso etc.) não deve ser encarada como a oportunidade para a construção de novos ‘guetos’ doutrinários, ancorados em ‘lógicas próprias’, permeadas por princípios e conceitos setoriais. A unidade do ordenamento centrado sobre a Constituição da República impõe que as normas especiais se insiram no sistema jurídico unitário, atendendo aos conceitos gerais que o embasam, evitando-se o desenvolvimento de uma terminologia setorial e, conseqüentemente, de uma hermenêutica setorial, distinta daquela aplicada à ordem jurídica em sua totalidade. Aos chamados Estatutos não compete, portanto, reescrever as noções fundantes do sistema jurídico ou desenhar seus princípios próprios e autônomos, mas realizar o projeto constitucional em dado campo específico, sempre atendendo à necessidade de preservação do caráter sistêmico da ordem jurídica. Defender o contrário significaria atribuir aos Estatutos a condição de microsistemas, fechados sobre si mesmos, imunes à influência do todo” (SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, Vol. 10, p. 22-23, out./dez., 2016).

depende, precipuamente, do esclarecimento e da conscientização sobre os direitos que lhes são assegurados pelas leis:¹⁰¹

Ad ogni modo, esistono tutele dotate di un'efficacia assai superiore rispetto ai rugginosi meccanismi della giurisdizione e, oltretutto, maggiormente capaci di prevenire le violazioni. Penso soprattutto ad una pubblica opinione capace di esercitare pressioni adeguate sui reponsabili pubblici per il rispetto o l'attuazione dei diritti dei deboli. Ma penso anche alla tutela dei deboli promossa dei loro enti esponenziali, nonché dalle istituzioni del volontariato, veramente essenziali in questo campo – anche per diffondere la (spesso inesistente) conoscenza o meglio consapevolezza nei deboli dei loro diritti e dei relativi meccanismi intensi alla loro soddisfazione. Una promozione che si esprima possibilmente anche in articolate istanze di democrazia partecipata (che non siano fasulle come quelle disegnate per le scuole d'ogni ordine e grado).

Entretanto, embora a conscientização seja importante, as legislações específicas também exercem papel determinante na tutela das pessoas em situações de vulnerabilidade, tornando viável e efetiva a proteção de seus direitos no âmbito judicial.¹⁰² No Brasil, verifica-se que os direitos das pessoas vulneráveis, previstos nas legislações específicas, são amplamente tutelados pelos tribunais, como, por exemplo, no âmbito do Direito do Consumidor¹⁰³ e nas adoções de menores por pessoas homoafetivas¹⁰⁴.

¹⁰¹ CHIARLONI, Sergio. Riflessioni minime sulla tutela giuridica dei diritti dei deboli. *Rivista de Diritto Processuale*. Bologna, anno LIII, n. 4, out./dez., p. 959, 1998. Em tradução livre: “De qualquer modo, existem tutelas dotadas de uma eficácia muito superior em relação aos mecanismos tradicionais da jurisdição e, além disso, mais capazes de prevenir as violações. Penso principalmente em uma opinião pública capaz de exercer pressões adequadas sobre os responsáveis públicos pelo respeito ou a atuação dos direitos dos frágeis. Mas penso também na tutela dos vulneráveis promovida por seus entes exponenciais, e também pelas instituições de voluntariado, realmente essenciais neste campo – também para difundir o (frequentemente inexistente) conhecimento, ou melhor, a consciência nos vulneráveis de seus direitos e dos relativos mecanismos destinados à satisfação de tais direitos. Uma promoção que possivelmente também se expresse em instâncias de democracia participada (que não sejam falsas como aquelas pensadas para as escolas de toda ordem e grau)”.

¹⁰² Fernanda Tartuce define vulnerabilidade processual como “a suscetibilidade do litigante que o impede de praticar os atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária ensejada por fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório” (TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. São Paulo: Método, 2012, p. 184).

¹⁰³ A título de exemplo, veja-se a proteção conferida ao consumidor, considerado como pessoa vulnerável: “1. O Código do Consumidor é norteado principalmente pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e pela necessidade de que o Estado atue no mercado para minimizar essa hipossuficiência, garantindo, assim, a igualdade material entre as partes. Sendo assim, no tocante à oferta, estabelece serem direitos básicos do consumidor o de ter a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (CDC, art. 6º, III) e de receber proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva (CDC, art. 6º, IV)” (STJ, REsp nº 1.365.609/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/04/2015).

¹⁰⁴ No julgamento do Recurso Especial nº 1.281.093/SP, fundado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito adoção, sob o argumento de se proteger, a um só tempo, os interesses da menor e os direitos da personalidade da pessoa homossexual, ambas consideradas vulneráveis: “I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V. [...] VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva - ou aqueles que têm disforia de gênero - aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o

Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida afirmam que o vocábulo vulnerabilidade advém do latim *vulnerabilis* (que pode ser ferido), referindo-se, pois, a qualquer ser vivo, sem distinção. Desse modo, qualquer pessoa humana pode, em situações contingenciais, ser vulnerada, ferida. Nessa perspectiva, os autores aduzem que a noção de pessoa vulnerável remete à noção de vítima. Todavia, enquanto a vítima já sofreu um prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial, a pessoa vulnerável está exposta a um risco, ou seja, suscetível a sofrer uma lesão aos seus interesses patrimoniais ou existenciais.¹⁰⁵

Nesse contexto, em relação aos direitos da personalidade, verifica-se que, na sociedade contemporânea, as informações circulam com muita velocidade. Informações falsas e ofensivas possuem um grande potencial lesivo aos atributos fundamentais da pessoa humana, especialmente à honra, à imagem, à privacidade e ao nome.

A respeito do tema, Maria Celina Bodin de Moraes aponta que a “explosão qualitativa e quantitativa de meios de comunicação de massa invasores, progressivamente direcionados a desconsiderar vidas particulares”, é dos um dos fatores sociais que, atualmente, confere grande importância aos direitos da personalidade.¹⁰⁶

Existem, por conseguinte, inúmeras demandas judiciais contra veículos de comunicação que, descompromissados com o dever de veracidade, atingem os atributos essenciais à pessoa humana, causando-lhe danos de difícil reparação. É certo que os grandes meios de comunicação detêm maiores poderes na divulgação e na circulação de informações do que os indivíduos “comuns”, de modo que, nesses casos, o juízo deverá proteger a parte vulnerável, adotando medidas capazes de evitar ou cessar a lesão e, caso a violação ocorra, de restaurar a personalidade do ofendido, conferindo, assim, ampla proteção aos direitos da personalidade.

ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor - aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção - e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico - tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos. VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral. Recurso especial NÃO PROVIDO.” (STJ, REsp nº 1.281.093/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18/12/2012).

¹⁰⁵ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 41-55.

¹⁰⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 122-123.

Ademais, a proteção dos direitos da personalidade vem sendo contemporaneamente relacionada à cidadania, não em sentido político, ou seja, como qualidade de quem detém direitos políticos (como o direito ao sufrágio), mas, sim, como plena possibilidade de realização dos interesses existenciais.

Nessa linha, José Geraldo Brito Filomeno entende que cidadania é uma qualidade comum a todo ser humano, habilitando-o para exigir e efetivar os seus direitos individuais e sociais, além de lhe conferir acesso às tutelas adequadas para tal finalidade.¹⁰⁷

Como meio de reconhecimento de direitos, a cidadania torna viável o exercício de algum dos direitos da personalidade, como, por exemplo, o direito de acessibilidade, assegurado às pessoas com deficiência.¹⁰⁸ Nesse sentido, a Lei nº 13.146/2015 destina-se a promover a inclusão social e a cidadania das pessoas com deficiência, assegurando-lhes o exercício de direitos fundamentais, em igualdade de condições.¹⁰⁹

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a restrição à acessibilidade, decorrente de falha na prestação de serviços de transporte público, caracteriza violação aos direitos da personalidade, provocando, por conseguinte, dano moral:¹¹⁰

6. Nessa linha, a Lei 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - LBI) define a acessibilidade como "possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida" (art. 3º, I). E mais, dispõe expressamente tratar-se a acessibilidade um direito da pessoa com deficiência, que visa garantir ao indivíduo "viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social" (art. 53). 7. A acessibilidade no transporte coletivo é de nodal importância para a efetiva inclusão das pessoas com deficiência, pois lhes propicia o exercício da cidadania e dos direitos e liberdades individuais, interligando-as a locais de trabalho, lazer, saúde, dentre outros. Sem o serviço adequado e em igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, as pessoas com deficiência ficam de fora dos espaços urbanos e interações sociais, o

¹⁰⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. Consumidor e cidadania: agente político e econômico. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, Vol. 40, p. 261-265, out./dez., 2001.

¹⁰⁸ "A referida inclusão somente se faz possível por meio da acessibilidade, sendo essa também responsável por conferir uma vida digna às pessoas com deficiência. Por isso a acessibilidade deve ser considerada um direito da personalidade. [...]. Isso porque é necessária à garantia da dignidade, bem como se mostra essencial para o pleno exercício da personalidade, pois somente por meio da acessibilidade será possível que a pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida seja capaz de exercer todas as faculdades inerentes a sua condição humana, como a liberdade de locomoção, o direito de informação, a comunicação, e todos os demais direitos fundamentais da pessoa" (SILVESTRE, Gilberto Fachetti; HIBNER, Davi Amaral; RAMALHO, Camila Villa Nova. A responsabilidade civil da empresa pela inacessibilidade da pessoa com deficiência ao estabelecimento empresarial: questões materiais e processuais. *Revista Argumentum*. Marília, vol. 18, n. 3, p. 734 e 739, set./dez., 2017).

¹⁰⁹ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Reconhecimento e inclusão das pessoas com deficiência. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, vol. 13, p. 17-37, jul./set., 2017.

¹¹⁰ STJ, REsp nº 1.733.468/MG, Rel. Ministra Nancy Adrighi, Terceira Turma, julgado em 19/06/2018.

que agrava ainda mais a segregação que historicamente lhes é imposta. 8. Hipótese em que a recorrente, enquanto concessionária de serviço público e atora social, falhou bruscamente no seu dever de promoção da integração e inclusão da pessoa com deficiência, indo na contramão do movimento social-jurídico que culminou na promulgação da Convenção e, no plano interno, na elaboração da LBI. 9. Consoante destacou o acórdão recorrido, houveram sucessivas falhas na prestação do serviço, a exemplo do não funcionamento do elevador de acesso aos ônibus e do tratamento discriminatório dispensado ao usuário pelos prepostos da concessionária. A renitência da recorrente em fornecer o serviço ao recorrido é de tal monta que se chegou à inusitada situação de o usuário "precisar se esconder e pedir a outra pessoa dar o sinal, pois o motorista do ônibus não pararia se o visse no ponto". 10. Nesse cenário, o dano moral, entendido como lesão à esfera dos direitos da personalidade do indivíduo, sobressai de forma patente. As barreiras físicas e atitudinais impostas pela recorrente e seus prepostos repercutiram na esfera da subjetividade do autor-recorrido, restringindo, ainda, seu direito à mobilidade.

Destarte, para se garantir ampla proteção aos direitos da personalidade, as ideias de dignidade, vulnerabilidade e cidadania devem ser relacionadas e interligadas pelos operadores dos Direito.

1.5. A lesão aos direitos da personalidade

Nas palavras de Fernando Noronha, o dano é “o prejuízo, econômico ou não econômico [...], que resulta de um ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada”.¹¹¹

Segundo o autor, é conveniente distinguir *dano*, *bem lesado* e *interesse lesado*: (i) bens são as coisas corpóreas ou incorpóreas, além das qualidades internas das pessoas (biológicas, espirituais ou afetivas); (ii) interesse é a relação existente entre a pessoa e os bens, podendo ser econômico ou espiritual (afetivo); e (iii) dano é o prejuízo provocado em um bem, que pode ser uma coisa, ou o corpo ou a alma de uma pessoa.¹¹²

Percebe-se, portanto, que o dano não é a violação a bem jurídico, mas, sim, a consequência decorrente desta violação. De acordo com Fernando Noronha, o dano é “o prejuízo resultante de uma lesão antijurídica de bem alheio”.¹¹³ A lesão a bem jurídico caracteriza ato ilícito, ou seja, ato contrário ao direito, do qual pode, ou não, advir um dano, um prejuízo.

Frequentemente, é impossível separar, cronologicamente, o ilícito do dano. Em regra, o dano ocorre quando da violação do direito, ou seja, simultaneamente ao ato ilícito. Todavia,

¹¹¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 579.

¹¹² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 579-580.

¹¹³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 579.

como ensina Pontes de Miranda, a prática de ato ilícito não produz, necessariamente, dano.¹¹⁴ O ato ilícito é a conduta contrária ao direito, independentemente da ocorrência de dano. O dano é requisito para o dever de indenizar ou compensar, mas não para a configuração do ato ilícito.¹¹⁵

A partir de Fernando Noronha e de Immanuel Kant, Gilberto Fachetti Silvestre explica que “dano é a lesão a um bem jurídico com redução do seu valor”:¹¹⁶

- “... *lesão*...”: todo dano representa uma infração a um dever legal ou contratual. O conteúdo desse dever é de abstenção perante um direito de incolumidade;
- “... *bem jurídico*...”: o Direito existe para a proteção de dois entes: as *pessoas* e as *coisas*. Apesar do paradigma personalista do Direito Civil, fato é que o patrimônio permanece sendo uma das instituições socialmente relevantes. Dessa maneira, o Direito tutela as pessoas (naturais e jurídicas) e as coisas; [...];
- “... *valor*”: tomando por referência a metafísica de Immanuel Kant,¹¹⁷ Fernando Noronha explica que as coisas têm preço e as pessoas têm dignidade. Esses são os valores socialmente admitidos e que são atingidos quando da lesão a um dever de incolumidade. Tal lesão provoca a *redução* desses valores. [...];
- “... *redução*...”: é o prejuízo sentido pelo titular do direito quando a lesão atinge o valor da coisa ou pessoa. Esse prejuízo pode ser *patrimonial* ou *extrapatrimonial*: o primeiro atinge o patrimônio da pessoa, empobrecendo-a; e o segundo atinge a dignidade do sujeito, sua personalidade. [...];

¹¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo LIII. Direitos das Obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 262.

¹¹⁵ A propósito: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 24-28. Fernando Noronha também admite a existência de ato ilícito sem produção de dano (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 382 e 495). Nessa linha, Fredie Didier Jr. *et al.* afirmam que, em diversas situações, pode haver ato ilícito sem dano, tais como: (i) quando o motorista é flagrado dirigindo acima da velocidade permitida, há ilícito, mas não necessariamente dano; (ii) quando a sociedade empresária desenvolve suas atividades com o prazo de autorização de funcionamento vencido, ocorre ato ilícito, mas não necessariamente dano (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. Vol. 5. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 569-572). Na mesma direção: BELLELLI, Alessandra. L’inibitoria come strumento generale di tutela contro l’illecito. *Rivista di Diritto Civile*. Padova, anno L, n. 5, p. 616, lug./ago., 2004.

¹¹⁶ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 229-230.

¹¹⁷ Immanuel Kant afirma que as coisas têm preço e as pessoas têm dignidade. Esses são os valores socialmente admitidos e que são atingidos quando da lesão a um dever de incolumidade. Tal lesão provoca a redução desses valores: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade [...]. Esta apreciação dá, pois, a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade?” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 33-34).

A despeito das diversas classificações sobre os danos, importa destacar aquela que os distingue em danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais (costumeiramente denominados de danos morais), levando-se em consideração a possibilidade de o bem ou o interesse lesado ser, ou não, suscetível de avaliação econômica.

Segundo Fernando Noronha, o dano *patrimonial* consiste na violação de bens e interesses suscetíveis de apreciação pecuniária, enquanto o dano *extrapatrimonial* se consubstancia na ofensa a bens e interesses desprovidos de caráter econômico.¹¹⁸

O dano patrimonial atinge o conjunto de bens e interesses que integram o patrimônio econômico da vítima, podendo ser reparado por meio de indenização pecuniária. Nesse caso, a quantia monetária deve ser suficiente para reconduzir a vítima à situação anterior ao ato ilícito causador do dano.

Nos termos do art. 402 do Código Civil, o dano patrimonial pode ser classificado em: (i) dano emergente – que, nas palavras de Sergio Cavalieri Filho, consiste “na efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima em razão do ato ilícito”;¹¹⁹ e (ii) lucro cessante, consubstanciado na perda do ganho esperável, ou seja, o acréscimo patrimonial que haveria se o dano não tivesse ocorrido, ou seja, a frustração da expectativa de lucro ou a diminuição potencial do patrimônio do lesado.¹²⁰

Diversamente, o dano extrapatrimonial não pode ser plenamente reparado apenas com quantia pecuniária, já que os bens e interesses lesados são insuscetíveis de avaliação econômica.¹²¹

Contudo, embora os atributos da pessoa humana não sejam passíveis de apreciação pecuniária, a violação dos direitos à integridade psicossomática, moral ou intelectual do indivíduo poderá ensejar danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Por exemplo, a difamação de um profissional liberal pode, simultaneamente, causar: diminuição de sua clientela e, conseqüentemente, redução de lucros (danos patrimoniais), além de ofensa a sua honra subjetiva, entendida como sentimento pessoal de estima (danos extrapatrimoniais). Outro exemplo: a paraplegia, além de causar redução da capacidade

¹¹⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 590-594.

¹¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 105.

¹²⁰ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 3ª ed. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 94.

¹²¹ SCHREIBER, Anderson. *Reparação não pecuniária dos danos morais*. In: PAULA, Fernanda Pessoa Chauhy de; MENEZES, Iure Pedroza; e CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa (Coord.). *Direitos das obrigações: reflexos no direito material e processual: obra em homenagem a “Jones Figueiredo Alves”*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 43.

laborativa e, por conseguinte, danos patrimoniais, também viola a integridade psíquica e a estética da vítima (danos extrapatrimoniais).¹²²

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, o dano moral é a lesão à dignidade humana.¹²³ Judith Martins-Costa, por sua vez, afirma que o dano moral é aquele resultante de “ato antijurídico na esfera jurídica extrapatrimonial de outrem, seja como agravo a direito da personalidade, seja como efeito extrapatrimonial de lesão à esfera patrimonial”.¹²⁴ Em sentido similar, Anderson Schreiber entende que “a lesão a qualquer dos direitos da personalidade, sejam expressamente reconhecidos ou não pelo Código Civil, configura dano moral”,¹²⁵ isto é, dano extrapatrimonial.

Destarte, sempre que houver ofensa a um direito da personalidade, haverá, *in re ipsa*, um prejuízo extrapatrimonial, que também poderá estar associado a um prejuízo patrimonial. Em outras palavras, toda transgressão a um direito da personalidade provoca, fatalmente, um dano moral, que poderá, dependendo das circunstâncias, estar ligado a um outro dano, este de ordem patrimonial. Em suma, a violação aos direitos da personalidade causa dano extrapatrimonial e, eventualmente, dano patrimonial.

A propósito, Judith Martins-Costa destaca que os danos à pessoa podem ter origem contratual ou extracontratual e, apesar de serem qualificados como extrapatrimoniais, por atingirem a pessoa na esfera de sua humanidade, podem gerar também reflexos na esfera patrimonial do indivíduo.¹²⁶

Nesse sentido, o enunciado da Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade de haver dano patrimonial e extrapatrimonial decorrente de um mesmo ato ilícito, permitindo a cumulação de indenizações por ambos os prejuízos.¹²⁷ É o caso, por exemplo, da pessoa que teve sua imagem depreciada por divulgação de foto indevidamente usada para fins comerciais, experimentando, assim, danos extrapatrimoniais e patrimoniais.

Para a caracterização do dano extrapatrimonial, não se deve exigir a comprovação de dor, sofrimento, vexame, humilhação, tristeza *etc.* Havendo violação aos direitos da personalidade, o dano extrapatrimonial restará configurado pela simples ofensa aos bens

¹²² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 592.

¹²³ MOARES, Maria Celina de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 129-130.

¹²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coords.). *Livro em homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 303.

¹²⁵ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 16.

¹²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza de sua reparação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, vol. 19, p. 187-188, mar., 2001.

¹²⁷ “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (STJ, Súmula 37, Corte Especial, julgado em 12/03/1992).

jurídicos personalíssimos, independentemente dos sentimentos negativos (e subjetivos) possivelmente gerados no íntimo da vítima.¹²⁸

Assim, na hipótese de ofensa aos direitos da personalidade, o dano extrapatrimonial ocorre *in re ipsa* ou *ipso facto*. A dor, o sofrimento, o constrangimento *etc.* são sentimentos que podem advir do ato ilícito, mas não são imprescindíveis para a configuração do dano moral. Nesse sentido, dispõe o Enunciado nº 445 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na V Jornada de Direito Civil: “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”.

Para o reconhecimento do dano extrapatrimonial, a vítima não precisa demonstrar que suportou sentimentos negativos decorrentes do ato ilícito, até porque se trata de prova de difícil produção (ou até mesmo impossível). Provado o ato lesivo aos direitos da personalidade, caracterizado estará o dano extrapatrimonial, independentemente dos sentimentos experimentados pelo ofendido.¹²⁹

Nessa linha, defendem Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavaliere Filho:¹³⁰

Assim, por exemplo, provada a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há que se exigir a prova do sofrimento, porque ele decorre do próprio fato, de acordo com as regras da experiência comum; provado que a vítima teve o seu nome aviltado, ou a sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar; por isso que o dano moral está *in re ipsa*; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral.

¹²⁸ MOARES, Maria Celina de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 131.

¹²⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 127. A propósito, é oportuno citar alguns julgados em que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o ato de violação aos direitos da personalidade provoca dano moral *in re ipsa*: STJ, REsp nº 1.642.318/MS, Rel. Ministra Nancy Adrighi, Terceira Turma, julgado em 07/02/2017; STJ, AgRg no REsp nº 1.541.966/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 24/11/2015; STJ, REsp nº 1.432.324/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/12/2014; STJ, REsp nº 1.297.660/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. para Acórdão Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 07/10/2014; STJ, REsp nº 1.401.815/ES, Rel. Ministra Nancy Adrighi, Terceira Turma, julgado em 03/12/2013; STJ, REsp nº 955.031/MG, Rel. Ministra Nancy Adrighi, Terceira Turma, julgado em 20/03/2012.

¹³⁰ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 3ª ed. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 122. Em sentido contrário, Antonio Junqueira de Azevedo entende que o dano moral é “um prejuízo vital, um sofrimento, a perda de um projeto de vida, um abalo de crédito, ou qualquer outro prejuízo não apurável quantitativamente em dinheiro” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 292). Antonio Jeová Santos também entende que o dano moral se configura pela dor que interfere negativamente no estado psicofísico da pessoa: “Por isso, é a repercussão da ação daninha no ânimo do sujeito, que causa dano moral suscetível de indenização. É aqui, verificando como a ação repercute na tranquilidade, bem-estar, ou causa mortificação espiritual, que será posto em cheque a lesão a um direito que não atingiu o patrimônio material. Convém repetir que, se o ilícito não repercute de forma detrimetosa na psique, não existe dano moral. [...]. O que configura o dano moral é aquela alteração no bem-estar psicofísico do indivíduo. Se do ato de outra pessoa resultar alteração desfavorável, aquela dor profunda que causa modificações no estado anímico, aí está o início da busca do dano moral” (SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 63).

Em sentido semelhante, assevera Paulo Luiz Neto Lôbo:¹³¹

De modo mais amplo, os direitos de personalidade oferecem um conjunto de situações definidas pelo sistema jurídico, inatas à pessoa, cuja lesão faz incidir diretamente a pretensão aos danos morais, de modo objetivo e controlável, sem qualquer necessidade de recurso à existência da dor ou do prejuízo. A responsabilidade opera-se pelo simples fato da violação (*damnu in re ipsa*); assim, verificada a lesão a direito da personalidade, surge a necessidade de reparação do dano moral, não sendo necessária a prova do prejuízo, bastando o nexo de causalidade. Por exemplo, a instituição financeira que promove a indevida inscrição de devedor em bancos de dados responde pela reparação do dano moral que decorre dessa inscrição; basta a demonstração da inscrição irregular.

Por exemplo, o uso indevido da imagem de uma pessoa, mesmo que sem fins comerciais ou econômicos, provoca dano extrapatrimonial, sendo desnecessária, para a sua reparação ou compensação, a demonstração de prejuízo. Nesse sentido, verifica-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:¹³²

2. De acordo com o entendimento desta Corte, os danos morais por violação ao direito de imagem decorrem diretamente do seu próprio uso indevido, sendo prescindível a comprovação da existência de outros prejuízos por se tratar de modalidade de dano “in re ipsa” [...].

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, além do dano moral e do dano patrimonial, o ato de violação aos direitos da personalidade também pode causar danos estéticos, entendido como “ofensa à integridade física da pessoa humana, especialmente na sua aparência externa,” isto é, na imagem que se apresenta.¹³³

Entretanto, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald advertem que o dano estético não se resume às ofensas que prejudicam a aparência externa da pessoa, devendo ser definido como “a lesão consistente em uma duradoura transformação corporal do ser humano”. Para os autores, é um incentivo à discricionariedade

¹³¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Vol. 6, p. 80, abr./jun., 2001. No mesmo sentido, sustenta Milena Donato Oliva: “[...] com vistas a se assegurar a proteção dos interesses extrapatrimoniais sempre que injustamente desrespeitados, independentemente de outros fatores tais como o abalo psíquico, há de se relativizar a importância da repercussão da lesão nos sentimentos da vítima, a qual não deve ser reputada da essência do dano moral, podendo servir, se for o caso, para auxiliar na quantificação deste. Com isso, não mais se legitima que violações a bens existenciais fiquem irressarcidas, garantindo-se ampla tutela de tais situações” (OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, vol. 93, p. 13-28, mai./jun., 2014).

¹³² STJ, AgInt nos EDcl no AREsp nº 943.039/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 01/12/2016. Confira-se: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais” (STJ, Súmula 403, Segunda Seção, julgado em 28/10/2009).

¹³³ LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 21, 55-56 e 64.

e à arbitrariedade deixar a critério do juiz definir o que é belo e o que é feio, de modo que o dano estético deve ser entendido como “uma permanente mitigação da pessoa de se servir de seu corpo de forma eficiente” ou como ‘uma degradação permanente da integridade física da vítima’, mesmo que a lesão não prejudique sua aparência externa.¹³⁴

Considerando as variadas consequências que podem advir da lesão aos direitos da personalidade, o Superior Tribunal de Justiça admite a cumulação de “indenizações” por dano estético e por dano moral, consoante o enunciado da Súmula nº 387/STJ.^{135,136} Por exemplo, a paraplegia, além de causar redução da capacidade laborativa e, conseqüentemente, danos patrimoniais, também provoca violação à integridade psicossomática (dano moral) e macula a estética da vítima (dano estético).¹³⁷ Nessa situação hipotética, o Superior Tribunal de Justiça admite a cumulação de compensação por danos morais com compensação por danos estéticos, além de indenização por danos patrimoniais.¹³⁸

¹³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 480-481.

¹³⁵ “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral” (STJ, Súmula 387, Segunda Seção, julgado em 26/08/2009).

¹³⁶ Em sentido contrário, Humberto Theodoro Júnior entende que não é possível a cumulação de “indenizações” por dano estético e por dano moral decorrentes de uma lesão deformante: “Com a implantação da ressarcibilidade plena do dano puramente moral, houve quem entendesse que, nas lesões deformantes, haveria cumulação de três verbas indenizatórias: uma, pelo prejuízo econômico (tratamento médico e hospitalar, dias parados, redução da capacidade laborativa etc.); outra, pela deformidade permanente; e uma última, pela dor moral provocada pelo aleijume. Há, *data venia*, um excesso em tal posicionamento. Indenizar a lesão deformante e, ao mesmo tempo, considerá-la causa de reparação por dano moral corresponde a um evidente bis in idem, capaz de transformar a medida ressarcitória em fonte de enriquecimento sem causa. O que pode é, num mesmo evento, concorrerem lesões distintas, geradas pela deformidade estética. Assim, uma pessoa que depende da estética para sua vida profissional, pode além do desgosto psíquico provocado pelo aleijume, perder a condição de continuar usufruindo de sua carreira, como se dá com artistas, modelos etc. *In casu*, pode-se falar em duas indenizações: uma, pela dor moral do aleijume, e outra, pela perda material das condições profissionais preexistentes à lesão. Se, porém, a justificativa da indenização prejudicada restringe-se à própria deformidade física, não há como dissociá-la da reparação do dano moral” (THEODORO JR., Humberto. *Dano moral*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 132).

¹³⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 592.

¹³⁸ Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a existência de danos morais, patrimoniais e estéticos decorrentes de ofensa à integridade psicossomática da pessoa humana, resultante de tetraplegia: “1. Trata-se de ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos em decorrência de tentativa de roubo a joalheria, situada em um centro comercial, em que a vítima, então com 12 (doze) anos de idade, foi baleada e ficou tetraplégica, no momento em que retornava da escola e passava pela rua em frente ao local do crime, quando teve início um tiroteio provocado pela reação dos seguranças contratados, ainda que informalmente, pelos lojistas. [...]. 8. Na espécie, a causa adequada à produção do dano não foi o assalto, que poderia ter se desenvolvido sem acarretar nenhum dano a terceiros, mas a deflagração do tiroteio em via pública pelos prepostos dos réus, colocando pessoas comuns em situação de grande risco, o que afasta a caracterização de fortuito externo. [...]. 10. O entendimento firmado nesta Corte é no sentido de que a pensão mensal decorrente de ato ilícito é devida, ainda que comprovado o exercício de atividade laborativa remunerada pela vítima do evento danoso. Se à época do fato, ela era menor de idade, o valor do benefício será equivalente a 1 (um) salário mínimo, tendo por termo inicial, quando se trata de família de baixa renda, a data em que a vítima completa 14 (quatorze anos), por ser aquela a partir da qual a Constituição Federal admite o contrato de trabalho, ainda que na condição de aprendiz. [...]. 12. O dano moral decorrente da perda de parente, em princípio, traduz-se em abrandamento da dor emocional sofrida pela parte, mas que tende a se diluir com o passar do tempo. Já nas hipóteses de amputação de membros, paraplegias ou tetraplegias, a própria vítima é quem sofre pessoalmente

A lesão à coisa também pode gerar danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Em regra, a lesão à coisa causará prejuízo patrimonial, enquanto a lesão à pessoa provocará um prejuízo extrapatrimonial.

No entanto, embora não seja usual, a lesão à coisa também pode gerar danos extrapatrimoniais, assim como a lesão à pessoa pode ocasionar danos patrimoniais. Existem coisas pelas quais a pessoa tem um interesse espiritual ou afetivo. Havendo danificação de tais bens, poderão restar configurados prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Imagine-se, por exemplo, a destruição de um carro antigo, não mais fabricado, pertencente a uma pessoa que coleciona veículos. Nesse caso, pode haver danos patrimoniais, referentes ao valor do veículo, e extrapatrimoniais, decorrentes dos reflexos anímicos gerados no titular do bem danificado.

O mesmo pode se dizer na hipótese de destruição de um álbum de fotografias de um casamento ou da danificação de uma fotografia de um ente falecido, pelos quais a pessoa possua afeição sentimental. Nesses exemplos, a destruição de tais bens poderá implicar prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Esclarece, a propósito, Fernando Noronha:¹³⁹

Temos danos à pessoa e à coisa quando seja destruído objeto ou animal que possua um interesse espiritual ou afetivo para o titular. [...]. Os danos à pessoa, tanto os corporais como os anímicos, são as principais fontes de danos extrapatrimoniais, mas não se confundem com estes. Também os danos a coisas são classificação diferente da relativa aos danos patrimoniais, ainda que geralmente apareçam ligados a estes e mesmo que seja difícil conceber casos em que tenhamos danos a coisas com reflexos extrapatrimoniais; nesta matéria, o que pode acontecer é termos um dano a coisas que traz associado um dano à pessoa, de natureza não patrimonial. [...]

com as agruras decorrentes do ato ilícito praticado, cujas consequências se estenderão, de maneira indelével, por todos os dias da sua vida [...]” (STJ, REsp nº 1.732.398/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, julgado em 22/05/2018).

¹³⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 585-586 e 595. Em sentido parcialmente semelhante, destaca Antonio Junqueira de Azevedo: “Na conceituação do que seja dano moral é preciso distinguir entre o dano-evento e o dano prejuízo; o primeiro é a lesão a algum bem; e o segundo, a consequência dessa lesão. Pode haver lesão à integridade física de uma pessoa e as principais consequências não serem de ordem pessoal, e sim patrimonial – por exemplo, se a vítima perdeu, total ou parcialmente, sua capacidade laborativa; ou, inversamente, a lesão pode ser a uma coisa, que está no patrimônio de alguém, e a consequência ser principalmente um prejuízo não patrimonial (dano moral) – por exemplo, se o dono tinha, pela coisa, valor de afeição. O dano-evento é, pois, o dano imediato, enquanto o dano-prejuízo é o dano mediato. Ora, quando se fala em dano moral, é ao dano mediato que se tem em vista. Portanto, a lesão, ou dano-evento, pode ser ao corpo ou ao patrimônio e, quer numa hipótese quer noutra, o dano-prejuízo ser patrimonial ou não patrimonial: um dano no corpo pode ter consequências patrimoniais ou não patrimoniais e um dano no patrimônio também pode ter consequências patrimoniais ou não patrimoniais. [...]. Dano moral é o dano mediato de caráter não patrimonial. Pode ser causado por qualquer um dos cinco tipos de dano-evento: lesão à pessoa física; lesão à pessoa bio-físico-química; lesão à ‘figura social’ da pessoa; lesão ao patrimônio *stricto sensu*; e lesão à terceira pessoa, atingindo a vítima por ricochete” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Cadastros de restrição ao crédito. Conceito de dano moral*. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 292).

teremos danos extrapatrimoniais quando do prejuízo de coisas resulte (como reflexo) sofrimento para pessoas. Considerando os reflexos patrimoniais ou extrapatrimoniais das ofensas que atinjam pessoas ou coisas, o que podemos dizer é que os prejuízos infligidos a coisas normalmente terão como reflexo danos de natureza patrimonial, ao passo que os prejuízos à pessoa andam normalmente associados a danos extrapatrimoniais. Mas os danos a coisas podem, embora raramente, ter repercussões extrapatrimoniais, enquanto os danos pessoais com frequência terão também reflexos patrimoniais. Os danos à pessoa afetam sempre valores extrapatrimoniais (lesões corporais, sofrimentos físicos ou psíquicos, *etc.*), mas muitas vezes traduzir-se-ão em prejuízos patrimoniais (pela redução da capacidade de trabalho, pela diminuição da clientela, *etc.*)

Percebe-se, portanto, que a violação dos direitos da personalidade pode resultar de lesão à pessoa e de lesão à coisa, sendo ambas capazes de gerar prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais. Nesse sentido, o ordenamento confere ampla proteção aos aspectos fundamentais da pessoa humana, prevendo sete modalidades de tutelas jurisdicionais dos direitos da personalidade.

1.6. A tutela jurisdicional dos direitos da personalidade

Na literatura jurídica brasileira, o sintagma “tutela jurisdicional” foi definido por diversos autores. Cândido Rangel Dinamarco entende que a tutela jurisdicional se enquadra no sistema de proteção ao homem em relação a certos valores, não devendo ser confundida com o exercício da jurisdição – serviço realizado pelos juízes no exercício de função estatal –, nem com a sentença em si mesma, como ato processual.¹⁴⁰

Segundo o autor, “a tutela é o resultado do ato processual sobre a vida das pessoas e suas relações com os bens e com outras pessoas em sociedade”,¹⁴¹ residindo nos efeitos efetivamente produzidos fora do processo e sobre as relações intersubjetivas e englobando, também, as garantias decorrentes do devido processo legal, que são oferecidas aos litigantes durante o curso do processo, independentemente de quem seja o vencedor.¹⁴²

O autor defende que, no quadro das situações jurídicas processuais, há uma gradação ou escalada, que atinge seu ápice na prestação da tutela jurisdicional: (i) faculdade de ingresso em juízo, ou seja, direito de demandar; (ii) exercício do direito de ação, que assiste a quem deduzir pretensão amparada por suas três condições; (iii) direito ao provimento de mérito; e

¹⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Vol. I. 6ª ed. Malheiros: São Paulo, 2010, p. 366.

¹⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Vol. I. 6ª ed. Malheiros: São Paulo, 2010, p. 367.

¹⁴² “Mesmo no curso do processo, quando ainda não se sabe quem tem direito à tutela jurisdicional e quem não o tem, ambos os litigantes são em igual medida tutelados mediante o sistema de limitações ao poder exercido pelo juiz. A garantia constitucional do *due process of law* é em si mesma um sistema de tutela aos litigantes enquanto tais e para que o processo possa oferecer-lhes o efetivo acesso à ordem jurídica justa” (DINAMARCO, *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 6ª ed. Malheiros: São Paulo, 2010, p. 369).

(iv) direito à tutela jurisdicional, que, na visão do autor, está ligado à ideia de efetiva realização do direito material, isto é, só possui direito à tutela plena quem tiver razão no plano do direito material:^{143,144}

A verdadeira tutela jurisdicional socialmente útil é aquela que se outorga, mediante o exercício consumado da jurisdição, a quem tenha razão segundo o direito material e à luz dos fatos alegados e provados. [...] E, pelo aspecto substancial, não pode considerar-se tutelado aquele cuja pretensão foi rejeitada. Por isso é que, como dito, *só tem direito à tutela jurisdicional quem tiver razão perante o direito material.*

Como se nota, Cândido Rangel Dinamarco entende que a tutela jurisdicional abrange as garantias do devido processo legal, bem como a efetiva proteção do direito material ameaçado ou violado, ou seja, o resultado do processo.

Em sentido semelhante, José Roberto dos Santos Bedaque entende que a tutela jurisdicional compreende o resultado do processo a partir da efetiva realização do direito material perseguido pelo jurisdicionado e o conjunto de medidas previstas no direito processual para garantir a adequada proteção desse direito:¹⁴⁵

Tutela jurisdicional deve ser entendida, assim, como tutela efetiva de direitos ou de situações pelo processo. Constitui visão do direito processual que põe em relevo o resultado do processo como fator de garantia do direito material. A técnica processual a serviço de seu resultado. [...]. Tutela adequada de um direito substancial tem como conteúdo a garantia de proteção a esse direito. Tal garantia, quando assegurada pela jurisdição, configura a tutela jurisdicional. [...]. Assim, tutela jurisdicional tem o significado de proteção de um direito ou de uma situação jurídica, pela via jurisdicional. [...]. Tutela jurisdicional, portanto, é o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial.

Na mesma direção, Luiz Guilherme Marinoni aduz que “a tutela jurisdicional não é apenas a sentença, mas o conjunto de meios de que dispõe o direito processual para atender adequadamente às disposições do direito substancial”, ou seja, “a tutela deve expressar a necessidade do direito material ou, em outros termos, reflete o ‘bem da vida’ buscado pelo

¹⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 6ª ed. Malheiros: São Paulo, 2010, p. 370 e 374-377.

¹⁴⁴ No mesmo sentido, aduz José Roberto dos Santos Bedaque: “Já, a tutela jurisdicional está reservada apenas para aqueles que efetivamente estejam amparados no plano do direito material. [...] Trata-se de uma escalada, que vai do direito quase absoluto de ingressar em juízo, abstrato e incondicionado, fenômeno identificado com a garantia de acesso ao devido processo constitucional, até o direito à proteção ao interesse material mediante o provimento jurisdicional. Este pode conter o reconhecimento de uma situação de vantagem a uma das partes, assegurada por uma norma de direito substancial (processo de conhecimento); ou a efetivação do interesse juridicamente protegido (processo de execução). Parte-se do poder de ingressar em juízo e chega-se à tutela jurisdicional” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 35-36).

¹⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 37 e 45.

jurisdicionado”. O autor ressalta, assim, a repercussão que a tutela jurisdicional efetivamente produz no plano do direito material e os meios adequados para tanto.¹⁴⁶

Por sua vez, Flávio Luiz Yarshell assevera que a locução tutela jurisdicional engloba não apenas o resultado do processo, com a proteção do direito lesado ou ameaçado – seja sob a perspectiva do vencedor, seja sob a perspectiva do vencido –, mas também os meios ordenados e predispostos ao alcance desse resultado, abrangendo, assim, os atos procedimentais, as garantias e os princípios inerentes ao *due process of law*:^{147,148}

Consoante demonstrado no tópico precedente, não se nega, antes se admite, que o emprego da expressão tutela jurisdicional é mais comumente feito no sentido de proteção do titular de uma situação amparada pela norma substancial (provimento favorável). Daí o acerto de qualificar a tutela jurisdicional, dessa óptica, com base nos elementos inerentes à situação da vida e ao direito material. Não parece incorreto, contudo, admitir maior abrangência da examinada locução – tutela jurisdicional – para com ela designar não apenas o resultado do processo, mas igualmente, os meios ordenados e predispostos à obtenção desse mesmo resultado. A tutela, então, pode também ser divisada no próprio instrumento, nos atos que o compõem, e bem ainda nos “princípios”, “regramentos” ou “garantias” que lhe são inerentes. [...]. Conforme demonstrado, a locução *tutela jurisdicional* pode ser abrangente não apenas do provimento final ou do resultado do processo – seja ele encarado sob o ângulo do vencedor, seja encarado sob o ângulo do vencido –, mas também dos meios predispostos ao atingimento daquele provimento ou resultado.

A partir dos referenciais teóricos citados, essa pesquisa emprega a locução tutela jurisdicional para designar (i) os resultados produzidos pelo processo no plano do direito material e (ii) os meios adequados para concretizar esses resultados, isto é, para se atingir a efetiva proteção dos direitos da personalidade, atributos fundamentais da pessoa humana.

Cumpra esclarecer, porém, que “tutela jurisdicional” não se confunde com “sentença” ou “decisão”. A sentença e as decisões não são sinônimos de tutela; são, na realidade, técnicas processuais predispostas para a prestação adequada e efetiva das tutelas jurisdicionais,

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 205 e 214-215.

¹⁴⁷ YARSHELL, Luiz Flávio. *Tutela jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: DPJ, 2006, p. 26-27 e 34.

¹⁴⁸ Heitor Vitor Mendonça Sica segue na mesma linha de Cândido Rangel Dinamarco e de Flávio Luiz Yarshell: “Assim, filiamo-nos à terceira corrente, por ser a que concilia todos os elementos em exame e por considerar indissociável a predisposição de meios aos litigantes para influir na decisão judicial dos resultados que se pode esperar da atividade jurisdicional. A distribuição de justiça não pode ser feita por qualquer provimento judicial, resultante de qualquer processo, de tal modo que a correta compreensão do art. 5º, XXX, da Constituição Federal divide suas atenções entre o meio (o devido processo legal) e o fim (a realização de justiça de modo adequado e tempestivo)” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZUFELATO, Camilo (Orgs.). *Quarenta anos da teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 430-466).

visando à satisfação do direito material. São modos ou instrumentos pelos quais o processo concede tutela para a realização do direito substancial.¹⁴⁹

Assim, uma única decisão pode conceder ou veicular diversas tutelas, isto é, produzir variadas transformações no plano do direito material, a fim de protegê-lo de forma eficiente e efetiva, por meio das técnicas processuais adequadas.

Nessa linha, sustenta José Roberto dos Santos Bedaque: “Analisada de outro ângulo, todavia, a sentença processual não confere tutela, visto que a função jurisdicional somente se explica pelo resultado de transformação do mundo do direito e dos fatos”.¹⁵⁰ E o mesmo autor complementa: “A técnica processual deve adequar-se, portanto, àquelas situações abstratamente previstas pelo legislador material, para cuja efetivação seja necessária a intervenção jurisdicional”.¹⁵¹

Definido o conceito de tutela jurisdicional, passa-se a abordar algumas de suas classificações. Para ser realizada, toda classificação deve partir de um critério. Na literatura jurídica, os autores utilizam diversos critérios para efetuar as classificações da tutela jurisdicional.¹⁵²

Para os fins dessa pesquisa, no entanto, interessam as seguintes classificações: (i) tutela preventiva ou repressiva, que tem como critério a ocorrência, ou não, de ato ilícito ou dano; (ii) tutela provisória ou definitiva, levando-se em conta o critério da necessidade, ou não, de sua posterior confirmação; (iii) tutela específica ou genérica (ou pelo equivalente monetário), utilizando como critério os resultados produzidos pelo processo no plano do direito material; e (iv) especificamente no âmbito da proteção dos direitos da personalidade, propõe-se a adoção do critério da finalidade ou função, para sistematizar as tutelas da seguinte maneira: (iv.1) inibitória; (iv.2) cessatória (espécie de inibitória); (iv.3) reintegratória (ou de remoção do ilícito); (iv.4) restauratória (ou ressarcitória na forma específica); (iv.5) ressarcitória-compensatória de prejuízos extrapatrimoniais; (iv.6) ressarcitória-indenizatória de prejuízos patrimoniais; e (iv.7) tutela de exclusão do lucro da intervenção.

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 100-103.

¹⁵⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 43.

¹⁵¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 51.

¹⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 240-268; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do Direito Processual Civil e parte geral do Código de Processo Civil*. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 365-385; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 5. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 563-578.

Levando-se em consideração a ocorrência, ou não, de ato ilícito ou dano, a tutela jurisdicional pode ser: (i) preventiva, quando destinada a repelir ou imunizar ameaça a direito, evitando o ato ilícito e o dano (art. 5º, XXXV, CRFB); e (ii) repressiva (ou reparatória), que tem por objetivo a eliminação do ato ilícito e o ressarcimento do dano, com a aplicação de um dever ao infrator.

A tutela preventiva é direcionada ao futuro, buscando impedir a ocorrência, a perpetuação ou a reiteração do ato ilícito e, em consequência, a consumação do dano. Diversamente, a tutela repressiva se volta para o passado, objetivando a eliminação dos efeitos do ato ilícito e a recomposição do patrimônio ao estado anterior à lesão.¹⁵³

A respeito do tema, Cássio Scarpinella Bueno esclarece a distinção entre tutela preventiva e tutela repressiva:¹⁵⁴

‘Tutela jurisdicional repressiva’ no sentido de criar condições para que a lesão a direito seja devidamente reparada, determinando a recomposição das coisas no estado anterior, e ‘tutela jurisdicional preventiva’ no sentido de evitar a lesão, isto é, de ser imunizada a ameaça, evitando que ela, ameaça, se transforme em lesão. Forte na dicotomia estabelecida pelo inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, entre ameaça a direito e lesão a direito, não há como desconsiderar a importância de desenvolver toda uma sistematização sobre as formas de tutela jurisdicional a partir dessas duas situações. Uma coisa é conceber a tutela jurisdicional a partir de uma visão prospectiva (voltada para o futuro), para evitar a ameaça e a propagação de efeitos de alguma lesão já ocorrida. Outra é conceber a tutela jurisdicional de uma visão retrospectiva (voltada para o passado), destinada a eliminar a lesão e seus efeitos até então experimentados.

¹⁵³ Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, José Roberto dos Santos Bedaque fez críticas ao legislador brasileiro, em razão da pouca importância dada à tutela preventiva: “Merece crítica o legislador brasileiro pela pouca importância dada à tutela preventiva. Pensa-se quase que exclusivamente em medidas reparatórias e sancionatórias, a serem impostas quando o direito já sofreu lesão, muitas vezes irreversível. Buscam tais tutelas apenas eliminar o prejuízo já produzido. Mais eficaz é a tutela preventiva, que visa a impedir a ocorrência de um dano antes que a ameaça de lesão a um direito se consuma” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 149). Contudo, em seu art. 497, parágrafo único, o Código de Processo Civil de 2015 conferiu especial tratamento à tutela preventiva, com a previsão da tutela inibitória, destinada a evitar a prática, a reiteração ou a continuação do ato ilícito, cuja concessão independe da demonstração de culpa e de dano.

¹⁵⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do Direito Processual Civil e parte geral do Código de Processo Civil*. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 371. Na mesma direção, destacam Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira: “Fala-se em tutela preventiva quando o jurisdicionado vai ao Estado para obter um resultado que vise a impedir a consumação de um ato contrário ao direito (ilícito) ou a consumação de um dano. Daí a ideia de preventividade: o jurisdicionado se antecipa à lesão. Essa espécie de tutela ganhou *status* constitucional, pela primeira vez, quando o legislador afirmou que o jurisdicionado tem o direito de ir ao Judiciário sempre que houver ameaça de lesão a direito. Fala-se, por outro lado, em tutela repressiva quando o jurisdicionado vai ao Estado buscar a aplicação da sanção a algo que já aconteceu. Ela pressupõe a consumação do ato ilícito ou do dano” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 5. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 561-578).

Em sentido similar, afirma Cândido Rangel Dinamarco:¹⁵⁵

A tutela preventiva consiste em evitar a violação de direitos e criação ou o agravamento de situações desfavoráveis. Se a situação lamentada da demanda é o perigo ou iminência de que essas situações venham a ocorrer e se consumem danos ou agravamentos, há hipóteses em que a lei material predispõe meios de evitá-los (p. ex., condicionando o sujeito que está instalando um canteiro industrial a fazê-lo com cautelas suficientes a evitar a dispersão de partículas nocivas ao meio ambiente). Quando a prevenção do dano é feita mediante o veto a alguma conduta e condenação do sujeito a abster-se, tem-se a tutela inibitória (ação de nunciação de obra nova etc.). Quando já consumados os atos comissivos ou as omissões lesivas, resta dar remédio à situação criada (repará-la), o que o direito material manda que se faça mediante recondução dos sujeitos, na medida do possível, ao estado precedente à transgressão. Tal é a tutela reparatória, que se distingue da preventiva justamente porque tem cabimento com o fito de restabelecer situações, não de prevenir transgressões.

Quanto à necessidade, ou não, de sua confirmação, a tutela pode ser classificada em:

(i) provisória, “no sentido de que a decisão que a veicula deverá ser confirmada ou, se for o caso, substituída por outra”,¹⁵⁶ podendo ser concedida no início ou no curso do procedimento, fundando-se em juízo de cognição sumária;¹⁵⁷ e (ii) definitiva, que é “o resultado do processo; a proteção conferida a quem demonstrou ter razão”,¹⁵⁸ prestada após o trâmite processual e fundada em cognição exauriente, não necessitando de confirmação ou substituição.¹⁵⁹

De acordo com o art. 294 e ss. do Código de Processo Civil de 2015, a tutela provisória se divide em: (i) tutela de urgência (art. 300 e ss.), abrangendo (i.1) a tutela antecipada e (i.2) a tutela cautelar, e (ii) a tutela de evidência (art. 311 e ss.). Sendo fundada na urgência ou na evidência, as tutelas provisórias buscam abrandar os nocivos efeitos do

¹⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 247-248.

¹⁵⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do Direito Processual Civil e parte geral do Código de Processo Civil*. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 375.

¹⁵⁷ Nessa linha, esclarece Leonardo Greco: “Tutela provisória é aquela que, em razão de sua natural limitação cognitiva, não é apta a prover definitivamente sobre o interesse no qual incide e que, portanto, sem prejuízo da sua imediata eficácia, a qualquer momento, poderá ser modificada ou vir a ser objeto de um provimento definitivo em um procedimento de cognição exaustiva” (GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JR. Fredie; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Novo CPC. Doutrina Seleccionada. Procedimentos especiais, tutelas provisórias e direito transitório*. Vol. 4. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 186).

¹⁵⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. Vol. 5. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 567.

¹⁵⁹ Em sentido parcialmente semelhante, aduz Eduardo Lamy: “A tutela jurisdicional definitiva é aquela prestada pela execução da decisão jurisdicional final do mérito, portanto após o seu trânsito em julgado com resolução versando sobre os temas de mérito (art. 487). Por sua vez, a atual tutela provisória é aquela prestada por meio da execução daquilo que foi decidido a título de tutela de urgência (arts. 300 e segs.), tutela de evidência (art. 311) ou cumprimento provisório da sentença (arts. 520 a 522, além da provisoriedade de decisões liminares fundadas nos arts. 536 a 538)” (LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1-2).

tempo sobre os direitos, garantindo celeridade, utilidade e efetividade na prestação da tutela jurisdicional.¹⁶⁰

Segundo Cássio Scarpinella Bueno, o Código de Processo Civil utiliza a expressão “tutela provisória” para dizer que tais tutelas são veiculadas por decisões instáveis, que podem ser modificadas ou revogadas a qualquer tempo (art. 296 do CPC).¹⁶¹

Em sentido semelhante, Leonardo Greco explica que a provisoriedade deve ser entendida no sentido de tutela temporária de um provável direito, de modo que a tutela de urgência e a de evidência conservam sua eficácia na pendência do processo, podendo, a qualquer tempo, ser modificada ou revogada.¹⁶²

As tutelas de urgência – antecipada e cautelar – devem ser concedidas quando houver elementos que evidenciem a *probabilidade do direito* e o *perigo de dano* ou o *risco ao resultado útil do processo*. Em outros termos, os pressupostos ou requisitos para a concessão de ambas são comuns, quais sejam: probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e perigo na demora (*periculum in mora*), consoante o *caput* dos arts. 300, 303 e 305 do Código de Processo Civil.¹⁶³

Dispõe, a propósito, o Enunciado nº 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A redação do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para

¹⁶⁰ Nessa linha, explica Cândido Rangel Dinamarco: “Para remediar tais situações aflitivas a técnica processual excogitou as medidas de urgência, caracterizadas como tutelas antecipadas ou como tutelas cautelares, conforme o caso – ambas ligadas a uma necessidade de decidir logo sob pena ficar comprometida a utilidade do que ao fim do processo se decidisse. Trata-se de técnicas teoricamente diferentes, endereçadas a situações diferentes, mas todas têm o comum objetivo de neutralizar os efeitos maléficis do decurso do tempo sobre os direitos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 255).

¹⁶¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do Direito Processual Civil e parte geral do Código de Processo Civil*. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 676.

¹⁶² GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JR. Fredie; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Novo CPC. Doutrina Selecionada. Procedimentos especiais, tutelas provisórias e direito transitório*. Vol. 4. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 189.

¹⁶³ A propósito, escreve Antônio Pereira Gaio Jr.: “A tutela provisória de urgência, seja ela antecipada ou cautelar, será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, o que pode ser traduzido na demora da prestação jurisdicional [...]. De pronto, é de se notar a aproximação dos requisitos da tutela antecipada e cautelar, ambas consideradas pelo legislador do CPC/2015 como tutelas voltadas à urgência fática e jurídica para a sua concessão, restando, portanto, clara a escolha quantos aos elementos ou requisitos comuns a ambas, mais uma vez: (a) probabilidade do direito (*fumus boni iuris*); (b) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*)” (GAIO JR., Antônio Pereira. Apontamentos para a tutela provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 254, 195-223, abr., 2016). Na mesma direção: “A tutela provisória de urgência pode ser cautelar ou satisfativa. Em ambos os casos, a sua concessão pressupõe, genericamente, a demonstração da probabilidade do direito (tradicionalmente conhecida como *fumus boni iuris*) e, junto a isso, a demonstração de perigo de dano ou de ilícito, ou ainda do comprometimento da utilidade do resultado final que a demora do processo representa (tradicionalmente conhecido como ‘*periculum in mora*’) (art. 300, CPC)” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 607).

a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada”.

A *probabilidade do direito* consiste na plausibilidade da existência desse mesmo direito, no momento de apreciação do pedido de concessão da tutela de urgência.¹⁶⁴ Em primeiro lugar, deve haver verossimilhança fática, isto é, alto grau de plausibilidade em relação aos fatos narrados pela parte, dos quais se possa extrair uma verdade provável,¹⁶⁵ em conjunto com os elementos probatórios produzidos nos autos.¹⁶⁶ Além disso, é preciso que exista plausibilidade jurídica, de modo que seja provável a subsunção dos fatos à norma invocada, resultando nos efeitos pretendidos.¹⁶⁷ Confrontando as alegações e as provas produzidas, o juízo, para conceder a tutela provisória, deve se convencer de que o direito alegado é provável.¹⁶⁸

No que diz respeito ao segundo requisito, haverá *perigo na demora* quando houver urgente necessidade de se afastar a ameaça de prática, repetição ou continuação do ato ilícito e/ou de se evitar ocorrência de dano,¹⁶⁹ como ocorre nos casos de lesão aos direitos da

¹⁶⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro: a nova sistemática estabelecida pelo CPC/2015 comparada às previsões do CPC/1973. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 257, p. 153-178, jul., 2016.

¹⁶⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 608.

¹⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória: arts. 294 ao 311. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Fredie; DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. em e-book baseada na 3ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s./p.

¹⁶⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 609.

¹⁶⁸ MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória: arts. 294 ao 311. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Fredie; DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. em e-book baseada na 3ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s./p.

¹⁶⁹ Com relação ao *periculum in mora*, Daniel Mitidiero critica as expressões adotadas pelo legislador (“perigo de dano” e “risco ao resultado útil do processo”), defendendo a adoção de um conceito único (“perigo na demora”): “A fim de caracterizar a urgência capaz de justificar a concessão de tutela provisória, o legislador falou em ‘perigo de dano’ (provavelmente querendo se referir à tutela antecipada) e ‘risco ao resultado útil do processo’ (provavelmente querendo se referir à tutela cautelar). Andou mal nas duas tentativas. Em primeiro lugar, porque o direito não merece tutela tão somente diante do dano. O próprio Código admite a existência de uma tutela apenas contra o ilícito ao ter disciplinado o direito à tutela inibitória e o direito à tutela de remoção do ilícito [...]. Daí que falar apenas em perigo de dano é recair na proibição de retrocesso na proteção do direito fundamental à tutela adequada, já que o Código Buzaid, depois das Reformas, utilizava-se de uma expressão capaz de dar vazão à tutela contra o ilícito (‘receio de ineficácia do provimento final’). Em segundo lugar, porque a tutela cautelar não tem por finalidade proteger o processo, [...] tendo por finalidade tutelar o direito material diante de um dano irreparável ou de difícil reparação. O legislador tinha à disposição, porém, um conceito mais apropriado, porque suficientemente versátil, para caracterizar a urgência: o conceito de perigo na demora (*periculum in mora*). A tutela provisória é necessária simplesmente porque não é possível esperar, sob pena de o ilícito ocorrer, continuar ocorrendo, ocorrer novamente, não ser removido ou de dano não ser reparado ou reparável no futuro. Assim, é preciso ler as expressões perigo de dano e risco ao resultado útil do processo como alusões ao perigo na demora [...]. Vale dizer: há urgência quando a demora pode comprometer a realização imediata ou futura do direito” (MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória: arts. 294 ao 311. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Fredie; DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. em e-book baseada na 3ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s./p.). No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de.

personalidade. Nesse sentido, devem existir elementos capazes de evidenciar que a demora na prestação da tutela jurisdicional compromete a imediata ou futura proteção do direito.

Todavia, embora sejam comuns os requisitos para a concessão das tutelas de urgência, a tutela antecipada e a tutela cautelar possuem finalidades distintas. Enquanto a tutela cautelar busca conservar ou resguardar o direito material – assegurando sua realização –,¹⁷⁰ a tutela antecipada satisfaz desde logo o direito afirmado – adiantando a atribuição do bem da vida ao jurisdicionado.¹⁷¹ Pode-se afirmar, assim, que a tutela antecipada é satisfativa, ao passo que a tutela cautelar é conservativa.¹⁷²

Nessa linha, Luiz Guilherme Marinoni explica a diferença entre tutela antecipada e tutela cautelar:¹⁷³

A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é ‘satisfativa sumária’. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem que ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistir referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado. Ocorre, neste caso, satisfatividade; nunca cautelaridade.

Além dos requisitos previstos no *caput* do art. 300 do Código de Processo Civil – quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo na demora –, o § 3º desse dispositivo traz um requisito específico para a concessão da tutela antecipada, dispondo que ela não será deferida quando houve perigo de irreversibilidade de seus efeitos. Em outros termos, exige-se

Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 610; GODINHO, Robson Renault. Da tutela provisória. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 469-470.

¹⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. 2ª ed. em e-book baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, s./p.

¹⁷¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 582-583.

¹⁷² BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do Direito Processual Civil e parte geral do Código de Processo Civil*. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 679; GAIO JR., Antônio Pereira. Apontamentos para a tutela provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 254, p. 195-223, abr., 2016.

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. A consagração da tutela antecipatória na reforma do CPC. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 118. Em sentido semelhante, esclarece Cândido Rangel Dinamarco: “Existe uma diferença conceitual entre (a) as medidas que oferecem ao sujeito, desde logo, a fruição integral ou parcial do próprio bem ou situação pela qual litiga e (b) as medidas destinadas a resguardar o processo em sua eficácia ou na qualidade de seu produto final, mediante a preservação de certos meios exteriores indispensáveis (bens suscetíveis de penhora, fontes de prova). As primeiras, oferecendo situações favoráveis às pessoas na vida comum em relação com outras pessoas ou com os bens, integram o conceito de tutela jurisdicional antecipada. As segundas, qualificadas como medidas cautelares, resolvem-se em medidas de apoio ao processo – para que ele possa produzir resultados úteis e justos [...]” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 255).

que os efeitos práticos e concretos da tutela antecipada sejam reversíveis, possibilitando o retorno ao *status quo ante*, em caso de revogação ou modificação da tutela provisória.¹⁷⁴

A existência desse requisito se justifica. Como a concessão da tutela provisória é baseada em cognição sumária, sendo, pois, passível de modificação ou revogação, o ideal é que seus efeitos sejam reversíveis, para não causar prejuízos à parte contrária.¹⁷⁵

Essa regra visa à proteção da segurança jurídica, conferindo previsibilidade às partes no sentido de que somente a tutela definitiva está apta à produção de efeitos irreversíveis, já que se funda em cognição exauriente, além de ser concedida somente após a possibilidade de exercício das garantias decorrentes do devido processo legal, especialmente o contraditório e a ampla defesa.¹⁷⁶

No entanto, essa exigência deve ser interpretada com temperamentos, sendo possível a sua relativização, conforme o Enunciado nº 419 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis: “Não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis”. Em diversas situações, embora a concessão da tutela provisória produza efeitos irreversíveis, seu indeferimento irá causar um “mal maior”, com consequências igualmente irreversíveis para a parte que a requereu.¹⁷⁷ É o que se chama de “irreversibilidade recíproca”¹⁷⁸ ou “perigo da irreversibilidade decorrente da não-concessão da medida”.¹⁷⁹

Exemplificando, o autor requer tutela antecipada contra um plano de saúde, alegando que a recusa ao fornecimento de determinado tratamento médico coloca sua vida em risco. O pedido se funda em laudo médico que atesta a urgência da internação e em instrumento contratual cuja análise sumária demonstra a probabilidade do direito ao tratamento.¹⁸⁰

Nesse caso, a falta de concessão da tutela antecipada pode trazer consequências irreversíveis, como, por exemplo, a ofensa à saúde e à vida, que são direitos da personalidade,

¹⁷⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 341.

¹⁷⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 613.

¹⁷⁶ Em sentido similar: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do Direito Processual Civil e parte geral do Código de Processo Civil*. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 695-698.

¹⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. Ed. em e-book baseada na 12ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, s./p.; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 613.

¹⁷⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas; PEDRON, Flávio Quinaud; TOLENTINO, Fernando Lage. Tutelas provisórias no CPC 1973 e no CPC 2015: o quanto o novo tem de inovador. *Revistas de Processo*. São Paulo, v. 262, p. 155-184, dez., 2016.

¹⁷⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 613.

¹⁸⁰ Cássio Scarpinella Bueno cita exemplo semelhante (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do Direito Processual Civil e parte geral do Código de Processo Civil*. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 696).

essenciais à pessoa humana. Caso verifique a probabilidade do direito e o perigo na demora, o juiz deve conceder a tutela antecipada, ainda que seus efeitos possam ser irreversíveis. Em caso de modificação ou revogação da tutela provisória, a parte contrária deve se contentar com uma reparação pelo equivalente em pecúnia (art. 302 do CPC),¹⁸¹ já que o tratamento será realizado, não sendo possível, por consequência, retornar ao estado anterior à concessão da tutela.¹⁸²

Diante da colisão entre efetividade e segurança jurídica, deve se recorrer ao princípio da proporcionalidade, cabendo ao juiz ponderar as situações de cada uma das partes, a fim de verificar qual delas deve ser provisoriamente protegida, ainda que a outra seja atingida pelos irreversíveis efeitos da concessão ou do indeferimento da tutela antecipada.¹⁸³

Em regra, quando verificados a probabilidade do direito e o perigo da demora decorrente da não atribuição imediata do bem da vida almejado, deve-se privilegiar o direito provável, ou seja, a efetividade, em detrimento do direito improvável e da segurança jurídica.¹⁸⁴

Nesse sentido, sustenta Luiz Guilherme Marinoni:¹⁸⁵

É inegável que a tutela antecipada que pode causar um prejuízo irreversível requer prudência. Mas ninguém está autorizado a confundir prudência com medo. A tutela antecipada deve ser utilizada nos limites em que é necessária para evitar ato contrário ao direito ou dano e, em casos excepcionais, até mesmo produzindo efeitos fáticos irreversíveis, já que o juiz, por lógica, não pode permitir prejuízo irreversível ao direito provável sob a justificativa de que a sua decisão não pode causar prejuízo irreversível ao direito improvável. Isso seria obrigar a jurisdição a tutelar o direito improvável!

Para mitigar possíveis prejuízos decorrentes da antecipação da tutela, o juízo pode exigir caução da parte requerente, atenuando a irreversibilidade da situação provocada pelos

¹⁸¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 613.

¹⁸² CÂMARA, Alexandre Freitas; PEDRON, Flávio Quinaud; TOLENTINO, Fernando Lage. Tutelas provisórias no CPC 1973 e no CPC 2015: o quanto o novo tem de inovador. *Revistas de Processo*. São Paulo, v. 262, p. 155-184, dez., 2016.

¹⁸³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 347-348; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do Direito Processual Civil e parte geral do Código de Processo Civil*. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 697.

¹⁸⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 614.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. 2ª ed. em e-book baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, s./p.

efeitos práticos da decisão, por meio de um equivalente pecuniário,¹⁸⁶ nos termos do § 1º do art. 300 do Código de Processo Civil.

Assim, os requisitos ou pressupostos genéricos para a concessão das tutelas de urgência – antecipada e cautelar – são a probabilidade do direito e o perigo na demora. No caso da tutela antecipada, ainda existe o requisito específico da reversibilidade dos efeitos práticos da decisão, que, todavia, pode ser relativizado.

Ao lado das tutelas de urgência (antecipada e cautelar), a tutela de evidência também se caracteriza por ser espécie de tutela provisória.¹⁸⁷ De acordo com Eduardo Lamy, a tutela da evidência “é o tipo de tutela provisória que satisfaz os efeitos da tutela jurisdicional sem que haja perigo de dano, mas apenas altíssima probabilidade de acolhimento do direito, assim prevista em lei. Não se funda na urgência do caso, e sim na evidência do sistema jurídico”.¹⁸⁸

Em sentido similar, Leonardo Greco define a tutela da evidência da seguinte maneira:¹⁸⁹

Em todas as hipóteses, a tutela da evidência exige um juízo de probabilidade firme da existência dos fatos alegados pelo autor, da existência do seu direito e da juridicidade e adequação do pedido, cujo acolhimento antecipado e provisório é pleiteado. Assim, pode definir-se a tutela da evidência, como a tutela antecipada que acolhe no todo ou em parte o pedido principal do autor para tutelar provisoriamente, independentemente da urgência, provável direito cuja existência se apresente *prima facie* indiscutível, nos casos previstos no artigo 311 do Código de 2015.

Por sua vez, Augusto Passamani Bufulin e Diego Crevelin de Sousa destacam que “a tutela da evidência é técnica outorgada pelo sistema para permitir a fruição imediata do direito

¹⁸⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 348-349; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 614.

¹⁸⁷ Marco Antonio dos Santos Rodrigues e Rafael Calmon Rangel destacam as características da tutela da evidência: “Devido à sua índole contingencial, as características inerentes às tutelas provisórias a impregnam de tal forma que ela continuará dependendo de mera cognição sumária para sua concessão (art. 300, primeira frase), seguirá sendo revogável a qualquer momento (art. 296) e, obviamente, permanecerá ostentando o caráter de provisória até vir a ser substituída pela tutela definitiva (art. 297). Logo, por mais que o direito em discussão no caso concreto possa se tornar evidente aos olhos do juiz, sua tutela será feita de forma precária e subordinada à sorte do pedido principal. Este dependerá de certeza para ser acolhido” (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; RANGEL, Rafael Calmon. A tutela da evidência como técnica de atuação judicial. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 271, p. 257-276, set., 2017).

¹⁸⁸ LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 13.

¹⁸⁹ GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JR. Fredie; MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Novo CPC. Doutrina Seleccionada. Procedimentos especiais, tutelas provisórias e direito transitório*. Vol. 4. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 204.

que se mostra evidente, independentemente da presença de *periculum in mora*. Vale dizer, a concessão da tutela da evidência prescinde da demonstração de *periculum in mora*”.¹⁹⁰

Há, portanto, diferença entre as tutelas provisórias de urgência e da evidência. Enquanto a concessão da tutela de urgência depende da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo (ou simplesmente perigo na demora da concessão da tutela jurisdicional), o deferimento da tutela da evidência prescinde de *periculum in mora*, bastando que a probabilidade da existência do direito possa ser aferida de plano.

Esclarecem, a propósito, Marco Antonio dos Santos Rodrigues e Rafael Calmon Rangel:¹⁹¹

[...] pode-se afirmar que se está diante de uma forma de tutela provisória que independe de risco de dano, conforme se extrai do caput desse dispositivo legal. Caso exista risco de ocorrência de danos ao direito em jogo ou ao resultado útil do processo – o *periculum in mora* –, pode ser caso até mesmo de concessão de uma das espécies de tutela de urgência, mas tal perigo na demora é irrelevante à eventual concessão de tutela de evidência.

Na mesma linha, Cássio Scarpinella Bueno afirma que, em comparação com as tutelas antecipada e cautelar, o principal traço distintivo da tutela da evidência é a desnecessidade de demonstração de *periculum in mora* (ou seja, de urgência) para sua concessão:¹⁹²

A concessão da ‘tutela da evidência’ independe da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, isto é, para empregar a expressão geralmente usada para descrever uma e outra situação, de *periculum in mora*. É esta sua marca característica, contrapondo-se à tutela de urgência: a desnecessidade de urgência para a sua concessão.

Dessa maneira, de acordo com o Código de Processo Civil, a tutela provisória se divide em tutela de urgência (antecipada e cautelar) e tutela da evidência.

Levando-se em conta o critério do resultado alcançado pelo processo no plano do direito material, a tutela pode ser classificada em (i) tutela específica, quando for capaz de evitar a lesão ao direito, assegurando sua incolumidade, ou quando, no caso de lesão, permitir o retorno ao *status quo ante*, recompondo o bem jurídico violado, como se o dano não

¹⁹⁰ BUFULIN, Augusto Passamani; SOUSA, Diego Crevelin. Tutela dos direitos patrimoniais mediante tutela de evidência. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte, ano 26, v. 102, p. 140, abr./jun., 2018.

¹⁹¹ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; RANGEL, Rafael Calmon. A tutela da evidência como técnica de atuação judicial. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 271, p. 257-276, set., 2017.

¹⁹² BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do Direito Processual Civil e parte geral do Código de Processo Civil*. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 721.

houvesse ocorrido,¹⁹³ e (ii) tutela genérica (ou pelo equivalente), quando o processo não é capaz de recompor o bem jurídico violado, entregando ao jurisdicionado um equivalente em pecúnia.¹⁹⁴

Nessa pesquisa, constatou-se que é possível classificar as tutelas dos direitos da personalidade pelo critério da finalidade ou função. A partir de tal critério, identifica-se a existência de sete tutelas destinadas à proteção dos aspectos fundamentais da pessoa humana: (i) tutela ressarcitória-compensatória do prejuízo extrapatrimonial, (ii) tutela ressarcitória-indenizatória do prejuízo patrimonial, (iii) tutela de exclusão do lucro da intervenção, (iv) tutela inibitória, (v) tutela cessatória, (vi) tutela reintegratória (ou de remoção do ilícito) e (vii) restauratória (ou ressarcitória na forma específica). Assim, adotando-se o critério da finalidade, as tutelas dos direitos da personalidade podem ser sistematizadas da seguinte maneira:¹⁹⁵

TUTELAS	FINALIDADE
Tutela ressarcitória-compensatória	Espécie ou modalidade de tutela ressarcitória. Tutela repressiva, prestada após o ato ilícito e o dano. Objetiva amenizar prejuízos extrapatrimoniais, com o pagamento de uma quantia pecuniária que constituiu um lenitivo pelo prejuízo de ordem extrapatrimonial. A esse valor se chega a partir de arbitramento judicial.
Tutela ressarcitória-indenizatória	Espécie ou modalidade de tutela ressarcitória. Tutela repressiva, prestada após o ato ilícito e o dano. Destina-se à reparação de prejuízos patrimoniais. Seu valor é obtido por meio de uma operação matemática de subtração, que corresponde à diferença entre o patrimônio que existia antes do evento danoso e o patrimônio reduzido

¹⁹³ Nesse sentido: PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5ª ed. Napoli: Jovene, 2006, p. 746 e 748; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela específica do credor nas obrigações negativas. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Rio de Janeiro, Vol. 20, p. 63, 1979; MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 293-294; YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 59; ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e obrigações de fazer e não fazer. *Gênese: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, vol. 2, n. 4, p. 111-124, 1997; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. Vol. 5. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 567; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do Direito Processual Civil e parte geral do Código de Processo Civil*. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 367; ARAUJO, Luciano Vianna. Do julgamento das ações relativas às prestações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 747.

¹⁹⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. Vol. 5. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 568.

¹⁹⁵ HIBNER, Davi Amaral; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A tutela dos direitos da personalidade no Brasil e na Itália: questões materiais e processuais. In: II Congresso de Processo Civil Internacional, 2017, Vitória. *Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional*. Vitória: UFES, 2017, v. 1, p. 11-26; SILVESTRE, Gilberto Fachetti; RAMALHO, Camila Villa Nova; HIBNER, Davi Amaral. *Acessibilidade e direitos da personalidade: questões materiais e processuais*. Moldova: Novas Edições Acadêmicas, 2018, p. 20-21.

	após a lesão. Trata-se de eliminar o dano (<i>in</i> = não; <i>denne</i> = dano).
Tutela de exclusão do lucro da intervenção	Tutela preventiva, desestimulando a prática de atos ilícitos futuros. É, também, tutela repressiva, voltando-se contra o ato ilícito e seus efeitos, com a remoção do lucro da intervenção do patrimônio do agente ofensor. Tem a finalidade de retirar do patrimônio do ofensor o lucro obtido em decorrência da violação dos direitos da personalidade da vítima, nos casos em que o proveito econômico auferido for superior ao dano.
Tutela inibitória	Tutela preventiva, voltando-se contra ameaça à violação do direito. Destina-se a evitar a prática do ato ilícito e, conseqüentemente, a ocorrência do dano.
Tutela cessatória	Tutela preventiva. Espécie de tutela inibitória. Tem o propósito de evitar a continuação ou a reiteração do ato ilícito que se prolonga no tempo ou que não se exaure em apenas um ato.
Tutela de remoção do ato ilícito (ou reintegratória)	Tutela repressiva, prestada após o ato ilícito. Tem por objetivo eliminar o ato ilícito e seus efeitos, retirando-os da realidade.
Tutela restauratória (ou ressarcitória na forma específica)	Tutela repressiva, prestada após o ato ilícito e o dano. Destina-se à restauração do bem jurídico violado, com a reparação dos prejuízos por meios não pecuniários, para que seja restabelecido o <i>status quo ante</i> . Reparar significa “voltar à aparência anterior” (<i>re + paribus</i>).

Analisando tais tutelas a partir do critério da finalidade, pretende-se identificar quais delas são capazes de garantir a prestação de tutela específica dos direitos da personalidade, levando-se em consideração o caráter extrapatrimonial dos interesses existenciais.

Em outros termos, dentre as sete modalidades de tutelas, investiga-se quais delas são capazes de garantir a incolumidade dos direitos da personalidade, afastando a ameaça de violação, ou, no caso de lesão, permitir a recomposição dos atributos essenciais à pessoa humana, restabelecendo o *status quo ante* ou atingindo situação próxima à que existia antes do dano.

Essa pesquisa aborda, destarte, os pontos de contato entre o direito material e o direito processual, analisando de que maneira os direitos da personalidade podem ser tutelados de forma adequada, eficiente e efetiva.

CAPÍTULO 2

AS TUTELAS RESSARCITÓRIAS-PECUNIÁRIAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Com o personalismo ético, a pessoa humana se tornou a razão de ser da ordem social. No caso do Direito Civil, os institutos passaram a ser precipuamente funcionalizados e voltados à promoção, ao desenvolvimento e à proteção da personalidade e da dignidade humana, entendida como valor máximo do ordenamento jurídico.

Nessa perspectiva, a ordem jurídica instituiu o amplo ressarcimento dos danos à pessoa humana, visando à proteção de seus atributos fundamentais e constitutivos. A lesão aos direitos da personalidade pode causar prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais. O ordenamento fornece instrumentos que conferem integral proteção a tais direitos, possibilitando a indenização do prejuízo patrimonial e a compensação do prejuízo extrapatrimonial, seja com a entrega de pecúnia ao lesado, seja por meio de medidas não pecuniárias.

Nesse capítulo, serão analisadas as três modalidades de tutela ressarcitória, destinadas à “reparação” dos prejuízos decorrentes da lesão aos atributos fundamentais da pessoa humana: (i) ressarcitória-compensatória de prejuízos extrapatrimoniais, por meio da qual se entrega quantia pecuniária para a amenização de prejuízos extrapatrimoniais, consistindo em um lenitivo pela lesão a bens e interesses jurídicos que são insuscetíveis de avaliação econômica; (ii) ressarcitória-indenizatória de prejuízos patrimoniais, caracterizada pela concessão de pecúnia para a recomposição do patrimônio ao estado anterior à lesão; e (iii) ressarcitória na forma específica (ou restauratória), por meio da qual são aplicadas medidas não pecuniárias para a reparação dos prejuízos. Contudo, a tutela ressarcitória não-pecuniária, ou seja, na forma específica, será apenas conceitualmente definida, já que será objeto de análise no Capítulo 4 da dissertação.

Aborda-se, nesse sentido, o significado do sintagma “indenizar”, sustentando que apenas os prejuízos patrimoniais podem ser integralmente reparados com pecúnia, enquanto os prejuízos extrapatrimoniais podem ser apenas compensados, mitigados ou amenizados com o pagamento de quantia monetária.

A partir da literatura jurídica e da pesquisa de julgados, também serão analisadas as lesões que caracterizam prejuízo extrapatrimonial passível de compensação pecuniária, destacando-se a evolução do entendimento dos tribunais acerca da possibilidade de reparação do dano moral. Outrossim, serão abordadas as lesões que configuram prejuízo patrimonial,

ensejando a prestação de tutela ressarcitória-indenizatória, para viabilizar o ressarcimento dos danos.

Nessa perspectiva, serão analisados os dispositivos do Código Civil que tratam da tutela indenizatória do dano patrimonial e da tutela compensatória do dano extrapatrimonial, especificamente os arts. 12, 20, 186 e 927, além dos arts. 948 a 954, todos do Código Civil.

Todavia, em razão do corte metodológico adotado nessa pesquisa, não serão objeto de análise os critérios para quantificação da indenização do prejuízo patrimonial e da compensação do prejuízo extrapatrimonial, temas que dependem de pesquisas autônomas em relação às tutelas.

2.1. As modalidades de tutela ressarcitória

A violação dos direitos da personalidade pode causar prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais. Havendo dano decorrente da ofensa aos atributos fundamentais da pessoa humana, a tutela ressarcitória se revela adequada à reparação ou à compensação de prejuízos.

O ressarcimento pode ocorrer de duas maneiras, sendo possível falar em: (i) tutela ressarcitória na forma específica, por meio da qual se pretende reparar o prejuízo com a aplicação de medidas não pecuniárias, buscando o retorno ao estado anterior à lesão e a restauração do bem jurídico violado, como se o dano não houvesse ocorrido;¹⁹⁶ e (ii) tutela ressarcitória pecuniária (ou pelo equivalente monetário), por meio da qual se busca a indenização ou a compensação do prejuízo com a entrega de quantia pecuniária à vítima.

Pontes de Miranda esclarece, a propósito, que o ressarcimento pode ocorrer de duas formas: “represtina-se mediante a retribuição em pristino, que se faz pela reentrega do bem ou pela reparação em natura, *integral* ou *conservativa*, ou com o equivalente em dinheiro”.¹⁹⁷

Em sentido similar, Luiz Guilherme Marinoni aduz que ressarcir é eliminar o prejuízo decorrente do ilícito e que existem duas formas de ressarcimento:¹⁹⁸

No caso de dano, há duas formas de ressarcimento: pelo equivalente ao valor da lesão e na forma específica. [...]. Ressarcir é eliminar o estrago provocado pelo fato danoso. Portanto, é pouco mais do que óbvio que o dinheiro não pode constituir a única ou sempre a melhor forma de ressarcimento. [...]. Portanto, ressarcir é uma resposta ao dano que pode ser prestada de duas formas: mediante dinheiro e na forma específica.

¹⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 293-294.

¹⁹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo LIV. Direito de personalidade. Direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 410.

¹⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 105 e 113.

Na mesma direção, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni explicam as duas formas ou espécies de tutela ressarcitória:^{199,200}

[...] é preciso separar o dano, o ressarcimento e as duas formas de tutela ressarcitória. Quem sofre um dano tem direito ao ressarcimento, mas pode se valer, conforme a sua situação concreta, de uma das duas formas de tutela ressarcitória. A tutela ressarcitória pode ser prestada pelo equivalente ou na forma específica. [...]. Enquanto a tutela ressarcitória em pecúnia visa a dar ao lesado o valor equivalente ao da diminuição patrimonial sofrida ou o valor equivalente ao custo para a reparação do dano, ou ainda pode constituir uma resposta contra o dano acarretado a um direito não patrimonial (a chamada indenização por dano moral), a tutela ressarcitória na forma específica objetiva estabelecer a situação que existiria caso o dano não houvesse sido produzido.

A tutela ressarcitória pelo equivalente pecuniário ainda pode ser subdividida em: (i) indenizatória de danos patrimoniais, destinada à eliminação de prejuízos econômicos, para que a vítima retorne ao *status quo ante*, recompondo seu patrimônio; e (ii) compensatória de danos extrapatrimoniais, voltada à amenização de prejuízos decorrentes de lesão a interesses existenciais, insuscetíveis de avaliação financeira, com a concessão de uma quantia pecuniária que constitui um lenitivo para a vítima.

Em outras palavras, a tutela ressarcitória-pecuniária tem por objetivo a reparação ou a compensação do dano causado pelo ato ofensivo aos direitos da personalidade, abrangendo a tutela indenizatória, que visa à reparação de danos patrimoniais (danos emergentes e lucros cessantes), possibilitando o retorno do patrimônio ao *status quo ante*, com a entrega de quantia monetária correspondente ao prejuízo; e a tutela compensatória, consistente no pagamento de uma quantia pecuniária que serve para mitigar o prejuízo de ordem extrapatrimonial.²⁰¹

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do Processo Civil*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 297-298.

²⁰⁰ No mesmo sentido, afirmam Felipe Peixoto Braga Netto e Karine Cysne Frota Adjafre: “Note-se que a reparação de um prejuízo não necessariamente está vinculada à forma pecuniária (embora seja a mais comum). Assim, a tutela ressarcitória pode se manifestar tanto na forma genérica quanto na específica. No primeiro caso, fatalmente ocorrerá a entrega de soma em dinheiro para ressarcir o prejuízo patrimonial ocasionado (ou para compensar um dano moral). Já no segundo, é possível pensarmos numa tutela que permita restabelecer a situação que vigia antes da prática da lesão (ou, pelo menos, propiciar o estado mais próximo possível” (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ADJAFRE, Karine Cysne Frota. Tutela contra o ilícito: em busca de contornos conceituais. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César; THIBAU, Vinícius Lott (Coords.). *O direito privado e o novo Código de Processo Civil: repercussões, diálogos e tendências*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 161).

²⁰¹ HIBNER, Davi Amaral; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A tutela dos direitos da personalidade no Brasil e na Itália: questões materiais e processuais. In: II Congresso de Processo Civil Internacional, 2017, Vitória. *Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional*. Vitória: UFES, 2017, v. 1, p. 21.

Nessa linha, Luiz Guilherme Marinoni afirma que a tutela ressarcitória pelo equivalente pecuniário pode ser concedida para a reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais:²⁰²

[...] não é correto confundir o conteúdo do dano com a forma de sua reparação. O dano pode ter conteúdo patrimonial ou não patrimonial, ao passo que existem duas formas para a sua reparação: pelo equivalente e na forma específica. Não é apenas o dano patrimonial que pode ser reparado na forma pecuniária. O dano não patrimonial, apesar de não poder ser expresso em dinheiro, também pode ser ressarcido mediante a imposição de um valor em pecúnia [...]. Nessa linha, há ressarcimento quando se atribui valor em dinheiro ao sujeito lesado, ainda que com a finalidade de compensá-lo, no caso de dano com repercussão não patrimonial (dano à honra, dano estético *etc.*).

Com efeito, os arts. 12, 186 e 927 do Código Civil dispõem que, havendo violação aos direitos da personalidade, o lesado pode reclamar perdas e danos. Tais dispositivos preveem que, na hipótese de lesão aos direitos da personalidade, existe a possibilidade de prestação de tutela ressarcitória-indenizatória de danos patrimoniais e de tutela ressarcitória-compensatória de danos extrapatrimoniais.²⁰³ Ambas são tutelas pelo equivalente monetário, ou seja, se caracterizam pela entrega de pecúnia ao titular dos direitos da personalidade.

2.2. A tutela ressarcitória-compensatória do prejuízo extrapatrimonial

Prevista nos arts. 12, 186, 927 e em outros dispositivos do Código Civil, a tutela compensatória se destina à amenização de prejuízos extrapatrimoniais decorrentes da lesão aos atributos fundamentais da pessoa humana (psicossomático, moral ou espiritual e intelectual), com a entrega de quantia pecuniária que serve como um lenitivo para a vítima. Trata-se, pois, de tutela repressiva, prestada para a compensação ou mitigação do dano decorrente da ofensa aos interesses existenciais.

Fala-se em tutela *compensatória* porque a lesão aos direitos da personalidade atinge atributos insuscetíveis de avaliação econômica, de modo que a soma em dinheiro concedida ao lesado não é suficiente para restabelecer a situação que existia antes do dano, nem para recompor o bem ou interesse jurídico violado. A quantia pecuniária, portanto, apenas

²⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 288-289.

²⁰³ Em sentido semelhante, aduzem José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo: “A redação dos arts. 12 e 186 do CC está em sintonia, estabelecendo a possibilidade de defesa dos direitos da personalidade contra a ameaça ou lesão. As pretensões ligadas ao direito de personalidade geram a possibilidade de ressarcimento por dano moral, o qual poderá ou não estar atrelado ao dano material” (MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código Civil comentado*. Ed. em e-book baseada na 1ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, s./p.).

compensa a vítima, sendo insuficiente, por si só, para ressarcir, reparar ou indenizar integralmente o prejuízo extrapatrimonial.

Assim, embora o art. 5º, inciso X, da CRFB/1988, se refira à indenização do dano moral, deve-se falar em compensação desse tipo de lesão, conforme aduz Maria Celina Bodin de Moraes: “‘indenizar’ é palavra que provém do latim, *in dene*, que significa devolver o patrimônio ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e as suas consequências, o que, evidentemente, não é possível no caso de uma lesão de ordem extrapatrimonial”.²⁰⁴

No mesmo sentido, Fernando Noronha explica a diferença entre indenização e compensação: indenizar é apagar o dano com a reposição do patrimônio na situação em que se encontrava antes da lesão, ao passo que compensar significa contrabalancear o mal causado, sem, contudo, poder apagá-lo.²⁰⁵

Havendo dano patrimonial, o valor da indenização é obtido por meio de uma operação matemática de subtração, que corresponde à diferença entre o patrimônio que existia antes do evento danoso e o patrimônio reduzido após a lesão, para que seja possível recompor o patrimônio lesado com a entrega de quantia pecuniária, ou seja, retornar ao estado anterior à lesão, mediante pagamento de dinheiro.²⁰⁶

Trata-se, assim, da teoria da diferença, que, de acordo com Pontes de Miranda, é aplicada da seguinte maneira: “verificam-se o valor do patrimônio e do que se lhe retira, inclusive se cessam os lucros ou se aumentam as dívidas”.²⁰⁷ Portanto, no ressarcimento do dano patrimonial, a quantia pecuniária entregue ao lesado pode ser capaz de recompor seu patrimônio, permitindo o retorno ao *status quo ante*.

Todavia, Fernando Noronha afirma que, na compensação de danos extrapatrimoniais, não se aplica a teoria da diferença, que serve apenas à reparação dos danos patrimoniais, a fim de que a indenização seja igual à diferença entre a situação atual do patrimônio do lesado e a situação hipotética que ele estaria se não houvesse ocorrido o dano.²⁰⁸

²⁰⁴ MOARES, Maria Celina de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 145.

²⁰⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 461.

²⁰⁶ HIBNER, Davi Amaral; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A tutela dos direitos da personalidade no Brasil e na Itália: questões materiais e processuais. In: II Congresso de Processo Civil Internacional, 2017, Vitória. *Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional*. Vitória: UFES, 2017, v. 1, p. 21.

²⁰⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo LIII. Direitos das Obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 265.

²⁰⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 593.

Na mesma linha, Judith Martins-Costa sustenta que a teoria da diferença é inaplicável à compensação do dano moral.²⁰⁹

Essa questão se torna particularmente aguda no que toca ao dano moral (*rectius*: dano extrapatrimonial), porque, ao contrário do que se verifica quanto às lesões causadas ao patrimônio, de nada aqui adianta invocar a Teoria da Diferença, pela qual a indenização há de ser igual à diferença no patrimônio da vítima tendo em vista os momentos antecedente e posterior à ocorrência do evento danoso.

Na hipótese de dano extrapatrimonial, não é possível retornar ao *status quo ante* somente com a entrega de pecúnia, já que os bens e interesses violados não podem ser precificados, sendo possível afirmar, assim, que a soma em dinheiro exerce função compensatória, isto é, constitui apenas um lenitivo pelo prejuízo de ordem extrapatrimonial.

Na “reparação” dos danos extrapatrimoniais, não se aplica a teoria da diferença, de modo que a quantia pecuniária concedida ao lesado é insuficiente para recompor os bens e interesses existenciais violados, servindo apenas como uma compensação satisfatória. Nesse sentido, adverte Anderson Schreiber: “quem sofre dano à honra, à privacidade, à integridade física nunca será plenamente reparado com uma quantia monetária”.²¹⁰

A quantia pecuniária apenas ameniza o prejuízo extrapatrimonial, isto é, compensa a pessoa pela violação de seus interesses existenciais, mas não é capaz de recompor o bem jurídico lesado, insuscetível de mensuração financeira. Atributos e bens que não são avaliáveis economicamente não podem ser plenamente reparados apenas com soma em dinheiro, de modo que a tutela compensatória, por si só, não garante a prestação de tutela específica, sendo incapaz de restaurar o bem jurídico e de promover o retorno ao estado anterior à lesão.

Nessa linha, considerando o caráter extrapatrimonial dos direitos da personalidade, Andrea Proto Pisani afirma que a tutela compensatória, isoladamente, não é efetiva nem adequada à plena reparação dos prejuízos decorrentes da lesão aos interesses existenciais, na medida em que concede pecúnia para a satisfação de direitos desprovidos de conteúdo econômico.²¹¹

²⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coords.). *Livro em homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 290.

²¹⁰ SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. In: PAULA, Fernanda Pessoa Chauhy de; MENEZES, Iure Pedroza; CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa (Coords.). *Direitos das obrigações: reflexos no direito material e processual: obra em homenagem a “Jones Figueiredo Alves”*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 43.

²¹¹ PROTO PISANI, Andrea. La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela. *Il Foro Italiano*, vol. 113, p. 1-20, 1990. Em tradução livre: “Os direitos da personalidade e, em geral, as

I diritti della personalità, ed in genere le situazioni di libertà, si caratterizzano innanzi tutto per essere diritti a contenuto e funzione non patrimoniale; [...]. Il primo dato che emerge con assoluta evidenza, e che è oportuno immediatamente sottolineare, è l'inadeguatezza della tutela risarcitoria. Pur con tutte le eleganti operazioni di restauro, di *maquillage*, di reinterpretazione operate della dottrina civilistica sulla responsabilità extracontrattuale, la tutela risarcitoria si manifesta come strutturalmente inadeguata ad assicurare da sola una tutela ai diritti a contenuto e a funzione non patrimoniale. La tutela risarcitoria concerne il patrimonio, non il diritto al bene: come tale sarà sempre inadeguata a assicurare una tutela giurisdizionale effettiva a diritti a contenuto e funzione non patrimoniale. Se i diritti della personalità per definizione hanno contenuto e funzione non patrimoniale, allora per definizione la tutela risarcitoria si manifesta come forma (da sola) non adeguata di tutela, perchè non è in grado di soddisfare il bisogno non patrimoniale assicurato da tali diritti.

Enquanto a indenização do dano patrimonial é capaz de recompor o patrimônio ao estado anterior à lesão, a quantia pecuniária – concedida como forma de ressarcimento do dano extrapatrimonial – somente compensa o lesado, isto é, mitiga os prejuízos decorrentes da violação de interesses existenciais, não sendo suficiente, porém, para permitir o retorno ao *status quo ante*, tampouco para restaurar o bem ou interesse lesado, insuscetíveis de apreciação econômica. Na proteção dos direitos da personalidade, portanto, a tutela compensatória, *por si só*, não concretiza a prestação de tutela específica, revelando-se insuficiente para se garantir integral proteção aos atributos fundamentais da pessoa humana.

A propósito, Yussef Said Cahali esclarece a distinção entre ressarcimento ou indenização do dano patrimonial e “reparação” do dano moral:²¹²

Em síntese: no dano patrimonial, busca-se a reposição em espécie ou em dinheiro pelo valor equivalente, de modo a poder-se indenizar plenamente o ofendido, reconduzindo o seu patrimônio ao estado em que se encontraria se não tivesse ocorrido o fato danoso; com a reposição do equivalente pecuniário, opera-se o ressarcimento do dano patrimonial. Diversamente, a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas consequências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa. Trata-se, aqui, de reparação do dano moral.

situações de liberdade, se caracterizam, primeiramente, por serem direitos de conteúdo e função não patrimonial; [...]. O primeiro dado que emerge com absoluta evidência, e que é importante imediatamente ressaltar, é a inadequação da tutela ressarcitória. Mesmo com todas as sofisticadas operações de restauração, de maquiagem, de reinterpretação operadas pela doutrina civilista sobre a responsabilidade extracontratual, a tutela ressarcitória se manifesta como sendo estruturalmente inadequada para assegurar, sozinha, uma tutela dos direitos de conteúdo e de função não patrimonial. A tutela ressarcitória concerne ao patrimônio, não ao direito ao bem: como tal, será sempre inadequada para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva a direitos de conteúdo e função não patrimonial. Se os direitos da personalidade têm conteúdo e função não patrimonial, então, por definição, a tutela ressarcitória se manifesta como forma (sozinha) não adequada de tutela, porque não é capaz de satisfazer a necessidade não patrimonial inerente a tais direitos”.

²¹² CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 44.

Na mesma direção, Fernando Noronha ressalta que a quantia pecuniária entregue ao lesado exerce função compensatória na “reparação” de prejuízos extrapatrimoniais.²¹³

Aqui diremos apenas que a reparação de todos os danos que não sejam suscetíveis de avaliação pecuniária obedece em regra o princípio da *satisfação compensatória*: o quantitativo pecuniário a ser atribuído ao lesado nunca pode ser equivalente a um ‘preço’, será o valor necessário para lhe proporcionar um lenitivo para o sofrimento infligido, ou uma compensação pela ofensa à vida ou à integridade física.

Em sentido similar, entendem Aline Valverde Terra e Gisela Cruz Guedes: “Diversamente da indenização por danos materiais, que visa à recomposição do patrimônio do lesado ao *status quo ante*, a indenização por danos morais encerra a função precípua de compensar a vítima, servindo de lenitivo para mitigar, de alguma forma, o dano sofrido”.²¹⁴

É verdade, no entanto, que alguns dos direitos da personalidade possuem um duplo aspecto ou conteúdo: extrapatrimonial e patrimonial. Por exemplo, o direito à imagem e o direito ao nome podem ser economicamente mensurados. Por terem um aspecto patrimonial, tais direitos podem ser objeto de negócio jurídico, pelo qual é possível convencionar sua cessão, desde que não seja de modo definitivo nem geral, isto é, a cessão deve ser temporária e para uma finalidade específica, que atenda à realização dos interesses do titular do direito da personalidade.²¹⁵

²¹³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 593. Na mesma direção, sustenta Sérgio Cavalieri Filho: “Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende à *restitutio in integrum* do dano causado, tendo mais uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que obtém atenuando, de maneira indireta, as consequências do sofrimento. Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito – compensação –, que, além de diverso do de ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava ‘substituição do prazer, que desaparece, por um novo’” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 120-121).

²¹⁴ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. A repersonalização do direito civil e suas repercussões na responsabilidade civil. In: ERHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coords.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 478.

²¹⁵ Dispõe, a propósito, o Enunciado nº 4 do CJK/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil: “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”. Interpretando o art. 11 do Código Civil, que prevê a intransmissibilidade e irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, Anderson Schreiber defende que, além de não poder ser permanente nem geral, a cessão só deve ser admitida quando atender a um interesse genuíno da personalidade do titular do direito. Assim, é válida a cessão do direito de imagem para determinada campanha publicitária, a fim de satisfazer os interesses da pessoa, como ocorre, por exemplo, em ensaios fotográficos sensuais. Não é válida, porém, a cessão desse direito “em qualquer publicidade”, “para sempre”, “de qualquer modo” ou “para qualquer fim” (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 27). Trata-se, portanto, de uma disponibilidade relativa dos direitos da personalidade, fundada na autonomia privada (ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 209-216)

Nessa linha, Wanderlei de Paula Barreto esclarece que, por terem um aspecto patrimonial, alguns dos direitos da personalidade podem ser objeto de negócios jurídicos.²¹⁶

Os direitos da personalidade são, *a priori*, extrapatrimoniais. Os bens jurídicos que compõem o substrato da maior parte dos direitos da personalidade constituem *res extra commercium*. São, portanto, em regra, insuscetíveis de comporem o suporte fático de negócios jurídicos. Alguns deles, no entanto, são passíveis de figurarem como objetos de atos jurídicos de conteúdo econômico, no plano negocial ou contratual, como ocorre com o direito à imagem objetiva, o direito sobre a voz humana.

Especificamente no que se refere ao aspecto patrimonial do direito à imagem, afirma Leonardo Estevam de Assis Zanini:²¹⁷

Nesse sentido, é certo que alguns atributos da personalidade também podem ser valorados, constituindo um bem econômico. Mas não são todos os atributos da personalidade que admitem valoração, visto que tal característica está associada apenas a determinadas facetas da personalidade, como é o caso, por exemplo, do nome, da voz e da imagem, que podem adquirir um valor comercial. [...]. No que toca à imagem, não há dúvida que atualmente ela é considerada um bem passível de valoração econômica. Valem então as regras de mercado, entre as quais a da oferta e da demanda, de modo que quanto maior for a demanda, maior será o preço da imagem.

Contudo, havendo violação ao direito de imagem ou ao nome, podem surgir prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça consolidou sua jurisprudência no sentido de que a violação do direito de imagem provoca dano moral *in re ipsa*, de modo que, uma vez comprovado o ato ilícito, caracterizado estará o dano extrapatrimonial, consoante dispõe o enunciado da Súmula nº 403.²¹⁸

O dano que atinge o aspecto patrimonial pode ser reparado apenas com pecúnia. Por outro lado, o dano que lesa o aspecto extrapatrimonial jamais pode ser plenamente ressarcido apenas com soma em dinheiro, já que a lesão atinge atributos que não são avaliáveis em pecúnia. Assim, nem mesmo os direitos da personalidade que possuem um duplo aspecto – patrimonial e extrapatrimonial – podem ser integralmente protegidos somente com a concessão de tutela ressarcitória-pecuniária.

²¹⁶ BARRETO, Wanderlei de Paula Barreto. Comentários aos arts. 1º a 39 do Código Civil Brasileiro. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Orgs.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro: Parte Geral*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 112-113.

²¹⁷ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba, Juruá, 2018, p. 266.

²¹⁸ “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais” (STJ, Súmula 403, Segunda Seção, julgado em 28/10/2009).

Logo, pode-se afirmar que, na proteção dos direitos da personalidade, a tutela compensatória, por si só, é insuficiente para garantir efetiva satisfação aos interesses existenciais, não sendo capaz de concretizar a prestação de tutela específica.

A despeito de sua insuficiência para a plena proteção dos direitos da personalidade, a tutela compensatória é bastante difundida e aplicada no âmbito judicial. Todavia, nem sempre foi assim. Durante grande parte do período de vigência do Código Civil de 1916, os tribunais não admitiam a reparação do dano moral,²¹⁹ sob o argumento de que “não se pode expressar pecuniariamente a indenização de um valor não-econômico”.²²⁰ Nesse sentido, Rogério Donnini ressalta que, naquele período, prevaleceu a tese da irreparabilidade do dano moral, pois seria uma questão mais próxima da moral que do direito.^{221,222}

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, o primeiro caso em que o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de ressarcimento do dano moral foi em abril de 1966, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 59.940/SP. A autora entende que, embora fundamentada em razões patrimonialistas, a decisão concedeu a reparação do dano moral aos genitores pela morte de dois filhos menores, causada culposamente por uma transportadora de

²¹⁹ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 50.

²²⁰ SILVESTRE, Gilberto Fachetti; HIBNER, Davi Amaral; RAMALHO, Camila Villa Nova. *Acessibilidade e direitos da personalidade: questões materiais e processuais*. Moldova: Novas Edições Acadêmicas, 2018, p. 15.

²²¹ DONNINI, Rogério. Fundamento legal da função punitiva da responsabilidade civil. In: DONNINI, Rogério; ZANETTI, Andrea Cristina (Coords.) *Risco, dano e responsabilidade civil*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 16.

²²² Entretanto, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery advertem que, a despeito do entendimento jurisprudencial da época, o autor do Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua, entendia ser possível a reparação do dano moral: “O Código Beviláqua era um diploma legal à frente de seu tempo, como demonstrou a reação que houve quanto à aprovação de muitos de seus dispositivos e, mais ainda, quanto à não implementação de alguns institutos da forma como cunhado pelo gênio de Clóvis. Exemplo dessa falta de compreensão da magnitude e da modernidade do CC revogado é o da indenizabilidade do dano moral. O revogado CC/1916 159 *caput* dizia que aquele que violar direito de outrem ou causar prejuízo tinha o dever de indenizar (‘aquele que... violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano’). Clóvis, desde a primeira edição de seus Comentários, afirmava ser indenizável o dano moral, consequência da violação de direito, pois a norma não discriminava de que direito se estava tratando, se patrimonial ou moral. Ou, melhor dizendo, a norma não explicitava sobre que objeto de direito recaia o prejuízo: se sobre os que contêm valor econômico, ou se sobre os que compõem a humanidade do sujeito. Onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo. Essa afirmação singela de Clóvis, a par de ser autêntica e a única que poderia decorrer do revogado CC/1916 159, ficou décadas sem ser compreendida, pois doutrina e jurisprudência dominantes eram no sentido da não indenizabilidade do dano moral” (NERY JR., Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 2ª ed. em e-book baseada na 12ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, s./p.). Em sentido similar, ainda na vigência do Código Civil de 1916, Orlando Gomes defendia a possibilidade de reparação do dano moral: “Da inexistência de uma regra geral autorizante de indenização do dano moral e de algumas vacilações na interpretação de certas disposições legais não há que inferir a irreparabilidade desse dano por atentado a direito da personalidade. Sempre que existir, o dano moral deve ser reparado, provenha, ou não, de delito penal ou de direito civil. Até através de criação pretoriana a existência dos direitos da personalidade e a reparabilidade do dano moral que sua lesão ou ofensa ocasione devem ser recebidos nos tribunais, quando menos por interpretação construtiva do art. 1.553 do Código Civil” (GOMES, Orlando. *Direitos da personalidade e responsabilidade civil*. In: GOMES, Orlando. *Novos temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 261).

pessoas.²²³ Confira-se, a propósito, trecho do voto do Ministro Aliomar Baleeiro, relator do Recurso Extraordinário:²²⁴

Se o responsável pelo homicídio lhe frustra a expectativa e a satisfação atual, deve reparação, ainda que seja a indenização de tudo quanto dispenderam para um fim lícito malgrado pelo dolo ou culpa do ofensor. Perderam, no mínimo, tudo quanto investiram na criação e educação dos filhos, e que se converteu em frustração pela culpa do réu. O patrimônio não são apenas coisas concretas, mas o acervo de todos os direitos que o titular dele pode exercitar.

Yussef Said Cahali relata que, na vigência do Código Civil de 1916, alguns julgados admitiam a reparação do dano moral, desde que produzisse alguma repercussão de ordem patrimonial.²²⁵ Dessa forma, o dano moral sem reflexos patrimoniais não era ressarcível.²²⁶

Não se admitia, porém, a cumulação do ressarcimento do dano patrimonial com a reparação do dano extrapatrimonial, sob o argumento de que este era absorvido por aquele.²²⁷ Nessa linha, asseveram Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior: “O STF, já na segunda metade do século XX, passou a admitir a indenizabilidade do dano moral, mas desde que ficasse expressamente excluída a cumulação com o dano patrimonial”.²²⁸

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, diversos julgados passaram a reconhecer a possibilidade de compensação do dano moral, mediante entrega de pecúnia ao lesado, ainda que não tivesse havido dano patrimonial.²²⁹ É que, em seu art. 5º, incisos V e X, a CRFB/1988 prevê que, havendo violação à intimidade, à vida privada, à honra ou à imagem, o lesado tem direito à indenização por dano moral. No âmbito

²²³ MOARES, Maria Celina de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 148-149.

²²⁴ “RESPONSABILIDADE CIVIL - A MORTE DE FILHOS MENORES, CONFORME AS CIRCUNSTANCIAS, COMPORTA INDENIZAÇÃO. O PROBLEMA RESOLVE-SE NA LIQUIDAÇÃO E POR ARBITRAMENTO” (STF, RE nº 59940, Relator Min. Aliomar Baleeiro, Segunda Turma, julgado em 26/04/1966).

²²⁵ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52.

²²⁶ Nessa direção, afirma Rogério Donnini: “Sob a influência de autores franceses e italianos, cujas ideias foram lançadas no século XIX e no início do século XX, nossos tribunais rechaçaram, na esmagadora maioria dos pleitos, ao longo de quase cem anos, a possibilidade de reparação desses danos extrapatrimoniais, que, posteriormente, em um primeiro momento, eram admitidos desde que fossem suportados juntamente com danos patrimoniais” (DONNINI, Rogério. *Fundamento legal da função punitiva da responsabilidade civil*. In: DONNINI, Rogério; ZANETTI, Andrea Cristina (Coords.) *Risco, dano e responsabilidade civil*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 16).

²²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 121.

²²⁸ NERY JR., Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 2ª ed. em e-book baseada na 12ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, s./p.

²²⁹ Em sentido similar, aduz Judith Martins-Costa: “[...] somente a partir da década de 1980 houve o assentamento jurisprudencial da possibilidade da indenização do dano moral independentemente de sua conexão com os danos patrimoniais presentes e/ou futuros” (MARTINS-COSTA, Judith. *Dano moral à brasileira*. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coords.). *Livro em homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 291).

jurisprudencial, portanto, cessaram as controvérsias acerca da “reparabilidade” do dano extrapatrimonial.

Destaca, a propósito, Yussef Said Cahali:²³⁰

[...] a Constituição de 1988 cortou qualquer dúvida que pudesse remanescer a respeito da reparabilidade do dano moral, estatuiu em seu art. 5º, no item V, que ‘é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem’; e, no item X, que ‘são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação’.

Além disso, também em decorrência dos incisos V e X do art. 5º da CRFB/1988, não restaram mais dúvidas sobre a possibilidade de cumulação do ressarcimento do dano patrimonial com a compensação do dano extrapatrimonial, ambos decorrentes do mesmo fato. Isso porque, nos termos dos incisos citados, a violação à intimidade, à vida privada, à honra ou à imagem enseja direito de resposta, além da possibilidade de reparação por dano material (patrimonial) e moral, podendo o lesado reclamar indenizações autônomas por ambos os prejuízos.

Posteriormente à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, previu, no art. 6º, inciso VI, a possibilidade de compensação do dano moral e da reparação do dano patrimonial.

Em 1992, o Superior Tribunal de Justiça aprovou o enunciado da Súmula 37, segundo a qual é possível haver dano patrimonial e extrapatrimonial decorrente de um mesmo ato ilícito, o que permite a cumulação de “indenizações” por ambos os prejuízos.²³¹

O Código Civil de 2002, por sua vez, admite, em seus arts. 12, 186 e 927, a compensação do dano extrapatrimonial, bem como reconhece a possibilidade de cumulação do ressarcimento de prejuízos patrimoniais com a compensação de prejuízos extrapatrimoniais.

²³⁰ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 53-54. Em sentido semelhante: MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza de sua reparação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, vol. 19, p. 190, mar., 2001.

²³¹ “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (STJ, Súmula 37, Corte Especial, julgado em 12/03/1992). Os julgados que originaram o enunciado da súmula foram os seguintes: STJ, REsp nº 1.604 SP, Rel. Ministro Athos Carneiro, Quarta Turma, julgado em 09/10/1991; STJ, REsp nº 11.177 SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 01/10/1991; STJ, REsp nº 10.536 RJ, Rel. Ministro Dias Trindade, Terceira Turma, julgado em 21/06/1991; STJ, REsp nº 3.229 RJ, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Rel. p/ Acórdão Ministro Claudio Santos, Terceira Turma, julgado em 10/06/1991; STJ, REsp nº 4.236 RJ, Rel. Ministro Nilson Naves, Rel. p/ Acórdão Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 04/06/1991; STJ, REsp nº 3.604 SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, Segunda Turma, julgado em 19/09/1990.

O art. 12 do Código Civil trata especificamente da possibilidade de compensação de danos extrapatrimoniais decorrentes da lesão aos direitos da personalidade, prevendo que o titular de tais direitos pode reclamar perdas e danos pela ofensa aos seus interesses existenciais, além de postular medidas para evitar e cessar o ato ilícito e, conseqüentemente, o dano.

Nesse sentido, Elimar Szaniawski afirma que “o art. 12 do Código Civil tutela amplamente os direitos da personalidade, outorgando meios necessários para que qualquer pessoa, que esteja na iminência de sofrer um atentado a direito da personalidade, possa fazer cessar a ameaça ou a lesão e requerer perdas e danos”.²³²

O parágrafo único do art. 12 do Código Civil estabelece o rol de legitimados para postular o ressarcimento de prejuízos na hipótese em que a ofensa é cometida contra pessoa morta, mas, por via reflexa, atinge seus parentes. Trata-se, pois, do dano reflexo, indireto ou por ricochete, que é “um prejuízo em virtude de dano sofrido por outrem. O evento não atinge apenas a vítima direta, mas, reflexamente, os interesses de outra pessoa”.²³³

Por exemplo, determinado veículo de comunicação divulga fotografias de cunho sexual de uma pessoa que exercia função pública, um dia após o seu falecimento. Embora praticada diretamente contra o falecido, a lesão repercute indiretamente nos atributos fundamentais de seus parentes, que podem, portanto, postular compensação pecuniária pelo prejuízo extrapatrimonial reflexo, pleiteando direito próprio.²³⁴

Ao violar a intimidade, a imagem ou a honra do morto, ou seja, sua memória, a ofensa atinge reflexamente os direitos da personalidade de seus parentes, que poderão, por conseguinte, postular tutela compensatória pelo dano indireto, além das outras medidas previstas no parágrafo único do art. 12 do Código Civil. Trata-se, assim, de direito próprio dos parentes do falecido.

²³² SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 248.

²³³ FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 480.

²³⁴ A respeito do tema, aduz José Rogério Cruz e Tucci: “[...] em outras hipóteses, nas quais a ofensa atinge diretamente os familiares, e. g., a difamação da honra e do patronímico da pessoa morta, aqueles mesmos legitimados também poderão agir em nome próprio defendendo direito (material) de que são titulares; agem *iure proprio*, pelo dano moral indireto que sofreram” (TUCCI, José Rogério Cruz. Tutela jurisdicional da personalidade *post mortem*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 845, p. 11-21, mar., 2006). Na mesma direção: SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 217-224; DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. Comentários ao novo Código Civil, vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 3ª ed. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 143-147; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB*. Vol. 1. 15ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 218-220.

Dispõe, a propósito, o Enunciado nº 400 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na V Jornada de Direito Civil: “Os parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 asseguram legitimidade, por direito próprio, aos parentes, cônjuge ou companheiro para a tutela contra lesão perpetrada *post mortem*”.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça entende que as pessoas indicadas no parágrafo único do art. 12 do Código Civil possuem legitimidade para, por direito próprio, postular a compensação do dano extrapatrimonial reflexo, decorrente da lesão praticada contra o falecido. Veja-se, a título de exemplo, o seguinte julgado:²³⁵

2. Havendo violação aos direitos da personalidade, como utilização indevida de fotografia da vítima, ainda ensanguentada e em meio às ferragens de acidente automobilístico, é possível reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, conforme art.12 do Código Civil/2002.3. Em se tratando de pessoa falecida, terá legitimação para as medidas judiciais cabíveis, o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral, até o quarto grau, independentemente da violação à imagem ter ocorrido antes ou após a morte do tutelado (art. 20, § único, C.C.). 4. Relativamente ao direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral. Precedentes

Os familiares postulam direito próprio, mas acabam, também, protegendo a memória do falecido, sendo possível afirmar que a personalidade, em sentido objetivo, tem eficácia *post mortem*. Embora a personalidade em sentido subjetivo – aptidão para adquirir direitos e contrair deveres – seja extinta com a morte (art. 6º do Código Civil), o ordenamento continua protegendo a personalidade em sentido objetivo, ou seja, os atributos da pessoa que se projetam após o falecimento, como o nome, a honra, a imagem *etc.*, cuja violação repercute indiretamente na dignidade de seus parentes, que podem, por direito próprio, requerer a inibição e a cessação do ato ilícito, além da reparação e da compensação de danos.

Esclarece, a propósito, Anderson Schreiber:²³⁶

Não há dúvida de que, com a morte, a personalidade em sentido subjetivo (aptidão para adquirir direitos e obrigações) se extingue. Mas o que ocorre com a personalidade em sentido objetivo, assim entendido o conjunto de atributos essenciais da pessoa humana? Extingue-se com a pessoa? [...]. O atentado à honra do morto não repercute, por óbvio, sobre a pessoa já falecida, mas produz efeitos no

²³⁵ STJ, REsp nº 1.005.278/SE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/11/2010. Na mesma linha: STJ, REsp nº 1.209.474/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 10/09/2013; AgRg no Ag nº 850.273/BA, Rel. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, Quarta Turma, julgado em 03/08/2010; STJ, REsp nº 521.697/RJ, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 16/02/2006.

²³⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 24-25.

meio social. Deixar sem consequência uma violação desse direito poderia não apenas causar conflitos com familiares e admiradores do morto, mas também contribuir para um ambiente de baixa efetividade dos direitos da personalidade. [...]. Daí a necessidade de se proteger *post mortem* a personalidade, como valor objetivo, reservando a outras pessoas [...] legitimidade para pleitear a adoção das medidas necessárias a inibir, interromper ou remediar a violação, como autoriza o art. 12 do Código Civil.

Em sentido similar, José Rogério Cruz e Tucci explica que os valores que compuseram a personalidade do falecido perduram mais do que sua capacidade jurídica, produzindo ou projetando efeitos *post mortem*, de modo que o ordenamento assegura a proteção de sua memória. Nesse sentido, o parágrafo único do art. 12 do Código Civil outorga legitimidade a determinadas pessoas para postular a compensação do dano extrapatrimonial decorrente da ofensa que, embora praticada contra a memória do morto, atinge indiretamente seus parentes, causando-lhes prejuízos.²³⁷

O parágrafo único do art. 12 do Código Civil não admite a transmissibilidade dos direitos da personalidade do morto aos seus parentes, o que iria de encontro ao art. 11 da mesma legislação. Trata-se, na realidade, de se atribuir eficácia *post mortem* aos atributos essenciais da pessoa humana, permitindo que, no caso de ofensa praticada após a morte, os parentes do falecido defendam sua memória, postulando, por direito próprio, a reparação do dano reflexo.²³⁸

Para essas situações, o parágrafo único do art. 12 do Código Civil confere legitimidade aos seguintes parentes do falecido: ascendentes, descendentes, cônjuge e colaterais até o

²³⁷ TUCCI, José Rogério Cruz. Tutela jurisdicional da personalidade *post mortem*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 845, p. 11-21, mar., 2006. Na mesma linha, tratando especificamente do direito à imagem, afirma Sérgio Cavalieri Filho: “Ninguém desconhece que a imagem, como os demais bens personalíssimos, extingue-se com a morte, o que a torna física e juridicamente intransmissível. A personalidade termina com a morte, diz a lei civil. [...]. Não se pode, todavia, desconhecer que a imagem, dependendo da notoriedade do seu titular, pode produzir e projetar efeitos jurídicos para além da morte, afetando os sucessores do *de cujus*. [...]. O mesmo pode ocorrer quanto aos efeitos morais. A imagem de um ancestral é muitas vezes para seus descendentes patrimônio moral mais valioso que os bens materiais por ele deixados. Dessa forma, os parentes próximos de pessoas famosas falecidas passam a ter um direito próprio, distinto da imagem do *de cujus*, que os legitima a pleitear indenização em juízo. Seria cruel e até desumano exigir que os parentes próximos do falecido – descendentes, ascendentes e cônjuge – quedassem inertes diante das ofensas contra ele assacadas. Assim, mesmo depois da morte, a memória, a imagem, a honra das pessoas continuam a merecer a tutela da lei. Essa proteção é feita em benefício dos parentes do morto, para se evitar os danos que podem sofrer em decorrência da injusta agressão moral a um membro da família já falecido” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 155).

²³⁸ É válido citar, a propósito, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: “1. Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem de quem falece, como se fosse coisa de ninguém, porque ela permanece perenemente lembrada nas memórias, como bem imortal que se prolonga para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair da mãe o direito de defender a imagem de sua falecida filha, pois são os pais aqueles que, em linha de normalidade, mais se desvanecem com a exaltação feita à memória e à imagem de falecida filha, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que possa lhes trazer mácula” (STJ, REsp nº 268.660/RJ, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 21/11/2000).

quarto grau. Em outras palavras, possuem legitimidade o cônjuge sobrevivente, qualquer parente em linha reta (ascendentes e descendentes) e os colaterais até o quarto grau (irmãos, sobrinhos, tios, primos, sobrinhos-netos e tios-avós). São os chamados *lesados indiretos*.

Trata-se de legitimidade ordinária,²³⁹ já que, embora a lesão tenha sido praticada contra a memória do morto, os parentes são atingidos pela ofensa, de modo que podem postular, por direito próprio, reparação e compensação por dano reflexo, além de outras medidas destinadas a cessar o ato ilícito.²⁴⁰

A despeito da omissão da lei, o(a) companheiro(a) ou convivente também tem legitimidade para postular as medidas prevista no *caput* do art. 12 do Código Civil, por força do art. 226, § 3º, da CRFB.²⁴¹ No mesmo sentido, estabelece o Enunciado nº 275 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na IV Jornada de Direito Civil: “O rol dos legitimados de que tratam os arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do Código Civil também compreende o companheiro.”

Em sentido semelhante à regra do parágrafo único do art. 12, o parágrafo único do art. 20 do Código Civil indica as pessoas legitimadas para postular a reparação e/ou compensação de danos reflexos advindos da violação à imagem do morto. Esse dispositivo, no entanto, exclui os colaterais do rol de legitimados.

Há, portanto, duas diferenças entre o parágrafo único do art. 12 e o parágrafo único do art. 20, ambos do Código Civil. Enquanto este trata especificamente do direito à imagem, aquele se refere, de forma geral, a todos os direitos da personalidade. Além disso, o rol de legitimados do parágrafo único do art. 12 é mais extenso, já que, como dito, o parágrafo único do art. 20 afasta os colaterais do rol dos lesados indiretos.

Contudo, Silmara Juny de Abreu Chinellato entende que, no caso de ofensa à imagem, também deve ser reconhecida a legitimidade dos colaterais para a adoção das medidas previstas no *caput* do art. 20 do Código Civil. Segundo a autora, o *caput* do art. 12 do Código Civil se refere genericamente à tutela de todos os direitos da personalidade, abrangendo, assim, a proteção da imagem. Portanto, assim como o cônjuge, os ascendentes e os

²³⁹ Fredie Didier Júnior explica que há legitimidade ordinária quando a parte defende interesse próprio em juízo, enquanto a legitimidade extraordinária se verifica quando a parte defende, em nome próprio, interesse de outro sujeito de direito (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 346-347).

²⁴⁰ TUCCI, José Rogério Cruz. Tutela jurisdicional da personalidade *post mortem*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 845, p. 11-21, mar., 2006

²⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Comentários ao novo Código Civil, vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 3ª ed. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 143-147

descendentes, os colaterais também têm legitimidade para requerer a tutela compensatória do dano decorrente da ofensa à imagem de seu falecido parente.²⁴²

Por outro lado, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald sustentam que o rol de legitimados de ambos os dispositivos é meramente exemplificativo, e não taxativo. Os autores defendem a aplicação de um critério afetivo, e não biológico, afirmando que o rol dos dispositivos não contempla pessoas que, por estarem afetivamente ligadas ao morto, também podem sofrer dano reflexo, como, por exemplo, o enteado e o padrasto que façam parte um mesmo núcleo familiar *etc.*²⁴³

Complementando a tutela dos direitos da personalidade, o arts. 186 e 927 do Código Civil preceituam que aquele que causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, pratica ato ilícito, ficando obrigado à reparação dos prejuízos patrimoniais e à compensação dos prejuízos extrapatrimoniais.

Portanto, tais dispositivos (arts. 12, 20, 186 e 927, do Código Civil) garantem ampla reparação e compensação dos prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais que decorram da lesão aos atributos essenciais à pessoa humana. Há, ainda, outros dispositivos do Código Civil que regulam a tutela compensatória de danos extrapatrimoniais por ofensa aos direitos da personalidade.

Como destacado, entende-se que a pessoa humana possui três aspectos fundamentais: (i) psicossomático, relacionado aos atributos psicológicos e físicos, tais como a vida, a saúde, a liberdade, integridade física e psicológica *etc.*; (ii) espiritual ou moral, pertinentes aos sentimentos, à convicção e às relações do indivíduo consigo mesmo e na vida em sociedade, como a honra, o nome, a intimidade, a privacidade, a imagem, a liberdade de crença e religião *etc.*; e (iii) intelectual, referentes à inteligência e à capacidade criativa, como a liberdade de expressão e de pensamento, o direito à informação *etc.*²⁴⁴

²⁴² CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Comentários aos arts. 1º ao 21. In: MACHADO, Antonio Cláudio da Costa (Org.). *Código Civil interpretado*. Barueri: Manole, 2008, p. 44-45. Em sentido contrário, dispõe o Enunciado nº 5 do CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil: “1) As disposições do art. 12 têm caráter geral e aplicam-se, inclusive, às situações previstas no art. 20, excepcionados os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele estabelecidas; 2) as disposições do art. 20 do novo Código Civil têm a finalidade específica de regradar a projeção dos bens personalíssimos nas situações nele enumeradas. Com exceção dos casos expressos de legitimação que se conformem com a tipificação preconizada nessa norma, a ela podem ser aplicadas subsidiariamente as regras instituídas no art. 12.”

²⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral e LINDB. Vol. 1. 15ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 219.

²⁴⁴ Classificação proposta pelo Professor Doutor Gilberto Fachetti Silvestre, durante as aulas da disciplina “Aspectos processuais do Código Civil Brasileiro: Tutela dos direitos da personalidade”, ministrada no Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, no segundo semestre do ano letivo de 2017.

O art. 953, *caput*, do Código Civil trata da “indenização” por injúria, difamação ou calúnia, atos ofensivos à honra, atributo inerente ao aspecto moral da pessoa humana:

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

O Código Penal, por sua vez, tipifica três espécies de crimes contra a honra, quais sejam: calúnia (art. 138 do CP), consubstanciada na falsa imputação a alguém de fato previsto como crime, violando sua honra objetiva; difamação (art. 139 do CP), consistente na imputação de fato que não constitui crime, mas que ofende a reputação da pessoa (honra objetiva), não importando se o fato é verdadeiro ou falso; e injúria (art. 140 do CP), que significa imputar a alguém qualidade negativa, ferindo sua autoestima, ou seja, sua honra subjetiva.²⁴⁵

Segundo Francisco Amaral, a honra se divide em honra objetiva, isto é, a reputação e a boa fama do indivíduo no meio social, e honra subjetiva, que é a estima própria da pessoa, sua dignidade pessoal.²⁴⁶

Interpretando o art. 953 do Código Civil, Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, entendem que a lesão à honra pode gerar direito à dupla “indenização” – por dano patrimonial e por dano moral. Todavia, os autores explicam que, enquanto o prejuízo patrimonial precisa ser comprovado para haver ressarcimento, o prejuízo extrapatrimonial requer apenas a prova do fato lesivo, com o que haverá, *ipso facto*, direito à compensação pecuniária.²⁴⁷

Em sentido similar, Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior afirmam que “a ofensa à honra subjetiva da vítima, em razão de injúria, gera para o ofensor a obrigação de reparar o dano moral causado, ainda que do ato não tenha ocorrido qualquer dano patrimonial”.²⁴⁸

Assim, havendo lesão à honra – objetiva ou subjetiva –, o titular deste direito faz jus a uma compensação pecuniária por prejuízo extrapatrimonial, ainda que o ato lesivo não

²⁴⁵ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. Indenização e Delitos contra a Honra. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMADE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (Coords.). *Responsabilidade Civil Contemporânea: em Homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 697-771; CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*. Parte especial (arts. 121 ao 361). Volume único. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 175.

²⁴⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 324.

²⁴⁷ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. Comentários ao novo Código Civil, vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 3ª ed. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 531.

²⁴⁸ NERY JR., Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 2ª ed. em e-book baseada na 12ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, s./p.

configure crime. Nesse tipo de lesão, o dano atinge o aspecto moral da pessoa humana, ferindo sua própria estima (honra subjetiva) e/ou maculando sua reputação no meio social (honra objetiva).

Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça condenou uma editora e um jornalista à compensação do dano extrapatrimonial advindo de ofensas praticadas contra a honra do ex-presidente da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), veiculadas em uma obra bibliográfica, em que a vítima é chamada de “destruidor de cidades”, “aventureiro”, “envenenador” *etc.*:²⁴⁹

1. Demanda indenizatória movida pelo Diretor-Presidente da Companhia Siderúrgica Nacional contra a editora e o autor de obra, alegando-se o extravaso de seu intuito informativo ou jornalístico por ter enveredado para a imputação de adjetivos ofensivos à pessoa do demandante, seja no texto do livro, seja na própria capa, na qual, ainda, foi estampada a sua foto. [...]. 4. Reconhecimento pelas instâncias de origem de excesso no exercício da liberdade de informação e do direito de crítica, mediante ofensas à honra e à imagem do demandante, caracterizando a ocorrência de abuso de direito (art. 187, CC). 5. Manifesta a mácula à imagem e à honra do demandante, ensejando o nascimento da obrigação de indenizar os danos causados.

Ainda no que diz respeito aos atributos pertinentes ao aspecto moral ou espiritual da pessoa humana, a violação do direito à imagem também gera dano extrapatrimonial, ensejando compensação pecuniária para o lesado, nos termos dos arts. 12 e 20 do Código Civil.

O enunciado da Súmula nº 403 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

Nesse mesmo sentido é o enunciado nº 587 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na VII Jornada de Direito Civil, dizendo que a configuração do dano à imagem independe: (i) de concomitante lesão a outro direito da personalidade; (ii) de prova do prejuízo do lesado; ou (iii) do lucro do ofensor:

O dano à imagem restará configurado quando presente a utilização indevida desse bem jurídico, independentemente da concomitante lesão a outro direito da personalidade, sendo dispensável a prova do prejuízo do lesado ou do lucro do ofensor para a caracterização do referido dano, por se tratar de modalidade de dano *in re ipsa*.

De acordo com Leonardo Estevam de Assis Zanini, o direito à imagem protege a autodeterminação da pessoa, que pode permitir ou proibir a veiculação ou representação de

²⁴⁹ STJ, REsp nº 1.637.880/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 03/10/2017.

sua figura, isto é, de seus aspectos reconhecíveis (pôster, fotografia, pintura, filme *etc.*).²⁵⁰ Havendo utilização ou exploração indevida da imagem, deve-se conceder tutela compensatória pelos prejuízos extrapatrimoniais advindos do ato ilícito.

No Superior Tribunal de Justiça, há diversos julgados que concederam compensação pecuniária pelo uso indevido da imagem, especialmente nos casos em que houve abuso da liberdade e do direito à informação.

A título de exemplo, a revista *Playboy* foi condenada a compensar os danos extrapatrimoniais experimentados pela atriz Isis Valverde, por ter divulgado imagem em que, involuntariamente, a artista deixou aparecer seus seios durante gravação de cena de uma novela, no momento em que despencava dos Arcos da Lapa. Ao publicar a imagem, a revista o fez com a seguinte legenda: “Isis Valverde, no Rio, dá adeusinho e deixa escapar o cartão de boas-vindas”. Confira-se trecho da ementa do julgado:²⁵¹

1. A imagem é forma de exteriorização da personalidade inserida na cláusula geral de tutela da pessoa humana (art. 1º, III, da CF e En. 274 das Jornadas de Direito Civil), com raiz na Constituição Federal e em diversos outros normativos federais, sendo intransmissível e irrenunciável (CC, art. 11), não podendo sofrer limitação voluntária, permitindo-se a disponibilidade relativa (limitada), desde que não seja de forma geral nem permanente (En. 4 das Jornadas de Direito Civil). 2. Em relação especificamente à imagem, há situações em que realmente se verifica alguma forma de mitigação da tutela desse direito. Em princípio, tem-se como presumido o consentimento das publicações voltadas ao interesse geral (fins didáticos, científicos, desportivos) que retratem pessoas famosas ou que exerçam alguma atividade pública; ou, ainda, retiradas em local público. 3. Mesmo nas situações em que há alguma forma de mitigação, não é tolerável o abuso, estando a liberdade de expressar-se, exprimir-se, enfim, de comunicar-se, limitada à condicionante ética do respeito ao próximo e aos direitos da personalidade. 4. No tocante às pessoas notórias, apesar de o grau de resguardo e de tutela da imagem não ter a mesma extensão daquela conferida aos particulares, já que comprometidos com a publicidade, restará configurado o abuso do direito de uso da imagem quando se constatar a vulneração da intimidade, da vida privada ou de qualquer contexto minimamente tolerável. 5. Na hipótese, apesar de se tratar de pessoa famosa e de a fotografia ter sido retirada em local público, verifica-se que a forma em que a atriz foi retratada, tendo-se em conta o veículo de publicação, o contexto utilizado na matéria e o viés econômico, demonstra o abuso do direito da demandada, pois excedido manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (CC, art. 187). 6. A conduta da ré não observou, assim, os deveres assentados, para a atividade de imprensa, pela jurisprudência do STJ, para fins de afastar a ofensa à honra: dever geral de cuidado, dever de pertinência e dever de veracidade (REsp 1.382.680/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 22/11/2013). [...]. 8. Recurso especial não provido.

A lesão ao nome, atributo relativo ao aspecto moral da pessoa humana, também pode provocar dano extrapatrimonial, o que permite a concessão de tutela compensatória para

²⁵⁰ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba, Juruá, 2018, p. 149-150.

²⁵¹ STJ, REsp nº 1594865/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/06/2017.

proteger o ofendido. A propósito, o Superior Tribunal de Justiça entende que o protesto indevido de títulos e a inscrição indevida do nome nos cadastros de inadimplentes geram dano moral *in re ipsa*,²⁵² salvo algumas exceções bem delimitadas, como a existência de prévia e legítima anotação nos serviços de proteção ao crédito.²⁵³ Confira-se, a título exemplificativo, o seguinte julgado:²⁵⁴

2. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que, nos casos de protesto indevido de título de crédito ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in re ipsa*, ou seja, prescinde de prova de sua ocorrência.

Nos casos de protesto ilícito de títulos ou de negativação indevida, há mácula não só ao nome da pessoa, mas também à sua honra no meio social e no mercado de consumo, o que corrobora a necessidade de compensação pecuniária pela ofensa ao aspecto moral da personalidade.

O uso indevido do nome ou do apelido também pode acarretar dano extrapatrimonial passível de compensação pecuniária, sobretudo quando tal utilização também viola o direito à imagem ou à honra.

Exemplificando: uma empresa de entrega de malotes e uma agência de propaganda foram condenadas a compensar os danos extrapatrimoniais sofridos pelo piloto Rubens Barrichello, por terem divulgado campanha publicitária em que aparecia uma criança de macacão vermelho, mesma cor da Ferrari, equipe em que Barrichello atuava na época, em um carro de brinquedo, também vermelho, com a seguinte frase: “Rubinho, dá pra ser mais Velog?”.

Com base no Enunciado nº 278 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na IV Jornada de Direito Civil,²⁵⁵ o Superior Tribunal de Justiça entendeu que houve utilização

²⁵² STJ, REsp nº 1.731.128/RJ, Rel. Ministra Nancy Adrigli, Terceira Turma, julgado em 27/11/2018; STJ, AgInt no AREsp nº 1.284.741/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, julgado em 14/08/2018; STJ, AgInt no AREsp nº 1.276.292/SC, Rel. Ministro Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, julgado em 26/06/2018; STJ, REsp nº 1.742.141/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/06/2018; STJ, AgInt no AREsp nº 1.152.145/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 07/06/2018; STJ, AgInt no AREsp nº 1.146.746/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Galotti, Quarta Turma, julgado em 03/05/2018.

²⁵³ “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento” (STJ, Súmula 385, Segunda Seção, julgado em 27/05/2009).

²⁵⁴ STJ, AgInt no AREsp nº 940.197/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, julgado em 18/10/2016.

²⁵⁵ “A publicidade que divulgar, sem autorização, qualidades inerentes a determinada pessoa, ainda que sem mencionar seu nome, mas sendo capaz de identificá-la, constitui violação a direito da personalidade”. (Enunciado nº 278 do CJF/STJ, aprovado na IV Jornada de Direito Civil).

indevida do apelido e da imagem do esportista, reconhecendo a configuração de dano extrapatrimonial e condenando as empresas à compensação pecuniária:²⁵⁶

1. Ação de indenização por danos morais movida por conhecido piloto automobilístico em face da veiculação de publicidade utilizando o apelido do autor, amplamente conhecido pelo público em geral, em um contexto que claramente o identificava (criança, em um carro de brinquedo, com um macacão na mesma cor que o piloto demandante usava em sua equipe de Fórmula 1). 2. Jurisprudência firme desta Corte no sentido de que os danos extrapatrimoniais por violação ao direito de imagem decorrem diretamente do seu próprio uso indevido, sendo prescindível a comprovação da existência de outros prejuízos por se tratar de modalidade de dano "in re ipsa". 3. Aplicável ao caso o Enunciado nº 278, da IV Jornada de Direito Civil que, analisando o disposto no art. 18 do Código Civil, concluiu: "A publicidade que divulgar, sem autorização, qualidades inerentes a determinada pessoa, ainda que sem mencionar seu nome, mas sendo capaz de identificá-la, constitui violação a direito da personalidade". 4. Retorno dos autos ao tribunal de origem para arbitramento da indenização por danos extrapatrimoniais postulada na petição inicial. 5. Recurso especial provido.

A lesão aos atributos do aspecto psicossomático da pessoa humana também enseja a concessão de tutela compensatória, tais como a ofensa à vida, à integridade física e psíquica, à saúde, à liberdade de locomoção *etc.*

A propósito, o art. 954 do Código Civil prevê indenização no caso de lesão à liberdade pessoal, consubstanciada em cárcere privado, prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé, e prisão ilegal:

Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.
Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal:
I - o cárcere privado;
II - a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé;
III - a prisão ilegal.

Comentando o dispositivo legal, Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho entendem que pode haver direito à dupla indenização – por dano patrimonial e por dano moral –, e que o rol do parágrafo único é exemplificativo (*numerus apertus*), de modo que outras situações de privação à liberdade também podem gerar o dever de indenizar, como, por exemplo, o sequestro, embora não exista previsão legal nesse sentido.²⁵⁷

²⁵⁶ STJ, REsp nº 1.432.324/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/12/2014.

²⁵⁷ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. Comentários ao novo Código Civil, vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 3ª ed. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 539.

Especificamente no que diz respeito à prisão ilegal, o Superior Tribunal de Justiça tem julgados no sentido que o encarceramento indevido gera dano moral passível de compensação pecuniária, por ofensa ao direito de liberdade de locomoção, além de mácula à honra da pessoa no meio social. Confira-se a seguinte ementa:²⁵⁸

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. PRISÃO ILEGAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REVISÃO. VALOR EXORBITANTE. POSSIBILIDADE. 3. No caso, o ora agravante foi mantido em cárcere por 48 (quarenta e oito) dias acusado da prática do crime de estupro. A demora da soltura decorreu de atraso na apresentação do preso às vítimas, que não o reconheceram como autor do delito. 4. A condenação no equivalente a dois mil salários mínimos, no tempo da sentença, corresponderia a aproximadamente R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). Esse montante mostra-se inadequado à reparação do dano descrito no aresto. Tomando-se em conta a gravidade do crime imputado, bem como a quantidade de dias detenção, tem-se que o valor de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) é mais apropriado para a recomposição da lesão. 5. Agravo interno a que se nega provimento.

A restrição à liberdade de locomoção – atributo inerente ao aspecto psicossomático da pessoa humana – também autoriza a concessão de tutela compensatória de danos extrapatrimoniais. A respeito do tema, Gilberto Fachetti Silvestre, Camila Villa Nova Ramalho e Davi Amaral Hibner entendem que a concretização do direito à acessibilidade das pessoas com deficiência é fundamental para o pleno exercício da liberdade de locomoção. Por essa razão, os autores defendem que a inacessibilidade é capaz de provocar dano moral às pessoas com deficiência, sendo necessária, por conseguinte, a concessão de tutela compensatória.²⁵⁹

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a inacessibilidade pode ocasionar dano moral às pessoas com deficiência:²⁶⁰

²⁵⁸ STJ, AgInt no AREsp nº 839.910/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 13/09/2016. No mesmo sentido: STJ, AgInt no AgInt no REsp nº 1.465.895/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 27/11/2018; STJ, AgRg no REsp nº 1.435.887/AM, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 18/06/2014; STJ, REsp nº 631.650/RO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/12/2009; STJ, REsp nº 872.630/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/11/2007; STJ, REsp nº 802.435/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 19/10/2006; STJ, REsp nº 220.982/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 22/02/2000. É preciso esclarecer, no entanto, que o Superior Tribunal de Justiça entende que a prisão cautelar (ou temporária), devidamente fundamentada e nos limites legais, não gera o direito à indenização nos casos de posterior absolvição. Nessa linha: STJ, AgRg no AREsp nº 785.410/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 16/02/2016; STJ, REsp 911.641/MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 07/05/2009.

²⁵⁹ SILVESTRE, Gilberto Fachetti; RAMALHO, Camila Villa Nova; HIBNER, Davi Amaral. *Acessibilidade e direitos da personalidade: questões materiais e processuais*. Moldova: Novas Edições Acadêmicas, 2018, p. 41 e 42-47.

²⁶⁰ STJ, REsp nº 1.733.468/MG, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 19/06/2018.

7. A acessibilidade no transporte coletivo é de nodal importância para a efetiva inclusão das pessoas com deficiência, pois lhes propicia o exercício da cidadania e dos direitos e liberdades individuais, interligando-as a locais de trabalho, lazer, saúde, dentre outros. Sem o serviço adequado e em igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, as pessoas com deficiência ficam de fora dos espaços urbanos e interações sociais, o que agrava ainda mais a segregação que historicamente lhes é imposta. 8. Hipótese em que a recorrente, enquanto concessionária de serviço público e atora social, falhou bruscamente no seu dever de promoção da integração e inclusão da pessoa com deficiência, indo na contramão do movimento social-jurídico que culminou na promulgação da Convenção e, no plano interno, na elaboração da LBI. 9. Consoante destacou o acórdão recorrido, houveram sucessivas falhas na prestação do serviço, a exemplo do não funcionamento do elevador de acesso aos ônibus e do tratamento discriminatório dispensado ao usuário pelos prepostos da concessionária. A renitência da recorrente em fornecer o serviço ao recorrido é de tal monta que se chegou à inusitada situação de o usuário “precisar se esconder e pedir a outra pessoa dar o sinal, pois o motorista do ônibus não pararia se o visse no ponto”. 10. Nesse cenário, o dano moral, entendido como lesão à esfera dos direitos da personalidade do indivíduo, sobressai de forma patente. As barreiras físicas e atitudinais impostas pela recorrente e seus prepostos repercutiram na esfera da subjetividade do autor-recorrido, restringindo, ainda, seu direito à mobilidade.

Ainda no que concerne aos atributos do aspecto psicossomático da pessoa humana, a ofensa à vida pode causar prejuízo extrapatrimonial aos parentes do falecido. Dispõe, a propósito, o art. 948 do Código Civil:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:
 I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;
 II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Os incisos I e II cuidam do ressarcimento do prejuízo patrimonial, enquanto o sintagma “sem excluir outras reparações” permite a compensação do prejuízo extrapatrimonial que decorre do homicídio.²⁶¹ Não há dúvidas de que a morte interfere negativamente na higidez psíquica das pessoas que possuíam sólida relação de afeto com o falecido, sendo cabível, portanto, a concessão de tutela compensatória para amenizar ou mitigar o dano extrapatrimonial.

No mesmo sentido, esclarecem Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior: “homicídio, notadamente na forma dolosa, causa imensa perda aos familiares e outras pessoas

²⁶¹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. Comentários ao novo Código Civil, vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 3ª ed. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 445; MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código Civil comentado*. Ed. em e-book baseada na 1ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, s./p.

que possuam vínculo estreito com a vítima. As ‘outras reparações’ a que se refere o CC 948 são de ordem moral, em função da perda do ente querido”.²⁶²

O Superior Tribunal de Justiça entende, por exemplo, que a pessoa tem direito à tutela compensatória do prejuízo extrapatrimonial gerado pela morte de seus genitores e de seus irmãos:²⁶³

3.- Quanto ao dano moral, em si mesmo, não há falar em prova; o que se deve comprovar é o fato que gerou a dor, o sofrimento. Provado o fato, impõe-se a condenação, pois, nesses casos, em regra, considera-se o dano in re ipsa. 4.- A respeito da configuração do dano moral sofrido por filhos casados em decorrência de morte de seus genitores e/ou irmãos, o entendimento desta Corte é de que estes são presumidos, não importando esta circunstância, "porquanto os laços afetivos na linha direta e colateral, por óbvio, não desaparecem em face do matrimônio daqueles que perderam seus entes queridos." (REsp 330.288/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJ 26/08/2002).

Por sua vez, o art. 949 do Código Civil cuida da lesão à integridade física e à saúde da pessoa humana (atributos relativos ao aspecto psicossomático), possibilitando a reparação de prejuízos patrimoniais e a compensação de prejuízos extrapatrimoniais:

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Analisando o dispositivo legal, Sérgio Cavaliere Filho sustenta que o ressarcimento do dano estético – entendido como lesão à integridade física da pessoa humana – se funda na parte final do art. 949 do Código Civil: “além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.²⁶⁴

Eneas de Oliveira Matos entende que a identificação do dano estético deve ser feita pelo critério da permanência ou duração, exigindo perícia médica para sua comprovação. Segundo o autor, para a caracterização desse dano, a lesão corporal deve se verificar de maneira duradoura ou permanente, com efeitos prolongados, não se configurando nos casos de lesões transitórias ou reversíveis.²⁶⁵

²⁶² NERY JR., Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 2ª ed. em e-book baseada na 12ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, s./p.

²⁶³ STJ, AgRg no AREsp nº 259.222/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 19/02/2013.

²⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 148.

²⁶⁵ MATOS, Eneas de Oliveira. *Dano moral e dano estético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 183. Em sentido semelhante, Fabio Queiroz Pereira ressalta a importância da prova pericial médica para a caracterização do dano estético e para a fixação do *quantum* indenizatório: “Em verdade, a análise de um prejuízo estético não prescinde de uma adequada valoração médico-legal. A perícia, nesse ponto, é elementar para a apuração dos danos causados ao lesado. Pautando-se na estética como uma das funções desempenhadas pelo corpo humano, é imperioso que se efetue as avaliações de alterações dentro de caracteres biológicos. Assim, o laudo pericial deve

Em sentido diverso, Flávio Tartuce defende que a lesão temporária pode configurar dano estético. Para o autor, o que deve ser diferenciado é o *quantum* indenizatório, ou seja, a compensação pecuniária pela lesão temporária deve ser menor que a quantia atribuída nos casos de lesão com efeitos permanentes.²⁶⁶

Adotando uma posição intermediária, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald afirmam que o dano estético deve se manifestar de forma duradoura, mesmo que sem carga de definitividade ou irreversibilidade, não se caracterizando, porém, nas hipóteses de lesão meramente transitória ou sanável. Os autores citam alguns exemplos de lesões que configuram dano estético: amputação total ou parcial de membros, cicatrizes profundas e extensas, marcas de queimaduras *etc.*²⁶⁷

O enunciado da Súmula n. 387 do Superior Tribunal de Justiça admite a cumulação das “indenizações” de dano moral e de dano estético.²⁶⁸ No entendimento do Tribunal, há lesões que causam, simultaneamente, dano estético e dano moral, como, por exemplo, a amputação da perna de um esportista. Além da ofensa à integridade física – que caracteriza o dano estético –, esse ato ilícito pode lesar a integridade psíquica do atleta, configurando dano moral.

Foi o que ocorreu com o iatista Lars Grael, que teve sua perna amputada quando participava de uma competição no ano de 2008, na cidade de Vitória-ES. Nesse caso, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro condenou o ofensor ao ressarcimento de danos morais, estéticos e patrimoniais, o que foi confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao não admitir, por questões processuais, o recurso do empresário que praticou o ilícito.²⁶⁹

Nessa linha, Eneas de Oliveira Matos divide o dano extrapatrimonial em dano moral e dano estético, admitindo a cumulação de indenizações.²⁷⁰

Não se pode concordar que a Constituição, ao elencar a dignidade da pessoa humana como princípio – norma – fundamental de nosso ordenamento, não acrescente nada à questão da reparação dos danos causados à pessoa humana: pelo contrário, com

ser o fio condutor para a adequada fixação de justo valor indenizatório. Os fatores médicos e sua correta ponderação pelo juízo são de análise essencial para correta compensação da vítima de um dano estético” (PEREIRA, Fabio Queiroz. Danos estéticos: uma análise à luz da função social da responsabilidade civil e da dignidade humana. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, vol. 50, p. 205-226, abr./jun., 2012).

²⁶⁶ TARTUCE, Flávio. *Manual de responsabilidade civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 476.

²⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 480.

²⁶⁸ “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral” (STJ, Súmula 387, Segunda Seção, julgado em 26/08/2009).

²⁶⁹ STJ, Ag nº 638.763-RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Quarta Turma, julgado em 29/06/2007.

²⁷⁰ MATOS, Eneas de Oliveira. *Dano moral e dano estético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 297. No mesmo sentido: FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 482-485.

esse fundamento, deve-se interpretar a responsabilidade sempre no sentido de promoção e melhor proteção à pessoa humana, o que só se consegue com a orientação pela autonomia dos danos moral e estético.

Em sentido contrário, Humberto Theodoro Júnior não admite a cumulação de “indenizações” de dano estético e de dano moral. Segundo o autor, um mesmo evento pode causar lesões distintas – lesão corporal e lesão à integridade psíquica –, de modo que é possível a cumulação de indenizações por dano patrimonial e por dano moral. O dano patrimonial pode decorrer da lesão à integridade física, como ocorre, por exemplo, no caso da modelo que teve sua perna amputada, ficando impedida de exercer sua profissão. Além disso, essa lesão corporal pode causar perturbação à integridade psíquica, justificando a concessão de “indenização” por dano moral. Nesse sentido, o autor entende que a “reparação” do prejuízo advindo da violação à integridade psíquica está abrangida pela “indenização” do dano moral.²⁷¹

Apesar das controvérsias existentes na literatura jurídica, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que é possível a cumulação de compensação pecuniária do dano estético com a do dano moral. A título de exemplo, confira-se a seguinte ementa:²⁷²

3. Além do sofrimento físico e psicológico que naturalmente experimenta qualquer pessoa que sofra queimaduras de 2º e 3º graus - que se caracterizam por atingir músculos e ossos, sendo que a ausência de dor na região atingida se deve à necrose das terminações nervosas responsáveis pela sensibilidade e pela dor -, o caso concreto revela ainda a particularidade de os danos terem acontecido justamente no momento do parto, quando os naturais sentimentos de ternura, de expectativa e de alegria foram substituídos pela dor, pelo pânico e pelo terror de assistir - passiva e impotente, tendo em vista os efeitos da anestesia - ao seu próprio corpo pegar fogo, padecimento agravado pela cogitação de que tais danos pudessem afetar a saúde ou a integridade física do bebê que a mãe estava prestes a conhecer. 4. Não é razoável nem proporcional a indenização de apenas R\$ 25 mil e R\$ 15 mil fixadas a título de danos morais e estéticos, respectivamente, que se afigura ínfima diante das particularidades da espécie, manifestadas pelo acórdão de origem, especialmente considerando os precedentes do STJ, que, em casos semelhantes de queimaduras, entendeu razoáveis as reparações arbitradas em valor bastante superior.

O art. 950 do Código Civil também trata da lesão à saúde e à integridade física, especificamente das ofensas que causam diminuição permanente da capacidade laborativa, total ou parcial. Embora não exista expressa previsão no dispositivo, é possível a concessão de tutela compensatória do prejuízo extrapatrimonial decorrente da incapacidade laborativa,

²⁷¹ THEODORO JR., Humberto. *Dano moral*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 132. Na mesma direção: SILVA FILHO, Artur Marques da. A responsabilidade civil e o dano estético. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 689, p. 38-49, mar., 1993.

²⁷² STJ, REsp nº 1.386.389/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/08/2013.

com fundamento nos arts. 12, 186 e 927 do Código Civil, que conferem ampla proteção aos direitos da personalidade.

Nessa linha, o Enunciado nº 192 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil, admite a cumulação de “indenização” dos danos patrimonial, moral e estético, todos decorrentes da lesão à integridade física: “Os danos oriundos das situações previstas nos arts. 949 e 950 do Código Civil de 2002 devem ser analisados em conjunto, para o efeito de atribuir indenização por perdas e danos materiais, cumulada com dano moral e estético”.

O art. 951 do Código Civil, por seu turno, prevê que, nos casos de lesão à integridade física provocada por profissionais da área da saúde, devem ser aplicadas as regras dos arts. 948, 949 e 950 do mesmo diploma normativo. Sendo assim, é possível, por exemplo, que determinando erro médico justifique a concessão de tutela compensatória do prejuízo extrapatrimonial advindo da lesão à saúde do paciente. No entanto, em função do corte metodológico dessa pesquisa, os temas relativos à responsabilidade civil dos profissionais da área de saúde não serão analisados.

Prosseguindo a análise das lesões aos atributos pertinentes ao aspecto psicossomático da pessoa humana, discute-se, atualmente, se a perda do tempo pode afetar a integridade psíquica e/ou a liberdade do indivíduo, a ponto de lhe causar dano extrapatrimonial.

A respeito do tema, Marcos Dessaune defende que o tempo é um bem jurídico, isto é, um atributo vital, existencial ou produtivo, inerente ao direito à vida, devendo, pois, ser considerado um direito da personalidade, com fundamento na dignidade da pessoa humana.²⁷³ Dessa maneira, o autor entende que o desperdício de tempo pode configurar dano extrapatrimonial passível de compensação pecuniária:²⁷⁴

²⁷³ DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor. O prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. Vitória: Edição do autor, 2017, p. 247.

²⁷⁴ DESSAUNE, Marcos. *Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 11. Em seu último trabalho, o autor aduz que: “O problema sobre o qual me debrucei é o seguinte: na atual sociedade de consumo brasileira, o consumidor tem sido corriqueiramente levado a despender o seu tempo e a se desviar das suas atividades cotidianas para enfrentar problemas de consumo potencial ou efetivamente danosos, que são criados pelos próprios fornecedores. Para responder ao problema, a primeira hipótese que formulei respalda-se em uma reação natural e previsível da pessoa consumidora: o fornecedor, ao atender mal, gera um problema de consumo potencial ou efetivamente danoso e se furtar à responsabilidade de solucioná-lo tempestivamente, induz o consumidor em estado de carência e condição de vulnerabilidade a despender uma parcela do seu tempo, a adiar ou suprimir algumas das atividades cotidianas, a desviar as suas competências dessas atividades e, muitas vezes, a assumir deveres e custos do fornecedor para enfrentar o problema lesivo. A segunda hipótese (complementar) apoia-se em dois fenômenos imutáveis: a lesão ao tempo e às atividades cotidianas do consumidor, que se verifica nessas situações em análise, representa um prejuízo efetivo de cunho existencial porque o tempo é um recurso produtivo limitado que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida das pessoas, bem como porque ninguém pode realizar, simultaneamente, duas ou mais atividades de natureza incompatível ou fisicamente excludentes, do que resulta que uma atividade preterida no presente, em regra, só poderá ser realizada no futuro suprimindo-se outro

Por isso, afigura-se razoável que a perda desse bem, ainda que não implique prejuízo econômico ou material, dê ensejo a uma indenização”. A ampliação do conceito de dano moral, para englobar situações nas quais um contratante se vê obrigado a perder o seu tempo livre em razão da conduta abusiva do outro, não deve ser vista como indício de uma sociedade intolerante, mas como manifestação de uma sociedade que não está disposta a suportar abusos.

Em sentido similar, Pablo Stolze Gagliano sustenta que o tempo deve ser compreendido em dupla perspectiva: (i) dinâmica (em movimento), sendo considerado um fato jurídico em sentido estrito ordinário, apto a produzir efeitos na ordem jurídica, o que se verifica com o decurso do tempo, acarretando, por exemplo, prescrição e decadência; e (ii) estática, em que o tempo é considerado um valor, um bem jurídico passível de tutela. De acordo com o autor, o desperdício “injusto e intolerável” de tempo autoriza a concessão de tutela compensatória do dano moral:²⁷⁵

É justo que, em nossa atual conjuntura de vida, determinados prestadores de serviço ou fornecedores de produtos, imponham-nos um desperdício inaceitável do nosso próprio tempo? A perda de um turno ou de um dia inteiro de trabalho – ou até mesmo a privação do convívio com a nossa família – não ultrapassaria o limiar do mero percalço ou aborrecimento, ingressando na seara do dano indenizável, na perspectiva da função social? Em situações de comprovada gravidade, pensamos que esta tese é perfeitamente possível e atende ao aspecto, não apenas compensatório, mas também punitivo ou pedagógico da própria responsabilidade civil. [...]. Deve ficar claro, nesse contexto, que nem toda situação de desperdício do tempo justifica a reação das normas de responsabilidade civil, sob pena de a vítima se converter em algoz, sob o prisma da teoria do abuso de direito. Apenas o desperdício “injusto e intolerável” poderá justificar eventual reparação pelo dano material e moral sofrido, na perspectiva, como já dito, do superior princípio da função social.

Nem todo tempo perdido na busca de satisfação de um direito ou na resolução de um problema enseja reparação de danos, mas somente o tempo útil que é desperdiçado em decorrência de um ato ilícito.²⁷⁶ Como bem jurídico, o tempo possui quatro características que o tornam imprescindível ao ser humano: escasso, por ser pouco; intangível, não podendo ser

atividade. A terceira hipótese (complementar) ampara-se em três fatos observáveis e verificáveis: o dano extrapatrimonial suportado pelo consumidor, que se constata nessas situações em estudo, é ressarcível porque a lesão ao tempo às atividades cotidianas da pessoa consumidora [e real e efetiva, ou seja, há um dano certo; porque esse prejuízo de índole existencial é consequência direta e imediata de um ato desleal e não cooperativo do fornecedor, que leva o consumidor carente e vulnerável a um evento de desvio produtivo, isto é, há um dano imediato, e porque a ofensa ao tempo e as atividades cotidianas da pessoa consumidora, que são respectivamente bem e interesses existenciais juridicamente relevantes e tutelados, é indevida, ou seja, há um dano injusto” (DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor. O prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. Vitória: Edição do autor, 2017, p. 32-33).

²⁷⁵ STOLZE, Pablo Stolze. Responsabilidade civil pela perda do tempo. *Revista Jurisvox*. Patos de Minas, n. 14, vol. 1, p. 42-47, jul., 2013.

²⁷⁶ SILVA NETO, Orlando Celso da. Responsabilidade civil pela perda do tempo útil: tempo é um ativo indenizável. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, vol. 4, p. 139-162, jul./set., 2015.

tocado; ininterrompível, não podendo ser parado; e irreversível, sendo impossível recuperá-lo.²⁷⁷

Nesse sentido, Rogério Ferraz Donnini aduz que “a lesão pela privação imotivada do tempo de outrem configura violação de um tempo que não volta mais, que não pode ser compensado, que não há *restitutio in integrum*, mas momentos de vida que se esvaem”.²⁷⁸ Assim, a pessoa tem direito ao uso do tempo da forma que considerar mais apropriada à satisfação de seus interesses e necessidades, de modo que a restrição à livre utilização do tempo pode causar prejuízo extrapatrimonial,²⁷⁹ ensejando, pois, a concessão de tutela compensatória.

Em diversas situações do cotidiano, principalmente nas relações de consumo, a pessoa gasta tempo excessivo para a resolução de problemas causados por fornecedores de produtos e serviços, ficando impedida de usar esse tempo para produzir, trabalhar ou simplesmente utilizá-lo da forma como melhor lhe aprouver.²⁸⁰ Em determinados casos, a resolução do problema altera significativamente a vida e a rotina da pessoa, lesando sua integridade psíquica, o que extrapola o mero aborrecimento do cotidiano.²⁸¹ Em outra perspectiva, o

²⁷⁷ MAIA, Maurilio Casas. O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro – é dignidade e liberdade. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, vol. 92, p.161-176, mar./abr., 2014.

²⁷⁸ DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015, p.157.

²⁷⁹ Em sentido semelhante, aduz Orlando Celso da Silva Neto: “É fácil perceber que o direito do uso do tempo da forma que a pessoa considera mais apropriada (tempo útil) é um direito que merece proteção e, se violado, reparação. Isso porque, se considerado no seu sentido tradicional, a utilidade é definida como a obtenção de sensações de prazer, satisfação ou felicidade e a utilidade de um determinado bem ou direito (tal como o tempo), por sua vez, é a satisfação, prazer ou felicidade decorrentes do uso ou da disposição do determinado bem ou direito. O uso do tempo próprio conforme deseja a pessoa é direito que integra a esfera pessoal, e a restrição do uso do tempo conforme desejado acarreta presumível perda de bem-estar, felicidade e utilidade”. No entanto, o autor defende que o dano pela perda do tempo é uma categoria autônoma de dano ou uma subcategoria do dano moral. Sustenta, assim, que o dano pela perda do tempo deve ser reparado isoladamente, podendo haver cumulação com a reparação do dano patrimonial e do dano moral. (SILVA NETO, Orlando Celso da. *Responsabilidade civil pela perda do tempo útil: tempo é um ativo indenizável*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, vol. 4, p. 139-162, jul./set., 2015).

²⁸⁰ Vitor Vilela Guglinski diferencia o tempo útil do tempo livre. Enquanto o tempo útil é aquele utilizado para o cumprimento de obrigações profissionais e domésticas, como, por exemplo, trabalhar, cozinhar, lavar roupa, pagar contas *etc.*, o tempo livre é aquele destinado ao lazer ou simplesmente ao ócio, sendo desvinculado de tarefas ou obrigações. Para o autor, o desperdício de ambos os tipos de tempo pode caracterizar ato ilícito e, conseqüentemente, dar ensejo à compensação pecuniária por dano moral (GUGLINSKI, Vitor Vilela. *O dano temporal e sua reparabilidade: aspectos doutrinários e visão dos tribunais*. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, vol. 99, p. 125-156, mai./jun., 2015).

²⁸¹ Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Apelação. Compra e venda de veículo usado que apresentou problemas dentro do prazo de garantia legal. Ação de reparação por danos materiais, morais c./c. pedido de lucros cessantes e devolução de valores. Sentença de parcial procedência. Ré revel. Veículo devolvido pelo consumidor e empresa que deixou de efetuar a restituição da quantia paga. Desrespeito ao art. 18, §1º, II, do CDC. Danos materiais configurados. Devolução da quantia paga na aquisição do veículo e dos valores gastos com conserto, com correção monetária desde o desembolso e juros desde a citação. Lucros cessantes não comprovados. Perda do tempo útil. Desvio produtivo do consumidor. Danos morais caracterizados e fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) com correção monetária desde o arbitramento (Súmula 362 do STJ) e

desperdício de tempo decorrente de ato ilícito pode configurar violação liberdade e à autodeterminação, subtraindo da pessoa a possibilidade de utilizar seu tempo de acordo com seus interesses e necessidades.²⁸²

A depender das circunstâncias, portanto, a perda do tempo pode lesar os atributos essenciais da pessoa humana, como, por exemplo, a integridade psíquica e a liberdade, caracterizando, assim, dano extrapatrimonial, o que autoriza a prestação de tutela compensatória, com a entrega de soma em dinheiro para o lesado, que constitui um lenitivo para mitigar a lesão experimentada.

No julgamento do Recurso Especial nº 1634851/RJ, o Superior Tribunal de Justiça protegeu o tempo como um bem jurídico, mantendo acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, em sede ação civil pública, condenou uma rede de comércio varejista ao pagamento de “indenização” de danos morais e patrimoniais de natureza individual, a serem apurados em liquidação de sentença, por se recusar a receber os produtos defeituosos em seus estabelecimentos, obrigando o consumidor a perder tempo excessivo com deslocamentos à assistência técnica. Veja-se, a propósito, trecho da ementa do julgado:²⁸³

5. À frustração do consumidor de adquirir o bem com vício, não é razoável que se acrescente o desgaste para tentar resolver o problema ao qual ele não deu causa, o que, por certo, pode ser evitado - ou, ao menos, atenuado - se o próprio comerciante participar ativamente do processo de reparo, intermediando a relação entre consumidor e fabricante, inclusive porque, juntamente com este, tem o dever legal de garantir a adequação do produto oferecido ao consumo. 6. À luz do princípio da boa-fé objetiva, se a inserção no mercado do produto com vício traz em si, inevitavelmente, um gasto adicional para a cadeia de consumo, esse gasto deve ser tido como ínsito ao risco da atividade, e não pode, em nenhuma hipótese, ser suportado pelo consumidor. Incidência dos princípios que regem a política nacional das relações de consumo, em especial o da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, do CDC) e o da garantia de adequação, a cargo do fornecedor (art. 4º, V, do CDC), e observância do direito do consumidor de receber a efetiva reparação de danos patrimoniais sofridos por ele (art. 6º, VI, do CDC). 7. Como a defesa do consumidor foi erigida a princípio geral da atividade econômica pelo art. 170, V, da Constituição Federal, é ele - consumidor - quem deve escolher a alternativa que lhe parece menos onerosa ou embaraçosa para exercer seu direito de ter sanado o vício em 30 dias - levar o produto ao comerciante, à assistência técnica ou diretamente ao fabricante -, não cabendo ao fornecedor impor-lhe a opção que mais convém. 8. Recurso especial desprovido.

juros de mora desde a citação (art. 405 do CC). Sentença parcialmente reformada. [...]”. (TJSP, Apelação nº 1025011-11.2017.8.26.0554, Desembargador Rel. L. G. Costa Wagner, 34ª Câmara de Direito Privado, julgado em 18/12/2018).

²⁸² MAIA, Maurilio Casas. O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro – é dignidade e liberdade. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, vol. 92, p.161-176, mar./abr., 2014.

²⁸³ STJ, REsp nº 1.634.851/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/09/2017.

Há outras decisões em que o Superior Tribunal de Justiça também protegeu o tempo como bem jurídico, reconhecendo que a excessiva espera na fila de banco pode caracterizar dano moral passível de compensação pecuniária:

1. Ação ajuizada em 16/08/2013. Recurso especial interposto em 12/08/2015 e distribuído a este gabinete em 25/08/2016. 2. Danos morais: grave ofensa à personalidade. Precedentes. 3. A mera invocação de legislação municipal que estabelece tempo máximo de espera em fila de banco não é suficiente para ensejar o direito à indenização. Precedentes. 4. Contudo, a espera por atendimento em fila de banco quando excessiva ou associada a outros constrangimentos pode causar danos morais. 5. Recurso especial não provido.²⁸⁴

Analisados os tipos de lesão aos aspectos psicossomático e moral da pessoa humana, é importante destacar que a violação aos atributos do aspecto intelectual também configura dano extrapatrimonial, como, por exemplo, a ofensa à liberdade de expressão e de pensamento, aos direitos autorais *etc.*

Nessa direção, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, na hipótese de lesão aos direitos autorais, deve ser concedida tutela compensatória do dano moral sofrido pela vítima.²⁸⁵

6. A criação intelectual é expressão artística do indivíduo; a obra, como criação do espírito, guarda em si aspectos indissociáveis da personalidade de seu criador. Nessa extensão, a defesa e a proteção da autoria e da integridade da obra ressaem como direitos da personalidade do autor, irrenunciáveis e inalienáveis. Por conseguinte, a mera utilização da obra, sem a devida atribuição do crédito autoral representa, por si, violação de um direito da personalidade do autor e, como tal, indenizável. 7. Recurso especial da fabricante de tintas improvido; e recurso especial do autor da obra parcialmente provido.

²⁸⁴ STJ, REsp nº 1.662.808/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 02/05/2017. Na mesma direção: “1.- A espera por atendimento em fila de banco quando excessiva ou associada a outros constrangimentos, e reconhecida faticamente como provocadora de sofrimento moral, enseja condenação por dano moral. 2.- A só invocação de legislação municipal ou estadual que estabelece tempo máximo de espera em fila de banco não é suficiente para desejar o direito à indenização, pois dirige a sanções administrativas, que podem ser provocadas pelo usuário. 3.- Reconhecidas, pela sentença e pelo Acórdão, as circunstâncias fáticas do padecimento moral, prevalece o julgamento da origem (Súmula 7/STJ). 4.- Mantém-se, por razoável, o valor de 3.000,00, para desestímulo à conduta, corrigido monetariamente desde a data do evento danoso (Súmula 54/STJ), ante as forças econômicas do banco responsável e, inclusive, para desestímulo à recorribilidade, de menor monta, ante aludidas forças econômicas. 5.- Recurso Especial improvido (STJ, REsp nº 1.218.497/MT, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 11/09/2012)”. Porém, é preciso advertir que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a violação de legislação municipal ou estadual, que estabelece o tempo máximo de espera em fila de banco, não é, por si só, suficiente para ensejar o direito à indenização, devendo ser demonstrada a situação fática provocadora do dano. Nesse sentido: STJ, AgRg no Ag nº 1.422.960/SC, Quarta Turma, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 27/03/2012; STJ, AgInt no AREsp nº 937.978/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 08/11/2016.

²⁸⁵ STJ, REsp nº 1.562.617/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, julgado em 22/11/2016. No mesmo sentido: REsp nº 1.716.465/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/03/2018; STJ, AgInt no REsp nº 1.457.774/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/09/2017.

Como se percebe, inúmeras lesões à pessoa humana podem ensejar a concessão de tutela ressarcitória-compensatória, com o objetivo de amenizar os prejuízos extrapatrimoniais sofridos pelo titular dos direitos da personalidade.

Além disso, a lesão à coisa também pode gerar prejuízos extrapatrimoniais, violando os atributos fundamentais da pessoa humana, embora não seja comum.²⁸⁶ Dispõe, a propósito, o art. 952, *caput* e parágrafo único, do Código Civil:

Art. 952. Havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado.

Parágrafo único. Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avante àquele.

O dispositivo prevê que, havendo usurpação ou esbulho da coisa, podem surgir para o autor do ilícito os seguintes deveres: restituir a coisa e indenizar o prejuízo patrimonial sofrido pelo lesado, incluindo danos emergentes (deteriorações decorrentes do esbulho, ou seja, perda de valor) e lucros cessantes (aquilo que se deixou de lucrar em decorrência do ilícito ou aquilo que o credor ficou impossibilitado de receber).

Ocorre que, faltando a coisa, isto é, não existindo possibilidade de restituí-la, o esbulhador ou usurpador pode ser obrigado ao duplo ressarcimento: (i) dos prejuízos patrimoniais, englobando danos emergentes (valor patrimonial da coisa) e lucros cessantes;²⁸⁷ e (ii) do prejuízo extrapatrimonial, por meio de compensação pecuniária, caso o proprietário tenha uma relação sentimental com a coisa, como, por exemplo, um carro antigo (não mais fabricado), um anel de casamento, uma fotografia de entes falecidos *etc.* A lei chama essa compensação pecuniária de preço de afeição, limitando seu *quantum* ao valor patrimonial da coisa, nos termos do parágrafo único do art. 952 do Código Civil.

Esclarecem, a propósito, Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho:²⁸⁸

Se a coisa não puder ser restituída, o esbulhador ou usurpador pagará seu equivalente ao prejudicado, estimando-se, em tal situação, pelo seu preço ordinário e pelo preço de afeição. Isso quer dizer que ao preço ordinário deve ser acrescido o preço de afeição. [...]. É difícil aferir esse preço de afeição. Trata-se aqui da relação sentimental entre o esbulhado e a coisa esbulhada. [...]. O preço de afeição

²⁸⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 585-586 e 595.

²⁸⁷ “No caso do CC 952, se a coisa faltar, dever-se-á, além de reembolsar o seu equivalente ao prejudicado, indenizar também os lucros cessantes” (Enunciado nº 561 do CJF/STJ, aprovado na VI Jornada de Direito Civil).

²⁸⁸ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 3ª ed. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 529.

corresponde a uma compensação pelo bem perdido ou não restituído como, por exemplo, uma joia de família, retrato de ancestrais, móveis antigos, *etc.* Não deixa de ter uma conotação moral, de apreciação por sentimentos puramente individuais. Para evitar o exagero pessoal do dono da coisa ou uma estima exacerbada, o dispositivo fixou um limite: o preço de afeição não poderá ultrapassar o valor material do bem.

Finalizada a análise dos dispositivos do Código Civil que cuidam da concessão da tutela compensatória, é importante ressaltar que, considerando as inevitáveis e constantes transformações da sociedade, não é possível esgotar todas as situações que podem caracterizar prejuízos extrapatrimoniais, ou seja, é impossível exaurir as hipóteses de lesão que merecem ser tuteladas. Nesse cenário, proliferam-se demandas em que se busca compensação pecuniária com fundamento na violação aos interesses existenciais da pessoa humana.

Nesse sentido, Anderson Schreiber identifica dois tipos de ampliação ou expansão da ressarcibilidade do prejuízo extrapatrimonial: (i) quantitativa, consubstanciada no grande número de demandas de ressarcimento por dano moral, provocada por diversos fatores, tais como: a ampliação da responsabilidade objetiva, a flexibilização do nexo de causal, o acesso à justiça pelos Juizados Especiais, a assistência judiciária gratuita, a propositura de demandas coletivas *etc.*; e (ii) qualitativa, consistente no reconhecimento judicial de que novos interesses, especialmente de natureza existencial e coletiva, são merecedores de tutela, a ensejar ressarcimento na hipótese de sua lesão.²⁸⁹

De acordo com o *Relatório Justiça em Números 2018 (ano-base 2017)* – elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça –, na Justiça Comum Estadual, nos Juizados Especiais Estaduais e em suas respectivas Turmas Recursais, os assuntos mais demandados versam sobre indenização por dano moral e responsabilidade civil, no âmbito do Direito do Consumidor e do Direito Civil.²⁹⁰

Para tentar conter o aumento do número de demandas ressarcitórias e rejeitar as pretensões de compensação pecuniária de prejuízos extrapatrimoniais, os tribunais utilizam expressões ou enunciados vagos, como, por exemplo, “indústria do dano moral”,²⁹¹ “mero

²⁸⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 84-85.

²⁹⁰ CNJ. *Justiça em Números: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018, p. 181-184.

²⁹¹ STJ, REsp nº 1.645.744/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 06/06/2017; STJ, REsp nº 1.557.978/DF, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 03/11/2015; STJ, REsp nº 785.777/MA, Rel. Ministro Paulo Furtado, Desembargador Convocado do TJ/BA, Terceira Turma, julgado em 15/12/2009; STJ, REsp nº 504.639/PB, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 26/06/2003.

inadimplemento contratual não configura dano moral”,²⁹² “mero dissabor ou aborrecimento não gera dano moral” *etc.*²⁹³

Inclusive, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro aprovou uma súmula que tinha o seguinte enunciado: “Súmula 75: O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte”.²⁹⁴

Todavia, essas “fórmulas prontas” (ou soluções simplistas) merecem ser criticadas, uma vez que podem levar à rejeição de pretensões legítimas, fundadas em concreta violação dos atributos fundamentais da pessoa humana, sem uma análise criteriosa do interesse ou bem jurídico lesado. Para aferição da ocorrência do dano moral, deve-se verificar se o ato atingiu os atributos essenciais da pessoa humana, isto é, os interesses existenciais merecedores de tutela. Se a resposta for positiva, caracterizado estará o dano moral, exigindo a concessão de tutela compensatória, para atenuar ou mitigar a lesão, seja ela decorrente de descumprimento contratual ou legal.

Existem, de fato, muitas demandas em que são veiculadas pretensões fúteis, triviais, frívolas ou imbuídas de obtenção de lucro indevido. Por isso, como adverte Luis Diéz-Picazo y Ponce de León, é necessário delimitar a área dos danos ressarcíveis, a fim de se evitar a propagação irracional dos instrumentos de tutela indenizatória.²⁹⁵

O Judiciário, entretanto, não pode se limitar a aplicar “fórmulas prontas” para tentar reduzir o número de demandas ressarcitórias; ao revés, deve analisar os interesses

²⁹² STJ, AgInt no REsp nº 1.715.842/RO, Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 19/11/2018; STJ, AgInt no AREsp nº 1.327.979/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 09/10/2018; STJ, AgInt no AREsp 1.228.249/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 12/06/2018; AgInt no REsp 1.573.736/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Galotti, Quarta Turma, julgado em 07/06/2018.

²⁹³ STJ, AgInt no AREsp nº 1.299.398/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19/11/2018; STJ, AgRg no AREsp nº 448.372/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Galotti, Quarta Turma, julgado em 06/11/2018; STJ, AgRg no Ag 1.431.129/PE, Rel. Ministro Napoleão Maia Nunes Filho, Primeira Turma, julgado em 28/08/2018; AgInt no AREsp 1.064.866/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 19/06/2018.

²⁹⁴ No entanto, em 17 de dezembro de 2018, atendendo ao pedido da OAB-RJ, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, citando a teoria da perda do tempo como hipótese de dano moral, cancelou o enunciado de sua Súmula nº 75: “Afim, enunciados de súmula não são estáticos, nem estratificados, devendo sempre ser revistos ou mesmo cancelados, de forma a refletir o entendimento atual do Tribunal, caso surjam novos fundamentos aptos a fazer a Corte mudar de posicionamento sobre determinada matéria, de forma que continue a cumprir a sua finalidade de racionalização da atividade judiciária, que deve sempre buscar ser célere, justa, e efetiva para os jurisdicionados. Com efeito, cancelado o verbete sumular, caberá a cada magistrado, diante de cada caso concreto, analisar e definir se o inadimplemento, legal ou contratual, foi capaz de gerar dano – ou não – a quaisquer dos direitos da personalidade do contratante, dentre os quais, o seu tempo útil, apresentando a fundamentação pertinente, não restando afastada a possibilidade de concluir que o inadimplemento causou apenas mero aborrecimento, mas desde que, repita-se, fundamente tal conclusão” (TJ/RJ, Processo Administrativo nº 0056716-18.2018.8.19.0000, Rel. Desembargador Mauro Pereira Martins, Órgão Especial, julgado em 17/12/2018).

²⁹⁵ DIÉZ-PICAZO, Luis Ponce de León y. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999, p. 296.

conflitantes²⁹⁶ e o bem jurídico violado, verificando se a conduta foi, ou não, capaz de lesar atributos ou interesses essenciais à pessoa humana.

Por exemplo, no caso de inadimplemento de contrato de plano de saúde, consubstanciado na recusa tratamento médico previsto na avença ou devido por força de lei, o Superior Tribunal de Justiça entende que há dano moral, por ofensa a um direito fundamental da pessoa humana (arts. 6º e 196 e ss. da CRFB). Veja-se, por exemplo, o seguinte julgado:²⁹⁷

1. É pacífica a jurisprudência da Segunda Seção no sentido de reconhecer a existência do dano moral nas hipóteses de recusa injustificada pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que estivesse legal ou contratualmente obrigada, por configurar comportamento abusivo. Incidência da Súmula n. 83/STJ.
2. O valor arbitrado a título de danos morais pelo Julgador a quo observou os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, visto que o montante fixado não se revela exorbitante, e sua eventual redução demandaria reexame de provas (Súmula n. 7/STJ).
3. Agravo interno a que se nega provimento.

Contudo, nos casos envolvendo atraso na entrega de imóveis destinados à moradia, que também é um direito fundamental previsto no art. 6º da CRFB, o Superior Tribunal de Justiça tem várias decisões que não reconhecem o dano moral. Confira-se, como exemplo, o seguinte julgado:²⁹⁸

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA. DANOS MORAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. SIMPLES INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. A demora na entrega do imóvel, em regra, constitui mero inadimplemento contratual o que, por si só, não gera o dever de indenizar. 3. Agravo interno não provido.

Com o objetivo de auxiliar os tribunais em suas oscilantes interpretações, Flávio Tartuce propôs o Enunciado nº 411 do Conselho da Justiça da Federal, aprovado na V Jornada

²⁹⁶ Nessa linha, Anderson Schreiber entende que o dano não é a lesão a um interesse abstratamente tutelado, mas sim a lesão a um interesse concretamente merecedor de proteção. O autor afirma que o dano deve ser averiguado em perspectiva dinâmica e concreta, e não abstratamente: “O dano não consiste, em definitivo, na lesão a um interesse tutelado em abstrato, mas na lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela. E tal merecimento de tutela em concreto só pode ser aferido em comparação com o interesse lesivo, definindo-se a área legítima de atuação de cada interesse tutelado à luz das circunstâncias fáticas em tela” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 193).

²⁹⁷ STJ, AgInt no AREsp nº 1.315.491/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/12/2018. No mesmo sentido: STJ, AgInt no AREsp nº 1.296.028/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19/11/2018; STJ, AgInt no AREsp nº 1.326.316/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/10/2018.

²⁹⁸ STJ, AgInt no REsp nº 1715842/RO, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 19/11/2018. Na mesma direção: STJ, AgInt no AREsp 1327979/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 09/10/2018; STJ, REsp 1634847/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/11/2016.

de Direito Civil: “O descumprimento de contrato pode gerar dano moral quando envolver valor fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988”.

O inadimplemento do contrato pode provocar dano moral, não sendo possível afirmar, aprioristicamente, que o descumprimento de um dever contratual é incapaz de lesar a dignidade humana. Para fins de averiguação do dano moral, deve-se perquirir qual foi o bem jurídico ou interesse violado, verificando se o ato lesou, ou não, atributos essenciais à pessoa humana, como, por exemplo, a saúde, a moradia, a honra, a imagem *etc.*²⁹⁹ Havendo ofensa a tais bens, interesses ou atributos extrapatrimoniais, seja em âmbito contratual ou extracontratual, configurado estará o dano moral. Em respeito à segurança jurídica, à coerência e à uniformidade que se espera das decisões judiciais, é preciso que os tribunais abandonem essas “fórmulas prontas”, que com nada contribuem para a efetiva proteção da pessoa humana.³⁰⁰

Por outro lado, diante da expansão qualitativa da ressarcibilidade do dano moral – mencionada por Anderson Schreiber –,³⁰¹ verifica-se a tentativa de criação de “novos danos”, categorias autônomas em relação ao dano moral, como, por exemplo, o dano existencial, o dano ao projeto de vida, dano à vida de relação, dano por perda de uma chance, dano por nascimento indesejado, dano sexual, dano por rompimento de noivado, dano à identidade pessoal, dano por abandono afetivo, dano por desperdício de tempo (dano temporal) *etc.*

²⁹⁹ Em sentido similar, Milena Donato Oliva defende que, na avaliação do dano moral por inadimplemento contratual, deve-se investigar se o descumprimento da obrigação atingiu interesse extrapatrimonial merecedor de tutela e se o bem objeto da avença é, ou não, essencial para a vítima, como, por exemplo, água, luz, moradia, saúde *etc.*: “A patrimonialidade insita ao vínculo obrigacional não significa que, notadamente nas relações de consumo, o inadimplemento fique, necessariamente, adstrito ao campo patrimonial. Como é cediço, interesses extrapatrimoniais podem ser a razão preponderante do contrato, nada obstante a patrimonialidade da prestação. Além disso, o contrato pode garantir o acesso a bens essenciais para uma vida digna, como água e luz, de maneira que o descumprimento do fornecedor acaba por obstar o acesso a condições mínimas para a existência digna. Não por acaso os tribunais se preocupam em estabelecer balizas interpretativas para esses contratos, que considerem a essencialidade dos bens para o consumidor. Por isso que o intérprete deve se preocupar menos com os efeitos do inadimplemento contratual em relação aos sentimentos do consumidor e mais em investigar se o descumprimento atingiu interesse extrapatrimonial merecedor de tutela vinculado ao contrato” (OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, vol. 93, p. 13-28, mai./jun., 2014).

³⁰⁰ Em sentido semelhante, Cláudia Haidamus Perri e Luís de Carvalho Cascaldi advertem que, sendo necessário fazer uma opção, é melhor que se fique com a “indústria das indenizações” (multiplicidade de demandas com pretensão de compensação de prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais) do que com a “indústria das lesões”, já que as pretensões de ressarcimento estão necessariamente sujeitas à apreciação do Judiciário: “deve-se ficar atento para que o argumento de criação de uma ‘indústria das indenizações’ não encubra a maléfica e nociva ‘indústria das lesões’, que tão comumente aflige diversos direitos, sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais. Até porque, entre as duas ‘indústrias’, melhor e mais seguro ficarmos com a primeira, menos danosa e mais fácil de se controlar, já que, necessariamente, tem que passar pela autoridade do Judiciário” (PERRI, Cláudia Haidamus; CASCALDI, Luís de Carvalho. Os desafios da reponsabilidade civil frente às novas espécies de ou exemplos de dano. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, vol. 73, p. 94, jul./ago., 2016).

³⁰¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 85.

No ordenamento jurídico brasileiro, contudo, devem ser rejeitadas essas novas categorias ou figuras autônomas de danos extrapatrimoniais. Em sistemas fechados (tipificados) de ressarcimento do dano extrapatrimonial, em que há seleção legislativa dos interesses merecedores de tutela, a criação de novos danos pode até fazer sentido, como, por exemplo, é o caso da Itália.³⁰²

Nos termos do art. 2.059 do Código Civil italiano, “o dano não patrimonial deve ser ressarcido apenas nos casos determinados em lei”. Em decorrência da rigidez legislativa, os juristas italianos criaram figuras ou categorias autônomas de danos extrapatrimoniais. A propósito, autores italianos relatam que os tribunais daquele país reconhecem diversas figuras autônomas de danos extrapatrimoniais: dano moral, dano à saúde, dano biológico, dano existencial *etc.*³⁰³

No Brasil, entretanto, essas novas figuras de danos extrapatrimoniais não devem ser aceitas, conforme advertem Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald:³⁰⁴ (i) o art. 5º, X, da CRFB, prevê a reparação de danos morais e materiais (patrimoniais), de modo que não há amparo legal para a reparação de novos danos, e (ii) o art. 186 do Código Civil é uma cláusula geral de ilícito, enquanto o art. 927 é uma cláusula geral do dever de indenizar, de maneira que o juiz deve preencher as normas de conteúdo vago e impreciso, tendo liberdade para selecionar, concretamente, quais são os interesses merecedores de tutela. Há, portanto, ampla possibilidade de ressarcimento, desde que presentes os pressupostos da responsabilidade civil, consoante afirmam os autores citados. Ainda de acordo com os juristas mencionados, essas novas categorias, de difícil uniformização, apenas trariam insegurança jurídica a um sistema “bipolar” – dano patrimonial e dano extrapatrimonial (moral) – que bem funciona na cultura e na experiência jurídica brasileira, abrindo a possibilidade de dúplice ressarcimento de um mesmo dano.

Na realidade, essas novas categorias se enquadram dentro do significado de dano moral, não podendo ser consideradas figuras autônomas de dano extrapatrimonial; tais figuras podem até ser utilizadas para a quantificação (majoração) da compensação pecuniária do dano

³⁰² TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. A repersonalização do direito civil e suas repercussões na responsabilidade civil. In: ERHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 485.

³⁰³ SCOGNAMIGLIO, Renato. Il dano morale mezzo secolo dopo. *Rivista de Diritto Civile*. Milano, anno LVI, n. 5, p. 609-634, set./out., 2010; BONA, Marco. Danno alla persona. *Rivista de Diritto Civile*. Milano, anno XLV, n. 2, p. 313-340, mar./apr., 1999.

³⁰⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 372-373.

moral, mas não para a caracterização de novas espécies ou modalidades de dano extrapatrimonial.³⁰⁵

2.3. A tutela ressarcitória-indenizatória do prejuízo patrimonial

Prevista nos arts. 12, 186, 402, 927 e em outros dispositivos do Código Civil, a tutela indenizatória se destina à reparação dos prejuízos patrimoniais decorrentes da violação aos direitos da personalidade. Essa modalidade de tutela tem por objetivo eliminar o prejuízo patrimonial advindo da lesão aos aspectos fundamentais da pessoa humana, visando à recomposição do patrimônio do lesado ao estado anterior à lesão.³⁰⁶

“Indenizar” advém do latim “*in dene*”, que significa devolver o patrimônio ao estado anterior, eliminando o prejuízo e suas consequências.³⁰⁷ Trata-se, pois, de tutela repressiva, prestada após o ato ilícito e o dano, impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de pecúnia.

Segundo Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, “consideram-se prejuízos patrimoniais aqueles que apresentam conteúdo econômico”.³⁰⁸ Por sua vez, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosendal definem o dano patrimonial como “a lesão a um interesse econômico concretamente merecedor de tutela”.³⁰⁹ Embora os direitos da personalidade sejam, em regra, insuscetíveis de apreciação econômica,³¹⁰ a violação aos atributos fundamentais da pessoa humana pode gerar prejuízo patrimonial para o seu titular, além do prejuízo extrapatrimonial.

Na hipótese de calúnia perpetrada contra um profissional liberal, pode, simultaneamente, ocorrer: (i) diminuição de sua clientela e, conseqüentemente, redução de

³⁰⁵ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. A repersonalização do direito civil e suas repercussões na responsabilidade civil. In: ERHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coords.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 485. Em sentido similar, especificamente em relação ao dano existencial, afirma Flávio Tartuce: “[...] não vejo o dano existencial ou o dano ao projeto de vida como categoria em separado. Na verdade, o que deve ser empreendido na realidade brasileira, conforme antes destacado, é um aumento nos valores da indenização moral, e não a separação em outras categorias” (TARTUCE, Flávio. *Manual de responsabilidade civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 534).

³⁰⁶ HIBNER, Davi Amaral; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A tutela dos direitos da personalidade no Brasil e na Itália: questões materiais e processuais. In: II Congresso de Processo Civil Internacional, 2017, Vitória. *Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional*. Vitória: UFES, 2017, v. 1, p. 11-26.

³⁰⁷ MOARES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 145.

³⁰⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 188.

³⁰⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 308.

³¹⁰ A título de exemplo, por terem conteúdo patrimonial, os direitos de autor e de propriedade intelectual podem ser citados como exceção à regra, possuindo disciplina própria (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 304).

lucros (perdas e danos), e (ii) ofensa a sua honra objetiva, maculando sua reputação no âmbito profissional (dano extrapatrimonial). Da mesma forma, além de causar lesão à integridade psíquica – apta a gerar dano extrapatrimonial –, a amputação de uma perna atinge a integridade física da pessoa, podendo diminuir sua capacidade laborativa, o que provoca dano patrimonial.

Além dos arts. 12, 186, 402 e 927 do Código Civil, outros dispositivos do *Codex* preveem a tutela indenizatória de prejuízos patrimoniais decorrentes da lesão aos direitos da personalidade. Dispõe, a propósito, o art. 948 do Código Civil:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:
 I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;
 II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

O dispositivo trata da indenização decorrente da lesão à vida, atributo inerente ao aspecto psicossomático da pessoa. Imagine-se, por exemplo, que A efetuou disparo de arma de fogo contra B, que faleceu após sete dias internado em um hospital. O inciso I do dispositivo se refere aos danos emergentes, atribuindo ao ofensor o dever de arcar com as despesas com o tratamento da vítima, (incluindo, dentre outras, internação e medicamentos usados até o falecimento), além das despesas com funeral (enterro, jazigo, sepultura *etc.*).³¹¹

Nessa linha, asseveram José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo.³¹²

O dispositivo revela os danos materiais que compõem a verba de indenização que será devida à família do falecido. O art. 948 enumera os danos materiais que são representados pelos danos emergentes relativos às despesas com o tratamento do *de cujus* até o seu falecimento, os gastos com o seu funeral e tudo o que foi necessário para a regularização e encerramento da sua personalidade jurídica.

O inciso II cuida dos lucros cessantes sofridos por aqueles que dependiam economicamente do falecido. Embora a lei fale em alimentos, trata-se de indenização de lucros cessantes, devida aos que dependiam economicamente da vítima. A lei se refere a alimentos apenas para indicá-los como parâmetro de quantificação da indenização.

³¹¹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. Comentários ao novo Código Civil, vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 3ª ed. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 446.

³¹² MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código Civil comentado*. Ed. em e-book baseada na ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, s./p..

Como explica Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, diversamente do que ocorre na fixação dos alimentos, a capacidade econômica daquele que provocou a morte não é considerada para fins de quantificação da verba prevista no inciso II. Seja o causador da morte rico ou pobre, a quantificação da pensão levará em conta tão somente a extensão do dano, isto é, aquilo que os parentes deixaram de ganhar por conta do falecimento da pessoa da qual dependiam financeiramente, tratando-se, portanto, de indenização de lucros cessantes, nos termos dos arts. 402 e 944 do Código Civil. Além disso, o fato gerador da pensão é o ato ilícito causador da morte (o evento danoso), e não a relação de parentesco.³¹³ Por tais razões, a verba prevista no inciso II não tem natureza alimentar, mas sim indenizatória, consistindo em lucros cessantes.³¹⁴

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça entende que a verba prevista no inciso do art. 948 do Código Civil possui natureza indenizatória, e não alimentar:³¹⁵

1 - Em se tratando de indenização por danos materiais, na forma de pensão mensal, não se aplica o prazo prescricional do art. 178, § 10, I do Código Civil (cinco anos), mas o do art. 177 do mesmo diploma legal (vinte anos), porquanto a menção a alimentos (art.1537, II) representa mera referência para o cálculo do ressarcimento, sem, contudo, retirar a natureza da obrigação, vale dizer, a de indenizar o dano decorrente do evento (Resp nº 1.021/RJ e Resp nº 53.538/RJ).

De acordo com Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald, “os lucros cessantes traduzem aqueles ganhos que, seguindo a ordem natural das coisas, afluíram ao patrimônio se não tivesse havido o dano”.³¹⁶ Com a morte, aqueles que dependiam do falecido ficam privados daquilo que ganhariam caso o óbito não tivesse ocorrido, tratando-se, pois, de lucros cessantes, que os tribunais costumam chamar de pensão.

³¹³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 213-217.

³¹⁴ No mesmo sentido: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. Comentários ao novo Código Civil, vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 3ª ed. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 448; NERY JR., Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 2ª ed. em e-book baseada na 12ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, s./p.; TARTUCE, Flávio. *Manual de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 391; MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código Civil comentado*. Ed. em e-book baseada na ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, s./p.; GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Comentários aos arts. 927 ao 954. In: PELUZO, Cezar. *Código Civil comentado*. 11ª ed. Barueri: Manole, p. 911.

³¹⁵ STJ, REsp nº 260.690/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 03/03/2005. Na mesma direção: STJ, REsp nº 804.256/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 03/11/2009; STJ, AgRg no Ag nº 846.093/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 18/09/2008; STJ, REsp nº 1.021/RJ, Rel. Ministro Athos Carneiro, Quarta Turma, julgado em 20/11/1990.

³¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 315.

Os lucros cessantes (pensão) serão devidos àqueles que dependiam economicamente do falecido, ou seja, “o pretendente à condição de pensionista devia viver efetivamente sob a dependência econômico-financeira da vítima do ato ilícito”.³¹⁷ É presumida a relação de dependência econômica do cônjuge, do companheiro e dos filhos menores em relação à vítima,³¹⁸ ao passo que a dependência de filhos maiores, irmãos e pais precisa ser comprovada.³¹⁹

Trata-se, nessa hipótese, de dano indireto (reflexo ou por ricochete), definido por Fernando Noronha como “aquele que atinge outras pessoas, por estarem ligadas àquela que é vítima de um determinado fato lesivo [...]”.³²⁰ Embora praticado contra o falecido, o homicídio atinge indiretamente as pessoas que dele dependiam economicamente, caracterizando, pois, dano indireto, reflexo ou por ricochete.

A respeito do tema, esclarecem José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo.³²¹

Tome-se como exemplo o delito de homicídio de um pai de família. A esposa e os filhos suportarão os danos morais e materiais diretos: os danos morais representados pelo dano de afeição, pela perda irreparável de um ente querido, e os danos materiais referentes às despesas de funeral, hospital e todos os gastos necessários para recompor a situação anterior ao homicídio. Além dos danos diretos, a família suportará danos por não ter mais o auxílio do genitor no provimento do seu sustento. Esse segundo dano é indireto (*la perte de subsides*).

Em sentido similar, o Enunciado nº 560 do CJF/STJ, aprovado na VI Jornada de Direito Civil, diz que o prejuízo do art. 948 do Código Civil constitui dano reflexo: “No plano patrimonial, a manifestação do dano reflexo ou por ricochete não se restringe às hipóteses previstas no CC 948”.

No exemplo do disparo de arma de fogo de A contra B, imagine-se que a vítima tinha 12 anos de idade, vivia com seus genitores e não exercia atividade remunerada, fazendo parte de uma família de baixa renda. Nessa hipótese, com base no enunciado da Súmula nº 491 do Supremo Tribunal Federal,³²² o Superior Tribunal de Justiça consolidou seu entendimento no

³¹⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 215.

³¹⁸ “O entendimento desta Corte é no sentido de que a dependência econômica de filho menor em relação aos pais é presumida, dispensando a demonstração por qualquer outro meio de prova. Precedentes.” (STJ, AgRg no Ag nº 1294094/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Galotti, Quarta Turma, julgado em 16/12/2014).

³¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 198.

³²⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 603.

³²¹ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código Civil comentado*. Ed. em e-book baseada na ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, s./p.

³²² “É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado” (STF, Súmula 491, Pleno, julgado em 03/12/1969).

sentido de que, tratando-se de família de baixa renda, presume-se que o filho contribuiria para o sustento de seus pais, a partir de quando pudesse exercer trabalho remunerado, isto é, aos 14 anos, idade a partir da qual o art. 7º, XXXIII, da CRFB, admite o trabalho na condição de aprendiz.

O Tribunal entende que essa contribuição que seria dada pelo filho constitui dano patrimonial passível de indenização, chamando-a de pensão. Quanto ao valor e ao termo *a quo* da indenização, o Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que a pensão mensal deve ser de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, devida a partir do dia em que a vítima completaria 14 anos, reduzindo-a para 1/3 (um terço) do salário mínimo na data em que a vítima completaria 25 anos, quando se presume que ela constituiria um novo núcleo familiar e passaria a ter despesas para mantê-lo.

No que se refere ao termo *ad quem*, o Superior Tribunal de Justiça entende que a pensão é devida até o óbito dos genitores ou até a idade provável da vítima (média de expectativa de vida), fixada na Tabela de Sobrevida da Previdência Social, que é elaborada de acordo com cálculos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).³²³ Em outros termos, a indenização é devida até a morte do pensionista ou até o período de provável duração da vida da vítima (idade provável do falecido, caso não tivesse sido morto), cessando na data em que ocorrer primeiro um dos fatos.³²⁴

Confira-se, a título exemplificativo, um julgado que resume o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria:³²⁵

1. Tratando-se de família de baixa renda, presume-se que o filho contribuiria para o sustento de seus pais, quando tivesse idade para passar a exercer trabalho remunerado, dano este passível de indenização. 2. Pensão mensal de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, inclusive gratificação natalina, contada a partir do dia em que a vítima completasse 14 anos até a data em que viria a completar 25 anos, reduzida, a partir de então, para 1/3 (um terço) do salário mínimo, até o óbito dos beneficiários da pensão ou a data em que a vítima completaria 65 anos de idade, o que ocorrer primeiro. 3. Agravo regimental provido. Recurso especial conhecido e provido.

³²³ “2. O estabelecimento do termo final do pensionamento deve considerar “a longevidade provável de vítima fatal, para efeito de fixação do tempo de pensionamento, deve ser apurada em consonância com a tabela de sobrevida adotada pela Previdência Social, de acordo com cálculos elaborados pelo IBGE” (STJ, AgRg no REsp nº 1.401.180/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 09/10/2018).

³²⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 222-224; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 188.

³²⁵ STJ, AgRg no Ag nº 1.217.064/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Galotti, Quarta Turma, julgado em 23/04/2013. Na mesma linha: STJ, AgRg no AREsp nº 269.212/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 13/10/2015; STJ, AgRg nos EDcl no AREsp nº 521.975/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/09/2015; STJ, AgRg no REsp nº 831.173/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/12/2014.

Ainda no que tange aos atributos inerentes ao aspecto psicossomático da pessoa humana, o art. 949 do Código Civil cuida da tutela indenizatória de perdas e danos decorrentes da lesão à saúde e à integridade física:

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

O dispositivo estabelece que, além de eventuais danos extrapatrimoniais, a vítima pode sofrer lesão que lhe imponha redução temporária da capacidade laborativa, causando-lhe prejuízo patrimonial, como, por exemplo, o motorista de ônibus que fratura uma perna. Nessa hipótese, a indenização englobará: (i) os danos emergentes, como gastos com internação, tratamento médico, medicamentos, fisioterapia, cirurgias, cadeira de rodas, próteses *etc.*; e (ii) lucros cessantes, que serão calculados com base na remuneração da vítima, levando-se em consideração a redução temporária de sua capacidade para o trabalho.³²⁶

A propósito, Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho asseveram que os lucros cessantes “devem ser calculados até a cura com base nos ganhos efetivos da vítima. Enquanto a vítima estiver sem condições físicas, [...] tudo o que ela deixou de ganhar deve ser computado, considerando sempre a natureza do trabalho que exercia”.³²⁷

Por sua vez, o art. 950 do Código Civil trata da indenização nos casos em que a lesão provoca diminuição permanente da capacidade laborativa (total ou parcial):

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Havendo redução de caráter definitivo (permanente) da capacidade laborativa, ainda que parcial, a indenização englobará uma pensão, que será calculada com base na remuneração auferida pela vítima no exercício de sua profissão, proporcionalmente à redução de sua capacidade laborativa.

³²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 189.

³²⁷ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 3ª ed. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 461.

Percebe-se que, enquanto o art. 949 do Código Civil trata do prejuízo patrimonial advindo da incapacidade temporária para o trabalho, o art. 950 cuida da indenização na hipótese de incapacitação permanente (total ou parcial).

Diversamente do que ocorre com a pensão prevista no inciso do art. 948 do Código Civil, a pensão do art. 950 é vitalícia, ou seja, devida até a morte da vítima, não se sujeitando a termo final, ou seja, à idade provável prevista na Tabela de Sobrevida da Previdência Social, elaborada de acordo com cálculos do IBGE. É nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “A pensão devida a vítima de acidente é vitalícia, não havendo limitador da expectativa de vida”.³²⁸

Discorrendo sobre a indenização por lesão à vida e à integridade física, José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo esclarecem a distinção entre as situações previstas nos arts. 948, II, 949 e 950 do Código Civil:³²⁹

O art. 950 corresponde a um agravamento em relação ao art. 949, pois se, além da ofensa resultar sensível diminuição da capacidade a ponto de limitar a capacidade laborativa da vítima, ela terá direito ao pensionamento, com a peculiaridade de que não ficará sujeita à expectativa de vida que é mencionada no art. 948, II.

Se a vítima ficou permanentemente incapacitada para o exercício de sua profissão (por exemplo, o piloto de avião que ficou cego), a possibilidade de atuar em outra atividade não deve ser levada em conta para fins de cálculo da indenização.

Nesse caso, como defende Sérgio Cavalieri Filho, o que se indeniza é o dano, a lesão, a incapacidade, não se tratando de indenização por redução salarial. Além disso, o autor pondera que as lesões definitivas dificultam a inserção da vítima no mercado de trabalho, bem como exigem maior esforço físico e mental para o labor. Por tais razões, eventual remuneração advinda do trabalho exercido após a incapacitação não pode ser compensada ou descontada da indenização atribuída à vítima.³³⁰

Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça entende, havendo incapacitação permanente, ou melhor, redução parcial da capacidade laborativa, a possibilidade de continuar

³²⁸ STJ, AgRg no AREsp nº 206.234/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 23/04/2013. Na mesma linha: “7. A pensão por incapacidade permanente decorrente de lesão corporal é vitalícia, não havendo o limitador da expectativa de vida. Doutrina e jurisprudência acerca da questão” (STJ, REsp nº 1278627/SC, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/12/2012).

³²⁹ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código Civil comentado*. Ed. em e-book baseada na ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, s./p.

³³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 190.

exercendo a mesma ou outra profissão não deve ser levada em consideração para a quantificação da indenização.³³¹

I - Conforme orientação jurisprudencial de ambas as Turmas da Segunda Seção desta Corte é indevida a compensação do pensionamento decorrente de acidente de trabalho com os salários percebidos pelo trabalhador que continuou exercendo atividades na empresa empregadora. Agravo improvido.

O parágrafo único do art. 950 do Código Civil prevê que, nos casos de perda permanente da capacidade laborativa (total ou parcial), o prejudicado poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez. Em outras palavras, ao invés do pagamento mensal da pensão, o lesado pode pleitear que a indenização seja adimplida em parcela única.

Interpretando o parágrafo único do art. 950, Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavaliere Filho sustentam que o pagamento da indenização em parcela única depende apenas da vontade da vítima, de modo que o causador do dano não pode se opor a tal pretensão, tampouco o juiz pode negá-la.³³²

Entretanto, nos casos de impossibilidade econômica do ofensor, o juiz pode rejeitar o pedido de pagamento da indenização em parcela única, fixando outra forma de pagamento. Para decidir se a indenização deve ser paga de uma só vez ou em forma de pensão mensal, o juiz deve, de um lado, ponderar que a satisfação do crédito não pode ficar comprometida e, de outro, evitar o risco de se levar o devedor à ruína, impondo-lhe sacrifício excessivo.³³³ Portanto, o pagamento da indenização em parcela única não é um direito absoluto da vítima, podendo o juiz rejeitá-lo, especificamente quando o devedor não possuir condições econômicas de suportá-lo.

³³¹ STJ, AgRg no REsp nº 812.761/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 23/04/2009. STJ, No mesmo sentido: STJ, AgRg no AREsp nº 113.096/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 06/10/2015. STJ, EREsp 812.761/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 14/09/2011; STJ, REsp nº 579.888/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 06/08/2009.

³³² DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. Comentários ao novo Código Civil, vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 3ª ed. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 471-472. Em sentido semelhante, dispõe o Enunciado nº 48 do CJF/STJ: “O parágrafo único do art. 950 do novo Código Civil institui direito potestativo do lesado para exigir pagamento da indenização de uma só vez, mediante arbitramento do valor pelo juiz, atendidos os arts. 944 e 945 e a possibilidade econômica do ofensor”.

³³³ Nesse sentido, estabelece o Enunciado nº 381 do CJF/STJ: “O lesado pode exigir que a indenização sob a forma de pensionamento seja arbitrada e paga de uma só vez, salvo impossibilidade econômica do devedor, caso em que o juiz poderá fixar outra forma de pagamento, atendendo à condição financeira do ofensor e aos benefícios resultantes do pagamento antecipado”.

Nessa direção, decidiu o Superior Tribunal de Justiça.³³⁴

1. Cuida-se, na origem, de ação indenizatória em virtude de acidente de trânsito causador de sequelas graves à vítima que resultaram em perda da capacidade laboral (agente de segurança) e sensorial (visão e olfato). [...]. 3. A teor do artigo 950, parágrafo único, do Código Civil, nos casos de redução da capacidade laboral ou incapacitação total da vítima, esta poderá optar pelo pagamento da indenização de uma só vez, no lugar do pensionamento mensal. 4. O pagamento de indenização em parcela única não se configura em um direito absoluto da vítima, mas, caso requerido, deve ser apreciado pelo julgador, que ponderará as circunstâncias do caso, em especial, a capacidade econômica do ofensor.

Contudo, embora o pagamento da indenização em parcela única não seja um direito absoluto da vítima que sofreu incapacidade laboral, o Superior Tribunal de Justiça entende que, se houver pedido do lesado, é obrigatória a constituição de capital ou caução fidejussória para assegurar o pagamento da pensão mensal na fase de execução do crédito, independentemente da situação financeira do ofensor, nos termos da Súmula 313/STJ.³³⁵

Por seu turno, o art. 951 do Código Civil trata da indenização do prejuízo patrimonial decorrente da lesão à integridade física cometida pelos profissionais da área de saúde. Incidem, aqui, as regras do art. 948, I e II, 949 e 950 do mesmo diploma normativo, havendo ampla possibilidade de ressarcimento dos danos patrimoniais causados por tais profissionais. No entanto, em razão do corte metodológico da pesquisa, os temas relativos à responsabilidade civil dos profissionais da área de saúde não serão analisados.

Já o art. 953 do Código Civil prevê a indenização do dano patrimonial provocado por injúria, difamação ou calúnia, crimes que atentam contra a honra da pessoa humana, atributo relativo ao aspecto moral da pessoa humana.

O dispositivo autoriza o ressarcimento de prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais. No caso do profissional liberal que tem sua clientela reduzida em razão de difamação veiculada em redes sociais, haverá direito à tutela indenizatória dos prejuízos patrimoniais decorrentes do ilícito (lucro cessante), bem como à tutela compensatória do prejuízo extrapatrimonial que advém da mácula à sua reputação no meio social.

O parágrafo único do art. 953 dispõe que, não sendo possível provar o prejuízo patrimonial, o juiz deve utilizar o critério da equidade para fixar a indenização, levando em

³³⁴ STJ, REsp nº 1.531.096/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 17/05/2016. Na mesma direção: STJ, REsp nº 1.349.968/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, julgado em 14/04/2015.

³³⁵ “Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado” (STJ, Súmula nº 313, Segunda Seção, julgado em 25/05/2005).

conta as circunstâncias do caso. Não deve ser aceita interpretação restritiva no sentido de que, sendo impossível a comprovação do prejuízo patrimonial, o juiz só pode conceder a compensação do dano moral. Para a ampla proteção dos atributos fundamentais da pessoa humana, deve-se admitir a cumulação da compensação do dano moral e com o ressarcimento do dano patrimonial, com fundamento nos arts. 12, 186, 402 e 927 do Código Civil.³³⁶

Por fim, o art. 945, *caput* e parágrafo único, prevê o ressarcimento de danos por ofensa à liberdade pessoal, consistente em cárcere privado, prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé ou prisão ilegal. Entretanto, o rol do parágrafo único é exemplificativo (*numerus apertus*), de modo que outras formas de tolhimento da liberdade pessoal podem ensejar a prestação de tutela indenizatória de prejuízos patrimoniais, ainda que não tenham previsão legal. Assim, na hipótese de sequestro, por exemplo, é possível a concessão de tutela indenizatória para a vítima que sofreu prejuízo patrimonial gerado por essa ofensa à sua liberdade pessoal.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê, portanto, tutelas ressarcitórias-pecuniárias dos prejuízos decorrentes da violação aos direitos da personalidade. Enquanto a tutela compensatória pecuniária serve para mitigar o prejuízo extrapatrimonial, a tutela indenizatória atua para recompor o patrimônio ao estado anterior à lesão, com a reparação monetária do prejuízo patrimonial.

³³⁶ Em sentido semelhante: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. Indenização e Delitos contra a Honra. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMADE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (Coords.). *Responsabilidade Civil Contemporânea: em Homenagem a Sílvia de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 697-771; DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. Comentários ao novo Código Civil, vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 3ª ed. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 531.

CAPÍTULO 3

A TUTELA DE EXCLUSÃO DO LUCRO DA INTERVENÇÃO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os atos ofensivos aos direitos da personalidade podem produzir benefícios econômicos (lucro) para o autor do ilícito, além de danos para a vítima. Em determinadas situações, a utilização ou exploração indevida dos direitos da personalidade pode se mostrar muito lucrativa para o agente ofensor. Esse proveito econômico ilicitamente auferido é denominado de *lucro da intervenção*, já que decorre da indevida ingerência em direitos de outrem.

As tutelas compensatória e indenizatória se destinam, respectivamente, à compensação do prejuízo extrapatrimonial e à reparação do prejuízo patrimonial. Fundadas nas regras da responsabilidade civil, tais tutelas são capazes de compensar e de reparar prejuízos, mas não têm aptidão para remover do patrimônio do ofensor os lucros que foram obtidos a partir da violação dos direitos da personalidade da vítima.

As regras que regem a responsabilidade civil possibilitam que o ofensor retenha, em seu patrimônio, o lucro que supera o dano. Mesmo após a indenização e a compensação dos prejuízos, o autor do ilícito conserva, em seu patrimônio, o proveito econômico indevidamente auferido, especificamente quando esse lucro é superior ao dano experimentado pela vítima.

Nessa perspectiva, surge a necessidade de se pensar em uma tutela que seja capaz de excluir do patrimônio do ofensor o lucro que superar o dano, transferindo para o patrimônio da vítima o proveito econômico que foi auferido por meio da exploração ou utilização indevida de seus direitos. Enquanto as tutelas compensatória e indenizatória se fundam nas regras da responsabilidade civil, a tutela de exclusão do lucro da intervenção se fundamenta na vedação ao enriquecimento sem causa (ou locupletamento ilícito), prevista nos arts. 884 a 886 do Código Civil.

A partir da literatura jurídica, da interpretação de normas jurídicas e da pesquisa de julgados, serão analisadas: (i) a finalidade da tutela de exclusão do lucro da intervenção; (ii) o enriquecimento sem causa como fundamento para a concessão dessa tutela, (iii) a inadequação do instituto da responsabilidade civil para promover a remoção dos lucros ilícitos; e (iv) os pressupostos para o surgimento da obrigação de restituição por enriquecimento sem causa, isto é, os requisitos para a utilização da *actio in rem verso*.

Em decorrência do corte metodológico adotado na pesquisa, serão abordados apenas as normas do Código Civil e do Código de Processo Civil que se relacionam com a tutela de exclusão do lucro da intervenção por violação dos direitos da personalidade. As legislações especiais, como, por exemplo, a Lei de Propriedade Intelectual (Lei nº 9.279/1996) e a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9610/1998), não serão objeto de análise, por conterem regramento específico sobre o tema.

Também em função do corte metodológico, a pesquisa se restringe às hipóteses de obtenção de lucro por exploração ou utilização indevida dos direitos da personalidade, de modo que não serão abordadas outras espécies de enriquecimento sem causa, tais como: a violação do direito de propriedade, o ressarcimento de benfeitorias pelo possuidor, o pagamento indevido, os atos de gestão *etc.*

3.1. Definição da tutela de exclusão do lucro da intervenção e sua finalidade

A tutela de exclusão do lucro da intervenção consiste na retirada do patrimônio do ofensor dos lucros que foram indevidamente obtidos a partir da violação dos direitos da personalidade, transferindo estes proveitos econômicos para o patrimônio do lesado. O objetivo dessa tutela é remover, do patrimônio do autor do ilícito, o lucro que superar o prejuízo sofrido pelo titular do direito violado.

Em diversas situações lesivas aos direitos da personalidade, o ato ilícito se mostra lucrativo e vantajoso para o ofensor. Por exemplo, com o propósito de incrementar suas vendas, um veículo de comunicação viola o direito de imagem de uma atriz famosa, publicando, sem autorização, sua foto em uma revista. Nessa hipótese, é possível cogitar-se em três valores ou verbas decorrentes da ofensa ao direito de imagem: *(i)* compensação pecuniária do prejuízo extrapatrimonial; *(ii)* indenização do prejuízo patrimonial, consistente no “preço do consentimento”, valor que a atriz ganharia caso tivesse sido legalmente contratada para a cessão de seus direitos de imagem, podendo, inclusive, ser calculado com base em trabalhos anteriormente realizados pela lesada; e *(iii)* restituição do lucro obtido pelo agente ofensor, a partir da utilização e da exploração indevida da imagem da vítima. Imagine-se, também, que os lucros ilegalmente obtidos com a violação do direito da personalidade superaram o prejuízo sofrido pela lesada.

Nesse caso, a tutela de exclusão do lucro da intervenção se destina a remover do patrimônio do ofensor o lucro que superar o prejuízo experimentado pela vítima. Os proveitos econômicos – ilicitamente auferidos – são transferidos do patrimônio do lesante para a esfera

patrimonial da pessoa que teve seus direitos da personalidade indevidamente utilizados ou explorados.

Essa tutela também pode ser chamada de *tutela de restituição do lucro da intervenção*. O vocábulo “restituição”, contudo, não é utilizado no sentido de que ofensor (ou interventor) tem o dever de restituir algo que fazia parte do patrimônio da vítima. A restituição significa que o patrimônio do interventor deve ser restituído ao estado anterior ao ato ilícito, com a remoção do lucro indevidamente obtido de seu patrimônio e a transferência desse proveito econômico para o patrimônio do titular do direito violado, sempre que esse lucro superar o dano.

Esclarecem, a propósito, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio Cruz Guedes: “o emprego da palavra restituição não significa que o interventor deverá devolver algo que já existia no patrimônio do titular do direito antes da intervenção. A restituição se refere ao patrimônio do interventor, o qual deve ser, portanto, restituído ao *status quo ante*”.³³⁷

Esse proveito econômico auferido a partir da exploração ou transgressão dos direitos de outrem é chamado de lucro da intervenção. De acordo com Sérgio Savi, o lucro da intervenção consiste no “lucro obtido por aquele que, sem autorização, interfere nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa e que decorre justamente desta intervenção”.³³⁸

Em sentido similar, Carlos Nelson Konder define a figura do lucro da intervenção como “[...] qualquer vantagem patrimonial indevidamente obtida com base em direito alheio” ou “qualquer ato de exploração ou aproveitamento, intencional ou não, de forma não autorizada, pode, em alguma medida, ser reconduzido à figura do lucro da intervenção”.³³⁹

Assim, o lucro da intervenção é o valor ou enriquecimento que resulta da interferência ilegal do ofensor em esfera jurídica alheia.³⁴⁰ De um lado, tem-se o interventor ou agente ofensor, aquele que auferir lucros de forma ilícita, aumentando seu patrimônio, e, do outro, a vítima ou lesado, aquele que sofre a violação de seus direitos da personalidade.

Deixando de celebrar um contrato, o agente ofensor opta, deliberadamente, por se utilizar indevidamente dos direitos da personalidade de outra pessoa e a se sujeitar às regras

³³⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)*. Rio de Janeiro, v. 28, p. 10, dez., 2015.

³³⁸ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 7.

³³⁹ KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, vol. 13, ano 4, p. 233, out./dez., 2017.

³⁴⁰ NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1085-1122.

da responsabilidade civil, acreditando que o lucro ilícito será maior que a indenização a ser paga em uma demanda judicial, ou seja, o “preço do consentimento”, valor que seria pago pela utilização do direito alheio, caso houvesse o ajuste do negócio jurídico.³⁴¹ É o que se chama de *contractual by-pass* ou “curto-circuito do contrato”.

Nessa linha, Cristiano Chaves de Faria, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald explicam o mecanismo utilizado pelo ofensor para a obtenção do lucro ilícito, isto é, o *contractual by-pass*:³⁴²

[...] impõe-se o desafio de elidir o enriquecimento injustificado do autor do ilícito culposo frente à passividade da ordem jurídica, com o propósito de se evitar o ‘*curto-circuito do contrato*’ (*contractual by-pass*). A expressão representa a tomada de decisão do lesante quanto à escolha pela violação de um direito, pela recusa de celebração de um contrato e a conseqüente expropriação do bem pelo particular, por saber que o lucro ilícito obtido pela sua usurpação será superior aos labores que eventualmente será condenado a reparar em prol do ofendido. Em outras palavras, por pura racionalidade econômica e isento de qualquer escrúpulo, o agente econômico prefere se sujeitar às regras de responsabilidade civil do que celebrar um negócio jurídico mediante acordo com a outra parte, ou seja, despreza o ‘*preço do consentimento*’.

Numa análise de racionalidade econômica, isto é, de avaliação de custo-benefício, o ofensor deixa de celebrar o contrato para exploração ou utilização de direitos da personalidade de outrem, estimando que os lucros advindos do ilícito serão maiores que o *quantum* indenizatório calculado com base nas regras da responsabilidade civil.³⁴³

Nos países da tradição de *Common Law*, o *leadind case* sobre o lucro da intervenção se deu no caso *Bette Midler v. Ford Motor Co.*³⁴⁴ Nos anos 1980, embora a cantora e atriz tenha recusado a proposta contratual para participar de uma campanha publicitária, a Ford contratou uma sócia da celebridade, que tinha a voz bem parecida com a dela. A campanha elevou as vendas do produto, de modo que os lucros superaram o preço oferecido à cantora.³⁴⁵

Nos Estados Unidos e na Inglaterra, aplica-se o instituto do *disgorgement of profits*, pelo

³⁴¹ KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. A aplicação do lucro da intervenção (*disgorgement of profits*) no Direito Civil brasileiro: um novo dano no campo da responsabilidade civil ou uma categoria de enriquecimento sem causa? In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra (Orgs.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 559-586.

³⁴² FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 334-335.

³⁴³ KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. A aplicação do lucro da intervenção (*disgorgement of profits*) no Direito Civil brasileiro: um novo dano no campo da responsabilidade civil ou uma categoria de enriquecimento sem causa? In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra (Orgs.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 559-586.

³⁴⁴ Disponível em: <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/1988%20Midler.pdf>>. Acesso em 03/01/2018.

³⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 335.

qual a vítima recebe, além da “indenização” dos prejuízos, os lucros ilícitamente obtidos pelo ofensor, restituindo o patrimônio deste ao estado anterior à lesão.³⁴⁶

Nos países da tradição de *Civil Law*, o *leading case* refere-se à violação dos direitos de imagem e privacidade da princesa monegasca Caroline de Grimaldi, ocorrido em 1995, conforme relatam Miguel Kfoury Neto e Rafaella Nogaroli. Segundo os autores, embora a princesa tenha se recusado a conceder entrevista a um jornal, o veículo de comunicação publicou uma entrevista falsa, contendo informações inverídicas. Nesse caso, apesar de não ter fixado a indenização com base nos lucros do agente ofensor, o Tribunal Federal de Justiça da Alemanha reconheceu a necessidade de se atribuir à vítima uma indenização superior ao mero preço de consentimento (valor de mercado pelo uso da imagem).³⁴⁷

No Brasil, a primeira decisão que tratou do lucro da intervenção foi proferida pela 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 26 de outubro de 2016.³⁴⁸ No caso, a atriz Giovanna Antonelli ajuizou demanda contra Dermo Formulações Farmácia de Manipulação Ltda., alegando ofensa ao seu direito de imagem, sob o argumento de que a empresa veiculou, sem autorização ou contrato de cessão, uma campanha publicitária com sua

³⁴⁶ Miguel Kfoury Neto e Rafaella Nogaroli destacam que, nos países da tradição de *Common Law*, o conjunto de normas que regula a responsabilidade civil extracontratual por danos é chamado de *Tort Law*. Os danos são classificados de acordo com a sua natureza. Os *compensatory damages* (danos compensatórios) são fixados nas hipóteses de *damages in tort* (violações extracontratuais), compensando a vítima pelo prejuízo sofrido e tendo por objetivo a recomposição de seu patrimônio ao estado anterior à lesão. Os *punitive damages* (danos punitivos) são concedidos como uma punição adicional, isto é, uma sanção civil para o ofensor que age de forma intencional ou maliciosa, independentemente da obtenção de proveito econômico decorrente da ofensa. Há, ainda, uma terceira categoria de danos indenizáveis, que se justifica pela ineficácia dos *compensatory damages* para dissuadir alguns atos ilícitos e, concomitante, pela necessidade de uma punição civil. Como categoria autônoma, os *gain-based damages* são fixados de acordo com o lucro obtido pelo ofensor e possuem natureza restitutória, pois objetivam reconduzir o patrimônio do ofensor ao estado anterior ao ato ilícito, com a remoção do lucro indevidamente auferido. Esses danos se dividem em duas espécies: *restitutionary damages* e *disgorgement damages*. Os *restitutionary damages* objetivam subtrair do ofensor o benefício que foi obtido com a prática do ilícito e que foi transferido para o patrimônio de outrem. Diversamente, os *disgorgement damages* promovem a retirada do patrimônio do ofensor do lucro decorrente da conduta ilícita, independentemente de ter havido sua transferência para o patrimônio de outrem. Por meio dos *disgorgement damages*, removem-se apenas os exatos lucros obtidos pelo ofensor, recolocando seu patrimônio na mesma situação em que estaria caso não tivesse violado direito ou bem alheio. A preocupação é somente com a retirada do lucro do patrimônio do ofensor, não havendo referência ao prejuízo experimentado pelo lesado (KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. A aplicação do lucro da intervenção (*disgorgement of profits*) no Direito Civil brasileiro: um novo dano no campo da responsabilidade civil ou uma categoria de enriquecimento sem causa? In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra (Orgs.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 562-564).

³⁴⁷ KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. A aplicação do lucro da intervenção (*disgorgement of profits*) no Direito Civil brasileiro: um novo dano no campo da responsabilidade civil ou uma categoria de enriquecimento sem causa? In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra (Orgs.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 559-586.

³⁴⁸ KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, vol. 13, ano 4, p. 231-248, out./dez., 2017; KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. A aplicação do lucro da intervenção (*disgorgement of profits*) no Direito Civil brasileiro: um novo dano no campo da responsabilidade civil ou uma categoria de enriquecimento sem causa? In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra (Orgs.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 559-586.

fotografia, contendo a seguinte mensagem: “Detox: a dieta que está na moda entre os famosos e fez a atriz Giovanna Antonelli perder 5 Kg em 15 dias”.³⁴⁹ Além de não ter havido celebração de contrato para a utilização dos direitos de imagem, a campanha indicou que a atriz confirmava a eficácia do produto, por tê-lo utilizado.

Na sentença, a 7ª Vara Cível do Fórum Regional da Barra da Tijuca, Rio de Janeiro-RJ, julgou procedentes os seguintes pedidos: (i) retratação pública, para esclarecer as inverdades veiculadas na campanha, bem como para esclarecer que a autora não consentiu com a propaganda; (ii) indenização por dano patrimonial, no valor que a autora obteria pela utilização autorizada de sua imagem e de seu nome (preço do consentimento ou valor de mercado); e (iii) compensação pecuniária por dano moral, no valor de R\$ 30.000,00.

Alegando omissão, a atriz opôs embargos declaratórios, sob o argumento de que o pedido de restituição do lucro da intervenção não teria sido apreciado. Contudo, o juízo não acolheu a pretensão, entendendo que teria havido a integral reparação dos danos sofridos pela atriz, por meio da aplicação das regras da responsabilidade civil.

Entretanto, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento à apelação interposta pela atriz, a fim de condenar a empresa a restituir à autora o montante correspondente ao lucro da intervenção, fixado em 5% sobre o volume de vendas do produto, baseado no seu preço de comercialização, no período compreendido entre o início da lesão (associação do referido produto à imagem da demandante) e o fim da circulação da propaganda. Além disso, o tribunal majorou a compensação pecuniária do dano moral para R\$ 50.000,00.

Inconformada, a atriz interpôs recurso especial, questionando apenas a forma de quantificação do lucro da intervenção. O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso especial, para reformar os critérios de quantificação fixados pelo TJRJ. O mais importante, porém, é notar que a tutela de exclusão do lucro da intervenção foi expressamente admitida como forma de proteção dos direitos da personalidade, impondo ao ofensor a obrigação de restituir os proveitos econômicos indevidamente obtidos.³⁵⁰

3. Além do dever de reparação dos danos morais e materiais causados pela utilização não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais, nos termos da Súmula nº 403/STJ, tem o titular do bem jurídico violado o direito de exigir do violador a restituição do lucro que este obteve às custas daquele. 4. De

³⁴⁹ TJ-RJ, Ap. nº 0008927-17.2014.8.19.0209, Rel. Desembargador Fernando Fernandy Fernandes, Décima Terceira Câmara Cível, julgado em 26/10/2016.

³⁵⁰ STJ, REsp nº 1.698.701/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 02/10/2018.

acordo com a maioria da doutrina, o dever de restituição do denominado lucro da intervenção encontra fundamento no instituto do enriquecimento sem causa, atualmente positivado no art. 884 do Código Civil. 5. O dever de restituição daquilo que é auferido mediante indevida interferência nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa tem a função de preservar a livre disposição de direitos, nos quais estão inseridos os direitos da personalidade, e de inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico. [...] 8. Necessidade, na hipótese, de remessa do feito à fase de liquidação de sentença para fins de quantificação do lucro da intervenção, observados os seguintes critérios: a) apuração do *quantum debeat* com base no denominado lucro patrimonial; b) delimitação do cálculo ao período no qual se verificou a indevida intervenção no direito de imagem da autora; c) aferição do grau de contribuição de cada uma das partes e d) distribuição do lucro obtido com a intervenção proporcionalmente à contribuição de cada partícipe da relação jurídica. 9. Recurso especial provido.

Nesse contexto, a tutela de exclusão do lucro da intervenção se destina a retirar do patrimônio do ofensor os proveitos econômicos auferidos por meio da indevida utilização ou exploração de direitos da personalidade, deslocando-os para o patrimônio da vítima.

Pode-se afirmar, portanto, que a tutela do lucro da intervenção é, ao mesmo tempo, preventiva e repressiva. É preventiva no sentido de evitar condutas ilícitas, desestimulando tanto o interventor como potenciais ofensores a praticarem, no futuro, condutas semelhantes, com a imposição da obrigação de restituição dos lucros ilegalmente obtidos.³⁵¹ Não se pode admitir que a utilização ou a exploração indevida de direitos alheios seja vantajosa para o ofensor, de modo que a tutela de exclusão do lucro da intervenção tem caráter preventivo, evitando a prática de futuros ilícitos.

Nesse sentido, ao julgar o Recurso Especial nº 1698701, o Ministro Relator afirmou, em seu voto, que o dever de restituição do lucro da intervenção “[...] surge não só como forma de preservar a livre disposição de direitos, nos quais estão inseridos os direitos da personalidade, mas também de inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico”.

Por outro lado, essa modalidade de tutela também é repressiva, na medida em que se volta contra os efeitos do ato ilícito praticado, excluindo do patrimônio do ofensor o lucro indevidamente obtido com a violação de direito alheio.

³⁵¹ Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald defendem que a obrigação de restituição do lucro indevido se relaciona com a função preventiva da responsabilidade civil: “Admite-se aqui uma dilatação da função compensatória da responsabilidade civil. A reparação de danos mira a recomposição do equilíbrio rompido pela lesão. A regra geral é que a recomposição patrimonial seja efetuada pela tutela ressarcitória, mediante indenização dos danos sofridos pelo lesado, afora eventual satisfação dos danos morais. Todavia, evitar um enriquecimento injustificado – recuperando a vítima o lucro obtido pelo ofensor – é uma justificativa legítima para a imposição de uma sanção que vai além da medida exclusivamente ressarcitória, possuindo caráter aflagante e preventivo [...]. O remédio restitutivo é ‘ultracompensatório’ em sentido habitual, pois à reparação acresce a finalidade preventiva de ilícitos” (FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 337-338).

3.2. A vedação ao enriquecimento sem causa como fundamento da tutela de exclusão do lucro da intervenção

Frequentemente, o lucro da intervenção supera o dano sofrido pelo lesado. Nos casos em que os proveitos econômicos ilegalmente obtidos pelo interventor são maiores que o prejuízo sofrido pelo lesado, a responsabilidade civil não é adequada para fundamentar a tutela de exclusão do lucro da intervenção do patrimônio do ofensor. Nessas hipóteses, a retirada do lucro da intervenção deve se fundar na vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884, *caput*, Código Civil), e não nas regras da responsabilidade civil.³⁵²

Para sustentar essa afirmação, é importante retomar o exemplo do veículo de comunicação que divulgou, sem autorização, a imagem de uma atriz em sua revista, com o propósito de incrementar as vendas do produto. Nessa hipótese, é possível cogitar-se em três valores ou verbas decorrentes da ofensa ao direito de imagem: compensação pecuniária do prejuízo extrapatrimonial; indenização do prejuízo patrimonial, referente ao “preço do consentimento”; e restituição do lucro indevidamente obtido pelo agente ofensor. Imagine-se, também, que os lucros ilegalmente auferidos com a violação do direito da personalidade superaram o prejuízo sofrido pela lesada.

Nessa situação, a compensação do prejuízo extrapatrimonial e a indenização do prejuízo patrimonial são direcionadas pelas regras da responsabilidade civil. Nos termos do art. 944 do Código Civil, “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Na compensação do prejuízo extrapatrimonial, a quantia pecuniária atua como um lenitivo para a vítima, mitigando a lesão aos atributos insuscetíveis de avaliação econômica.³⁵³

³⁵² LEITE DE CAMPOS, Diogo. O enriquecimento sem causa em direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, vol. 23, p. 3-21, 2002; SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 43-49 e 92-95; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)*. Rio de Janeiro, vol. 28, p. 1-24, dez., 2015; KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, vol. 13, ano 4, p. 231-248, out./dez., 2017; LINS, Thiago. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 20-32 e 97-106; KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. A aplicação do lucro da intervenção (*disgorgement of profits*) no Direito Civil brasileiro: um novo dano no campo da responsabilidade civil ou uma categoria de enriquecimento sem causa? In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra (Orgs.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 559-586.

³⁵³ MOARES, Maria Celina de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 145; CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 44; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 593; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 120-121; FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 376.

Na indenização do prejuízo patrimonial, utiliza-se a teoria da diferença ou o critério da equivalência,³⁵⁴ buscando-se a recondução do patrimônio da vítima ao estado anterior à lesão, com a reparação dos danos emergentes (efetiva e imediata diminuição no patrimônio) e dos lucros cessantes (perda ou privação do ganho esperável, frustração da expectativa de ganho ou diminuição potencial do patrimônio).³⁵⁵

O lucro da intervenção não é um lucro cessante presumido. É que, como adverte Carlos Nelson Konder, a ação do interventor não impede que o titular do direito ganhe algo que razoavelmente poderia se esperar; ao revés, só há algum lucro por causa da conduta do ofensor, sem o que não haveria ganho algum para o titular do direito.³⁵⁶

Em sentido semelhante, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio Cruz Guedes defendem que o lucro da intervenção não é uma espécie de dano patrimonial, tampouco pode ser enquadrado em uma de suas categorias (dano emergente e lucro cessante). O lucro da intervenção incrementa o patrimônio do ofensor, não atingindo o patrimônio da vítima. Não se trata de efetiva diminuição do patrimônio do lesado (dano emergente), nem de impossibilidade de aumento do patrimônio por ato do interventor (lucro cessante). Não repercutindo no patrimônio da vítima e na extensão do dano, o lucro da intervenção não se caracteriza como dano patrimonial.³⁵⁷

Em ambos os casos (compensação do dano extrapatrimonial e ressarcimento do dano patrimonial), os parâmetros ou critérios de quantificação das “indenizações” levam em consideração a extensão do dano sofrido pelo lesado (art. 944 do Código Civil), e não as consequências que o ilícito gerou no patrimônio do agente ofensor,³⁵⁸ como, por exemplo, o lucro obtido com a violação dos direitos da personalidade. Pelo princípio da reparação integral do dano, todos os prejuízos sofridos pela vítima devem ser ressarcidos, ou seja, deve-

³⁵⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58.

³⁵⁵ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. Comentários ao novo Código Civil, vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 3ª ed. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 92-96.

³⁵⁶ KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, vol. 13, ano 4, p. 231-248, out./dez., 2017.

³⁵⁷ “Além de não configurar espécie autônoma de dano, o chamado *disgorgement of profits* tampouco se enquadra em uma das duas categorias já referidas. Ora, se o dano patrimonial corresponde à efetiva diminuição do patrimônio da vítima ou ao seu não incremento por ato do ofensor, qualquer lucro obtido pelo agente que não corresponda, na mesma medida, a dano emergente ou lucro cessante, não repercute na extensão da lesão, pelo que não pode ser qualificado como dano patrimonial” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)*. Rio de Janeiro, v. 28, p. 5, dez., 2015).

³⁵⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)*. Rio de Janeiro, v. 28, p. 1-24, dez., 2015.

se reparar todo o dano, mas nada além dele.³⁵⁹ A respeito da extensão desse princípio, aduz Sérgio Cavalieri Filho:³⁶⁰

A extensão do princípio da reparação integral foi magistralmente sintetizada pela doutrina francesa, como abrangendo *tout le dommage, mais rien que le dommage* – ‘todo o dano, mas não mais que o dano’, complementando com a afirmação de que ‘a soma devida a título de danos deve corresponder rigorosamente à perda causada pelo fato danoso’.

De acordo com a sistematização de Fernando Noronha, os direitos de crédito ou obrigações devem ser tripartidos em: (i) obrigações negociais, que nascem de contratos ou de negócios jurídicos unilaterais, ambos fundados no compromisso assumido pela autonomia privada; (ii) obrigações de responsabilidade civil em sentido estrito, que surgem de atos danosos, para que o patrimônio do credor seja reconduzido ao estado anterior à lesão, e (iii) obrigações de restituição por enriquecimento sem causa, que nascem da apropriação ou aproveitamento por outrem, ainda que não doloso nem culposo, de bens que o ordenamento jurídico destina ao titular respectivo, protegendo-se o interesse do credor na reversão da vantagem para o seu patrimônio dos bens ou do valor obtido à sua custa.³⁶¹

A responsabilidade civil (em sentido estrito e negocial) visa à reparação do dano sofrido pela vítima, não importando se a lesão atribuirá acréscimo ao patrimônio do ofensor. Por outro lado, a vedação ao enriquecimento sem causa se destina a excluir o proveito econômico do patrimônio daquele que se enriqueceu à custa de outrem, não se preocupando com eventual dano sofrido pelo lesado, ou seja, com a redução e a recomposição de seu patrimônio.³⁶²

³⁵⁹ Nesse sentido, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino explica o significado do princípio da reparação integral do dano: “A plena reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso (função compensatória), não podendo, entretanto, ultrapassá-los para evitar que a responsabilidade civil seja causa para o enriquecimento injustificado do prejudicado (função indenitória), devendo-se estabelecer uma relação de efetiva equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados dos danos com avaliação em concreto pelo juiz (função concretizadora do prejuízo real)” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58).

³⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 27.

³⁶¹ NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1085-1122.

³⁶² “Enquanto a responsabilidade civil visa a reparar o dano sofrido pela vítima, os casos de enriquecimento sem causa se situam no âmbito da reprovabilidade perante os princípios do sistema, e sua função ontológica é remover o enriquecimento do patrimônio do enriquecido. Pouco importa, portanto, em sede de enriquecimento sem causa, a modificação do patrimônio daquele cuja situação jurídica fundamentou o locupletamento alheio, ou a existência, ou não, de dano, mas apenas o incremento do patrimônio do enriquecido” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)*. Rio de Janeiro, v. 28, p. 7, dez., 2015).

A propósito, Fernando Noronha esclarece a diferença entre as obrigações fundadas na responsabilidade civil (em sentido estrito e negocial) e as obrigações de restituição por enriquecimento sem causa. Na vedação ao locupletamento ilícito, retira-se do patrimônio do ofensor o lucro indevidamente obtido, não havendo referência ao dano experimentado pela vítima e à recomposição de seu patrimônio. Diversamente, seja na responsabilidade civil em sentido estrito, seja na responsabilidade negocial, o objetivo é a reparação das diminuições verificadas no patrimônio do lesado, não havendo preocupação com a restituição dos proveitos econômicos obtidos pelo ofensor, ou seja, em nada importa o incremento patrimonial obtido pelo autor do ilícito.³⁶³

No mesmo sentido, Diogo Leite de Campos aduz que, ao contrário da vedação ao enriquecimento sem causa, a responsabilidade civil “não se refere aos efeitos benéficos de uma certa deslocação patrimonial de um dado patrimônio, mas antes aos efeitos prejudiciais de uma ação ilícita na esfera jurídica de alguém”.³⁶⁴

Sendo direcionada à reparação do prejuízo patrimonial e/ou extrapatrimonial sofridos pelo lesado, a responsabilidade civil não é o instituto adequado para possibilitar ou fundamentar a retirada do lucro da intervenção do patrimônio do agente ofensor.³⁶⁵ A responsabilidade civil não leva em conta o patrimônio do interventor (o lucro indevidamente obtido com o ilícito), mas sim o patrimônio da vítima, ou seja, os danos experimentados por ela. Não permitindo que se “indenize” nada além do dano, a responsabilidade civil acaba

³⁶³ NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (Org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1085-1122. Em outro trabalho, Fernando Noronha destaca os princípios ético-jurídicos que fundamentam as obrigações negociais, as obrigações de responsabilidade civil (estrito senso) e as obrigações por enriquecimento sem causa: “Na verdade, a cada uma dessas categorias de obrigações corresponde um princípio ético-jurídico diferente, que assinala claramente as diversas finalidades por elas visitadas. As obrigações negociais têm na sua base o princípio de que quem assume livremente uma obrigação, deve cumpri-la: *pacta sunt servanda*, os pactos têm de ser acatados. É princípio que tem por pressupostos essenciais os princípios da autonomia privada, da boa-fé e da justiça contratual, não deixando, aliás, de estar contido na expressão de Ulpiano *honeste vivere*, viver honestamente. As obrigações de responsabilidade civil baseiam-se essencialmente no princípio *neminem laedere*, não lesar ninguém : quem causa dano a outrem, deve repará-lo. As obrigações de enriquecimento sem causa assentam no velho princípio de justiça *suum cuique tribuere*, dar a cada um o que é seu, e mesmo que este princípio tenha um alcance bem maior: quem beneficiou com algo alheio, deve restituir o valor do benefício. Cada um dos três princípios ético-jurídicos aponta para uma obrigação com causa e finalidade próprias: no primeiro princípio (*pacta sunt servanda*), a causa da obrigação é o compromisso assumido e a prestação consiste na efetivação deste (obrigação negociável); no segundo (*neminem laedere*), a causa da obrigação é o dano causado e a prestação tem por finalidade repará-lo (obrigação de responsabilidade civil); no terceiro (*suum cuique tribuere*), a causa está no acréscimo patrimonial indevido e a prestação consiste na sua remoção para o patrimônio da pessoa com direito a ele (obrigação de restituição por enriquecimento sem causa)” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 445-446).

³⁶⁴ LEITE DE CAMPOS, Diogo. O enriquecimento sem causa em direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, vol. 23, p. 19, 2002.

³⁶⁵ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 43-49.

tolerando que o interventor mantenha, em seu patrimônio, os proveitos econômicos ilicitamente obtidos, sempre que estes forem superiores ao dano sofrido pela vítima.³⁶⁶

Nesse sentido, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio Cruz Guedes sustentam a incompatibilidade estrutural e funcional da responsabilidade civil com a exclusão do lucro ilícito do patrimônio do ofensor:³⁶⁷

A função da indenização por dano patrimonial é reconduzir o patrimônio da vítima ao estado em que estaria se não houvesse ocorrido a lesão, e não retirar do patrimônio do ofensor qualquer benefício ilegitimamente auferido com a conduta danosa. A indenização por dano moral, a seu turno, ostenta a função de compensar a vítima pelos danos sofridos. [...] o montante em dinheiro conferido a título de dano moral visa, apenas, a servir de lenitivo para mitigar, de alguma forma, o dano sofrido. Com efeito, os parâmetros utilizados para a quantificação do dano devem ser igualmente reconduzidos à lesão sofrida, bem como à análise de seus efeitos sobre a vítima, que poderão variar, sobremaneira, consoante suas circunstâncias pessoais. Logo, seja o dano patrimonial ou moral, os critérios de quantificação não sempre de convergir para o dano, e não para as circunstâncias do ofensor, a exemplo dos benefícios auferidos com a conduta lesiva. Conforme se observou, à responsabilidade civil se atribui a função precípua de tutelar a vítima por meio da reparação integral do dano sofrido, cuja medida exclusiva há de ser a extensão do dano, e nada mais. Chega-se, assim, à inafastável conclusão de que a responsabilidade civil não soluciona o problema dos lucros auferidos por meio de conduta lesiva a direitos. O instituto, voltado para a proteção da vítima, permite que o ofensor conserve em seu patrimônio os benefícios obtidos, sempre que o dano patrimonial se revelar menor do que o proveito embolsado.

A tutela de exclusão do lucro da intervenção não se destina à recomposição do patrimônio da vítima ao *status quo ante*, com o ressarcimento de prejuízos; ao revés, tem por objetivo reconduzir o patrimônio do ofensor ao estado anterior ao ilícito, retirando dele o lucro indevidamente auferido com a violação dos direitos da personalidade de outra pessoa.³⁶⁸ Essa tutela se volta apenas contra a vantagem patrimonial indevidamente obtida pelo ofensor, não se destinando à reparação dos danos sofridos pela vítima.³⁶⁹

O objetivo da tutela de exclusão do lucro da intervenção é “obrigar o interventor a restituir os lucros obtidos, sempre que tais lucros se revelem superiores aos danos causados ao

³⁶⁶ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 92-95 e 117.

³⁶⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)*. Rio de Janeiro, v. 28, p. 5-7, dez., 2015.

³⁶⁸ Em sentido semelhante: LINS, Thiago. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 20-32.

³⁶⁹ Nesse sentido, Sérgio Savi ressalta a diferença entre as funções dos institutos da vedação ao enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: “[...] a responsabilidade civil tem por função específica remover danos, pouco importando se ofensor ficou em situação melhor ou pior do que estava antes do ato praticado. Já o enriquecimento sem causa visa reprimir o enriquecimento, não sendo sua função lidar com os danos sofridos pelo titular do direito” (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 117-118).

titular do direito”.³⁷⁰ Quando o lucro do interventor é inferior ou igual ao dano sofrido pela vítima, aplica-se a responsabilidade civil, pois a indenização do dano abrange a restituição do lucro; porém, quando a vantagem patrimonial do ofensor é superior ao dano, não se pode invocar a responsabilidade civil, já que, por força do princípio da reparação integral (art. 944 do Código Civil), a indenização não pode exceder aos prejuízos suportados pelo lesado.³⁷¹

Por tais razões, o instituto da responsabilidade civil não é adequado para fundamentar a tutela de exclusão do lucro da intervenção do patrimônio do ofensor. Além da compensação do prejuízo extrapatrimonial e da indenização do prejuízo patrimonial – ambas norteadas pelas regras da responsabilidade civil –, o interventor deve ser obrigado a promover a restituição do lucro obtido com a violação dos direitos da personalidade da vítima, nos casos em que o proveito econômico auferido com o ilícito for superior ao dano. Portanto, o instituto que fundamenta a remoção do lucro da intervenção é a vedação ao enriquecimento sem causa, e não a responsabilidade civil.³⁷²

Assim, fundada na vedação ao enriquecimento sem causa, a tutela de exclusão do lucro da intervenção constitui tutela autônoma dos direitos da personalidade, convivendo ao lado das demais tutelas, como a compensatória do dano extrapatrimonial e a indenizatória dos danos patrimoniais, sendo estas direcionadas pelas regras da responsabilidade civil. A tutela de remoção do lucro ilícito se destina apenas a retirar do patrimônio do ofensor o proveito econômico que remanesceu mesmo após a reparação do prejuízo experimentado pela vítima, não tendo por objetivo a reparação de danos.

Diversamente das tutelas ressarcitórias, fundadas na responsabilidade civil, a tutela de exclusão não se volta contra o dano, objetivando, tão-somente, remover do patrimônio do interventor o lucro indevidamente obtido a partir da violação dos direitos da personalidade,

³⁷⁰ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)*. Rio de Janeiro, v. 28, p. 12, dez., 2015.

³⁷¹ KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, vol. 13, ano 4, p. 231-248, out./dez., 2017.

³⁷² SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 92-93. Na mesma linha, destacam Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio Cruz Guedes: “A obrigação de restituir traduz-se, a bem da verdade, no próprio inverso ou avesso da ideia de indenização: não é na esfera patrimonial do lesado, mas na do lesante que se restabelece a situação que existiria sem a intervenção ilícita. Assim é que, ao se estender a obrigação de restituir a todo o lucro causado pela intromissão, reconduz-se o patrimônio do enriquecido – e não o da vítima – à situação próxima a que estaria se não tivesse praticado a ação que lhe trouxe a vantagem. O foco deixa, portanto, de ser a vítima para ser o enriquecido-ofensor, e é exatamente por isso que o tema foge ao campo da responsabilidade civil” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)*. Rio de Janeiro, v. 28, p. 21-22, dez., 2015).

especificamente nas hipóteses em que o proveito econômico auferido for superior ao prejuízo sofrido pela vítima.

Na tutela de exclusão do lucro da intervenção, é preciso verificar *(i)* o dano experimentado pelo titular do direito violado e *(ii)* o acréscimo patrimonial obtido pelo interventor. Numa operação de subtração, o objeto da tutela do lucro da intervenção será “a diferença da quantia entre o dano sofrido e o enriquecimento do autor da lesão, ou seja, a restituição do saldo positivo que ainda permanecer no patrimônio do ofensor, mesmo após o pagamento da indenização”.³⁷³ A finalidade dessa tutela é remover do patrimônio do interventor o lucro excedente ao dano.³⁷⁴ Logo, pode-se afirmar que a responsabilidade civil não serve para fundamentar a aplicação da tutela de exclusão do lucro da intervenção, o que deve ser feito com base na vedação ao enriquecimento sem causa.

Esclarece, a propósito, Sérgio Savi:³⁷⁵

Quando o ofensor intervém na esfera jurídica alheia, normalmente usando, consumindo ou dispondo de bens ou direitos de outrem, as regras tradicionais da responsabilidade civil podem não ser suficientes enquanto sanção pela violação de um interesse merecedor de tutela. O ato do interventor pode não causar danos ao titular dos bens ou direitos. Quando causar danos, os lucros obtidos pelo interventor podem ser superiores aos danos causados à vítima. Na primeira hipótese, não há que se falar em responsabilidade civil, pois para que se conceda a indenização é indispensável que a vítima tenha efetivamente experimentado um prejuízo. [...] Já quando os lucros obtidos forem superiores aos danos causados, mesmo após indenizar a vítima, o ofensor estará em uma situação melhor do que estava antes da prática do ato não tutelado pelo ordenamento jurídico. Afinal, como a indenização é medida pela extensão do dano (CC, art. 944), nas hipóteses de lucros superiores aos danos causados, o saldo positivo entre lucros obtidos e prejuízo indenizado permanecerá em definitivo no patrimônio do interventor. Tal situação poderia servir de estímulo para a violação a institutos fundamentais para a vida em sociedade, como a propriedade, o contrato e os direitos da personalidade. Diante da ineficácia das tradicionais regras da responsabilidade civil para lidar com o problema do lucro da intervenção, buscou-se no ordenamento jurídico brasileiro uma solução alternativa. Em razão de suas características e funções, concluiu-se que o lucro da intervenção deve ser dogmaticamente enquadrado no enriquecimento sem causa. E isso porque, como visto, ao contrário da responsabilidade civil, o enriquecimento sem causa tem por função específica remover o enriquecimento. A reação do ordenamento jurídico é contra o aumento injustificado do patrimônio do enriquecido e não contra os possíveis prejuízos sofridos pelo titular do direito (o ‘empobrecido’). [...] Assim, quando o interventor lucrar com a ingerência não autorizada nos bens ou direitos alheios, o titular do direito terá uma pretensão de enriquecimento sem causa, fundada na cláusula geral do art. 884 do Código Civil, para obrigar o interventor a entregar-lhe a vantagem patrimonial assim obtida. A restituição daqueles benefícios pelo interventor deverá ocorrer sempre que, de acordo com a

³⁷³ KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. A aplicação do lucro da intervenção (*disgorgement of profits*) no Direito Civil brasileiro: um novo dano no campo da responsabilidade civil ou uma categoria de enriquecimento sem causa? In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra (Orgs.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 575.

³⁷⁴ LINS, Thiago. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 105.

³⁷⁵ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 92-95.

repartição dos bens efetuada pela ordem jurídica, os mesmos sejam considerados como pertencentes ao titular do direito.

No mesmo sentido, dispõe o Enunciado nº 620 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na VIII Jornada de Direito Civil: “A obrigação de restituir o lucro da intervenção, entendido como a vantagem patrimonial auferida a partir da exploração não autorizada de bem ou direito alheio, fundamenta-se na vedação do enriquecimento sem causa”.

No julgamento do REsp nº 1.698.701/RJ, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o dever de restituição do lucro da intervenção se fundamenta na vedação ao enriquecimento sem causa, e não no instituto da responsabilidade civil:³⁷⁶

3. Além do dever de reparação dos danos morais e materiais causados pela utilização não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais, nos termos da Súmula nº 403/STJ, tem o titular do bem jurídico violado o direito de exigir do violador a restituição do lucro que este obteve às custas daquele. 4. De acordo com a maioria da doutrina, o dever de restituição do denominado lucro da intervenção encontra fundamento no instituto do enriquecimento sem causa, atualmente positivado no art. 884 do Código Civil.

Enquanto a responsabilidade civil se destina à reparação de danos, ou seja, à recomposição da diminuição patrimonial sofrida pelo lesado, a vedação ao enriquecimento sem causa tem por objetivo excluir do patrimônio do lesante acréscimos patrimoniais indevidos, isto é, que deveriam ter se verificado em outro patrimônio.³⁷⁷

Assim, o dano sofrido pelo lesado é reparado pelas regras da responsabilidade civil, ao passo que o lucro da intervenção (proveito econômico que supera o dano) deve ser removido do patrimônio do ofensor pelo instituto da vedação ao enriquecimento sem causa, com a transferência dos proveitos econômicos indevidos para a esfera patrimonial do titular do direito violado.

Demonstrada a inaptidão da responsabilidade civil para fundamentar a tutela de exclusão do lucro da intervenção do patrimônio do ofensor, passa-se a investigar os pressupostos para o surgimento da obrigação de restituição dos proveitos ilicitamente auferidos pelo interventor (obrigação por enriquecimento sem causa).

³⁷⁶ STJ, REsp nº 1.698.701/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva Terceira Turma, julgado em 02/10/2018.

³⁷⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 443.

3.3. Os pressupostos da tutela de exclusão do lucro da intervenção ou da obrigação de restituição por enriquecimento sem causa

A vedação ao enriquecimento sem causa está prevista nos arts. 884 a 886 do Código Civil.³⁷⁸ A propósito, Fernando Noronha afirma que a obrigação de restituição por enriquecimento sem causa “consiste no dever de remover aqueles bens que estejam num determinado patrimônio, mas que, pela geral ordenação jurídica de bens, devam integrar um outro patrimônio – por a ele estarem destinados”.³⁷⁹

Consoante Cláudio Michelon Júnior, o direito patrimonial é regido pelo princípio da conservação estática dos patrimônios, segundo o qual “o valor dos bens e direitos atribuídos a alguém e dos bens e direitos gerados a partir desses bens e direitos já atribuídos devem permanecer, em princípio, no patrimônio desse alguém”.³⁸⁰ Com base nesse princípio, Judith Martins-Costa e Gustavo Haical aduzem que todo deslocamento patrimonial deve estar amparado em uma causa lícita, de modo que, inexistindo essa causa, surgirá o dever de restituir o proveito econômico indevidamente auferido.³⁸¹

As obrigações de restituição do enriquecimento sem causa se fundamentam no princípio ético-jurídico do *suum cuique tribuere* – dar a cada um o que é seu – ou, em sentido mais amplo, “quem beneficiou com algo alheio, deve restituir o valor do benefício”.³⁸² É chamada de *actio in rem verso* a demanda por meio da qual se veicula o pedido de restituição do proveito econômico indevidamente auferido a partir da violação de direitos alheios.³⁸³

Analisando os arts. 884 a 886 do Código Civil, é possível concluir que há quatro pressupostos para que surja a obrigação de restituição do lucro da intervenção, fundada na vedação ao enriquecimento sem causa: (i) enriquecimento; (ii) enriquecimento à custa de

³⁷⁸ Antes da vigência do Código Civil de 2002, Agostinho Neves defendeu que a vedação ao enriquecimento sem causa era um princípio implícito em nosso ordenamento, citando dispositivos do Código Civil de 1916, que tratam, por exemplo, do ressarcimento de benfeitorias pelo possuidor (arts. 513 e 515), da indenização por avulsão (art. 514), do pagamento indevido (art. 964 e ss.) *etc.* (ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa). In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 911-953).

³⁷⁹ NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1085-1122.

³⁸⁰ MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 19-38.

³⁸¹ “[...] todo deslocamento patrimonial há de ter uma causa que o direito reconheça como tal; do contrário, exsurge a obrigação de restituir. [...] há dever de restituir quando o transpasse patrimonial foi sem causa, já que o direito brasileiro acolhe o princípio da conservação estática dos patrimônios: para que haja a transmissão patrimonial, em regra, há de haver uma causa lícita.” (MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo. *Direito restitutivo. Pagamento indevido e enriquecimento sem causa. Erro invalidante e erro elemento do pagamento indevido. Prescrição. Interrupção e dies a quo*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 956, p. 257-295, jun., 2015).

³⁸² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 445-446.

³⁸³ NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1085-1122.

outrem; (iii) inexistência de causa legal ou convencional para o enriquecimento; e (iv) subsidiariedade da demanda de enriquecimento sem causa.

O primeiro pressuposto consiste na configuração do enriquecimento do interventor, ou seja, no incremento patrimonial obtido pelo sujeito passivo da obrigação de restituição do lucro da intervenção. De acordo com Agostinho Alvim, “o enriquecimento tem o mais amplo sentido, compreendendo qualquer aumento do patrimônio, ou diminuição evitada, e até vantagens não patrimoniais, desde que estimáveis em dinheiro”.³⁸⁴

Especificamente no que se refere aos direitos da personalidade, o enriquecimento ocorre em decorrência da exploração ou utilização indevida dos atributos fundamentais da pessoa humana, o que propicia um incremento no patrimônio do ofensor, ou seja, o lucro da intervenção. É o que ocorre, por exemplo, com o uso do nome de uma pessoa famosa em campanha publicitária com fins comerciais, sem a autorização do titular do direito.

Nessa linha, Fernando Noronha afirma que uma das formas de enriquecimento sem causa é aquela que advém da exploração de direitos da personalidade, sem autorização de seu titular. Segundo o autor, seria possível cogitar-se em enriquecimento sem causa quando foi divulgada, em uma propaganda comercial, a imagem do capitão da seleção de futebol do Brasil na Copa do Mundo de 1970, Carlos Alberto Torres, erguendo a Taça *Jules Rimet*.³⁸⁵

Havendo enriquecimento por violação dos direitos da personalidade, surge para o interventor a obrigação de restituir o lucro indevidamente obtido. Em outros termos, justifica-se a concessão de tutela de exclusão do patrimônio do ofensor do lucro que foi ilícitamente auferido a partir da exploração dos direitos da personalidade de outra pessoa, quando o proveito econômico obtido é superior ao dano.

Destacam, a propósito, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio Cruz Guedes:³⁸⁶

E é esta segunda modalidade de enriquecimento – por meio da exploração de bens, trabalho ou direitos alheios –, designada enriquecimento por intervenção, ou lucro da intervenção, que viabiliza, de forma mais ampla, a retirada do lucro ilegitimamente auferido do patrimônio do agente [...].

³⁸⁴ ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 911-953.

³⁸⁵ NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1085-1122.

³⁸⁶ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)*. Rio de Janeiro, v. 28, p. 8, dez., 2015.

O segundo pressuposto para a concessão da tutela de exclusão do lucro da intervenção consiste no “enriquecimento à custa de outrem”. No que tange aos direitos da personalidade, esse pressuposto significa que o enriquecimento patrimonial do interventor deve surgir da exploração indevida dos atributos essenciais da pessoa humana, como, por exemplo, o uso indevido do nome ou da imagem alheia.

Esse pressuposto não exige, todavia, o empobrecimento do lesado. Não se aplica a teoria do deslocamento patrimonial, segundo a qual: “a pretensão de enriquecimento se constitui sempre ao se verificar uma deslocação patrimonial sem causa, diretamente entre o enriquecido e o empobrecido, independentemente da forma que se revista”.³⁸⁷

A finalidade da tutela de exclusão do lucro da intervenção – fundada na vedação ao enriquecimento sem causa – não é reparar o dano sofrido pelo lesado, mas apenas remover do patrimônio do lesante o proveito econômico que foi auferido em decorrência da indevida exploração dos direitos da personalidade de outrem.

No mesmo sentido, Sérgio Savi adverte que o instituto do enriquecimento sem causa não visa à reparação do dano experimentado pelo titular do direito violado, mas sim remover do patrimônio do ofensor o que foi indevidamente acrescido.³⁸⁸ A função do instituto do enriquecimento sem causa é apenas remover o enriquecimento do patrimônio do ofensor,³⁸⁹ não se destinando a reparar o empobrecimento do lesado.

Assim, para a caracterização do dever de restituição do lucro obtido pela violação dos direitos da personalidade, não é necessário que haja deslocamento patrimonial de algo que estava no patrimônio do lesado e foi transferido para a esfera patrimonial do ofensor.

Em sede de enriquecimento sem causa, portanto, não se aplica a teoria do deslocamento patrimonial, mas sim a teoria da destinação ou da atribuição jurídica dos bens, conforme explica Fernando Noronha:³⁹⁰

Em geral, pode-se dizer que o sistema jurídico, ao atribuir às pessoas os direitos absolutos, oponíveis erga omnes, como são os direitos da personalidade (ao nome, imagem, corpo, liberdade, trabalho, etc.) e os direitos reais (em especial a

³⁸⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro. *Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*. Brasília, n. 25, p. 24-33, 2004.

³⁸⁸ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 60.

³⁸⁹ A propósito, Diogo Leite de Campos afirma que a função específica do instituto do enriquecimento sem causa é “remover todo o enriquecimento, e só ele, do patrimônio do enriquecido” (LEITE DE CAMPOS, Diogo. O enriquecimento sem causa em direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, vol. 23, p. 4-5, 2002).

³⁹⁰ NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1085-1122.

propriedade), está reservando a elas, e só a elas, o aproveitamento econômico dos bens, ainda que imateriais, a que dizem respeito tais direitos, é nisto que consiste a *ordenação jurídica dos bens*.

Em sentido similar, Carlos Carlos Nelson Konder define a teoria da destinação dos bens: “trata-se da noção de cabe ao titular de um direito as vantagens dele decorrentes e, portanto, não pode outrem reter para si essas vantagens sem autorização do titular ou outro fato idôneo a justificar essa retenção”.³⁹¹

O enriquecimento é ilícito não porque causou empobrecimento ao lesado, mas “precisamente porque, de acordo com a ordenação substancial dos bens aprovada pelo Direito, ele deve, de regra, pertencer a seu titular”.³⁹² O dever de restituição do lucro da intervenção independe, destarte, do empobrecimento da vítima – entendido, aqui, como deslocamento de algo que estava em seu patrimônio e foi transferido para a esfera patrimonial do agente ofensor.

Além disso, conforme pondera Giovanni Ettore Nanni, os arts. 884 a 886 do Código Civil não exigem o empobrecimento do titular como pressuposto para a configuração do enriquecimento sem causa, condicionando-o “apenas” à obtenção à custa de outrem.³⁹³

Nessa linha, dispõe o Enunciado nº 35 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil: “A expressão ‘se enriquecer à custa de outrem’ do art. 886 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento”.

Na mesma direção, decidiu o Superior Tribunal de Justiça.³⁹⁴

7. Para a configuração do enriquecimento sem causa por intervenção, não se faz imprescindível a existência de deslocamento patrimonial, com o empobrecimento do titular do direito violado, bastando a demonstração de que houve enriquecimento do interventor.

O terceiro pressuposto para a concessão da tutela de exclusão do lucro da intervenção consiste na “ausência de causa legal ou convencional para o enriquecimento”, prevista no *caput* do art. 884 e no art. 885 do Código Civil. De acordo com Agostinho Alvim, “causa,

³⁹¹ KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, vol. 13, ano 4, p. 231-248, out./dez., 2017.

³⁹² TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)*. Rio de Janeiro, v. 28, p. 9, dez., 2015.

³⁹³ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem Causa*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 279.

³⁹⁴ STJ, REsp nº 1.698.701/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva Terceira Turma, julgado em 02/10/2018.

portanto, é aquilo que pode explicar o enriquecimento; é a contrapartida. Se não há causa, ou se a causa não é justa, o enriquecimento está condenado”.³⁹⁵

Comentando o pressuposto da ausência de causa jurídica para o surgimento da obrigação de restituição, Carlos Roberto Gonçalves explica que “configura-se o enriquecimento sem causa quando inexistente contrato, ou dispositivo de lei, a justificar o aludido proveito [...]”.³⁹⁶

Por sua vez, sustenta José Roberto de Castro Neves: “O ordenamento jurídico não admite o acréscimo do patrimônio de uma pessoa em detrimento da perda do patrimônio de outra, sem que ocorra uma causa jurídica que explique esse deslocamento econômico”.³⁹⁷

Nos casos de exploração indevida de direitos da personalidade, não há causa que justifique o proveito econômico auferido pelo agente ofensor, de modo que lhe deve ser imposta a obrigação de restituição, com a concessão da tutela de retirada do lucro da intervenção de seu patrimônio.

O quarto e último requisito para o surgimento da obrigação de restituição por enriquecimento sem causa é a “subsidiariedade” da ação de *in rem verso*, previsto no art. 886 do Código Civil. É por meio dessa ação que se exerce o direito à remoção do enriquecimento sem causa.

A propósito, Fernando Noronha explica o pressuposto da subsidiariedade da *actio in rem verso*: “[...] se o prejudicado tem ao seu alcance uma ação fundada em contrato ou outro negócio jurídico, ou em responsabilidade civil, não poderá invocar o enriquecimento sem causa”.³⁹⁸

Em sentido similar, asseveram Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio Cruz Guedes, tratando especificamente da subsidiariedade da *actio in rem verso* no casos de restituição do lucro da intervenção:³⁹⁹

Por fim, há ainda o requisito da subsidiariedade do enriquecimento sem causa: é necessário que não haja, no ordenamento jurídico, qualquer outra pretensão à disposição do titular do direito que lhe permita obter resultado igual ou mais

³⁹⁵ ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 911-953.

³⁹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Vol. 3. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 629.

³⁹⁷ NEVES, José Roberto de Castro. O enriquecimento sem causa como fonte de obrigações. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 843, p. 97-112, jan., 2006.

³⁹⁸ NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1085-1122.

³⁹⁹ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)*. Rio de Janeiro, v. 28, p. 1-24, dez., p. 9, 2015.

favorável do que aquele que alcançará por meio da pretensão de enriquecimento sem causa – exercida por meio da *actio in rem verso*.

A subsidiariedade significa que a ação de *in rem verso* será cabível apenas nos casos em que o ordenamento jurídico não conferir ao lesado outros meios para atingir o resultado pretendido. Nos casos de exploração ou utilização indevida dos direitos da personalidade, os danos sofridos pelo lesado podem ser reparados pelas regras da responsabilidade civil. Todavia, conforme salientado, o princípio da reparação integral permite a reparação do dano, mas nada além disso.⁴⁰⁰ A pretensão fundada na responsabilidade civil não é, portanto, suficiente para promover a retirada do lucro que supera o dano, de modo que devem ser aplicadas as regras que vedam o enriquecimento sem causa.⁴⁰¹

Em outras palavras, ao realizar apenas a reparação do dano, o instituto da responsabilidade civil possibilita que ofensor retenha, em seu patrimônio, os lucros ilicitamente obtidos. Logo, a pretensão de enriquecimento sem causa é o único instrumento capaz de excluir do patrimônio do agente ofensor os lucros ilícitos que superam o dano, restando preenchido, portanto, o pressuposto da subsidiariedade.⁴⁰²

Nessa linha, sustenta Sérgio Savi:⁴⁰³

Nos casos de lucro da intervenção, em que os benefícios econômicos auferidos pelo interventor são superiores aos danos eventualmente causados, a ação de responsabilidade civil não poderá ser considerada um ‘outro meio’ capaz de obstar o exercício da *actio in rem verso*. Afinal, por intermédio da ação de responsabilidade civil, o titular do direito conseguirá obter apenas a compensação pelos danos sofridos, não já os lucros obtidos pelo interventor de forma integral, a permitir que o interventor mantenha consigo parcela do proveito.

Quando existe uma situação de fato que não é regulada por norma específica e que preenche os pressupostos dos art. 884 a 886 do Código Civil, a pretensão de restituição do enriquecimento sem causa pode ser exercida.⁴⁰⁴

Assim, nos casos de exploração ou utilização indevida dos direitos da personalidade, o lesado poderá cumular a pretensão de reparação de danos – fundada nas regras da

⁴⁰⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 27.

⁴⁰¹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 92-93.

⁴⁰² MICHELON JR., Cláudio. “O enriquecimento sem causa no Código Civil brasileiro”. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 199.

⁴⁰³ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 119.

⁴⁰⁴ LEITE DE CAMPOS, Diogo. O enriquecimento sem causa em direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, vol. 23, p. 20, 2002.

responsabilidade civil –, com a pretensão de restituição dos lucros ilícitos que excederem o prejuízo, com fundamento no instituto da vedação ao enriquecimento sem causa.⁴⁰⁵

Esclarecem, a propósito, Miguel Kfouri Neto e Rafaella Nagaroli:⁴⁰⁶

[...] a pretensão de enriquecimento sem causa não é afastada pela verificação cumulativa de uma hipótese de responsabilidade civil, ou seja, poderia existir cumulação de pretensão de responsabilidade civil com a de enriquecimento sem causa. O enriquecimento que a instituição da responsabilidade civil não tiver deslocado será transferido através de normas de enriquecimento sem causa.

No mesmo sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:⁴⁰⁷

6. A subsidiariedade da ação de enriquecimento sem causa não impede que se promova a cumulação de ações, cada qual disciplinada por um instituto específico do Direito Civil, sendo perfeitamente plausível a formulação de pedido de reparação dos danos mediante a aplicação das regras próprias da responsabilidade civil, limitado ao efetivo prejuízo suportado pela vítima, cumulado com o pleito de restituição do indevidamente auferido, sem justa causa, às custas do demandante.

Destarte, quando preenchidos os pressupostos previstos nos arts. 884 a 886 do Código Civil, a tutela de exclusão do lucro da intervenção deve ser concedida com fundamento na vedação ao enriquecimento sem causa, removendo-se do patrimônio do ofensor o proveito econômico que superar o prejuízo sofrido pelo titular do direito violado.

⁴⁰⁵ LEITE DE CAMPOS, Diogo. O enriquecimento sem causa em direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, vol. 23, p. 18-21, 2002; SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 116-121.

⁴⁰⁶ KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. A aplicação do lucro da intervenção (*disgorgement of profits*) no Direito Civil brasileiro: um novo dano no campo da responsabilidade civil ou uma categoria de enriquecimento sem causa? In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra (Orgs.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 575. Em sentido semelhante, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão defende que o pressuposto da subsidiariedade não tem um alcance absoluto e que é possível cumular a pretensão de reparação de danos com a de restituição por enriquecimento sem causa: “Uma análise mais cuidada do regime do enriquecimento sem causa permite, porém, concluir que a denominada ‘regra da subsidiariedade’ não tem um alcance absoluto. A ação de enriquecimento não parece pressupor que o empobrecido tenha perdido a propriedade sobre as coisas obtidas pelo enriquecido, pelo que ela pode concorrer com a reivindicação. Também é manifesto que a ação de enriquecimento poderá concorrer com a responsabilidade civil, sempre que esta não atribua uma proteção idêntica à da ação de enriquecimento. Não parece assim que a regra do art. 886 consagre uma subsidiariedade geral da ação de enriquecimento, mas antes uma incompatibilidade de pressupostos entre as situações referidas e essa ação. Efetivamente, se a lei determina a subsistência do enriquecimento é porque lhe reconhece justa causa e, se atribui algum direito ao empobrecido em consequência da situação ocorrida, fica excluída a obtenção de enriquecimento à custa de outrem. Não parece existir, por isso, uma verdadeira subsidiariedade do enriquecimento sem causa, funcionando muitas vezes a invocação de tal regra como um ‘cripto argumento’, destinado a evitar uma utilização desproporcionada da cláusula geral do art. 884” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro. *Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*. Brasília, n. 25, p. 24-33, 2004).

⁴⁰⁷ STJ, REsp nº 1.698.701/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva Terceira Turma, julgado em 02/10/2018.

O lucro que excede o dano deve ser transferido para o patrimônio do titular do direito violado.⁴⁰⁸ Ninguém pode ser obrigado a contratar contra a sua vontade, por força da autonomia privada e da autonomia negocial, compreendidas como dois aspectos da autonomia da vontade.⁴⁰⁹ De igual maneira, ninguém pode se beneficiar da própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*),⁴¹⁰ de modo que não se pode aceitar que o interventor mantenha, em seu patrimônio, o lucro indevidamente auferido. Nessa perspectiva, a transferência do lucro da intervenção para o patrimônio do lesado protege institutos fundamentais para a vida em sociedade, como o contrato e os direitos da personalidade, preservando, assim, o interesse coletivo, além de inibir futuros ilícitos, com a imposição da obrigação de restituição do acréscimo patrimonial indevido.⁴¹¹

⁴⁰⁸ Na literatura jurídica, alguns autores se propuseram a estabelecer critérios para a fixação do *quantum* a ser restituído, ou seja, transferido para o patrimônio do lesado: A respeito do tema, defende Sérgio Savi: “A regra geral para a determinação do objeto da restituição será a utilização do enriquecimento patrimonial como premissa inicial do cálculo do montante a restituir. Após aferir o montante do enriquecimento patrimonial do interventor, o juiz deverá verificar o grau de contribuição de cada um dos partícipes da relação, titular do direito e interventor, no resultado final e partilhar proporcionalmente o lucro obtido com a intervenção. Só assim estará-se transferindo ao titular do direito o lucro que foi obtido à sua custa” (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 140). Por sua vez, tratando especificamente do lucro da intervenção por ofensa ao direito de imagem, Thiago Lins acrescenta outros critérios para a quantificação, tais como: o grau de destaque da imagem na campanha, a notoriedade da pessoa retratada e suas qualidades pessoais (LINS, Thiago. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 240-246).

⁴⁰⁹ Gilberto Fachetti Silvestre explica que a autonomia privada e a autonomia negocial devem ser compreendidas como dois aspectos da autonomia da vontade. O autor define a autonomia da vontade como o “pressuposto do agir livre e da possibilidade de criar normas para a conduta, desde que obedeça aos critérios morais e legais”. A autonomia privada consiste “na vontade direcionada à prática de atos jurídicos, que criam situações jurídicas”, enquanto a autonomia negocial está relacionada à “vontade direcionada a produzir atos que promovam a circulação de bens e riquezas”, por meio da qual o indivíduo pode celebrar negócios jurídicos para atender seus interesses, tendo liberdade para estabelecer direitos e deveres (SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 34-35).

⁴¹⁰ Segundo Anderson Schreiber, o princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* veda a torpeza, o dolo e a malícia de quem praticou uma conduta e pretende se beneficiar dela (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 115-116).

⁴¹¹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 110.

CAPÍTULO 4

AS TUTELAS INIBITÓRIA, DE REMOÇÃO DO ILÍCITO E RESTAURATÓRIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A partir da segunda metade do século XX, a Teoria do Direito e a Civilística passaram a ser influenciadas por insurgência de um novo paradigma da *praxis*, qual seja, o personalismo ético, que coloca a pessoa humana e sua dignidade como o centro em torno do qual devem girar as normas jurídicas.

Por essa perspectiva, a lei está a serviço da realização e da proteção da pessoa. O novel paradigma não se tornou apenas um referencial teórico, pois também influenciou a operabilidade das normas jurídicas. E uma das suas consequências foi o que se convencionou designar de “despatrimonialização”. Embora o preço, na acepção kantiana, continue sendo um importante valor social, fato é que a legislação e o Judiciário passaram a priorizar os aspectos extrapatrimoniais da pessoa.

É nesse sentido que se pode falar em “despatrimonialização da responsabilidade civil”, especialmente quando se trata da proteção dos direitos da personalidade, de conteúdo extrapatrimonial. É preciso despatrimonializar não só os danos, mas também as formas de sua reparação, por meio da aplicação de medidas não pecuniárias. Trata-se da necessidade de se prestar tutela específica aos atributos fundamentais da pessoa humana.

Esse Capítulo examina as tutelas jurisdicionais, previstas na legislação civil, que efetivam a proteção dos direitos da personalidade por meios não pecuniários. Serão abordadas as tutelas inibitória, de remoção do ilícito (ou reintegratória) e restauratória (ou ressarcitória na forma específica). A análise se dará por meio da amostragem de documentos literários e judiciais. Também serão analisados casos concretos que servem de exemplos, seguindo um método indutivo para averiguar a tese jurídica geral em torno da matéria.

Para analisar as tutelas inibitória, reintegratória e ressarcitória na forma específica, Luiz Guilherme Marinoni foi adotado como principal referencial teórico. No Brasil, o autor escreveu o primeiro trabalho sobre o tema,⁴¹² sendo a principal referência na literatura jurídica brasileira. Inclusive, diversos autores apontam que o parágrafo único do art. 497 do Código

⁴¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Processo Civil – que trata das tutelas inibitória e de remoção do ato ilícito – foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por influência da pesquisa de Luiz Guilherme Marinoni.⁴¹³

Além das disposições do Código Civil e do Código de Processo Civil, esse capítulo também aborda os aspectos processuais para a retirada de conteúdo ofensivo do ambiente virtual, com fundamento no Marco Civil da Internet, bem como o procedimento para o exercício do direito de resposta, traçado pela Lei nº 13.188/2015. A remoção de conteúdo lesivo da Internet é uma forma de tutela reintegratória, enquanto o direito de resposta é uma medida que constitui prestação de tutela restauratória (ou ressarcitória na forma específica).

Em respeito ao corte metodológico, serão analisados apenas os aspectos processuais para a concessão das tutelas dos direitos da personalidade previstas nessas legislações especiais, não havendo, portanto, abordagem sobre os aspectos materiais. A abordagem dessas leis representa uma exceção ao corte metodológico dessa pesquisa, que não se propõe a analisar legislações especiais.

4.1. Generalidades sobre as tutelas inibitória, de remoção do ilícito e restauratória

A tutela ressarcitória-pecuniária se caracteriza pela concessão de quantia monetária ao titular dos direitos da personalidade, dividindo-se em: indenizatória, destinada à reparação de prejuízos patrimoniais, objetivando a recomposição do patrimônio ao estado anterior à lesão; e compensatória, por meio da qual se entrega quantia pecuniária para amenizar os prejuízos extrapatrimoniais, tratando-se, assim, de um lenitivo pelos danos causados a bens insuscetíveis de avaliação econômica.

Todavia, os direitos da personalidade são extrapatrimoniais, ou seja, não podem ser mensurados em quantia monetária. Desse modo, a concessão de tutela ressarcitória pecuniária, por si só, é insuficiente à proteção de tais direitos.⁴¹⁴ O titular do direito da personalidade violado nunca será plenamente reparado apenas com quantia monetária.

Nesse sentido, ganham importância as tutelas inibitória, de remoção do ilícito (ou reintegratória) e restauratória. A tutela inibitória tem por objetivo evitar a prática, a repetição

⁴¹³ TUCCI, José Rogério Cruz e. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VIII. Artigos 485 ao 538. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ed. em e-book baseada na ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, s./p.; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do Direito Processual Civil e parte geral do Código de Processo Civil*. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 371-373; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2018, p. 591.

⁴¹⁴ PROTO PISANI, Andrea Proto. La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela. *Il Foro Italiano*, vol. 113, 1990, p. 1-20.

ou a continuação do ato ilícito. Quando a tutela se destina a impedir a reiteração do ato ilícito ou a perpetuação da atividade ilícita que perdura no tempo, fala-se em tutela cessatória, modalidade ou espécie de tutela inibitória.

Por sua vez, a tutela de remoção (ou reintegratória) se destina a promover a eliminação do ato ilícito, extirpando-o da realidade. Contudo, havendo dano decorrente da violação aos direitos da personalidade, a tutela voltada somente à remoção do ilícito será insuficiente, ou seja, incapaz de reparar os prejuízos resultantes do ato contrário ao direito.

Havendo dano, é possível a prestação de tutela capaz de restaurar o bem jurídico violado, com a reparação dos prejuízos por meios não pecuniários, objetivando-se o restabelecimento do *status quo ante*. Essa tutela pode ser chamada de tutela restauratória ou tutela ressarcitória na forma específica.

Além disso, a reparação dos danos pode ocorrer por meio de entrega de pecúnia ao lesado, com a concessão de tutela ressarcitória do prejuízo patrimonial e de tutela compensatória do prejuízo extrapatrimonial. São as chamadas tutelas ressarcitórias-pecuniárias ou tutelas pelo equivalente monetário.

Além de produzir danos, o ato lesivo aos direitos da personalidade pode gerar lucro para o agente ofensor. Se o lucro for superior ao dano, é possível a prestação de tutela de exclusão do lucro da intervenção, destinada a remover do patrimônio do ofensor o proveito econômico obtido pela indevida exploração dos direitos da personalidade de outrem.

Dessa maneira, convém reiterar que, levando-se em consideração o critério da finalidade, é possível sistematizar as tutelas dos direitos da personalidade da seguinte maneira:⁴¹⁵

TUTELAS	FINALIDADE
Tutela ressarcitória-indenizatória	Espécie ou modalidade de tutela ressarcitória. Tutela repressiva, prestada após o ato ilícito e o dano. Destina-se à reparação de prejuízos patrimoniais. Seu valor é obtido por meio de uma operação matemática de subtração, que corresponde à diferença entre o patrimônio que existia antes do evento danoso e o patrimônio reduzido após a lesão. Trata-se de eliminar o dano (<i>in</i> = não; <i>denne</i> = dano).
Tutela ressarcitória-compensatória	Espécie ou modalidade de tutela ressarcitória.

⁴¹⁵ HIBNER, Davi Amaral; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A tutela dos direitos da personalidade no Brasil e na Itália: questões materiais e processuais. In: II Congresso de Processo Civil Internacional, 2017, Vitória. *Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional*. Vitória: UFES, 2017, v. 1, p. 11-26; SILVESTRE, Gilberto Fachetti; RAMALHO, Camila Villa Nova; HIBNER, Davi Amaral. *Acessibilidade e direitos da personalidade: questões materiais e processuais*. Moldova: Novas Edições Acadêmicas, 2018, p. 20-21.

	Tutela repressiva, prestada após o ato ilícito e o dano. Objetiva amenizar prejuízos extrapatrimoniais, com o pagamento de uma quantia pecuniária que constituiu um lenitivo pelo prejuízo de ordem extrapatrimonial. A esse valor se chega a partir de arbitramento judicial.
Tutela de exclusão do lucro da intervenção	Tutela preventiva, desestimulando a prática de atos ilícitos futuros. É, também, tutela repressiva, voltando-se contra o ato ilícito e seus efeitos, com a remoção do lucro da intervenção do patrimônio do agente ofensor. Tem a finalidade de retirar do patrimônio do ofensor o lucro obtido em decorrência da violação dos direitos da personalidade da vítima, nos casos em que o proveito econômico for superior ao dano sofrido pela vítima.
Tutela inibitória	Tutela preventiva, voltando-se contra ameaça à violação do direito. Destina-se a evitar a prática do ato ilícito e, conseqüentemente, a ocorrência do dano.
Tutela cessatória	Tutela preventiva. Espécie de tutela inibitória. Tem o propósito de evitar a continuação ou a reiteração do ato ilícito que se prolonga no tempo ou que não se exaure em apenas um ato.
Tutela de remoção do ato ilícito (ou reintegratória)	Tutela repressiva, prestada após o ato ilícito. Tem por objetivo eliminar o ato ilícito e seus efeitos, retirando-os da realidade.
Tutela restauratória (ou ressarcitória na forma específica)	Tutela repressiva, prestada após o ato ilícito e o dano. Destina-se à restauração do bem jurídico violado, com a reparação dos prejuízos por meios não pecuniários, para que seja restabelecido o <i>status quo ante</i> . Reparar significa “voltar à aparência anterior” (<i>re + paribus</i>).

A partir da sistematização proposta, deve-se esclarecer que a tutela dos direitos da personalidade pode ser específica ou genérica (pelo equivalente pecuniário). Essa distinção leva em conta o resultado que o processo proporciona às partes no plano do direito material.

A tutela será específica se for capaz de evitar a lesão ao direito, assegurando sua incolumidade, ou se, no caso de lesão, permitir o retorno ao *status quo ante*, recompondo o bem jurídico violado, como se o dano não houvesse ocorrido.⁴¹⁶ Por outro lado, a tutela será genérica quando o processo não for capaz de recompor o bem jurídico violado, entregando ao

⁴¹⁶ PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5ª ed. Napoli: Jovene, 2006, p. 746 e 748; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela específica do credor nas obrigações negativas. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Rio de Janeiro, Vol. 20, p. 63, 1979; MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 293-294; YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 59; ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e obrigações de fazer e não fazer. *Gênese: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, vol. 2, n. 4, p. 111-124, 1997; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. Vol. 5. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 567; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do Direito Processual Civil e parte geral do Código de Processo Civil*. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 367; ARAUJO, Luciano Vianna. Do julgamento das ações relativas às prestações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 747.

lesado um equivalente em pecúnia.⁴¹⁷ Sendo o processo um instrumento de realização do direito material, deve-se priorizar a prestação de tutela específica.

4.2. A tutela inibitória

Prevista no *caput* do art. 12 do Código Civil e no parágrafo único do art. 497 do Código de Processo Civil, a tutela inibitória consiste no conjunto de medidas destinadas a evitar a prática, a repetição e/ou a continuação do ilícito, com o propósito de resguardar a incolumidade do direito material.^{418,419}

Existem, portanto, três modalidades de tutela inibitória: (i) para evitar o ato ilícito que ainda não ocorreu, (ii) para impedir a reiteração do ato ilícito já praticado e/ou (iii) para cessar a continuação do ato ilícito que se prolonga no tempo.⁴²⁰ Nas duas últimas hipóteses, há prestação de tutela cessatória.

Embora a tutela cessatória seja abrangida pela inibitória ou se trate de uma modalidade dela, convém diferenciá-las para fins didáticos e metodológicos. Na repetição do ato ilícito, há um intervalo temporal entre um ato e outro, sendo possível impedir a prática do segundo ato, independentemente daquele que já ocorreu.⁴²¹ Por outro lado, na continuação do ato ilícito, a

⁴¹⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. Vol. 5. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 568; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do Direito Processual Civil e parte geral do Código de Processo Civil*. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 367.

⁴¹⁸ A respeito do art. 12 do Código Civil de 2002, Luiz Guilherme Marinoni, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, destacou que “[...] os direitos da personalidade, embora abram oportunidade, por sua própria existência, à tutela inibitória, não podiam ser adequadamente protegidos pelo processo até bem pouco tempo atrás. Lembre-se que, até a introdução do novo art. 461 no CPC, aquele que desejava tutela inibitória dos direitos da personalidade era obrigado a propor ação cautelar inominada, a qual era seguida de ação de conhecimento, o que gerava uma dispendiosa, inútil, complicada e inefetiva via processual. [...] O art. 12, *caput*, do CC, convoca abertamente o doutrinador do processo e os operadores do direito a encontrar na legislação processual uma via que seja realmente capaz de permitir a prestação da tutela inibitória dos direitos da personalidade. Hoje, portanto, a ação inibitória, pensada já na 1ª edição deste livro (em 1998), constitui a melhor maneira de se dar boas vindas ao art. 12 do CC” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 78).

⁴¹⁹ Em sentido semelhante, afirmam Hermes Zaneti Junior, Gustavo Silva Alves e Rafael de Oliveira Lima: “Quanto à tutela inibitória do ilícito, esta pode ser conceituada como uma tutela jurisdicional que objetiva impossibilitar a prática, a repetição ou a continuação de um ilícito (primeira parte do art. 497, parágrafo único, CPC/2015), sempre visando garantir a integridade do direito subjetivo de seu(s) titular(es), seja em âmbito individual ou coletivo (em que se tem um grupo de pessoas como titular do direito ameaçado)” (ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva; LIMA, Rafael de Oliveira. A tutela específica contra o ilícito (art. 479, parágrafo único, CPC/2015) nas ações coletivas em defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, Vol. 110, p. 389-422, mar./abr., 2017).

⁴²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela contra o ilícito (art. 497, parágrafo único, do CPC/2015). *Revista de Processo*. São Paulo, Vol. 245, p. 313-329, jul., 2015.

⁴²¹ “Quando se pensa em repetição do ilícito, supõe-se um intervalo entre um ato e outro, e assim a possibilidade de se impedir a prática de um “novo” ilícito, independente do primeiro” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 180).

conduta contrária ao direito perdura no tempo, isto é, se perpetua na medida do prosseguimento da ação.⁴²²

Assim, para se evitar a prática do ato ilícito que ainda não ocorreu, é cabível a tutela inibitória. Diversamente, para se impedir o prosseguimento de conduta ilícita continuada ou a reiteração do ato ilícito, mostra-se adequada a tutela cessatória. Só é possível cessar (i) o ato ilícito que perdura no tempo – ou seja, que está em movimento –, ou (ii) o ato ilícito que está na iminência de se repetir. Nesse sentido, o ato ilícito de caráter continuado pode ser cessado enquanto se desenvolve no tempo, assim como é possível impedir a reiteração de um ato ilícito que já foi praticado e que pode ocorrer novamente.

Enquanto a tutela inibitória se destina a evitar a prática do ato ilícito, a tutela cessatória serve para impedir a sua continuação ou repetição.⁴²³ Em sentido similar, afirma Joaquim Felipe Spadoni: “o que tem o autor de uma ação inibitória em vista é, assim, impedir que um ato violador do direito seja praticado, ou fazer cessar uma conduta desta natureza já iniciada, mas que continua ou pode se repetir”.⁴²⁴

Destarte, a tutela cessatória compreende o conjunto de medidas destinadas a extirpar a continuação de um ato ilícito que se prolonga no tempo ou a evitar a reiteração de um ato ilícito que não se esvai em apenas um ato, podendo se repetir.⁴²⁵

É o que ocorre, por exemplo, quando há intimidação sistemática, conhecida como *bullying* (Lei nº. 13.185/2015). Nessa hipótese, devem ser aplicadas medidas capazes de cessar ou interromper o ato ilícito, visando à proteção dos direitos que integram os aspectos psicossomático, moral ou espiritual e intelectual da pessoa humana.

Como observa Luiz Guilherme Marinoni, as três modalidades de demanda inibitória também se diferenciam em relação à prova a ser produzida em cada uma delas:⁴²⁶

[...] o problema das três formas de ação inibitória é ligado diretamente à prova da ameaça. Enquanto duas delas – a que visa inibir a repetição e a que objetiva inibir a continuação –, ao se voltarem para o futuro, e assim para a probabilidade da repetição ou da continuação, podem considerar o passado, ou seja, o ilícito já

⁴²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 180.

⁴²³ HIBNER, Davi Amaral Hibner; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A tutela dos direitos da personalidade no Brasil e na Itália: questões materiais e processuais. In: II Congresso de Processo Civil Internacional, 2017, Vitória. *Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional*. Vitória: UFES, 2017, v. 1, p. 18.

⁴²⁴ SPADONI, Joaquim Felipe *Ação inibitória: a ação prevista no art. 461 do CPC*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 50.

⁴²⁵ HIBNER, Davi Amaral Hibner; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A tutela dos direitos da personalidade no Brasil e na Itália: questões materiais e processuais. In: II Congresso de Processo Civil Internacional, 2017, Vitória. *Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional*. Vitória: UFES, 2017, v. 1, p. 18.

⁴²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 178-179.

ocorrido, a outra não pode enxergar ilícito algum no passado, mas apenas atentar para eventuais fatos que constituam indícios de que o ilícito será praticado. No caso de ilícito já praticado, torna-se muito mais fácil demonstrar que outro ilícito poderá ser praticado, ou mesmo que a ação ilícita poderá prosseguir. Nesses casos, levando-se em conta a natureza da atividade ou do ato ilícito, não é difícil concluir a respeito da probabilidade da sua continuação ou da sua repetição.

Assim, na demanda por meio da qual se pretende inibir a prática do ato ilícito, o autor deve produzir provas capazes de demonstrar a probabilidade da ocorrência do ato que almeja evitar, isto é, do ato ilícito ainda não ocorrido. De outro lado, nas demandas cujo objetivo é impedir a continuação ou a repetição do ato ilícito, o autor deve demonstrar, respectivamente: a conduta ilícita que está ocorrendo ou o ato ilícito já consumado e a probabilidade de sua reiteração.

A tutela de inibição resulta da simples existência do direito material (principalmente dos direitos extrapatrimoniais, tais como os direitos da personalidade), sendo capaz, destarte, de “inibir a violação de um direito, ainda que este nunca tenha sido violado”.⁴²⁷

Luiz Guilherme Marinoni relata, inclusive, que a modalidade mais pura de demanda inibitória, qual seja, aquela destinada a evitar a prática do ato ilícito “nunca ocorrido”, é aceita em diversos ordenamentos em que existe a preocupação com a efetividade da tutela dos direitos:⁴²⁸

Lembre-se de que a modalidade mais pura de ação inibitória, que é aquela que interfere na esfera jurídica do réu antes da prática de qualquer ilícito, vem sendo aceita em vários países preocupados com a efetividade da tutela dos direitos. Assim, por exemplo, no direito alemão, não obstante o teor da letra do §1.004 do BGB, que se refere expressamente a “prejuízos ulteriores”, e no direito anglo-americano, em que é admitida a chamada *quia timet injunctio*, que nada mais é do que espécie de tutela inibitória anterior ao ilícito. Na Itália, a Lei sobre Direito do Autor admite expressamente o uso da ação inibitória em suas três modalidades, pois, ao lado de prever a tutela destinada a impedir “*la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta*”, frisa que “*chi ha ragione di temere la violazione di un diritto (...) può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia interdotta la violazione*” (art. 156 da Lei sobre Direito do Autor – Lei 633/1941). A doutrina italiana mais moderna não só sustenta que a melhor definição legislativa de ação inibitória está presente na norma que acaba de ser referida, como também admite que essa ação, diante de sua evidente necessidade para a efetividade da tutela dos direitos, é garantida pelo art. 24 da Constituição, que funda o princípio da efetividade, garantindo a todos uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Com isso, como é óbvio, a doutrina italiana reconhece a imprescindibilidade da ação inibitória anterior a qualquer ilícito.

⁴²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção. Art. 497, parágrafo único, CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 66.

⁴²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 179.

A despeito das diferenças apontadas, as três modalidades de tutela inibitória são prestadas por meio de ação de conhecimento e possuem natureza preventiva, na medida em que se destinam a evitar a prática, a reiteração ou a continuação de ato contrário ao direito.

Com a tutela inibitória, o que se pretende afastar é a *ameaça* de ato contrário ao direito, mesmo que se trate de uma ameaça à repetição de um ato ilícito já consumado ou de uma ameaça à perpetuação de uma conduta ilícita prolongada no tempo.

Assim, por meio da tutela de inibição, pode-se afastar ameaça da prática, da reiteração ou da perpetuação do ato ilícito. Trata-se, portanto, de tutela contra ameaça a direito, ou seja, tutela contra ato ilícito futuro, “ainda que esse se configure como uma repetição ou continuação de um ilícito anterior”.⁴²⁹ Seu objetivo, portanto, é evitar a violação do direito material, impedindo a configuração, a reiteração ou a repetição do ato contrário ao direito.⁴³⁰

Se o ato ilícito ainda não foi praticado, deve-se evitar a sua ocorrência. Contudo, se há ameaça de que o ato ilícito se repita ou se perpetue, deve ser concedida tutela de cessação do ato contrário ao direito. A tutela inibitória, portanto, tem caráter preventivo, dirigindo-se para o futuro, e não para o passado.

Esclarece, a propósito, Alessandra Bellelli:⁴³¹

Dalle previsioni normative di ipotesi tipiche di inibitoria si evince che presupposto ad esse comune è l'illecito. Funzione dell'inibitoria è prevenirlo: se questo è già stato commesso, inibirne la continuazione o la ripetizione, se l'illecito ancora non si è manifestato, ma sussiste il pericolo che possa verificarsi, impedirne la commissione. Il rimedio non si ribolge, pertanto, al passato, ma è diretto al futuro ed è strumento di tutela preventiva contro l'illecito. [...]. L'illecito può essere definito come atto riprovato dall'ordinamento giuridico, lesivo di un interesse meritevole di tutela. In quanto atto in contrasto con il diritto oggettivo, di fronte a un illecito perdurante nel tempo o ripetibile in futuro, la prima forma di reazione dell'ordinamento giuridico a tale violazione dovrà essere proprio l'imposizione di un obbligo di cessazione

⁴²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção. Art. 497, parágrafo único, CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 63.

⁴³⁰ HIBNER, Davi Amaral Hibner; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A tutela dos direitos da personalidade no Brasil e na Itália: questões materiais e processuais. In: II Congresso de Processo Civil Internacional, 2017, Vitória. *Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional*. Vitória: UFES, 2017, v. 1, p. 18.

⁴³¹ BELLELLI, Alessandra. L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito. *Rivista di Diritto Civile*. Padova, anno L, n. 5, p. 615, lug./ago., 2004. Em tradução livre: “Pelos previsões normativas de hipóteses típicas de inibitória, verifica-se que o ilícito é pressuposto comum a elas. A função da inibitória é evitá-lo: se o mesmo já foi cometido, inibir a sua continuação ou a sua repetição; se o ilícito ainda não se manifestou, mas subsiste o perigo de que ele possa se verificar, impedir que seja cometido. O remédio não se dirige, portanto, ao passado, mas é direcionado para o futuro, sendo instrumento de tutela preventiva contra o ilícito. [...] O ilícito pode ser definido como ato reprovado pelo ordenamento jurídico, lesivo de um interesse digno de tutela. Como ato contrário ao direito objetivo, diante de um ilícito que perdura no tempo ou que se repitará no futuro, a primeira forma de reação do ordenamento jurídico a tal violação deverá ser justamente a imposição de uma obrigação de cessação do próprio ilícito. Análogas considerações deverão ser feitas com referência a um ilícito ainda não realizado, mas que se teme, com fundamentos, que será cometido: também nessa hipótese o remédio mais conveniente e oportuno é aquele direcionado a impedir a conduta antijurídica através do comando inibitório proveniente do juiz”.

dell'illecito stesso. Analoghe considerazioni vanno svolte con riferimento ad un illecito non ancora attuato, ma che si teme, fondatamente, verrà commesso: anche in questa ipotesi il rimedio più conveniente e opportuno è quello volto ad impedire la condotta anti-giuridica attraverso il comando inibitorio proveniente dal giudice.

Em sentido similar, aduz Antônio Pereira Gaio Júnior: “[...] a presente tutela objetiva a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, não tendo para tanto caráter punitivo, e sim preventivo”.⁴³²

A tutela inibitória distingue-se, assim, da tutela ressarcitória (indenizatória e compensatória), de natureza repressiva, prestada somente após a ocorrência do ato ilícito e do dano, voltando-se, pois, para o passado.⁴³³

Sendo voltada contra *ameaça* a direito e, portanto, possuindo caráter preventivo, a tutela inibitória se funda no princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB, e art. 3º do CPC),⁴³⁴ que têm como corolários lógicos os direitos à efetividade e à técnica processual adequada à realização do direito material (arts. 4º e 6º do CPC). Por força desse princípio, o direito de ação não pode ser mais visto como simples possibilidade de ingressar em juízo ou de se obter sentença de mérito, mas como garantia de prestação de tutela efetiva e adequada à proteção do direito material.⁴³⁵

Nesse sentido, destaca Luiz Guilherme Marinoni:⁴³⁶

⁴³² GAIO JR., Antônio Pereira. Apontamentos para a tutela específica no novo Código de Processo Civil. *Revista Magister de Direito Civil e de Processo Civil*. Porto Alegre, Vol. 70, p. 79, jan./fev., 2016.

⁴³³ “Fala-se em tutela preventiva quando o jurisdicionado vai ao Estado para obter um resultado que vise a impedir a consumação de um ato contrário ao direito (ilícito) ou a consumação de um dano. Daí a ideia de preventividade: o jurisdicionado se antecipa à lesão. Essa espécie de tutela ganhou *status* constitucional, pela primeira vez, quando o legislador afirmou que o jurisdicionado tem o direito de ir ao judiciário sempre que houver ameaça de lesão a direito. Fala-se, por outro lado, em tutela repressiva quando o jurisdicionado vai ao Estado buscar a aplicação da sanção a algo que já aconteceu. Ela pressupõe a consumação do ato ilícito ou do dano” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. Vol. 5. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 567).

⁴³⁴ Na mesma linha, Hermes Zaneti Jr., Gustavo Silva Alves e Rafael de Oliveira Lima entendem que o fundamento da tutela inibitória “[...] está na ideia do acesso à justiça, garantido no art. 5º, inciso XXXV, CF/88 e no art. 3º, CPC/2015 (‘Não se excluirá do Poder Judiciário, qualquer lesão ou ameaça a direito’); o que significa dizer, em outras palavras, que há de se propiciar uma adequada proteção, tanto nos casos em que o direito material foi lesado, como naquelas situações em que existe um risco de se ferir um direito por conduta ilícita de quem quer que seja, independentemente da lesão (dano)” (ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva; LIMA, Rafael de Oliveira. A tutela específica contra o ilícito (art. 479, parágrafo único, CPC/2015) nas ações coletivas em defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, Vol. 110, p. 389-422, mar./abr., 2017).

⁴³⁵ Em sentido semelhante, esclarece Nelson Nery Junior: “Isto quer dizer que todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. [...]. Pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao processo justo, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio” (NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 213).

⁴³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*. Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 57-59. Em sentido similar, sustentam Edson Antônio Sousa Pinto e Daniela Lopes de Faria: “É neste âmbito que a Constituição Federal traz em seu art. 5º, XXXV,

A existência do direito material – em nível de efetividade – depende da efetividade do próprio processo. [...]. É por isso que se deve abandonar a ideia de que o direito de acesso à justiça, ou o direito de ação, significa apenas direito à sentença de mérito. Este modo de ver o processo, se um dia foi importante para a concepção de um direito de ação independente do direito material, não se coaduna com as novas preocupações que dizem respeito ao tema da “tutela dos direitos”, que traz em si a superação da ilusão de que o processo poderia ser estudado de maneira neutra e distante da realidade social e do direito material. [...]. Portanto, o direito de acesso à justiça garante a tutela jurisdicional capaz de fazer valer o direito material e, por consequência, o direito à técnica processual capaz de viabilizá-la. Não há dúvida de que o direito de acesso à justiça, previsto na Constituição Federal brasileira como direito fundamental (art. 5º, XXXV), garante o direito à efetiva tutela jurisdicional e, assim, o direito à técnica processual capaz de viabilizar o exercício à tutela inibitória. É possível afirmar até mesmo que a inserção da locução “ameaça a direito” na verbalização do princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV, da CF) teve por fim garantir a possibilidade de qualquer cidadão requerer a tutela inibitória.

Com efeito, o art. 5º, inciso XXXV, da CRFB, preceitua que o Judiciário tem o dever de tutelar as pretensões por meios das quais se busca afastar *ameaça* a direito, evitando-se, assim, a ocorrência do ato ilícito. O mesmo art. 5º da CRFB, que trata dos direitos fundamentais, protege a liberdade de expressão, de pensamento e de crença religiosa (incisos IV, VI, IX), além de assegurar a inviolabilidade da integridade física (inciso III), da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (inciso X).

Os direitos da personalidade, portanto, são direitos fundamentais,⁴³⁷ servindo à proteção dos aspectos essenciais da pessoa humana (psicossomático, moral ou espiritual e intelectual), de modo que o ordenamento deve prever tutelas capazes de evitar a violação de tais direitos, garantindo a sua incolumidade, o que se faz por meio da tutela inibitória.

Nessa linha, Alessandra Bellelli entende que a tutela inibitória é um instrumento de efetiva prevenção contra a violação dos direitos da personalidade. Segundo a autora, há dois motivos para tanto: seja porque os direitos da personalidade são direitos fundamentais,

que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito erigindo, desta forma, verdadeiro princípio geral de prevenção. Transforma-se, assim, a realidade processual ao modificar a noção axiológica do princípio da inafastabilidade da jurisdição; afinal, não mais prevalece a ideia de ressarcimento puro e simples e, sim, abre a possibilidade de se pleitear a tutela jurisdicional preventivamente quando o direito postulado estiver ameaçado, ou seja, na iminência de dano. Logo, este princípio revela-se o fundamento processual constitucional da tutela inibitória ao garantir o acesso à justiça (por meio do direito de ação) antes da ocorrência do dano (ou seja, em sede ainda de ilicitude) bem como os meios efetivos à prestação da tutela jurisdicional adequada a evitar a ameaça ao direito do autor” (PINTO, Edson Antônio Sousa; FARIA, Daniela Lopes de. A tutela inibitória e seus fundamentos no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, Vol. 252, p. 303-318, fev., 2016).

⁴³⁷ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13-14; AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 309-310; MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, vol. 31, p. 49-96, jan./jun., 2013.

devendo o ordenamento evitar a sua lesão, seja porque a tutela ressarcitória pecuniária é inadequada à reparação dos danos decorrentes da ofensa a tais direitos.⁴³⁸

In un altro settore, di primaria rilevanza degli interessi protetti quello dei diritti fondamentali della persona umana, l'azione inibitoria è divenuta, sul piano dell'effettività, vale a dire nella dimensione della concreta applicazione del diritto, strumento generale di tutela preventiva. [...]. Se le opinioni dottrinali si mostrano ancora divise sulla configurabilità, nel nostro sistema, di un principio generale di tutela inibitoria, una convergenza di posizioni si riscontra, invece, con riguardo all'applicazione generalizzata del rimedio nell'ambito dei diritti della personalità, in quanto tali diritti, di rango primario, richiedono, per un efficace protezione, la tutela preventiva. L'esigenza di una tutela preventiva si prospetta in questo settore, in modo particolare, per un duplice ordine di motivi: sia per la peculiare rilevanza dell'interesse leso risultante dalla preminenza che a tali diritti viene riconosciuta nell'ordinamento rispetto ad altri valori pur degni di protezione, essendo la persona umana, come è noto, al centro del nostro sistema giuridico, sia per l'inadeguatezza del risarcimento del danno con riguardo alla lesione di un bene primario di per sé non suscettibile di essere riparato attraverso l'equivalente pecuniario.

Assim, a tutela inibitória atua para assegurar a inviolabilidade dos direitos extrapatrimoniais, insuscetíveis de apreciação econômica. A tutela ressarcitória, com a entrega de pecúnia, não é, por si só, suficiente para a integral proteção dos direitos da personalidade, já que a vida, a liberdade, a integridade física, a honra, a privacidade *etc.* não podem ser financeiramente avaliadas.⁴³⁹

O ato ofensivo aos direitos da personalidade pode causar dano patrimonial e dano extrapatrimonial. A quantia pecuniária, entregue por meio das tutelas ressarcitórias, repara o

⁴³⁸ BELLELLI, Alessandra. L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito. *Rivista di Diritto Civile*. Padova, anno L, n. 5, p. 612-613, lug./ago., 2004. Em tradução livre: "Em um outro setor, de primária relevância dos interesses protegidos, o dos direitos fundamentais da pessoa humana, a ação inibitória tornou-se, no plano da efetividade, quer dizer, na dimensão da concreta aplicação do direito, instrumento geral de tutela preventiva. [...]. Se as opiniões doutrinárias se mostram ainda divididas sobre a configuração, no nosso sistema, de um princípio geral de tutela inibitória, uma convergência de posições é encontrada, por outro lado, com relação à aplicação generalizada do remédio no âmbito dos direitos da personalidade, enquanto tais direitos requerem, para uma proteção eficaz, precipuamente a tutela preventiva. A exigência de uma tutela preventiva se apresenta neste setor, de maneira particular, por uma dupla ordem de motivos: seja pela peculiar relevância do interesse lesado, resultante da primazia que a tais direitos é reconhecida no ordenamento em relação a outros valores, mesmo dignos de proteção, estando a pessoa humana, como é sabido, no centro do nosso sistema jurídico, seja pela inadequação do ressarcimento do dano com relação à lesão de um bem primário, por si só, não suscetível de ser reparado através de um equivalente pecuniário".

⁴³⁹ A propósito, convém lembrar o entendimento de Andrea Proto Pisani: "La tutela risarcitoria concerne il patrimonio, non il diritto al bene: come tale sarà sempre inadeguata a assicurare una tutela giurisdizionale effettiva a diritti a contenuto e funzione non patrimoniale. Se i diritti della personalità per definizione hanno contenuto e funzione non patrimoniale, allora per definizione la tutela risarcitoria si manifesta come forma (da sola) non adeguata di tutela, perchè non è in grado di soddisfare il bisogno non patrimoniale assicurato da tali diritti". Em tradução livre: "A tutela ressarcitória concerne ao patrimônio, não ao direito ao bem: como tal será sempre inadequada para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva a direitos de conteúdo e função não patrimonial. Se os direitos da personalidade têm conteúdo e função não patrimonial, então, por definição, a tutela ressarcitória se manifesta como forma (sozinha) não adequada de tutela, porque não é capaz de satisfazer a necessidade não patrimonial inerente a tais direitos" (PROTO PISANI, Andrea Proto. La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela. *Il Foro Italiano*, vol. 113, 1990, p. 1-20).

prejuízo patrimonial e ameniza o prejuízo extrapatrimonial, isto é, indeniza e compensa os danos advindos da violação aos interesses existenciais. Contudo, o prejuízo extrapatrimonial decorrente da lesão aos direitos da personalidade atinge bens e atributos insuscetíveis de precificação, que não podem, portanto, ser plenamente ressarcidos apenas com quantia pecuniária.⁴⁴⁰

Assim, a tutela ressarcitória-pecuniária não é, de *per si*, suficiente para garantir integral proteção aos direitos da personalidade, já que não assegura a incolumidade de tais direitos, tampouco restaura, no caso de lesão, o bem jurídico violado, não promovendo, assim, o retorno ao *status quo ante*.

Além disso, os atentados contra os direitos da personalidade, como, por exemplo, a honra, a imagem e a privacidade, podem produzir danos extrapatrimoniais irreparáveis ou de difícil reparação. Esses prejuízos extrapatrimoniais não podem ser plenamente reparados apenas com pecúnia, pois atingem atributos que não comportam apreciação econômica.

É imprescindível, portanto, que o ordenamento também preveja tutelas preventivas, capazes de eliminar a ameaça à violação dos direitos da personalidade, impedindo, por conseguinte, a ocorrência do ato ilícito. Com a tutela inibitória, é possível resguardar a integridade e a incolumidade de tais direitos, concretizando, assim, a prestação de tutela específica.

Além disso, é importante ressaltar que a possibilidade de compensação pecuniária por ofensa aos direitos da personalidade não lhes retira a característica da extrapatrimonialidade. Esses direitos não podem ser economicamente apreciados, de modo que a quantia pecuniária, concedida em decorrência da lesão, constitui apenas um lenitivo, uma compensação, não lhes retirando, portanto, seu caráter extrapatrimonial.

Explica, a propósito, Adriano de Cupis:⁴⁴¹

Sendo o objeto dos direitos da personalidade um modo de ser físico ou moral da pessoa, bem se compreende como ele nunca contenha em si mesmo uma utilidade imediata de ordem econômica. A vida, a integridade física, a liberdade, permitem ao sujeito conseguir outros bens revestidos daquela utilidade, mas não podem nem identificar-se nem confundir-se com estes outros. Quando é lesado um direito da personalidade, nasce para o sujeito um direito de ressarcimento pelo dano, direito destinado a garantir-lhe *o tantumdem* (outro tanto) daqueles bens que o objeto do direito lesado estava em condições de conseguir-lhe. A equivalência entre o direito à indenização pelo dano e o direito lesado da personalidade, é uma equivalência de caráter indireto. Essa equivalência não pode ser mais do que um reflexo da equivalência entre os respectivos objetos; ela não subsiste diretamente entre a soma

⁴⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. In: SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 207.

⁴⁴¹ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004, p. 36-37.

de dinheiro atribuída a título de indenização, e a vida, a integridade física, e outros, mas, sim, entre aquela soma e os bens que estas últimas possam fazer conseguir ao sujeito. Consequentemente, o caráter patrimonial do direito derivado da indenização pelo dano não pode alterar o caráter não-patrimonial dos direitos da personalidade.

No mesmo sentido, afirmam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:⁴⁴²

Já a extrapatrimonialidade consiste na insuscetibilidade de apreciação econômica dos direitos da personalidade, ainda que a eventual lesão possa produzir consequências monetárias (na hipótese, a indenização por dano extrapatrimonial, comumente chamado de dano moral). O tema exige esclarecimentos. É certo e incontroverso que a honra, a privacidade e demais bens jurídicos personalíssimos de uma pessoa não comportam avaliação pecuniária. São valores existenciais e, por conseguinte, não são suscetíveis de aferição monetária, de um valor patrimonial. Entretanto, uma vez ocorrendo uma violação a esses valores da personalidade, independentemente de causar prejuízo material, surge a possibilidade de reparação do dano moral caracterizado, como forma de compensar o prejuízo imposto à vítima [...].

Tratando-se de direitos extrapatrimoniais, não se pode conceber apenas a concessão de tutela ressarcitória, entregando-se somente pecúnia para a proteção de atributos existenciais que não podem ser mensurados em dinheiro.⁴⁴³ Além de serem extrapatrimoniais, os direitos

⁴⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB*. Vol. 1. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 190-191. Gustavo Tepedino também se posiciona nessa linha: “A extrapatrimonialidade consistiria na insuscetibilidade de uma avaliação econômica destes direitos, ainda que a sua lesão gere reflexos econômicos” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 36).

⁴⁴³ Sergio Chiarloni questiona, entretanto, a afirmação de que a tutela ressarcitória é inadequada à proteção dos direitos da personalidade. Segundo o autor, não se pode estabelecer, *a priori*, que a tutela inibitória é a mais adequada à proteção dos direitos extrapatrimoniais. O autor argumenta que é oportuno oferecer ao jurisdicionado a mais ampla possível escolha entre os instrumentos processuais previsto no ordenamento. E prossegue dizendo que, numa sociedade em que o dinheiro se torna cada vez mais a medida de todas as coisas, não é surpreendente que a tutela ressarcitória seja muito apreciada pelos titulares dos direitos da personalidade: “I più recenti sforzi di elaborazione, de *jure condito* e de *jure condendo* sono indirizzati a proporre interpretazioni o a suggerire interventi legislativi idonei a prevenire le violazioni o quanto meno ad impedirne molto velocemente la reiterazione. L’interesse si concentra sulle inibitorie, sui provvedimenti di urgenza, sui mezzi di esecuzione indiretta, sull’ampliamento delle ipotesi di esecuzione per surrogazione. Peraltro, la prospettiva cambia se proviamo a scendere dal cielo delle astrazioni che cercano di cogliere e qualche volte di imporre le linee evolutive degli apparati sanzionatori e passiamo per la bassa cucina della giurisprudenza quotidiana. Ci accorgeremo subito che la classica sanzione risarcitoria è ancora fortemente apprezzata dai titolari delle svariate tipologie di diritti della personalità che calcano in veste di attori le scene del processo. Non c’è da stupirsi, in una società dove il denaro diventa sempre di più la misura di tutte le cose. [...]. Non serve scagliarsi contro la monetizzazione dei diritti assoluti richiamandosi al vecchio adagio *les larmes ne se monnaient pas* per giustificare la non risarcibilità in linea di principio dei danni non immediatamente economici. [...]. Nel processo civile è opportuno offrire una scelta dei meccanismi di tutela il più possibile ampia, oltre che, naturalmente, libera per il privato che se ne avvale, senza che, data l’infinita articolazione dei casi della vita reale, si possa stabilire a priori una volta per tutte quale sia il meccanismo migliore. Certo, è ragionevole nutrire una preferenza di principio per i rimedi capaci di prevenire le violazioni o di assicurare una reintegrazione specifica. Ma l’esperienza dice che esistono casi in cui il risarcimento del danno agisce meglio. Intanto, su un piano abbastanza generale, va osservato che, allo scopo di garantire il rispetto di diritti fondamentali a contenuto non patrimoniale l’astuzia dell’ordinamento può convenientemente avvalersi dell’auri sacra fames dei privati. Molto spesso essi sono più stimolati ad agire in giudizio dalla prospettiva di un sostanzioso ritorno pecuniario che non dalla prospettiva dell’esercizio platonicamente vittorioso di un’azione inibitória” (CHIARLONI, Sergio. Su taluni aspetti processual del risarcimento del danno per lesione dei diritti della personalità. *Rivista Trimestrale di Diritto*

da personalidade são absolutos, no sentido de que impõem a toda a coletividade um dever geral de não lesar os atributos existenciais da pessoa humana. Há, pois, um dever geral de abstenção, com eficácia ou oponibilidade *erga omnes*. Todas as pessoas, incluindo o Estado, estão vinculadas ao dever de não ofender os direitos da personalidade, tratando-se, portanto, de sujeição passiva universal.⁴⁴⁴

Sendo absolutos e extrapatrimoniais, os direitos da personalidade reclamam a existência de uma tutela preventiva para evitar sua lesão. Além de estabelecerem um dever de abstenção *erga omnes*, os direitos da personalidade não podem ser mensurados em pecúnia, de modo que o ordenamento deve ter instrumentos processuais capazes de preservar a incolumidade de tais direitos, assegurando-se, por conseguinte, o efetivo respeito ao dever geral de abstenção.

e Procedura Civile. Milano, anno XLIX, n. 4, p. 1.175-1.177, dec., 1995). Em tradução livre: “Os mais recentes esforços de elaboração, *de jure condito* e de *jure condendo* são direcionados a propor interpretações ou a sugerir intervenções legislativas idôneas para prevenir as violações ou, pelo menos, para impedir muito rapidamente a sua reiteração. O interesse se concentra nas inibitórias, nas medidas de urgência, nos meios de execução indireta, na ampliação das hipóteses de execução por substituição. Por outro lado, a perspectiva muda se tentamos descer do céu das abstrações que tentam colher e, algumas vezes, impor as linhas evolutivas dos aparatos sancionadores e passamos pela baixa cozinha da jurisprudência cotidiana. Perceberemos rapidamente que a clássica sanção ressarcitória é ainda fortemente apreciada pelos titulares das várias tipologias de direitos da personalidade que se apresentam como atores nas cenas do processo. Não devemos nos surpreender com isso, em uma sociedade onde o dinheiro torna-se cada vez mais a medida de todas as coisas. [...]. Não serve para nada se opor à monetização dos direitos absolutos citando o velho provérbio ‘as lágrimas não são substituíveis’ para justificar a não ressarcibilidade em linha de princípio dos danos não imediatamente econômicos. [...]. No processo civil é oportuno oferecer uma escolha dos mecanismos de tutela a mais ampla possível, além de, naturalmente, livre para o jurisdicionado que dela se utiliza, sem que, dada a infinita articulação dos casos da vida real, seja possível estabelecer *a priori*, de uma vez por todas, qual seja o melhor mecanismo. Certo, é razoável ter uma preferência pelos remédios capazes de prevenir as violações ou de assegurar uma reintegração específica. Mas a experiência diz que existem casos em que o ressarcimento do dano age melhor. Entretanto, em um plano bastante geral, deve-se observar que, com o objetivo de garantir o respeito aos direitos fundamentais de conteúdo não patrimonial, a ‘astúcia’ do ordenamento” pode, convenientemente, valer-se da *auri sacra fames* dos lesados. Muito frequentemente esses são mais estimulados a agir em juízo pela perspectiva de um substancial retorno pecuniário em vez da perspectiva do exercício platonicamente vitorioso de uma ação inibitória”.

⁴⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo VII. Direito de personalidade. Direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 58. Com base em Pontes de Miranda, escreve Luciano de Camargo Penteado: “[...] são oponíveis contra todos (eficácia erga omnes), independentemente de vínculo jurídico relacional específico. Esta característica decorre de sua qualificação como direitos absolutos. Por direito absoluto deve-se entender não o direito ilimitado, sem eias nem peias, porque todo direito é limitado, ao menos pela vedação de seu exercício abusivo (art. 187 do CC/2002), mas sim o direito que comporta sujeito passivo universal, ou seja, é direito absoluto o que onera o sujeito passivo a um dever de abstenção de atos de interferência indevida. Como o dever geral de abstenção estende-se a todos que não o titular do direito absoluto, diz-se que o direito absoluto enseja a sujeição passiva universal ou o sujeito passivo total” (PENTEADO, Luciano Camargo de. O direito à vida, o direito ao corpo e às partes do corpo, o direito ao nome, à imagem, e outros relativos à identidade e à figura social, inclusive intimidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, vol. 49, p. 73-109, jan./mar., 2012). Na mesma linha: DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004, p. 37; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 193.

A propósito, José Carlos Barbosa Moreira adverte sobre a necessidade de uma tutela preventiva apta a evitar a violação dos direitos da personalidade, argumentando que a tutela repressiva, destinada à concessão de pecúnia, é inadequada à proteção de tais direitos:⁴⁴⁵

4. A gravidade do problema sobe de ponto quando se pensa nas relações jurídicas de conteúdo não patrimonial, nas situações em que o ordenamento substantivo reconhece ou atribui à pessoa uma vantagem insuscetível de traduzir-se com propriedade em termos pecuniários, ou exclusivamente tais. [...]. Recordem-se aqui os direitos da personalidade, cuja elaboração teórica permitiu à nossa cultura, como já se disse com bela fórmula, alcançar “um dos cimos da dimensão jurídica”. Desde as espécies clássicas – direito à vida, à integridade física e psíquica, à liberdade, à honra, ao nome, à própria imagem – até os mais modernos desdobramentos, como o direito à preservação da intimidade, cuja carência de proteção se reveste em nossos dias de tons dramáticos, ante o refinamento de certas técnicas, não há quem não perceba o caráter de franca mistificação que assume aí, em regra, uma tutela atuada em termos de simples compensação pecuniária. Certas coisas, sabe-o bem o povo, não há dinheiro que pague. [...]. 5. Atingimos aqui o nó central do problema. Se não é viável, ou não é satisfatória, a modalidade tradicional de tutela consistente na aplicação de sanções, quer sob forma primária da restituição ao estado anterior, quer sob as formas secundárias da reparação ou do ressarcimento, o de que precisam os interessados é de remédios judiciais a que possam recorrer **antes** de consumada a lesão, com o fito de impedi-la, ou quando menos de atalhá-la incontinenti, caso já se esteja iniciando. Em vez da tutela **sancionatória**, a que alguns preferem chamar de **repressiva**, e que pressupõe violação ocorrida, uma tutela **preventiva**, legitimada ante a ameaça de violação, ou mais precisamente à vista de sinais inequívocos da iminência desta.

Na Itália, também se ressalta a importância da tutela preventiva para a proteção adequada e efetiva dos direitos da personalidade. Confira-se, a propósito, o entendimento de Pietro Perlingieri:⁴⁴⁶

A tutela da pessoa humana nem mesmo pode se esgotar no tradicional perfil do ressarcimento do dano. Assume consistência a oportunidade de uma tutela preventiva: o ordenamento deve fazer de tudo para que o dano não se verifique e seja possível a realização efetiva das situações existenciais [...].

Assim, a tutela inibitória serve à realização do direito material, especialmente dos direitos extrapatrimoniais, que não podem ser efetivamente protegidos apenas por meio da

⁴⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, vol. 19, p. 120-121, abr./jun., 1979. Em sentido similar, escreve Joaquim Felipe Spadoni: “[...] revelou-se a necessidade de dar efetividade aos valores e direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, em grande parte de cunho não patrimonial, relacionados à dignidade da pessoa humana, como, por exemplo, os direitos da personalidade, o direito ao meio ambiente e o direito do consumidor, quase sempre vinculados a obrigações de fazer ou não fazer, e aos quais a sanção indenizatória é, na maioria das vezes, absolutamente impertinente” (SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação prevista no art. 461 do CPC*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 42).

⁴⁴⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 768. Na mesma direção: BELLELLI, Alessandra. L’inibitoria come strumento generale di tutela contro l’illecito. *Rivista di Diritto Civile*. Padova, anno L, n. 5, p. 611-613, lug./ago., 2004.

tutela ressarcitória-pecuniária – incapaz de garantir a incolumidade dos direitos da personalidade e de recompor, no caso de lesão, o bem jurídico violado.

Nesse contexto, o processo deve prever instrumentos capazes de afastar a ameaça à violação do direito material, garantindo a incolumidade dos direitos de cunho não patrimonial, insuscetíveis de serem tutelados apenas com pecúnia.⁴⁴⁷

Pode-se afirmar, destarte, que a tutela inibitória se funda no direito substancial (material) e no direito processual.⁴⁴⁸

O fundamento substancial é a necessidade de se prestar tutela específica, principalmente na proteção dos direitos extrapatrimoniais. Segundo José Carlos Barbosa Moreira, tutela específica significa “o conjunto de remédios e providências tendentes a proporcionar àquele em cujo benefício se estabeleceu a obrigação [...] o preciso resultado prático atingível por meio do adimplemento, isto é, a *não violação* do direito ou do interesse tutelado”. Nessa linha, o autor complementa que a tutela específica se contrapõe à tutela destinada apenas a “eliminar as consequências da violação, ou compensar pecuniariamente o credor que a tenha sofrido”.⁴⁴⁹

Em sentido similar, Flávio Luiz Yarshell destaca que a definição de tutela específica é praticamente coincidente com a ideia de utilidade das decisões, já que, por meio dela, a atividade jurisdicional busca proporcionar ao credor o exato resultado prático atingível pelo cumprimento espontâneo do dever jurídico.⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ A respeito da importância de o processo estar direcionado às necessidades do direito material, confira-se o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni: “Quando se pensa em tutela jurisdicional efetiva, descobre-se, quase por necessidade, a importância da relativização do binômio direito-processo. O processo deve estar atento ao plano do direito material se deseja realmente fornecer tutela adequada às diversas situações concretas. É apenas por esta razão que a doutrina redescobre – e não por mágica – a importância das tutelas jurisdicionais diferenciadas. O direito à preordenação de procedimentos adequados à tutela dos direitos passa a ser visto como algo absolutamente correlato ao direito de acesso à justiça. Sem a predisposição de instrumentos de tutela adequados à efetiva garantia das diversas situações de direito substancial não se pode conceber um processo efetivo” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 69).

⁴⁴⁸ Em sentido semelhante, Joaquim Felipe Spadoni defende que a tutela inibitória tem um fundamento substancial e outro processual. Segundo o autor, o fundamento substancial é o direito de se exigir o cumprimento específico da obrigação, que tem, como consequência, o direito substancial de prevenção, consubstanciado na possibilidade de se resguardar um bem jurídico diante da possibilidade de sua violação, evitando-se a conversão da obrigação em pecúnia. De outro lado, o fundamento processual, na visão do autor, é o art. 5º, XXXV, da CRFB, que “garante não só o acesso ao órgão judiciário (direito de ação) antes de ocorrida a lesão ao direito, mas se garante, por consequência, um provimento jurisdicional adequado a evitar a concretização da ameaçada violação afirmada pelo autor” (SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação prevista no art. 461 do CPC*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 60-61).

⁴⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela específica do credor nas obrigações negativas. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Rio de Janeiro, Vol. 20, p. 63, out./dez., 1979.

⁴⁵⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 59.

Para os fins desta pesquisa, a tutela será específica se for capaz de evitar a lesão aos direitos da personalidade, assegurando sua incolumidade, ou se, no caso de lesão, for capaz de recompor o bem jurídico violado, com o restabelecimento da situação que existia antes da ofensa ao direito.

Assim, sendo capaz de evitar a prática do ato ilícito, a tutela inibitória pode ser considerada uma tutela específica para a proteção dos direitos da personalidade, na medida em que assegura a incolumidade de tais direitos.

José Carlos Barbosa Moreira afirma que a tutela específica das obrigações negativas, incluindo os deveres de abstenção decorrentes dos direitos da personalidade, poderia ser prestada para impedir a ocorrência do ato ilícito, fazê-lo cessar ou evitar a sua reiteração.⁴⁵¹

Na mesma linha, Alessandra Bellelli entende que, por ser capaz de impedir ou cessar o ato ilícito, a tutela de inibição se caracteriza como tutela específica: “Anche l’azione inibitoria realizza una tutela specifica, in quanto è volta proprio ad impedire o a far cessare il comportamento illecito, lesivo della situazione giuridicamente protetta, che viene così tutelata in via diretta e preventiva”.⁴⁵²

De outro lado, o fundamento processual da tutela de inibição do ato ilícito é o princípio do acesso à justiça,⁴⁵³ já que a demanda inibitória se destina a repelir *ameaça* à violação dos direitos, além de evitar a repetição e a continuação do ato contrário ao direito. Atuando dessa maneira, a tutela inibitória se revela efetiva e adequada à proteção dos direitos extrapatrimoniais, tais como os direitos da personalidade.

⁴⁵¹ “Fiéis ao programa traçado, vamos ocupar-nos doravante apenas das hipóteses de tutela específica. Como ficou explicado, ela pressupõe, no caso de prestação instantânea, que a lesão ainda não haja ocorrido; nos de prestação permanente e de trato sucessivo, ou que não haja ocorrido, ou pelo menos que ainda esteja em ato ou seja possível a reiteração. A outorga de tutela ao credor estará justificada, no primeiro, pelo perigo de lesão, apurável a vista das circunstâncias, que indicam achar-se o devedor na iminência de praticar o ato proibido (exemplo: o atleta que se obrigou a não participar de determinada competição desportiva começa a treinar para ela e consente que se anuncie a sua participação, ou dá entrevista em que anuncia ele mesmo); nos outros, pelo mesmo perigo ou pelo fato de, iniciada a lesão, ou praticada uma ou mais vezes, fazerem crer as circunstâncias, respectivamente, que ela se prolongará ou se repetirá. Ali, pedirá sempre o credor uma providência judicial tendente a impedir que a ofensa se consuma; aqui, dependendo da situação concreta, uma providência tendente a impedi-la, a fazê-la cessar ou a evitar-lhe a repetição” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela específica do credor nas obrigações negativas. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Rio de Janeiro, Vol. 20, p. 66-67, out./dez., 1979).

⁴⁵² BELLELLI, Alessandra. L’inibitoria come strumento generale di tutela contro l’illecito. *Rivista di Diritto Civile*. Padova, anno L, n. 5, p. 614, lug./ago., 2004. Em tradução livre: “A ação inibitória também realiza uma tutela específica, enquanto se destina justamente a impedir ou fazer cessar o comportamento ilícito, lesivo à situação juridicamente protegida, que assim é tutelada direta e preventivamente”.

⁴⁵³ “Certo é que o principal fundamento legal em que repousa a tutela inibitória, antes de tudo, é aquele decorrente do princípio constitucional inserido no art. 5º, XXXV, da Carta Maior, que reza: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Diante de tal preceito, nítida é a desnecessidade de uma expressa previsão infraconstitucional para a propositura da proteção inibitória” (GAIO JR., Antônio Pereira. Apontamentos para a tutela específica no novo Código de Processo Civil. *Revista Magister de Direito Civil e de Processo Civil*. Porto Alegre, Vol. 70, p. 79, jan./fev., 2016).

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni aduz que a demanda inibitória se funda na necessidade de efetiva proteção do direito material e no princípio do acesso à justiça.⁴⁵⁴

A ação inibitória se funda no próprio direito material. Se várias situações de direito substancial, diante de sua natureza, são absolutamente invioláveis, é evidente a necessidade de admitir uma ação de conhecimento preventiva. Do contrário, as normas que proclamam direitos, ou objetivam proteger bens fundamentais, não teriam qualquer significação prática, pois poderiam ser violadas a qualquer momento, restando somente o ressarcimento do dano. Como o direito material depende – quando pensado na perspectiva da efetividade – do processo, é fácil concluir que a ação preventiva é consequência lógica das necessidades do direito material. Basta pensar, por exemplo, na norma que proíbe algum ato com o objetivo de proteger determinado direito, ou em direito que possui natureza absolutamente inviolável, como o direito à honra ou o direito ao meio ambiente. Lembre-se, aliás, que várias normas constitucionais afirmam a inviolabilidade de direitos, exigindo, portanto, a correspondente tutela jurisdicional, que somente pode ser aquela capaz de evitar a violação. Não obstante tudo isso, a Constituição Federal de 1988 fez questão de deixar claro que nenhuma lei ‘excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (art. 5.º, XXXV, da CF). Ora, se a própria Constituição afirma a inviolabilidade de determinados direitos e, ao mesmo tempo, diz que nenhuma lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário ‘ameaça a direito’, não pode restar qualquer dúvida de que o direito de acesso à justiça (art. 5.º, XXXV, da CF) tem como corolário o direito à tutela efetivamente capaz de impedir a violação do direito.

No âmbito dos direitos da personalidade, a tutela inibitória pode ser definida como a tutela jurisdicional que tem por objetivo garantir a integridade psicossomática, moral, espiritual e intelectual da pessoa, evitando a prática, a reiteração e/ou a continuação do ato lesivo aos aspectos fundamentais do ser humano.

É o caso, por exemplo, da tutela deferida a pessoa que busca impedir a veiculação de notícia ofensiva à sua honra, antes da comercialização da revista em que será divulgada a matéria jornalística, e/ou que pretende cessar a venda e a circulação dessa mesma revista, a fim de evitar a propagação do ato ilícito. Evitando-se o ato capaz de causar prejuízo à honra, restam protegidos os aspectos psicossomático e moral da pessoa humana.

Na hipótese suscitada, os danos advindos do ato ilícito são de difícil reparação, de modo que se revela imprescindível a concessão de tutela inibitória, a fim de se garantir a incolumidade da reputação da pessoa na sociedade, bem como do seu sentimento de apreço em relação a si mesma.

Não basta, portanto, que o ordenamento regulamente a tutela inibitória; também é preciso que, atento à necessidade de prestação de tutela adequada e efetiva do direito material

⁴⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 176.

em jogo, o juiz interprete as normas no sentido de evitar a violação dos bens jurídicos,⁴⁵⁵ sobretudo os de cunho não patrimonial, cuja violação produz prejuízos de difícil reparação.

Também é possível citar, como exemplo de tutela de inibição, as medidas previstas na Lei Maria da Penha (arts. 18 a 23 da Lei nº. 11.340/2006), que visam à proteção da integridade psicossomática e moral da mulher, com o objetivo de evitar o ato ilícito e/ou impedir a sua continuação ou reiteração.⁴⁵⁶ Aliás, para intensificar a proteção à incolumidade física e psíquica da mulher, a Lei nº 13.641/2018 tipificou como crime o descumprimento das medidas de urgência impostas ao agressor.

Francisco Viera Lima Neto aduz que, embora os dispositivos da Lei Maria da Penha sejam destinados à proteção da mulher, a tutela inibitória de não aproximação pode ser concedida em favor de pessoas do sexo masculino, mas com fundamento no direito à integridade física e psíquica-moral (art. 12 do Código Civil), na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) e no direito fundamental à segurança (art. 5º, *caput*, da CRFB). O autor defende, inclusive, a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela, nos termos dos art. 273 do CPC/1973 (correspondente ao art. 300 do CPC/2015) e do art. 461 do CPC/1973 (correspondente ao art. 497 do CPC/2015).⁴⁵⁷

Outrossim, a tutela inibitória pode ser utilizada para a proteção de direitos autorais.⁴⁵⁸ Por exemplo, de acordo com o art. 105 da Lei nº 9.610/1998, é possível a concessão de tutela inibitória para a suspensão ou interrupção de transmissão ou retransmissão de obras musicais

⁴⁵⁵ Em sentido similar, assevera Luiz Guilherme Marinoni: “Na verdade, há direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional e, assim, direito fundamental à tutela preventiva, o qual incide sobre o legislador – obrigando-o a instituir as técnicas processuais capazes de permitir a tutela preventiva – e sobre o juiz – obrigando-o a interpretar as normas processuais de modo a delas retirar instrumentos processuais que realmente viabilizem a concessão de tutela de prevenção” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 176).

⁴⁵⁶ HIBNER, Davi Amaral Hibner; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A tutela dos direitos da personalidade no Brasil e na Itália: questões materiais e processuais. In: II Congresso de Processo Civil Internacional, 2017, Vitória. *Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional*. Vitória: UFES, 2017, v. 1, p. 18.

⁴⁵⁷ LIMA NETO, Francisco Vieira. Ensaio sobre o Direito à Segurança e a Medida de Não-Aproximação. *Novos Estudos Jurídicos* [Online], v. 14, p. 84-98, 2009. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1933/1486>>. Acesso em: 10/01/2018.

⁴⁵⁸ “No caso de violação de direitos autorais, como utilização não autorizada de uma obra intelectual (obras disponibilizadas na internet ou ausência de créditos autorais, violação da integridade da obra, dentre muitas outras violações dos direitos morais e patrimoniais dos titulares de direitos, necessariamente, o juiz deve antecipar os efeitos da tutela específica, com base no art. 461, § 3º, com vistas à remoção ou à cessação do fato lesivo, com a finalidade de evitar o prolongamento do dano de difícil reparação e da perda econômica causada pela exposição indevida da obra intelectual” (CARVALHO, Carlos Eduardo Neves de. *Antecipação dos efeitos da tutela específica para a proteção dos direitos autorais*. São Paulo: LTr, 2011, p. 74).

na programação de empresa inadimplente com o prévio pagamento dos direitos autorais ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD).⁴⁵⁹

Trata-se, nessa hipótese, de tutela cessatória destinada a interromper a atividade ilícita que não se exaure em apenas um ato, ou cessar o ato de caráter continuado, que se perpetua no tempo. Nesse caso, a tutela serve à proteção dos direitos inerentes ao aspecto intelectual da pessoa, isto é, dos atributos relacionados à inteligência e à criatividade do ser humano.

Nesse sentido, verifica-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, admitindo a tutela cessatória para suspender ou interromper a transmissão ou retransmissão de obras musicais na programação de empresa inadimplente com o pagamento de direitos autorais:⁴⁶⁰

1. É possível a suspensão ou interrupção de transmissão ou retransmissão de obras musicais na programação de empresa quando não há o prévio pagamento dos direitos autorais devidos. Interpretação do art. 105 da Lei n. 9.610/98. Jurisprudência do STJ. 2. São devidos direitos autorais pela exibição pública de trilhas sonoras nos filmes. 3. Agravo regimental desprovido.

O direito ao esquecimento também pode ser protegido por meio da tutela inibitória,⁴⁶¹ para evitar o ato ilícito ou impedir sua continuação ou reiteração. De acordo com Anderson Schreiber, o direito ao esquecimento se relaciona com o direito à identidade pessoal, consistindo no direito que a pessoa tem “de se defender contra uma recordação opressiva de fatos pretéritos que podem minar a construção e reconstrução da sua identidade pessoal [...], de modo a fornecer ao público uma projeção do ser humano que não corresponde à sua realidade atual”.⁴⁶² Para o autor, não se trata de um direito de rescrever a própria história, deixando a recordação dos fatos pretéritos sujeita ao simples querer de cada pessoa, o que acabaria criando proprietários de passados; cuida-se, na realidade, de um direito de defesa contra uma projeção desatualizada e opressora da pessoa humana no meio social, que a impede de construir ou reconstruir sua identidade. Nessa perspectiva, o direito ao

⁴⁵⁹ HIBNER, Davi Amaral Hibner; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A tutela dos direitos da personalidade no Brasil e na Itália: questões materiais e processuais. In: II Congresso de Processo Civil Internacional, 2017, Vitória. *Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional*. Vitória: UFES, 2017, v. 1, p. 18.

⁴⁶⁰ STJ, AgRg no AgRg no REsp nº 1.484.566/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 06/08/2015.

⁴⁶¹ Nessa linha, dispõe o Enunciado nº 576 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na VII Jornada de Direito Civil: “O direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória”.

⁴⁶² SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade civil por violação do direito ao esquecimento. In: ERHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coords.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 533-534.

esquecimento permite o exercício da liberdade de se construir uma nova identidade pessoal, desvinculada de rótulos pretéritos.⁴⁶³

Protegendo o direito ao esquecimento e à intimidade, o Superior determinou que sites de buscas filtrassem resultados de pesquisas referentes às notícias que retratam o envolvimento de uma Promotora de Justiça em fraude a concurso público realizado no Estado do Rio de Janeiro. Segundo informações extraídas do acórdão proferido pelo Tribunal, os fatos atribuídos à servidora pública tinham ocorrido há mais de dez anos e, em sede de processo administrativo, o Conselho Nacional de Justiça apurou que não existiam elementos suficientes para sua condenação. Diante de tais circunstâncias, o Tribunal concedeu tutela inibitória, determinando que os sites de busca desvinculassem o nome da Promotora de Justiça do resultado que indica as matérias concernentes à suposta fraude no certame, com a finalidade de cessar a reiteração e a perpetuação do ato ilícito.⁴⁶⁴

Nessa linha, prevê o Enunciado nº 531 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na VI Jornada de Direito Civil: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. É possível, portanto, a concessão de tutela inibitória para assegurar o direito ao esquecimento, com o que se protege, também, outros atributos inerentes ao aspecto moral da pessoa, como a identidade pessoal, o nome, a intimidade, a privacidade *etc*, todos essenciais à dignidade humana.

⁴⁶³ SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade civil por violação do direito ao esquecimento. In: ERHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coords.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 533-534.

⁴⁶⁴ “1. Debate-se a possibilidade de se determinar o rompimento do vínculo estabelecido por provedores de aplicação de busca na internet entre o nome do prejudicado, utilizado como critério exclusivo de busca, e a notícia apontada nos resultados. [...]. 3. A jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento reiterado no sentido de afastar a responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados de busca apresentados, reconhecendo a impossibilidade de lhe atribuir a função de censor e impondo ao prejudicado o direcionamento de sua pretensão contra os provedores de conteúdo, responsáveis pela disponibilização do conteúdo indevido na internet. Precedentes. 4. Há, todavia, circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo. 5. Nessas situações excepcionais, o direito à intimidade e ao esquecimento, bem como a proteção aos dados pessoais deverá preponderar, a fim de permitir que as pessoas envolvidas sigam suas vidas com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca. 6. O rompimento do referido vínculo sem a exclusão da notícia compatibiliza também os interesses individual do titular dos dados pessoais e coletivo de acesso à informação, na medida em que viabiliza a localização das notícias àqueles que direcionem sua pesquisa fornecendo argumentos de pesquisa relacionados ao fato noticiado, mas não àqueles que buscam exclusivamente pelos dados pessoais do indivíduo protegido. 7. No caso concreto, passado mais de uma década desde o fato noticiado, ao se informar como critério de busca exclusivo o nome da parte recorrente, o primeiro resultado apresentado permanecia apontando link de notícia de seu possível envolvimento em fato desabonador, não comprovado, a despeito da existência de outras tantas informações posteriores a seu respeito disponíveis na rede mundial” (STJ, REsp nº 1.660.168/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 08/05/2018).

No âmbito do Direito do Consumidor, também é cabível a concessão de tutela de inibição do ato ilícito. De acordo com o art. 6º, VI e VII, da Lei nº 8.078/1990, são direitos básicos do consumidor: a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais, sejam eles individuais, coletivos ou difusos; e o acesso aos órgãos judiciários, com vistas à prevenção ou reparação de tais danos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.

Para prevenir a ocorrência de ato ilícitos e danos, o art. 6º Código de Defesa do Consumidor determina que o fornecedor tem o dever de prestar informação adequada e clara sobre os produtos e serviços comercializados, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

Com o mesmo intuito de evitar atos ilícitos e danos no mercado de consumo, o art. 8º do CDC dispõe que os produtos e serviços não devem acarretar riscos à saúde ou à segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição. Em qualquer hipótese, todavia, os fornecedores são obrigados a dar informações necessárias e adequadas a respeito de todos os produtos e serviços.

No mesmo sentido, o art. 9º do CDC estabelece que o fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá prestar informações, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto. E o art. 10 do CDC preceitua, por seu turno, que o fornecedor não poderá colocar, no mercado de consumo, produto ou serviço que apresente alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou à segurança dos consumidores.

Assim, se determinado produto apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde dos consumidores ou se não forem prestadas informações necessárias e adequadas sobre a sua nocividade,⁴⁶⁵ mostra-se possível a concessão de tutela de inibitória para impedir a comercialização de tal produto e/ou para cessar as vendas que estejam ocorrendo, com fundamento no art. 84 do CDC e no art. 497, parágrafo único, do CPC. Nesses exemplos, a

⁴⁶⁵ Exemplos fornecidos por: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 210-211. Em sentido similar: “Por exemplo, será possível utilizar a tutela inibitória ou de remoção do ilícito nos casos em que o fornecedor não prestar informações adequadas a respeito da natureza, composição e qualidade do produto (arts. 6º, III e 12, CDC)” (ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva; LIMA, Rafael de Oliveira. A tutela específica contra o ilícito (art. 479, parágrafo único, CPC/2015) nas ações coletivas em defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, Vol. 110, p. 389-422, mar./abr., 2017).

tutela inibitória serve para proteger a integridade física e à saúde dos consumidores, direitos que integram um dos aspectos fundamentais da pessoa humana, qual seja, o psicossomático.

Diante dos exemplos citados, pode-se afirmar que, ao conceder a tutela inibitória, o juiz pode determinar o cumprimento de uma obrigação de fazer ou de não fazer, a fim de evitar a prática, a repetição ou a continuação do ato ilícito. Assim, fala-se em (i) tutela inibitória *positiva*, hipótese em que será imposta uma obrigação de fazer, e (ii) tutela inibitória *negativa*, por meio da qual se exige um não fazer, ou seja, uma abstenção.⁴⁶⁶

Por exemplo, se determinada pessoa jurídica pretende veicular propaganda comercial utilizando, indevidamente, a imagem de uma pessoa, o juiz pode determinar, antes da divulgação da publicidade, a exclusão das partes em que a imagem é retratada, fixando multa para coagir o réu ao cumprimento da obrigação de fazer, nos termos dos arts. 297 e 536, *caput* e § 1º, do CPC. Trata-se, pois, de tutela inibitória positiva, pela qual se impõe um fazer, qual seja, a supressão de parte do conteúdo da propaganda comercial, com a finalidade de se evitar o ato ilícito. O que se protege, nesse caso, são os atributos inerentes ao aspecto moral e espiritual da pessoa humana, além de eventuais interesses patrimoniais.

Além de ser possível, por meio da inibitória, a determinação de um fazer para evitar a ocorrência do ilícito, também é possível impô-lo para cessar a continuação de um ato ilícito que se perpetua no tempo. Exemplificando: se um filme é exibido sem mencionar a autoria do profissional que criou os efeitos visuais ou o responsável pela fotografia, é viável a concessão de tutela inibitória positiva, determinando-se, sob pena de incidência de *astreintes*, que o nome do titular dos direitos autorais seja divulgado nas próximas exposições. Nessa hipótese, cuida-se de tutela inibitória positiva, com a imposição de uma obrigação de fazer, destinada à proteção dos atributos relacionados à intelectualidade e à capacidade criativa da pessoa humana.

Também se pode cogitar na imposição de uma obrigação de fazer para impedir a repetição do ato ilícito. A título de exemplo, se determinado produto é inserido no mercado sem informações sobre os efeitos nocivos decorrentes de seu consumo, é possível a concessão de tutela inibitória positiva, determinando-se, sob pena de multa, que as informações sejam

⁴⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 114-119. Em sentido similar, sustenta Joaquim Felipe Spadoni: “Como o que pretende o autor da ação inibitória é impedir a futura ocorrência da violação do direito, traduzido pelo inadimplemento da obrigação – e não se duvida que este, visto sob o prisma da conduta lesiva, pode ser praticado mediante atos comissivos ou omissivos, dependendo da espécie da obrigação violada – ter-se-á, em princípio, uma inibitória negativa, determinando um não fazer, quando se estiver diante de ameaça de atos comissivos, enquanto na presença da ameaça de um ato omissivo, ter-se-á uma inibitória positiva, determinando-se um fazer ou a entrega de coisa” (SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação prevista no art. 461 do CPC*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 76).

inseridas nos produtos que serão futuramente comercializados.⁴⁶⁷ Trata-se, assim, de tutela inibitória positiva, por meio da qual se evita a reiteração do ato ilícito, impondo-se uma obrigação de fazer, qual seja, a prestação de informações adequadas sobre o produto. Nesse caso, a tutela assegura a integridade física e a saúde da pessoa humana.

Percebe-se, portanto, que a tutela inibitória positiva pode ser prestada para (i) evitar o ilícito, (ii) cessar sua perpetuação ou (iii) impedir sua repetição.

Da mesma forma, a tutela inibitória negativa também pode ser concedida para impedir o ato ilícito, interromper sua prolongação no tempo ou evitar sua reiteração, com a imposição de obrigações ou deveres de não fazer (abstenções).

A propósito, Eduardo Talamini distingue os deveres de não fazer em *tolerar* e *abster-se*. Os deveres de *tolerar* obrigam o sujeito a suportar atos alheios, sendo-lhe proibido adotar condutas de reação, como ocorre, por exemplo, na servidão de passagem. Por outro lado, os deveres de *abstenção* geram a proibição de atos que atinjam a esfera jurídica alheia, tais como o dever de não lesar a honra, a privacidade e a imagem de outrem.⁴⁶⁸

Desse modo, para evitar a prática do ato ilícito, o juiz pode, por exemplo, determinar que um veículo de comunicação se abstenha de divulgar notícia ofensiva à reputação de uma pessoa ou que viole a sua privacidade ou intimidade, sob pena de multa. Nesse caso, trata-se de tutela inibitória negativa, pela qual se impõe uma obrigação de não fazer, com o objetivo de resguardar a incolumidade dos atributos concernentes ao aspecto moral ou espiritual da pessoa humana.

É possível, outrossim, a concessão de tutela inibitória para cessar a continuação do ato ilícito ou impedir sua repetição. A título exemplificativo, o juiz pode determinar, sob pena de incidência de *astreintes*, a cessação do envio de ofertas comerciais ou cobranças indevidas por meio de mensagens telefônicas que sejam prejudiciais ao sossego e à paz de espírito da pessoa humana. Resguarda-se, assim, a integridade psíquica e a privacidade do ser humano, mediante a imposição de um dever de abstenção, ou seja, de uma inibitória negativa.

Dessa maneira, a tutela inibitória pode ser positiva ou negativa, determinando, respectivamente, a imposição de um fazer ou de um não fazer. Caberá ao juiz avaliar qual

⁴⁶⁷ Luiz Guilherme Marinoni apresenta um exemplo semelhante, no qual a tutela inibitória positiva pode ser concedida para evitar a reiteração do ilícito: “[...] se uma norma obriga as indústrias de cigarro a informar o consumidor sobre os efeitos nocivos de seu produto, e determinada indústria já veiculou propaganda sem conter essa informação, é lógica a possibilidade de o legitimado à ação coletiva requerer, mediante ação inibitória coletiva (ver a seguir), que o juiz ordene, sob pena de multa, que a informação seja realizada quando da próxima propaganda, dando-se efetividade à norma que objetiva proteger a saúde dos cidadãos” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 184).

⁴⁶⁸ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 149.

prestação é mais efetiva e adequada à proteção do direito material que se pretende tutelar, nos termos dos arts. 497, 499 e 536 do CPC.⁴⁶⁹ Nada impede, porém, que, ao conceder a tutela inibitória, o juiz cumule uma obrigação de fazer com uma obrigação de não fazer, ou seja, um dever de abstenção.⁴⁷⁰

4.3. A tutela inibitória nos casos de colisão entre direitos da personalidade e liberdade de expressão

A despeito da importância da tutela inibitória para a prevenção de atos ofensivos aos direitos da personalidade, o Supremo Tribunal Federal tem relegado a proteção dos aspectos fundamentais da pessoa humana para o momento posterior à lesão, especificamente nos casos em que há colisão entre liberdade de expressão e direito à intimidade, privacidade, honra, nome e imagem.

No julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/2009, ao decidir que a Lei nº 5.250/1967 não foi recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as liberdades de expressão e de pensamento prevalecem sobre os direitos da personalidade, de modo que a proteção dos direitos da personalidade deve ocorrer após a lesão, por meio do direito de resposta e das tutelas ressarcitórias-pecuniárias, sem prejuízo de responsabilização criminal.⁴⁷¹

⁴⁶⁹ Aduz, a respeito do tema, Luiz Guilherme Marinoni: “Imaginar que a tutela inibitória somente pode impor um não fazer é esquecer que o próprio direito processual (arts. 536 do CPC e 84 do CDC) dá ao juiz o poder de exigir um fazer, quando foi pedido um não fazer, com o objetivo de viabilizar uma tutela jurisdicional mais efetiva [...]” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 183).

⁴⁷⁰ “É de se concluir, nesta seara, que a tutela inibitória concedida pelo juiz poderá ter conteúdo positivo ou negativo, mas nada impede que haja uma cumulação de ambos os conteúdos, visando que, para determinada obrigação não cumprida pelo réu se determine uma abstenção (não fazer) e para outra seja ordenado um fazer, objetivando dar eficácia à tutela do direito ameaçado do autor” (PINTO, Edson Antônio Sousa; FARIA, Daniela Lopes de. A tutela inibitória e seus fundamentos no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, Vol. 252, p. 303-318, fev., 2016).

⁴⁷¹ “O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a ‘livre’ e ‘plena’ manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisia à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à

Em sentido similar, tratando das biografias não autorizadas, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815, dando interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para: “a) em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, da criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento da pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas); b) reafirmar o direito à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa, nos termos do inc. X do art. 5º da Constituição da República, cuja transgressão haverá de se reparar mediante indenização”.⁴⁷²

Como se percebe, o Supremo Tribunal Federal entende que “eventual uso abusivo da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização”,⁴⁷³ ou seja, após a lesão, o que mitiga ou até mesmo inviabiliza a utilização da tutela inibitória para evitar danos aos atributos existenciais da pessoa humana, que, não raras vezes, são irreparáveis ou de difícil reparação.

Todavia, as decisões da Corte Suprema devem ser criticadas. De acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil, não há prevalência em abstrato ou hierarquia entre os direitos da personalidade e as liberdades de expressão, informação e pensamento.⁴⁷⁴ São direitos fundamentais que estão igualmente previstos no rol do art. 5º da CRFB/1988, de

concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa” (STF, ADPF nº 130, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009).

⁴⁷² STF, ADI nº 4.815, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015.

⁴⁷³ STF, Rcl nº 22.328, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 06/03/2018.

⁴⁷⁴ Na mesma direção, ao julgar a ADI nº 4.815, Luís Roberto Barroso destaca, em seu voto, que não há hierarquia entre normas constitucionais: “Este caso que estamos analisando hoje, aqui, envolve uma tensão, uma colisão potencial entre a liberdade de expressão e o direito à informação de uma lado; e de outro lado, os chamados direito da personalidade, notadamente no tocante ao direito de privacidade, ao direito de imagem e ao direito à honra. Nessas situações em que convivem normas constitucionais que guardam entre si uma tensão, e a característica das Constituições contemporâneas é precisamente esse caráter compromissório e dialético de abrigarem valores diversos, a técnica que o Direito predominantemente adota para a solução dessa tensão ou desse conflito é precisamente a denominada ponderação. E aqui eu gostaria de registrar que um dos princípios que norteiam a interpretação constitucional, e conseqüentemente a própria ponderação, é o princípio da unidade, que estabelece a inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais. Uma norma constitucional não colhe o seu fundamento de validade em outra norma, portanto, elas têm de conviver harmoniosamente e uma não pode ser reconhecida como sendo superior à outra” (STF, ADI nº 4.815, Rel. Min. Carmem Lúcia, julgada em 10.6.2015).

modo que, havendo colisão, deve se recorrer à técnica da ponderação,⁴⁷⁵ verificando-se, a partir de condições específicas, qual interesse deve ser priorizado no caso concreto.⁴⁷⁶

A propósito, Luis Roberto Barroso esclarece que “o princípio da unidade da Constituição não admite que o intérprete simplesmente opte por uma norma e despreze outra também aplicável em tese, como se houvesse hierarquia entre elas”.⁴⁷⁷ Nas situações de conflito, a liberdade de expressão e o direito à informação não se sobrepõem, aprioristicamente, ao nome, à honra, à privacidade, à imagem *etc.*⁴⁷⁸ e o inverso também é verdadeiro.⁴⁷⁹ Tratando-se de colisão entre direitos fundamentais, não há uma prevalência em abstrato,⁴⁸⁰ sendo necessário utilizar a técnica de ponderação de normas, a fim de se verificar, a partir das circunstâncias do caso concreto, qual interesse deve ser protegido.⁴⁸¹

⁴⁷⁵ Luís Roberto Barroso explica que a técnica de ponderação deve ser utilizada, sobretudo, nos casos em que uma situação concreta permite a aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam distintas soluções para a solução do caso. O autor descreve, em síntese, a técnica de ponderação como um processo decisório formado por três etapas, sendo direcionado pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Na primeira etapa, o intérprete deve detectar as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos. Na segunda, é preciso examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Segundo o autor, “o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência”. Na terceira etapa é que a ponderação se singulariza: o intérprete deve analisar, conjuntamente, os grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto, possibilitando, dessa forma, a apuração dos pesos a serem atribuídos aos diversos elementos em disputa, a fim de se verificar o grupo de normas a ser priorizado no caso. O autor observa que “os parâmetros construídos na primeira etapa deverão ser empregados aqui e adaptados, se necessário, às particularidades do caso concreto”. Por fim, é necessário definir com qual intensidade esse grupo de normas e a solução por ele indicada devem prevalecer em relação aos demais grupos (BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, vol. 16, p. 69, out./dez., 2003).

⁴⁷⁶ SCHREIBER, Anderson. Direito e mídia. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 15-16.

⁴⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, vol. 16, p. 69, out./dez., 2003.

⁴⁷⁸ Dispõe, a propósito, o Enunciado nº 613 do CJF/STJ, aprovado na VIII Jornada de Direito Civil: “A liberdade de expressão não goza de posição preferencial em relação aos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro”.

⁴⁷⁹ Nesse sentido, prevê o Enunciado nº 279 do CFJ/STJ, aprovado na IV Jornada de Direito Civil: “A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações”.

⁴⁸⁰ Nessa linha, ao julgar a ADI nº 4.815, Luís Roberto Barroso destacou, em seu voto, que não há hierarquia entre normas constitucionais: “Este caso que estamos analisando hoje, aqui, envolve uma tensão, uma colisão potencial entre a liberdade de expressão e o direito à informação de uma lado; e de outro lado, os chamados direito da personalidade, notadamente no tocante ao direito de privacidade, ao direito de imagem e ao direito à honra. Nessas situações em que convivem normas constitucionais que guardam entre si uma tensão, e a característica das Constituições contemporâneas é precisamente esse caráter compromissório e dialético de abrigarem valores diversos, a técnica que o Direito predominantemente adota para a solução dessa tensão ou desse conflito é precisamente a denominada ponderação. E aqui eu gostaria de registrar que um dos princípios que norteiam a interpretação constitucional, e conseqüentemente a própria ponderação, é o princípio da unidade, que estabelece a inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais. Uma norma constitucional não colhe

Assim, como adverte Anderson Schreiber, não se deve privilegiar, abstratamente, as atividades dos veículos e dos profissionais de comunicação, limitando a atuação do Direito no momento posterior à lesão, com a concessão de quantias pecuniárias que se revelam insuficientes para a integral proteção da personalidade, já que a honra, a imagem e a privacidade *etc.* são insuscetíveis de apreciação econômica. Não se trata, por outro lado, de exigir uma autorização prévia de todos os envolvidos nas matérias ou nas obras literárias (arts. 20 e 21 do Código Civil), o que poderia inviabilizar o exercício da liberdade de expressão. Deve-se buscar, a partir das peculiaridades do caso concreto, qual interesse deve ser priorizado, por meio da utilização da técnica de ponderação. Não se trata, portanto, de afirmar que um direito é superior ao outro, mas de se verificar que, diante de condições específicas, a honra, por exemplo, deve ter primazia sobre a liberdade de expressão, ou o inverso.⁴⁸²

Na mesma linha, sustenta Maria Celina Bodin de Moraes:⁴⁸³

Nos casos de colisão – como entre os direitos à informação, de um lado, e à imagem, honra ou privacidade, de outro – o melhor caminho é reconhecer nos chamados direitos da personalidade expressões da irrestrita proteção jurídica à pessoa humana e, portanto, atribuir-lhes a natureza de princípios de inspiração constitucional. Assim, tais litígios deveram ser examinados através do já amplamente aceito mecanismo da ponderação, com o objetivo de verificar, no caso concreto, onde se realiza mais plenamente a dignidade da pessoa humana, conforme a determinação constitucional.

Se o resultado da ponderação indicar que, diante de condições específicas, os direitos da personalidade devem prevalecer, a tutela inibitória deve ser concedida, a fim de se evitar o ato ilícito e os danos resultantes do exercício abusivo da liberdade de expressão. Em outras palavras, nos casos de ilegal exercício da liberdade de expressão, capaz de resultar em ofensa aos direitos da personalidade, a veiculação de uma matéria jornalística ou de uma biografia deve ser previamente evitada pela tutela inibitória, sempre que o resultado da ponderação

o seu fundamento de validade em outra norma, portanto, elas têm de conviver harmoniosamente e uma não pode ser reconhecida como sendo superior à outra” (STF, ADI nº 4.815, Rel. Min. Carmem Lúcia, julgada em 10/06/2015).

⁴⁸¹ Nesse sentido, dispõe o Enunciado nº 274 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na IV Jornada de Direito Civil: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.

⁴⁸² SCHREIBER, Anderson. Direito e mídia. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 15-16.

⁴⁸³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 128.

revelar que, sob condições específicas, os direitos da personalidade devem ser priorizados para a proteção da dignidade humana.

Nos casos de colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, é imprescindível admitir a concessão de tutela inibitória, já que, com a tutela ressarcitória-pecuniária – prestada após a lesão –, é impossível garantir a incolumidade e a recomposição do atributo existencial violado, por não existir uma equivalência entre o dinheiro concedido e o bem lesado, insuscetível de precificação.⁴⁸⁴ Deixando de evitar os prejuízos e relegando a proteção dos direitos da personalidade para o momento posterior à lesão, o Judiciário contraria a responsabilidade civil contemporânea, que inclui, entre suas funções e objetivos, a prevenção de danos, e não simplesmente ressarcir-los com pecúnia.⁴⁸⁵ Além de desconsiderar que a ofensa aos direitos da personalidade pode gerar danos irreparáveis ou de difícil reparação, o entendimento do Supremo Tribunal Federal autoriza que os profissionais e os veículos de comunicação lesem os atributos fundamentais da pessoa humana, desde que estejam dispostos a conceder o direito de resposta e a pagar indenizações pecuniárias.

Contudo, o inciso XXXV do art. 5º da CRFB/1988 não permite que o Judiciário fique inerte diante da ameaça à violação de direitos, impondo-lhe o dever de prestar tutela preventiva para garantir a incolumidade dos direitos da personalidade. No mesmo sentido, o parágrafo único do art. 497 do Código de Processo Civil de 2015 dá especial destaque à tutela inibitória, admitindo sua concessão independentemente da demonstração de dano e culpa. Assim, espera-se que, em futuras oportunidades, o Supremo Tribunal Federal possa rever seu entendimento, considerando-se que os referidos julgados foram proferidos antes da vigência do *Codex*.

4.4. A tutela reintegratória ou de remoção do ilícito

A tutela reintegratória, prevista na parte final do parágrafo único do art. 497 do Código de Processo Civil, visa à remoção ou à eliminação dos efeitos do ato ilícito praticado, para restabelecer a situação que existia anteriormente à violação do direito.

⁴⁸⁴ Nesse sentido, defende Luiz Guilherme Marinoni: “Os direitos da personalidade não podem ser garantidos adequadamente por uma espécie de tutela que atua apenas após a lesão ao direito. Admitir que tais direitos somente podem ser tutelados através da técnica ressarcitória é o mesmo que dizer que é possível a expropriação destes direitos, transformando-se o direito ao bem em direito à indenização. Não é preciso lembrar que uma tal espécie de expropriação seria absurda quando em jogo direitos invioláveis do homem” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. Ed. em e-book baseada na 12ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, s./p).

⁴⁸⁵ SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade civil por violação do direito ao esquecimento. In: ERHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coords.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 539.

A tutela reintegratória ou de remoção do ato ilícito permite o restabelecimento da situação que existia antes da prática do ato contrário ao direito, isto é, viabiliza o retorno à situação que deveria estar vigorando caso a norma tivesse sido observada.⁴⁸⁶

Trata-se, pois, de tutela destinada a remover o ato ilícito da realidade, ou seja, fazê-lo desaparecer, apagá-lo.⁴⁸⁷ Segundo Luiz Guilherme Marinoni, a tutela reintegratória consiste em “tutela jurisdicional destinada a fazer valer o desejo da norma violada, ou seja, é tutela de remoção dos efeitos que estariam presentes na realidade não fosse a violação da norma”.⁴⁸⁸

Havendo a prática de uma conduta vedada pelo direito material, deve existir uma ação processual capaz de removê-la da realidade, chamada de ação reintegratória ou de remoção do ato ilícito, que se funda no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.⁴⁸⁹

No âmbito dos direitos da personalidade, a tutela de remoção do ato ilícito pode ser definida como a tutela jurisdicional que tem por objetivo eliminar, do mundo fático, o ato ofensivo aos atributos fundamentais da pessoa humana.

É o caso, por exemplo, de tutela concedida para remover a imagem de uma pessoa que foi indevidamente inserida em propaganda comercial divulgada na internet. Nesse caso, a tutela volta-se contra o ato ilícito e seus efeitos concretos. Outro exemplo de tutela de remoção do ilícito é a exclusão do nome indevidamente inserido nos cadastros de proteção ao crédito.

Na literatura jurídica brasileira, é comum a distinção entre a tutela de remoção do ato ilícito e a tutela inibitória. Enquanto a tutela inibitória serve para evitar a prática, a repetição ou a continuação do ato contrário ao direito, a tutela de remoção se destina à eliminação do ilícito já consumado, incluindo seus efeitos concretos.

Nesse sentido, afirma Luiz Guilherme Marinoni: “se a ação inibitória se destina a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, a ação de remoção do ilícito, como o próprio nome indica, dirige-se a remover os efeitos de uma ação ilícita que já ocorreu”.⁴⁹⁰

⁴⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 69.

⁴⁸⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. Vol. 5. 7ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 574.

⁴⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*. Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 27.

⁴⁸⁹ Nessa linha, destaca Luiz Guilherme Marinoni: “[...] de nada adiantaria a norma de direito material que proíbe um agir se não existisse a possibilidade de uma ação processual capaz de permitir a remoção dos seus efeitos concretos. Portanto, essa ação também encontra fundamento no art. 5.º, XXXV, da CF, que consagra o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 188).

⁴⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 187.

A tutela inibitória, incluindo a cessatória, é sempre direcionada para o futuro, ou seja, para evitar a perpetuação de um ato ilícito que se estende no tempo ou para impedir sua reiteração. Logo, a tutela cessatória é cabível se houver ameaça de prosseguimento ou de repetição do ato ilícito.

Diversamente, a tutela de remoção se volta para o passado, visando à eliminação de um ato ilícito consumado. Assim, se o ato ilícito já tiver sido praticado e estiverem presentes apenas seus efeitos concretos, não havendo, ainda, temor de sua continuação ou reiteração, cabível será a tutela de remoção.⁴⁹¹ Nesse caso, o ato contrário ao direito já se exauriu, não existindo ameaça de sua repetição ou perpetuação, de modo que a tutela de remoção atua apenas para eliminar seus efeitos, e não para impedir futura ilicitude.

Como explica Luiz Guilherme Marinoni, “a ação de remoção do ilícito, como já adiantado, não se dirige contra um agir continuado, mas sim contra uma ação que se exauriu enquanto agir, mas cujos efeitos ainda se propagam no tempo”.⁴⁹² Trata-se, pois, de tutela repressiva, prestada após a prática do ato ilícito que se esvaiu em apenas um ato, mas que continua a produzir efeitos concretos.

Assim, enquanto a tutela inibitória destina-se a impedir a prática, a reiteração ou a continuação de um ato ilícito, a tutela reintegratória volta-se contra os efeitos do ato ilícito já praticado, de modo que: (i) se o objetivo é a eliminação dos efeitos concretos do ato ilícito consumado e se não há ameaça de sua repetição ou continuação, revela-se adequada a tutela reintegratória; (ii) por outro lado, se o propósito é evitar a prática, reiteração ou a prolongação do ato contrário ao direito, é cabível a tutela inibitória, afastando-se a ameaça de lesão.

Exemplificando, se uma pessoa pretende retirar uma foto que foi divulgada em *outdoor* para fins comerciais e se não há risco de novas veiculações indevidas, a tutela de remoção se mostra adequada para extirpar o ato ilícito da realidade. No entanto, havendo temor ou ameaça de novas divulgações lesivas ao direito de imagem, será necessária, também, a concessão de tutela inibitória-cessatória, a fim de impedir a repetição do ato ilícito. Nessa hipótese, o juízo pode determinar a remoção da imagem do *outdoor* (tutela reintegratória), além de proibir novas divulgações, sob pena de multa (tutela inibitória-cessatória).

⁴⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 180.

⁴⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 187.

A propósito, Luiz Guilherme Marinoni distingue as situações de cabimento da tutela inibitória e da tutela de remoção do ato ilícito:⁴⁹³

Frise-se que a ação inibitória, quando voltada a impedir a repetição do ilícito, tem por fim evitar a ocorrência de outro ilícito. Quando a ação inibitória objetiva inibir a continuação do ilícito, a tutela tem por escopo evitar o prosseguimento de um agir ou de uma atividade ilícita. Note-se que a ação inibitória somente cabe quando se teme um agir ou uma atividade. Ou melhor, a ação inibitória apenas pode ser utilizada quando a providência jurisdicional for capaz de inibir o agir ou o seu prosseguimento, e não quando este já houver sido praticado, estando presentes apenas os seus efeitos. Há diferença entre temer o prosseguimento de uma atividade ilícita e temer que os efeitos ilícitos de uma ação já praticada continuem a se propagar. Se o infrator já cometeu a ação cujos efeitos ilícitos permanecem, basta a remoção da situação de ilicitude. Nesse caso, ao contrário do que ocorre com a ação inibitória, o ilícito que se deseja atingir está no passado, e não no futuro. [...]. Assim, em relação ao ato contrário ao direito, que é o verdadeiro alvo atacado, a ação de remoção é repressiva.

Na mesma linha, Hermes Zaneti Jr., Gustavo Silva Alves e Rafael de Oliveira Lima sustentam que, se existe um ato ilícito que se prolonga no tempo ou que pode se repetir, deve-se ajuizar ação inibitória; diversamente, se a conduta ilícita já foi praticada e o que se quer é a eliminação de seus efeitos, é cabível a ação de remoção do ato ilícito.⁴⁹⁴

Em sentido similar, afirmam Bruno Marzullo Zaroni e Paula Pessoa Pereira:⁴⁹⁵

[...] a tutela de remoção do ilícito visa retirar do mundo fático o ilícito ocorrido, a fim de garantir a fruição do bem jurídico. [...]. Outro ponto a ser analisado é que a tutela de remoção não pretende evitar a continuação ou repetição do ilícito (objetivo da inibitória). O seu fundamento é o ilícito de eficácia continuada. Melhor explicando: os efeitos de um ilícito no caso concreto podem ser instantâneos (caso em que a violação da norma ocorre sem deixar consequência) ou continuado (hipótese em que o ato contrário ao direito se reveste de natureza continuada, cujos efeitos prolongam-se no tempo). Nesse último caso, a violação da norma já aconteceu, mas seus efeitos permanecem.

Todavia, de acordo com Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, é possível que a tutela seja, simultaneamente, inibitória e reintegratória. Ao remover o ato ilícito e seus efeitos concretos, a tutela impede

⁴⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 187.

⁴⁹⁴ ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva; LIMA, Rafael de Oliveira. A tutela específica contra o ilícito (art. 479, parágrafo único, CPC/2015) nas ações coletivas em defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, Vol. 110, p. 389-422, mar./abr., 2017.

⁴⁹⁵ ZARONI, Bruno Marzullo; PEREIRA, Paula Pessoa. Tutela inibitória no novo CPC. In: DIDIER JR. Fredie; MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; e FREIRE, Alexandre (Org.). *Novo CPC. Doutrina Seleccionada. Execução*. Vol. 5. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 254.

um novo ato ilícito ou a continuação do ato removido.⁴⁹⁶ Também é possível que, em uma única decisão, seja concedida mais de uma tutela, como a inibitória e a reintegratória.

Nesse ponto, cumpre esclarecer que “tutela jurisdicional” não se confunde com “sentença” ou “decisão”. Tutela jurisdicional é o conjunto de medidas previstas no âmbito do direito processual para a proteção efetiva e adequada do direito material.

A propósito, José Roberto dos Santos Bedaque destaca que a tutela jurisdicional deve ser compreendida como “o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial”.⁴⁹⁷

Na mesma linha, Luiz Guilherme Marinoni aduz que a tutela jurisdicional é “o conjunto de meios de que dispõe o direito processual para atender adequadamente às disposições do direito substancial”, ou seja, “o conjunto de medidas adequadas à proteção do bem da vida buscado pelo jurisdicionado no processo”.⁴⁹⁸

A sentença e as decisões, portanto, não são sinônimos de tutela. São, na realidade, técnicas processuais predispostas para a prestação adequada e efetiva das tutelas jurisdicionais, visando à satisfação do direito material. São modos ou instrumentos pelos quais o processo presta tutela para a realização do direito substancial.⁴⁹⁹ Logo, uma única decisão pode conceder tutela inibitória e tutela de remoção do ato ilícito, determinando as medidas necessárias para a efetiva e adequada proteção do direito material.

Exemplificando: se uma editora lança, sem autorização, a imagem de um jogador de futebol em figurinhas de um álbum, o juiz pode fixar multa para evitar novas veiculações e cessar as vendas (tutela inibitória-cessatória), bem como determinar a busca e apreensão para retirar o material de circulação (tutela de remoção do ato ilícito).⁵⁰⁰ Nesse caso, a busca e apreensão das revistas caracteriza, ao mesmo tempo, prestação de tutela inibitória (cessatória) e de remoção, já que, além de atuar para eliminar os efeitos concretos do ato ilícito, tem a finalidade de evitar sua reiteração e sua propagação no tempo, impedindo novas comercializações do material.

Outro exemplo: se o nome de uma pessoa foi indevidamente inserido nos cadastros de proteção ao crédito, é possível determinar que o réu promova a exclusão do nome do rol de

⁴⁹⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. Vol. 5. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 575.

⁴⁹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 45.

⁴⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*. Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 214-215.

⁴⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 100-103.

⁵⁰⁰ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume Único. 7ª ed. São Paulo: Método, 2017, p. 114.

inadimplentes (tutela reintegratória), bem como se abstenha de efetuar cobranças relativas à mesma dívida, sob pena de multa (tutela inibitória).

Além disso, a tutela de remoção do ato ilícito tem grande relevância na sociedade informação,⁵⁰¹ especialmente no ambiente virtual. É comum verificar, em sítios eletrônicos, redes sociais e aplicativos de comunicação, atos lesivos aos direitos da personalidade, especialmente à honra, à imagem, à privacidade *etc.*

Para permitir a remoção de conteúdos ilícitos e evitar sua propagação no ambiente virtual, o art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) dispõe que, após ordem judicial, o provedor de aplicações de internet⁵⁰² deve retirar o conteúdo lesivo, tornando-o indisponível. A lei não fixa prazo para a remoção, cabendo ao juiz defini-lo.

Nos termos do § 1º do art. 19, a ordem judicial de que trata o *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, a identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, a fim de permitir a localização inequívoca do material.

Com relação à responsabilidade do provedor, o Superior Tribunal de Justiça diferencia duas situações: (i) para fatos ocorridos antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, basta a ciência inequívoca do conteúdo ofensivo e a ausência de sua retirada em prazo razoável, para que o provedor se torne solidariamente responsável pelo dano; e (ii) após a entrada em vigor da Lei 12.965/2014, o provedor responde solidariamente pelo dano se não cumprir o prazo judicialmente fixado para a remoção do conteúdo lesivo.⁵⁰³

⁵⁰¹ Bruno Ricardo Bioni relata que, ao longo do tempo, a sociedade teve diversas formas de organização social. Na sociedade agrícola, a fonte de riquezas era proveniente da terra, de forma que, por meio do escambo, os produtos agrícolas impulsionavam a economia. Num segundo momento, sobreveio a sociedade industrial, em que as máquinas a vapor e a eletricidade tinham posição de destaque na produção fabril e, conseqüentemente, na geração de riquezas. Em um terceiro momento, sobretudo depois da Segunda Guerra Mundial, formou-se a sociedade pós-industrial, em que os serviços passaram a ser a mola propulsora da economia, como os serviços bancários, securitários, educacionais, de assistência médica *etc.* Atualmente, a sociedade se caracteriza por uma nova forma de organização, em que a informação é o elemento primordial para a economia. Com o desenvolvimento tecnológico, as informações são processadas e transmitidas em uma quantidade e velocidade muito grande, de modo que os relacionamentos sociais são impulsionados por um fluxo informacional que supera obstáculos físicos e distanciais, abreviando a relação entre espaço e tempo. Nesse contexto, a informação tem um papel central na sociedade, sendo o novo elemento que a reorganiza, como se verificou com a terra na sociedade agrícola, as máquinas a vapor e a eletricidade na sociedade industrial e os serviços na sociedade pós-industrial. Fala-se, assim, em *sociedade de informação*, na qual o ambiente virtual, isto é, a computação eletrônica e a Internet são as ferramentas de destaque (BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Forense: Rio de Janeiro, 2019, p. 3-6).

⁵⁰² De acordo com o inciso VII do art. 5º do Marco Civil da Internet, as aplicações de internet compreendem “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”.

⁵⁰³ STJ, REsp nº 1.694.405/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/06/2018. Na mesma direção: STJ, AgInt no AREsp nº 1.177.6 19/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 29/10/2018.

Em regra, portanto, a remoção do conteúdo ofensivo depende de ordem judicial, de modo que a notificação extrajudicial feita pelo interessado não gera o dever jurídico de retirada do material considerado lesivo.⁵⁰⁴

Há, todavia, exceções à regra de reserva de jurisdição. Independentemente de determinação judicial, o provedor poderá remover o conteúdo que contrarie seus termos de uso. Além disso, o art. 21 do Marco Civil da Internet prevê que, se após o recebimento da notificação pelo interessado sobre a divulgação de vídeos ou outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, o provedor responderá subsidiariamente pela lesão aos direitos da personalidade, caso deixe de realizar, de forma diligente e no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. Nesse caso, independentemente de ordem judicial, o provedor deve remover o conteúdo lesivo após o recebimento da notificação enviada pelo interessado, a fim de coibir a exposição pornográfica não consentida.

Nessa linha, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:⁵⁰⁵

4. A atividade dos provedores de busca, por si própria, pode causar prejuízos a direitos de personalidade, em razão da capacidade de limitar ou induzir o acesso a determinados conteúdos. 5. Como medida de urgência, é possível se determinar que os provedores de busca retirem determinados conteúdos expressamente indicados pelos localizadores únicos (URLs) dos resultados das buscas efetuadas pelos usuários, especialmente em situações que: (i) a rápida disseminação da informação possa agravar prejuízos à pessoa; e (ii) a remoção do conteúdo na origem possa necessitar de mais tempo que o necessário para se estabelecer a devida proteção à personalidade da pessoa exposta. 6. Mesmo em tutela de urgência, os provedores de busca não podem ser obrigados a executar monitoramento prévio das informações que constam nos resultados das pesquisas. 7. A "exposição pornográfica não consentida", da qual a "pornografia de vingança" é uma espécie, constitui uma grave lesão aos direitos de personalidade da pessoa exposta indevidamente, além de configurar uma grave forma de violência de gênero que deve ser combatida de forma contundente pelos meios jurídicos disponíveis. 8. A única exceção à reserva de jurisdição para a retirada de conteúdo infringente da internet, prevista na Lei 12.965/2014, está relacionada a "vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado", conforme disposto em seu art. 21 ("O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo"). Nessas circunstâncias, o provedor passa a ser subsidiariamente responsável a partir da notificação extrajudicial formulada pelo particular interessado na remoção desse conteúdo, e não a partir da ordem judicial com esse comando. 9. Na hipótese em julgamento, a

⁵⁰⁴ TEFFÉ, Antonia Chiara Sapaccini. Direito à imagem na internet: estudo sobre o tratamento do Marco Civil da Internet para os casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, vol. 15, p. 93-127, abr./jun., 2018.

⁵⁰⁵ STJ, REsp nº 1.679.465/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/03/2018.

adolescente foi vítima de "exposição pornográfica não consentida" e, assim, é cabível para sua proteção a ordem de exclusão de conteúdos (indicados por URL) dos resultados de pesquisas feitas pelos provedores de busca, por meio de antecipação de tutela.

O art. 21 do Marco Civil da Internet não fixa prazo para que o provedor remova o conteúdo lesivo após ser notificado. Cabe ao juiz, portanto, avaliar a atuação do provedor, imputando-lhe responsabilidade no caso de omissão.⁵⁰⁶ Contudo, a disposição legal deve ser criticada. Não se trata de responsabilidade subsidiária, mas sim de responsabilidade própria e direta, já que decorre da omissão do provedor que, mesmo após ter sido notificado do fato danoso, não remove o conteúdo ofensivo do ambiente virtual.⁵⁰⁷

Percebe-se, assim, que a tutela reintegratória é um importante instrumento de proteção dos direitos da personalidade, na medida em que permite a eliminação do ato ilícito da realidade, inclusive no ambiente virtual, no qual se revela frequente a prática de atos lesivos à integridade moral e psíquica da pessoa humana.

4.5. A (des)necessidade de demonstração de dano ou culpa para a concessão das tutelas inibitória e reintegratória

Consoante a parte final do parágrafo único do art. 497 do Código de Processo Civil, a concessão de tutela inibitória e reintegratória (de remoção do ilícito) não depende da demonstração de dano ou culpa (*lato sensu*). Nota-se, portanto, que as tutelas inibitória e reintegratória são voltadas contra o ato ilícito, e não tendo por objetivo o ressarcimento de prejuízos.

Frequentemente, é impossível separar, cronologicamente, o ato ilícito do dano. Em regra, o dano ocorre quando da violação do direito, ou seja, simultaneamente ao ato ilícito. Pontes de Miranda adverte, todavia, que a prática de ato ilícito não produz, necessariamente, dano.⁵⁰⁸ Conforme esclarece Francisco Amaral, o dano é “o prejuízo decorrente de uma lesão

⁵⁰⁶ TEFFÉ, Antonia Chiara Sapaccini. Direito à imagem na internet: estudo sobre o tratamento do Marco Civil da Internet para os casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, vol. 15, p. 93-127, abr./jun., 2018

⁵⁰⁷ SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Direito & internet III: Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014)*. t. II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 296. Em sentido similar: ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Responsabilidade civil dos provedores de Internet e a proteção da imagem. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 80, out. 2017. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao080/Leonardo_Zanini.html>. Acesso em: 10 fev. 2019.

⁵⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo LIII. Direitos das Obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 262.

a bem jurídico, do que nasce uma obrigação de indenizar”.⁵⁰⁹ No mesmo sentido, Fernando Noronha aduz que o dano é o prejuízo que resulta da lesão a bem jurídico, e não a violação do direito em si.⁵¹⁰ O *ato ilícito* é a conduta contrária ao direito, independentemente da ocorrência de dano; ao passo que o *dano* é requisito para o dever de ressarcir prejuízos, mas não para a configuração do ato ilícito.⁵¹¹

Portanto, ato ilícito e dano não se confundem, de modo que não há correlação necessária entre ato ilícito e dever de ressarcir prejuízos.⁵¹² Pode haver ato ilícito sem que surja o dever de reparar danos. Nessa direção, Fredie Didier Jr. *et al.* afirmam que, em diversas situações, pode haver ato ilícito sem dano, não surgindo, portanto, o dever de indenizar prejuízos, como, por exemplo: (i) quando o motorista dirige acima da velocidade permitida, há ato ilícito, mas não necessariamente dano; e (ii) quando a sociedade empresária desenvolve suas atividades com o prazo de autorização de funcionamento vencido, ocorre ato ilícito, mas não necessariamente dano.⁵¹³

Como o parágrafo único do art. 497 do Código de Processo Civil dispensa a demonstração de culpa e dano para a concessão das tutelas contra o ilícito (inibitória e reintegratória), é preciso cotejá-lo com o art. 186 do Código Civil, segundo o qual a culpa e o dano são elementos constitutivos do ato ilícito.

Analisando o art. 186 do Código Civil, Fernando Noronha explica que “a referência ao dano extrapola a noção de ato ilícito: não é sempre que os atos ilícitos causam danos”.⁵¹⁴ Nesse sentido, o autor afirma que o ato ilícito deve ser compreendido em duas acepções: (i) acepção ampla (ou ilicitude objetiva), pela qual o ato ilícito significa “qualquer ação humana que não seja conforme com o direito”,⁵¹⁵ ou seja, qualquer ato proibido pela ordem jurídica; e (ii) acepção restrita (ou ilicitude subjetiva), pela qual o ato ilícito compreende somente “as ações de violação de direitos de outrem que sejam subjetivamente reprováveis: são as ações

⁵⁰⁹ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, 587.

⁵¹⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 579-580.

⁵¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção. Art. 497, parágrafo único, CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 24-28. Na mesma direção: NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 382 e 495.

⁵¹² A esse respeito, Thiago Rodovalho entende que a “posição doutrinária de atrelar a concepção de ato ilícito necessariamente à culpa ou ao dano decorre, em grande parte, da indevida correlação necessária que fazem entre ato ilícito e responsabilidade civil” (RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 182-183).

⁵¹³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. Vol. 5. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 569-572.

⁵¹⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 382.

⁵¹⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 383.

ofensivas de direitos alheios, proibidas pela ordem jurídica e imputáveis a uma pessoa, de que se possa afirmar ter procedido de forma intencional ou meramente culposa (cf. art. 186)”.⁵¹⁶

O autor esclarece que, ao exigir a presença de culpa e dano, o art. 186 do Código Civil trata, apenas e especificamente, da acepção restrita do ato ilícito, isto é, da ilicitude subjetiva.⁵¹⁷ Aduz, ainda, que a acepção restrita do ato ilícito – prevista no art. 186 – tem especial relevo no campo da responsabilidade civil, em que se exige culpa e dano para que exista o dever de indenizar (*caput* do art. 927 do Código Civil), exceto nos casos de responsabilidade objetiva – na qual se dispensa o elemento culpa (parágrafo único do art. 927). Assim, o autor entende que, ao incluir a culpa e o dano como elementos do ato ilícito, o art. 186 do Código Civil cuida de sua acepção restrita, que se relaciona com o dever de ressarcimento de prejuízos.⁵¹⁸

Em sentido semelhante, Thiago Rodovalho afirma que a culpa e o dano não integram, necessariamente, o suporte fático do ato ilícito, de modo que pode haver ato ilícito *com ou sem culpa* e ato ilícito *com ou sem dano*. Para o autor, o raciocínio de que o ato ilícito só se configura com dano e culpa é verdadeiro quando se analisa apenas o art. 186 do Código Civil, que insere, em seu suporte fático, esses dois elementos para a caracterização dessa modalidade de ato ilícito. Isso não significa, todavia, que todo e qualquer ato ilícito só se configura quando estiverem presentes, conjuntamente, os elementos culpa e dano, como se o ordenamento não previsse ato ilícito sem culpa ou ato ilícito sem dano. O autor entende, dessa forma, que o ato ilícito deve ser considerado gênero, do qual são espécies: (i) atos ilícitos subjetivos, com culpa e dano (art. 186 do Código Civil); (ii) atos ilícitos aferidos objetivamente, isto é, sem culpa, mas com dano (parágrafo único do art. 927 do Código Civil); e (iii) atos ilícitos objetivos, que se configuram sem culpa e dano.⁵¹⁹

A partir desses referenciais teóricos, pode-se afirmar que, diferentemente do art. 186 do Código Civil, o parágrafo único do art. 497 do Código de Processo Civil se refere ao ato ilícito em acepção ampla (ilicitude objetiva ou ato ilícito objetivo), na medida em que dispensa a demonstração de dano ou culpa para evitar e eliminar atos contrários ao direito, proibidos pela ordem jurídica.

Não há, portanto, incompatibilidade entre os dispositivos legais analisados. Enquanto o art. 186 do Código Civil cuida do ato ilícito em acepção restrita (ou ilicitude subjetiva) e se

⁵¹⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 383-384.

⁵¹⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 384.

⁵¹⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 385.

⁵¹⁹ RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 181-182.

relaciona com o dever de ressarcir prejuízos, o parágrafo único do art. 497 da legislação processual trata do ato ilícito em acepção ampla (ou ilicitude objetiva), já que, além de não se relacionar com a reparação de prejuízos, dispensa a existência de dano e culpa para a prestação das tutelas inibitória e de remoção do ato ilícito.

As tutelas ressarcitórias – indenizatória, compensatória e restauratória – é que são destinadas à reparação e à compensação de danos. Diversamente, as tutelas inibitória e reintegratória não são direcionadas ao ressarcimento de prejuízos, mas, sim, voltadas contra a ilicitude objetiva do ato, de modo que, para a obtenção de ambas, é dispensável a demonstração de dano ou culpa, conforme expressamente previsto na parte final do parágrafo único do art. 497 do Código de Processo Civil.

Quando se coloca o dano como condição para a configuração do ato ilícito, ignora-se que o ato ilícito pode ser evitado e eliminado por tutelas que não são ressarcitórias de prejuízos, tais como a tutela inibitória e a tutela reintegratória.⁵²⁰ Com a distinção entre ato ilícito e dano, é possível perceber que os atos ilícitos, contrários ao direito, devem ser evitados e eliminados, ainda que não venham a causar danos.

Nesse sentido, Alessandra Bellelli esclarece a distinção entre ato ilícito e dano, defendendo que o ato ilícito deve ser evitado por instrumentos que não se destinam ao ressarcimento de prejuízos:⁵²¹

Il danno realizza soltanto la consumazione dell'illecito e può anche mancare, pur essendo avvenuta la violazione della norma: la valutazione della situazione, in termini di disformità dal diritto oggettivo, non è legata all'esistenza del danno e al suo risarcimento. Né può ritenersi che l'azione, attraverso cui il danno viene arrecato, diventi anti-giuridica solo dopo che il pregiudizio si sia realizzato, al contrario, l'anti-giuridicità del comportamento lesivo risulta ancor prima che un danno abbia a verificarsi e a prescindere da esso. I due elementi, anti-giuridicità e

⁵²⁰ Nesse sentido, Judith Martins-Costa sustenta que pode haver ato ilícito sem dano, argumentando que: “Ao se tomar o dano com condição do ilícito, não se permitia, outrossim, perceber a existência de ilícitos combatidos por outras formas de tutela que não a ressarcitória, tais quais as tutelas de remoção do ilícito, ‘tutelas específicas’ [...]” (MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 72).

⁵²¹ BELLELLI, Alessandra. L’inibitoria come strumento generale di tutela contro l’illecito. *Rivista di Diritto Civile*. Padova, anno L, n. 5, p. 616, lug./ago., 2004. Em tradução livre: “O dano realiza apenas a consumação do ilícito e pode também não ocorrer, mesmo tendo acontecido a violação da norma: a avaliação da situação, em termos de desconformidade com direito objetivo, não é ligada à existência do dano e ao seu ressarcimento. Nem pode se considerar que a ação, através da qual o dano é causado, torna-se antijurídica somente depois que o prejuízo tenha ocorrido, ao contrário, a antijuridicidade do comportamento lesivo resulta ainda antes que um dano tenha se verificado e prescinde do mesmo. Os dois elementos, antijuridicidade e dano, são, entre eles, ontologicamente distintos e somente no fato ilícito danoso encontram uma necessária coexistência. Portanto, se a relevância da antijuridicidade não se limita à hipótese na qual um dano seja produzido, o ilícito não coincide com o fato ilícito danoso e deve ser impedido através de um instrumento, diferente daquele ressarcitório, realizável na tutela dos interesses privados juridicamente merecedores de proteção, que sejam lesados ou ameaçados”.

danno, sono tra essi ontologicamente distinti e soltanto nel fatto illecito dannoso vedono una loro necessaria compresenza. Pertanto, se la rilevanza dell'antigiuridicità non si limita all'ipotesi in cui un danno venga prodotto, l'illecito non coincide con il fatto illecito dannoso e va impedito attraverso uno strumento, diverso da quello risarcitorio, esperibile a tutela degli interessi privati giuridicamente meritevoli di protezione, che siano lesi o minacciati.

Assim, para a obtenção das tutelas inibitória e reintegratória, não é necessária a demonstração de dano, embora a probabilidade da ocorrência de prejuízo possa ser alegada para dar mais evidência à probabilidade da ocorrência de ato ilícito.

Destaca, a propósito, Luiz Guilherme Marinoni:⁵²²

[...] imaginou-se que a lei, por obrigar quem comete um dano a indenizar, não diferenciava ilícito de dano, ou melhor, considerasse o dano como elemento essencial e necessário da *fattispecie* constitutiva do ilícito. Entretanto, o dano não é uma consequência necessária do ato ilícito. O dano é requisito indispensável para o surgimento da obrigação de ressarcir, mas não para a constituição do ilícito. [...] Ora, se o dano não é elemento constitutivo do ilícito, podendo este último existir independentemente do primeiro, não há razão para não se admitir uma tutela que leve em consideração apenas o ilícito, deixando de lado o dano. [...]. Embora a probabilidade do ilícito possa constituir a probabilidade do próprio dano, já que muitas vezes é impossível separá-los cronologicamente, para a obtenção da tutela inibitória não é necessária a demonstração de um dano futuro, embora ele possa ser invocado até mesmo para se estabelecer com mais evidência a probabilidade do ato contrário ao direito.

Destarte, para a concessão de tutela inibitória, basta que exista a ameaça da prática, da reiteração ou da perpetuação do ato ilícito; e para a prestação de tutela reintegratória, é suficiente a demonstração de que o ato ilícito foi consumado, estando os seus efeitos presentes na realidade. Em ambos os casos, contudo, não é necessário demonstrar a existência de dano ou culpa.

Nessa linha, Sérgio Cruz Arenhart ressalta que, embora seja comum que o ato ilícito se evidencie pelo dano produzido, não há identidade entre ambos, de forma que, para o cabimento da tutela inibitória, é desnecessário alegar o dano eventualmente temido, bastando que se demonstre o receio da ocorrência do ato contrário ao direito, para que seja eliminado o risco ou ameaça de violação do bem jurídico que se quer proteger.⁵²³

Assim, ao dispensar a demonstração de dano para a concessão da tutela inibitória, o parágrafo único do art. 497 do Código de Processo Civil se coaduna com a tendência da responsabilidade civil contemporânea, que, além da reparação de prejuízos, se preocupa com

⁵²² MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela contra o ilícito (art. 497, parágrafo único, do CPC/2015). *Revista de Processo*. São Paulo, Vol. 245, p. 313-329, jul., 2015.

⁵²³ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 154.

a prevenção de atos ilícitos. Trata-se da função preventiva da responsabilidade civil, segundo a qual é preciso evitar a ocorrência de atos ilícitos, eliminando riscos e ameaças de lesão, e não somente ressarcir danos.⁵²⁴

Com relação à desnecessidade de demonstração de dano para a prestação de tutela de remoção do ato ilícito, escreve Luiz Guilherme Marinoni:⁵²⁵

[...] há ilícito que, já praticado, reclama tutela jurisdicional independentemente do dano. A conduta ilícita pode produzir efeito concreto que não significa dano, mas a realidade que a norma proíbe para que o dano não se configure. Nesse caso o ilícito não se exaure com a prática da conduta contrária à norma; o ilícito, visto como realidade concreta que se desliga da conduta humana, tem eficácia continuada. Por conta dessa eficácia continuada do ilícito, torna-se necessária tutela jurisdicional voltada a remover os seus efeitos concretos. Perceba-se que esta forma de tutela jurisdicional não se destina a inibir o ilícito, uma vez que o ilícito já foi praticado, mas também não se dirige contra o dano. A tutela jurisdicional se destina a remover ou a eliminar a realidade concreta que a norma proíbe para que o dano não ocorra. [...]. Mais claramente: trata-se de tutela não preocupada em ressarcir um dano, para o que o critério da culpa ou do dolo é importante, mas de tutela destinada a remover os efeitos concretos de um ato contrário ao direito. [...]. A tutela de remoção do ilícito objetiva remover ou eliminar a causa do eventual dano. A tutela pressupõe apenas a transgressão de um comando jurídico, pouco importando se o interesse privado tutelado pela norma foi efetivamente lesado ou se ocorreu um dano.

Alguns exemplos ajudam a evidenciar que não é necessária a demonstração de dano para a concessão das tutelas inibitória e reintegratória. Se a imagem de uma pessoa está sendo indevidamente utilizada em propaganda comercial, a concessão de tutela inibitória para cessar a divulgação da publicidade não depende da ocorrência de dano, bastando que o titular do direito da personalidade demonstre a ilicitude do ato.

Da mesma forma, se o autor pretende obter apenas tutela inibitória para evitar a veiculação de notícia lesiva à sua honra, não é necessária a demonstração de dano, revelando-se bastante a comprovação da ilicitude objetiva do ato que se pretende evitar, ou seja, da existência de ameaça a direito, embora o prejuízo possa ser invocado para dar mais evidência à probabilidade de ocorrência do ato ilícito.

⁵²⁴ A respeito da função preventiva da responsabilidade civil, adverte Anderson Schreiber: “[...] o certo é que precaução, prevenção e todas as técnicas de administração de risco partem do princípio de que a potencial lesão a um interesse tutelado deve ser objeto de controle, tanto quanto a lesão em si. A rigor, a preocupação com os riscos de lesão já, há muito, ocupa o pensamento do direito civil-constitucional, para o qual a tutela dos interesses fundados em valores constitucionais não se limita a uma tutela de tipo negativo clássico, destinada a reprimir sua lesão, mas abrange também uma tutela negativa preventiva ou inibitória, no sentido de evitar situações potencialmente lesivas a tais interesses, bem como uma tutela positiva, comprometida em promover a sua máxima realização” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 229).

⁵²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela contra o ilícito (art. 497, parágrafo único, do CPC/2015). *Revista de Processo*. São Paulo, Vol. 245, p. 313-329, jul., 2015.

Outro exemplo: para a concessão de tutela reintegratória destinada à exclusão do nome de uma pessoa dos cadastros de proteção ao crédito, é suficiente a demonstração de que a dívida já estava adimplida, com o que se comprova a ilegalidade do ato de negativação, sendo prescindível, portanto, que o autor comprove a ocorrência de dano. Nessa hipótese, embora os prejuízos extrapatrimoniais se configurem *in re ipsa*,⁵²⁶ a demonstração da ilicitude do ato é o bastante para que a tutela reintegratória seja prestada, com a remoção do nome da pessoa do cadastro de inadimplentes. O prejuízo é essencial para a concessão de tutela ressarcitória, não sendo necessário, porém, para a prestação da tutela que se destina tão somente à remoção do ato ilícito da realidade, com a exclusão da negativação.

Ademais, para a obtenção das tutelas contra o ato ilícito, também é dispensável a demonstração de culpa ou dolo do réu, consoante dispõe a parte final do parágrafo único do art. 497 do Código de Processo Civil. Nos casos em que se busca a tutela ressarcitória para fins de indenização ou compensação do dano, a conduta culposa ou dolosa é pressuposto para que exista o dever de indenizar, com exceção das hipóteses de responsabilidade objetiva.

Entretanto, as demandas inibitória e reintegratória não se destinam ao ressarcimento de dano; pelo contrário, são voltadas contra o ato ilícito e seus efeitos concretos, de modo que o dano, a culpa e o dolo não precisam integrar a causa de pedir de tais demandas.⁵²⁷

Logo, nas demandas em que o autor busca apenas a concessão de tutela inibitória ou reintegratória, ou seja, em que não há pedido de ressarcimento de prejuízos, a culpa, o dolo e o dano não devem ser perquiridos pelo juiz, tampouco questionados pelo réu.

A propósito, sustenta Luiz Guilherme Marinoni:⁵²⁸

⁵²⁶ Nessa linha, dispõe o enunciado da Súmula nº 403 do Superior Tribunal de Justiça: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais” (STJ, Súmula 403, Segunda Seção, julgado em 28/10/2009). Antonio Junqueira de Azevedo divide o dano em *dano-evento*, considerado como a lesão a algum bem, e *dano-prejuízo*, que é a consequência dessa lesão (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Cadastros de restrição ao crédito. Conceito de dano moral. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 291). A partir da distinção feita pelo autor, pode-se afirmar que, para que exista o dever de indenizar os danos moral e patrimonial por violação à imagem, o Superior Tribunal Justiça dispensa apenas a comprovação do dano-prejuízo, sendo necessário, todavia, demonstrar o dano-evento, isto é, a lesão ao bem jurídico.

⁵²⁷ A respeito da causa de pedir das demandas inibitórias, destaca Joaquim Felipe Spadoni: “Em suma, a causa de pedir da ação inibitória consiste na demonstração da ameaça do ato tido como antijurídico e na demonstração do dever do réu de não praticá-lo, em respeito ao direito do autor. É a ameaça do ato e a caracterização deste como contrário à ordem jurídica que fundamentam o pedido de tutela inibitória” (SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação prevista no art. 461 do CPC*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 101).

⁵²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*. Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 28-29. Em outro trabalho, o autor afirma na mesma direção: “[...] as ações inibitória e de remoção do ilícito se dirigem contra o ato contrário ao direito, e assim não têm entre seus pressupostos o dano e o elemento subjetivo (culpa ou dolo), relacionados à imputação ressarcitória. O art. 497, parágrafo único, do CPC registra exatamente essa situação, deixando claro que, para a concessão das tutelas inibitória e de remoção do ilícito, ‘é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo’. Assim, a não ser nos casos em que se teme um ilícito que se identifica

[...] dentro da noção de ilícito antes delineada, que se afasta da ideia de dano, não há razão para se cogitar sobre culpa ou dolo. De lado a responsabilidade objetiva, o ato do homem é fonte da obrigação de ressarcir porque é culposos ou doloso. Esses elementos constituem critérios para a imputação da sanção ressarcitória. [...]. O dano e, por consequência, a culpa e o dolo não integram a causa de pedir das ações contra o ilícito. Não estão presentes não só na causa de pedir da ação inibitória – voltada contra o ilícito futuro –, mas também na causa de pedir da ação de remoção do ilícito. Com efeito, quando se deixa claro que a tutela de remoção do ilícito visa eliminar o ilícito, e assim não tem relação com o dano, esclarece-se, igualmente, que esse tipo de tutela, à semelhança da tutela inibitória, não tem entre os seus pressupostos a culpa ou o dolo. [...]. O juiz, para prestar tutela de remoção, não precisa, nem pode, indagar sobre culpa ou dolo. A culpa ou o dolo não apenas não precisam ser alegados; não podem ser questionados pelo réu e investigados pelo juiz.

Especificamente no que se refere à tutela inibitória, esclarece Joaquim Felipe Spadoni:⁵²⁹

Na ação inibitória, o que pretende o autor não é a reparação pelos danos causados; não é a aplicação de sanção a uma conduta moralmente reprovável do réu. O que se pretende é o cumprimento exato e específico da prestação devida, é a conduta do réu na forma em que está prescrita na norma jurídica que regula determinada relação existente entre as partes que têm os seus interesses agitados em juízo, ou ainda a obtenção de resultado prático equivalente ao adimplemento, que assegure ao autor que tem razão a fruição *in natura* de seu direito judicialmente reconhecido. Por isso, o ato que poderá não se realizar em razão da concessão de uma tutela inibitória não necessita ser um ato danoso e culposos. A culpa e o dano são absolutamente irrelevantes para fins de concessão da tutela inibitória, seja em sentença, seja em decisão liminar.

Assim, no caso de concessão de tutela inibitória para a proteção dos direitos da personalidade, não há necessidade de dilação probatória para a demonstração de dano ou culpa, de forma que a tutela pode ser prestada de modo célere, adequado e efetivo, preservando-se a incolumidade de tais direitos.⁵³⁰

Além disso, também não é necessário demonstrar culpa ou dano para a prestação de tutela inibitória e reintegratória contra o abuso de direito. O art. 187 do Código Civil diz,

cronologicamente com o dano, o autor não deve e não precisa invocar dano para obter a tutela inibitória. De outro lado, no caso de ação de remoção, existindo regra estabelecendo um ilícito, a invocação da violação da norma é suficiente para permitir a remoção do ilícito de eficácia continuada” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 190-191).

⁵²⁹ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação prevista no art. 461 do CPC*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 60-61.

⁵³⁰ Nessa linha, destaca Sérgio Cruz Arenhart: “[...] a desnecessidade de culpa para a formulação da lesão e para a concessão da tutela dos direitos da personalidade é, sem dúvida, elemento importantíssimo, e que pode, com maior presteza, informar a tutela adequada a tais direitos. Com este elemento em mãos, tem-se a possibilidade de desenhar uma tutela específica, muito mais célere e objetiva, onde se extirpa a necessidade de dilação probatória para a procedência da demanda, ao menos em sua maior parcela, que diz com a necessidade de prova do dano e da culpa” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 71).

expressamente, que o ato abusivo é um ato ilícito.⁵³¹ De acordo com Judith Martins-Costa, o abuso de direito se configura no exercício desmedido de direitos subjetivos, direitos potestativos, faculdades, poderes, liberdades e pretensões, tratando-se, pois, de uma ilicitude no modo de exercício de posições jurídicas subjetivas.⁵³²

Em sentido similar, Thiago Rodovalho defende que o abuso de direito deve ser entendido como o “exercício abusivo das posições jurídicas ativas”, caracterizando-se quando o sujeito exerce essa posição de forma contrária à finalidade prevista na norma ou quando a exerce de modo contrário à boa-fé.⁵³³

Na literatura jurídica, prevalece o entendimento de que o art. 187 do Código Civil adotou a teoria objetiva ou finalística, pela qual o abuso de direito resta objetivamente caracterizado quando uma posição jurídica ativa é exercida fora dos limites da norma, não sendo necessário investigar se o agente atuou com dolo ou culpa.⁵³⁴ De acordo com essa teoria, o abuso de direito ocorre na contrariedade entre a conduta humana e o fim pretendido pela ordem jurídica, não importando a intenção do agente.⁵³⁵

Pode haver, portanto, abuso de direito sem culpa. Nessa linha, prevê o Enunciado nº 37 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

⁵³¹ NERY JR., Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 2ª ed. em e-book baseada na 12ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, s./p.

⁵³² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 669-670.

⁵³³ RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 118-119.

⁵³⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 394; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 667; CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no Código Civil de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 423-442; NERY JR., Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 2ª ed. em e-book baseada na 12ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, s./p.; RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 118-119. Em sentido contrário, Humberto Theodoro Junior defende que o art. 187 do Código Civil adotou a teoria subjetiva, exigindo culpa *lato sensu* para a configuração do abuso de direito: “Nosso direito positivo atual não dá ensejo a dúvidas: adotou claramente a orientação preconizada pela teoria subjetivista do abuso de direito. Primeiro definiu o ato ilícito absoluto, um fato humano integrado pelo elemento subjetivo (culpa) (art. 186). Em seguida qualificou, de forma expressa, o exercício abusivo de direito como um ato ilícito (art. 187). [...] Ora, se declaradamente o abuso é um ato ilícito e se, em sua descrição legal não se aponta para um elemento subjetivo especial, este haverá de ser aquele que o próprio Código já definiu para o ato ilícito, em geral, no art. 186. Vale dizer, sendo o abuso de direito uma sorte de ato ilícito, seu elemento subjetivo é a culpa *lato sensu* [...]”. (THEODORO JR. Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. III, t. II: dos atos jurídicos lícitos, dos atos jurídicos ilícitos, da prescrição e da decadência. 3ª ed. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 118-127).

⁵³⁵ CARVALHO NETO, Inácio. *Abuso do direito*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 83.

Também pode ocorrer abuso de direito sem dano. O exercício abusivo de posições jurídicas ativas nem sempre causa prejuízo, de modo que o abuso de direito não está necessariamente vinculado ao dever de ressarcir danos, função precípua da responsabilidade civil.⁵³⁶ Nesse sentido, asseveram Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior: “O ato abusivo pode, até, não causar dano e nem por isso deixa de ser abusivo”.⁵³⁷ O abuso de direito, portanto, pode ser coibido independentemente de dano.

Dispõe, a propósito, o Enunciado nº 539 do Conselho da Justiça Federal, aprovada na VI Jornada de Direito Civil: “O abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano”.

Assim, para se obter tutela inibitória ou reintegratória contra o abuso de direito, não é necessário demonstrar culpa ou dano. Imagine-se, por exemplo, que A utilizou uma rede social para efetuar cobrança de dívida contra B, publicando uma mensagem no perfil do devedor, cujo acesso é aberto a todos os usuários. Embora a dívida exista e o credor tenha o direito de cobrá-la, o exercício da posição jurídica ativa se deu de forma abusiva, excedendo os limites impostos pelo art. 187 do Código Civil. Diante dessa cobrança, B postula as seguintes tutelas: *inibitória*, para determinar que A se abstenha de realizar novas cobranças em seu perfil da rede social, sob pena de multa; *reintegratória*, para que o conteúdo relativo à cobrança seja removido do ambiente virtual; e *ressarcitória-compensatória* de dano moral, mediante entrega de pecúnia.

Nesse caso, para a concessão das tutelas inibitória e reintegratória, o juiz não precisa investigar se houve culpa ou dano, bastando que se convença da ilicitude no modo de exercício da posição jurídica ativa de cobrança. O prejuízo extrapatrimonial é imprescindível para a prestação da tutela ressarcitória-compensatória, sendo desnecessário, todavia, para a inibição e a remoção do ato ilícito, já que tais tutelas se voltam contra a ilicitude objetiva do ato, não se destinando ao ressarcimento de danos.

Dessa maneira, nas tutelas contra o ato ilícito em acepção ampla – incluindo o abuso do direito –, a culpa, o dolo e o dano são irrelevantes, sendo suficiente a demonstração da ilicitude objetiva do ato que se pretende evitar (inibitória) ou a permanência do ato ilícito na realidade concreta (reintegratória).

⁵³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 68-76; RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p 182-183.

⁵³⁷ NERY JR., Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 2ª ed. em e-book baseada na 12ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, s./p.

A desnecessidade de demonstração de culpa e dano gera duas consequências relevantes, permitindo que, por meio das tutelas inibitória e reintegratória, os direitos da personalidade sejam protegidos de forma célere, adequada e efetiva. Essas consequências são as seguintes: (i) o objeto da cognição judicial, no plano horizontal, fica limitado à averiguação da ilicitude do ato, não havendo necessidade de se perquirir sobre dano, dolo ou culpa; e (ii) na hipótese de cumulação de tutelas, os pedidos de tutela inibitória e reintegratória podem ser julgados antes do pedido de tutela ressarcitória de dano, desde que presentes os requisitos do art. 356, I e II, do Código de Processo Civil.

Com relação à primeira consequência, Kazuo Watanabe afirma que a cognição é, prevalentemente, um ato de inteligência, pelo qual são consideradas, analisadas e valoradas as alegações e as provas produzidas pelas partes, ou seja, as questões de fato e de direito deduzidas no processo. O resultado desse ato consistirá no alicerce do julgamento do objeto litigioso do processo (fundamento do *judicium*).⁵³⁸

Segundo o autor, a cognição pode ser vista em dois planos distintos. No plano *horizontal*, relacionado à extensão ou amplitude, a cognição pode ser *plena* ou *limitada* (parcial), recaindo sobre os pressupostos processuais, as condições da ação e o mérito. No plano *vertical*, a cognição é classificada de acordo com o seu grau de profundidade, podendo ser *exauriente* (completa) ou *sumária* (incompleta):⁵³⁹

Plano	Cognição
Horizontal	Plena ou limitada (parcial)
Vertical	Exauriente ou sumária

Como destaca Kazuo Watanabe, a solução definitiva do conflito de interesses é, em linha de princípio, buscada por provimento fundado em cognição *plena* e *exauriente*. Essa solução ocorre em procedimento *plenário* quanto à extensão do debate das questões e *completo* quanto à profundidade da cognição.⁵⁴⁰

No entanto, podem ser realizadas outras formas de combinação de cognições, em vários procedimentos ou fases de procedimentos, tais como: cognição limitada (parcial) e exauriente; procedimento ou fase de procedimento de cognição plena e exauriente *secundum*

⁵³⁸ WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

⁵³⁹ WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 79-113 e 118-119.

⁵⁴⁰ WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.

eventum probationis; cognição eventual, plena ou limitada e exauriente; cognição sumária ou superficial, cognição rarefeita *etc.*⁵⁴¹

Para os fins dessa pesquisa, é importante destacar como ocorre a cognição *limitada* (parcial) e *exauriente*, considerando que a legislação processual dispensa o dano e a culpa para a concessão das tutelas contra o ato ilícito (inibitória e reintegratória). Esse tipo de cognição tem duas características. No plano horizontal, há limitação quanto à amplitude das questões debatidas entre os sujeitos do processo e, conseqüentemente, da cognição judicial. No plano vertical, porém, não há limitação quanto ao objeto cognoscível.⁵⁴² Fala-se, pois, em cognição limitada no plano horizontal e exauriente no plano vertical.

Ao dispensar a demonstração de dano e culpa para a concessão das tutelas inibitória e reintegratória, o parágrafo único do art. 497 do Código de Processo Civil limita o objeto da cognição no plano horizontal, de modo que o juiz deve investigar apenas acerca da ilicitude objetiva do ato, não havendo necessidade de se perquirir sobre a ocorrência de prejuízo, tampouco sobre a culpabilidade do réu. Em outros termos, para a concessão das tutelas inibitória e reintegratória, o autor não precisa demonstrar dano ou culpa, tampouco o juiz deve investigar tais elementos,⁵⁴³ de forma que, no plano horizontal, a cognição é limitada ao exame da ilicitude objetiva do ato.

No plano vertical, contudo, não há restrição quanto ao exame das alegações de fato e de direito que embasam e contrapõem os pedidos de tutela inibitória e reintegratória, tratando-se, pois, de cognição exauriente.

Além da redução do objeto da cognição no plano horizontal, a desnecessidade de demonstração de dano e culpa provoca outra consequência que pode contribuir para a proteção dos direitos da personalidade de forma tempestiva, adequada e efetiva. Havendo cumulação de tutelas, os pedidos de tutela inibitória e reintegratória podem ser julgados antecipadamente, ou seja, antes do pedido de tutela ressarcitória de prejuízos e/ou do pedido de tutela de exclusão do lucro da intervenção, desde que presentes os requisitos dos arts. 355 e 356 do Código de Processo Civil.

José Rogério Cruz e Tucci afirma que, configurada uma das hipóteses dos arts. 355 e 356 do Código de Processo Civil, o juiz tem o poder-dever de proferir julgamento

⁵⁴¹ WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120-121.

⁵⁴² WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121.

⁵⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela contra o ilícito (art. 497, parágrafo único, do CPC/2015). *Revista de Processo*. São Paulo, Vol. 245, p. 313-329, jul., 2015.

antecipado,⁵⁴⁴ mas deve ter atenção e cuidado na aplicação da norma, para que as decisões antecipadas de mérito não violem as garantias do devido processo legal, especialmente a ampla defesa.⁵⁴⁵ Nesse sentido, Fredie Didier Jr. defende que, em respeito ao princípio da cooperação, o magistrado deve informar previamente às partes sua intenção de julgar antecipadamente o pedido, a fim de se evitar decisão-surpresa e ofensa à garantia da ampla defesa, notadamente pela eventual impossibilidade de produção de alguma prova que seria necessária para a adequada resolução da controvérsia.⁵⁴⁶

De acordo com os incisos I e II dos arts. 355 e 356 do Código de Processo Civil, o julgamento antecipado de um (ou mais de um) dos pedidos formulados pode ocorrer em diversas hipóteses, tais como: (i) quando um dos pedidos se mostrar incontroverso pela aplicação do efeito material da revelia, somada à inexistência de requerimento de produção de provas, ou seja, quando um dos pedidos for incontroverso porque o réu não o contesta, nem postula produção de provas para refutá-lo, e o juiz considera presumidamente verdadeiras as alegações de fato expostas pelo autor (arts. 344, 349 e 373, III, do CPC);⁵⁴⁷ (ii) quando um dos pedidos se mostrar incontroverso porque o seu fato constitutivo foi confessado pelo réu (arts. 336 e 374, II, do CPC);⁵⁴⁸ (iii) quando um dos pedidos se fundar em fatos notórios, que não dependem de produção de prova (art. 374, I, do CPC);⁵⁴⁹ (iv) quando um dos pedidos se mostrar incontroverso pelo reconhecimento de sua procedência (art. 487, III, alínea “a”, do

⁵⁴⁴ Nessa direção, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “O juiz tem o poder-dever de julgar a lide antecipadamente, quando constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento” (STJ, AgRg no AREsp nº 177.142/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 12/08/2014).

⁵⁴⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VII (arts. 318 a 368). In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, José Francisco Naves da (Coords). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 274-275 e 278-281. Na mesma linha: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2018, p. 171-173.

⁵⁴⁶ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 699. Em sentido contrário, dispõe o Enunciado nº 27 da I Jornada de Direito Processual Cível do Conselho da Justiça Federal: “Não é necessário o anúncio prévio do julgamento do pedido nas situações do art. 355 do CPC”.

⁵⁴⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VII (arts. 318 a 368). In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, José Francisco Naves da (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 285.

⁵⁴⁸ YARSHELL, Luiz Flávio; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio; RODRIGUES, Viviane Siqueira. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 334 ao 368*. Vol. V. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ed. em e-book baseada na ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s./p.

⁵⁴⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VII (arts. 318 a 368). In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, José Francisco Naves da (Coords). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 277.

CPC);⁵⁵⁰ (v) quando um dos pedidos estiver em condições de imediato julgamento, não havendo necessidade de produção de outras provas para que sejam apreciados, o que ocorre, por exemplo, quando as provas documentais produzidas na fase postulatória são suficientes, não exigindo dilação probatória,⁵⁵¹ etc.

Analisando os incisos I e II do art. 356 do Código de Processo Civil, Luiz Guilherme Marinoni entende que, havendo cumulação de pedidos de tutela inibitória, de remoção do ato ilícito e ressarcitória, é possível o julgamento antecipado dos pedidos inibitório e de remoção nas seguintes hipóteses: inexistência de contestação; reconhecimento da procedência dos pedidos; e no caso em que os pedidos de inibição e de remoção estiverem em condições de imediato julgamento, ou seja, não for necessária a produção de outras provas para que sejam apreciados, restando para serem esclarecidas apenas as questões referentes ao pedido de tutela ressarcitória do dano.⁵⁵²

Imagine-se, por exemplo, que o nome de um advogado foi indevidamente citado em uma campanha publicitária divulgada nas redes sociais, maculando sua reputação no meio profissional. Na demanda proposta, o profissional postula: *tutela inibitória*, com a imposição de *astreintes*, para que sejam evitadas novas divulgações do seu nome na campanha; *tutela reintegratória*, para que o conteúdo ilícito seja removido da Internet; e *tutela indenizatória* de lucros cessantes, alegando que deixou de celebrar contratos por conta da divulgação indevida de seu nome e da ofensa à sua honra.

Depois do oferecimento da contestação, o juiz intima as partes para a especificação e justificação das provas que pretendem produzir. O autor se diz satisfeito com a prova documental produzida, ao passo que o réu requer a produção de prova pericial contábil, a fim de averiguar se houve lucros cessantes e, em caso afirmativo, apurar o *quantum* indenizatório.

Para o julgamento dos pedidos de tutela inibitória e reintegratória, o juiz precisa averiguar apenas se o ato praticado é ilícito e se há risco de sua repetição. Para apreciar tais pedidos, não há necessidade de verificar se houve culpa ou dano decorrente do ato questionado, tampouco é preciso investigar a quantificação de eventual prejuízo.

⁵⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*. Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 92-93.

⁵⁵¹ YARSHELL, Luiz Flávio; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio; RODRIGUES, Viviane Siqueira. Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 334 ao 368. Vol. V. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ed. em e-book baseada na ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s./p.

⁵⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*. Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 92-93.

Na hipótese suscitada, portanto, não há necessidade de produção de outras provas para a apreciação dos pedidos de tutela inibitória e de remoção do ato ilícito, de modo que é possível julgá-los antecipadamente, deixando o pedido de ressarcimento de danos para ser analisado após a instrução probatória, com fundamento no inciso II do art. 356 do Código de Processo Civil.

O julgamento antecipado de um (ou mais de um) dos pedidos é uma técnica de abreviação da duração do processo,⁵⁵³ solucionando parcialmente o conflito. Assim, para que seja possível a prestação de tutela tempestiva, adequada e efetiva dos direitos da personalidade, é fundamental compreender que ato ilícito e dano não se confundem, admitindo-se o julgamento antecipado dos pedidos de tutela inibitória e reintegratória independentemente de prejuízo, quando verificadas as hipóteses dos incisos I e II do art. 356 do Código de Processo Civil.

Não se deve aceitar que, uma vez demonstrada a ilicitude do ato, o autor tenha que aguardar a instrução probatória para o julgamento da pretensão ressarcitória de danos, enquanto permanecem vivos, na realidade, a ameaça de repetição ou de reiteração do ato ilícito, bem como seus efeitos concretos.⁵⁵⁴ Compreendendo-se a necessária distinção entre ato ilícito e dano, é possível proteger os direitos da personalidade de forma adequada, tempestiva e efetiva.

4.6. A tutela restauratória ou ressarcitória na forma específica

As tutelas inibitória e reintegratória se voltam contra o ato ilícito, não sendo destinadas ao ressarcimento de danos. A tutela inibitória tem por objetivo evitar a prática, a

⁵⁵³ TUCCI, José Rogério Cruz e. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VII (arts. 318 a 368). In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, José Francisco Naves da (Coords). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 274.

⁵⁵⁴ Nessa linha, Luiz Guilherme Marinoni entende que o julgamento antecipado do pedido, seja porque incontroverso, seja pela desnecessidade de produção de outras provas, é essencial para a concretização do acesso à justiça, garantido a prestação de tutela efetiva e tempestiva do direito material: “No estágio em que vive o direito processual, com o realce cada vez maior da importância da efetividade do processo, é praticamente inconcebível que o autor tenha que esperar o tempo necessário à instrução de uma das demandas para ter a outra, que desnecessita de instrução dilatatória, devidamente julgada. Se o direito à tempestividade da tutela jurisdicional é corolário do direito de acesso à justiça e é, portanto, garantido constitucionalmente, o processo civil deve estar predisposto de modo a possibilitar a realização plena e concreta (e não apenas formal) desse direito. Assim, se um direito pode mostrar-se incontroverso, ou evidenciado, no curso de um processo igualmente destinado a investigar a existência de um outro direito que requer instrução dilatatória, é necessário que esse processo seja dotado de técnica que, atuando em seu interior, viabilize a pronta tutela do direito que comporta julgamento imediato. Ora, se o cidadão tem direito à tutela jurisdicional tempestiva e é injusto obrigá-lo a esperar a tutela de um direito que não se mostra mais controvertido, o legislador está obrigado, para atender ao princípio constitucional de acesso à justiça, a estruturar o procedimento de modo a permitir a fragmentação do julgamento dos pedidos” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 162-163).

repetição ou a continuação do ilícito. Por sua vez, a tutela de remoção (ou reintegratória) se destina a promover a eliminação do ato ilícito, extirpando-o da realidade.⁵⁵⁵

Todavia, havendo dano decorrente da violação aos direitos da personalidade, a tutela voltada somente à remoção do ato ilícito será insuficiente, ou seja, incapaz de reparar os prejuízos resultantes do ato contrário ao direito. A tutela reintegratória possibilita a remoção do ato ilícito da realidade, mas não é adequada para viabilizar o ressarcimento de danos, não garantindo, portanto, a recomposição do bem jurídico lesado.

Enquanto a tutela de remoção possibilita apenas a eliminação do ato ilícito da realidade, a tutela ressarcitória tem por objetivo o ressarcimento dos prejuízos decorrentes desse ato, buscando a recomposição do bem jurídico lesado e o retorno à situação que existia antes do dano.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni esclarece a distinção entre tutela reintegratória (ou de remoção do ato ilícito) e tutela ressarcitória do dano:⁵⁵⁶

Para remover o ilícito ou a causa do dano basta restabelecer a situação que era anterior ao ilícito. Dessa maneira ocorrerá a sua supressão, secando-se a fonte capaz de gerar o dano. Contudo, no caso de reparação do dano é preciso corrigir integralmente o estrago provocado pelo fato danoso. O ressarcimento não pode se resumir ao mero restabelecimento da situação anterior à do ilícito. Ressarcir é estabelecer o que deveria existir caso o dano não houvesse ocorrido. O dano deve ser sancionado com a sua integral eliminação, ou mediante a correção da totalidade do prejuízo cometido. Todavia, no caso de mero ilícito, basta a sua supressão, ou melhor, a eliminação da fonte do eventual prejuízo que deve ser reparado.

Assim, se o ato ilícito produzir danos, faz-se necessária a prestação de tutela capaz de restaurar o bem jurídico violado, com a reparação dos prejuízos, objetivando-se o restabelecimento do *status quo ante*, isto é, da situação que havia antes do dano.

O dano pode ser ressarcido de duas formas, sendo possível falar em: (i) tutela ressarcitória pecuniária (ou pelo equivalente monetário), por meio da qual se busca a indenização de prejuízo patrimonial ou a compensação do prejuízo extrapatrimonial, por meio da entrega de pecúnia; e (ii) tutela ressarcitória na forma específica, por meio da qual repara o prejuízo *in natura* ou com a aplicação de medidas não pecuniárias, buscando o retorno ao

⁵⁵⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. Vol. 5. 7ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 574.

⁵⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 189. Em outro trabalho, o autor também explica a diferença entre tutela reintegratória e tutela ressarcitória na forma específica: “A tutela reintegratória, que permite o restabelecimento da situação que era anterior ao ato contrário ao direito, ou ainda que se estabeleça a situação que deveria estar vigorando caso a norma tivesse sido observada, não se confunde com a tutela ressarcitória na forma específica. Nesta última, tendo ocorrido um dano, é necessário estabelecer a situação que existiria caso o dano não houvesse sido praticado” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 69).

estado anterior à lesão e a restauração do bem jurídico violado, como se o dano não houvesse ocorrido.⁵⁵⁷

Nessa linha, Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira entendem que a tutela ressarcitória pode ser pelo equivalente em pecúnia ou na forma específica, afirmando que o direito de resposta ou de retificação é um exemplo de tutela ressarcitória na forma específica:⁵⁵⁸

A tutela ressarcitória pode ser (i) pelo equivalente em pecúnia – o que é a hipótese mais corriqueira –, quando se atribui ao lesado o valor em dinheiro correspondente à diminuição patrimonial sofrida, (ii) ou específica, quando se proporciona ao lesado o estabelecimento da situação que deveria estar vigendo caso o dano não houvesse ocorrido, ou seja, o firmamento do estado de coisas que subsistiria se a lesão não tivesse sido perpetrada – ou, ao menos, o resultado o mais próximo possível disso. [...] Entende-se como ressarcimento na forma específica tanto a reparação *in natura* como a reparação por meio de um meio não pecuniário. Um bom exemplo de tutela ressarcitória específica é o direito de resposta ou retificação, reconhecido ao ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social (art. 1º, Lei n. 13188/2015). A Lei n. 13.188/2015 prevê rito especial para a ação em que se pleiteia esse tipo de tutela específica. Chega, inclusive, a diferenciar a tutela ressarcitória específica da tutela ressarcitória pelo equivalente pecuniário, ao determinar que o pedido indenizatório deve ser formulado em ação própria, pelo procedimento comum (art. 12).

A tutela ressarcitória na forma específica pode se concretizar pela reparação *in natura* do dano⁵⁵⁹ ou pela aplicação de medidas não pecuniárias, com o objetivo de que o bem lesado seja recomposto ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do prejuízo ou que se atinja uma situação mais próxima possível daquela que existia antes da lesão.⁵⁶⁰

Essa tutela também pode ser denominada de *tutela restauratória*. Fala-se em tutela restauratória em razão de sua aptidão para reparar e recompor os interesses existenciais da pessoa humana ao estado anterior à lesão ou atingir uma situação mais próxima daquela que havia antes do dano, por meio de medidas que não envolvem entrega de dinheiro à vítima. Reparar significa “voltar à aparência anterior” (*re+paribus*). É o retorno ao *status quo ante*,

⁵⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 293.

⁵⁵⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. Vol. 5. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 577-578.

⁵⁵⁹ Nessa linha, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino explica que a reparação natural do dano significa que “se deve restituir ao lesado exatamente o mesmo bem extraído do seu patrimônio para que ele seja colocado no estado em que se encontraria caso não tivesse ocorrido o ato ilícito” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34-35).

⁵⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 294.

de modo que se fala em tutela de restauração da dignidade ofendida, com a reparação de prejuízos por medidas não pecuniárias.⁵⁶¹

No âmbito dos direitos da personalidade, a tutela restauratória pode ser definida como tutela jurisdicional destinada à reparação, por meios não pecuniários, dos prejuízos decorrentes da violação dos atributos fundamentais da pessoa humana, buscando a restauração do bem jurídico ofendido e o retorno ao estado anterior à lesão, como se o dano não houvesse ocorrido.

Por meio da tutela restauratória, impõe-se uma obrigação de fazer, destinada ao ressarcimento dos prejuízos decorrentes do ato lesivo aos direitos da personalidade, com o objetivo de se retornar ao estado anterior ao dano. A tutela restauratória não atua com a entrega de quantia monetária, mas, sim, por meios não pecuniários, consubstanciados em obrigações de fazer.

Como exemplos de tutela restauratória destinada à reparação de prejuízos extrapatrimoniais, é possível citar: (i) o direito de resposta ou de retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social – cujo exercício deve se dar nos moldes da Lei nº 13.188/2015 –; e (ii) a retratação pública ou privada.⁵⁶²

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça admite o direito de resposta e a retratação pública como formas de reparação de danos aos direitos da personalidade, entendendo que ambos se tratam de tutela ressarcitória na forma específica:⁵⁶³

[...] 7. O direito de resposta, de esclarecimento da verdade, retificação de informação falsa ou à retratação, com fundamento na Constituição e na Lei Civil, não foi afastado; ao contrário, foi expressamente ressalvado pelo acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. Trata-se da tutela específica, baseada no princípio da reparação integral, para que se preserve a finalidade e a efetividade do instituto da responsabilidade civil (Código Civil, arts. 927 e 944).

No caso julgado, o recorrente, então Senador da República Ronaldo Caiado, requereu tutela restauratória dos direitos da personalidade, por meio de retratação pública, argumentando que o jornalista Fernando Morais (autor do livro “Na Toca dos Leões” – que conta a história da famosa agência de publicidade W/Brasil) e a editora da obra teriam violado

⁵⁶¹ HIBNER, Davi Amaral Hibner; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A tutela dos direitos da personalidade no Brasil e na Itália: questões materiais e processuais. In: II Congresso de Processo Civil Internacional, 2017, Vitória. *Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional*. Vitória: UFES, 2017, v. 1, p. 19.

⁵⁶² HIBNER, Davi Amaral Hibner; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A tutela dos direitos da personalidade no Brasil e na Itália: questões materiais e processuais. In: II Congresso de Processo Civil Internacional, 2017, Vitória. *Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional*. Vitória: UFES, 2017, v. 1, p. 20.

⁵⁶³ STJ, REsp nº 1.440.721/GO, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 11/10/2016.

sua honra, por terem lhe atribuído a declaração de que o maior problema do Brasil seria a superpopulação dos estratos sociais inferiores e que esse problema desapareceria com a adição, à água potável, de um remédio que esterilizaria as mulheres da Região Nordeste.

Com fundamento no princípio da reparação integral do dano, o Superior Tribunal de Justiça manteve o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que havia determinado a publicação de retratação pública em dois jornais de grande circulação, a fim de restaurar a personalidade do ofendido.

Outro exemplo de prestação de tutela restauratória, em que houve a concessão do direito de resposta e de retratação pública, envolveu o então Deputado Federal Jair Messias Bolsonaro e a Deputada Federal Maria do Rosário Nunes.

De acordo com o acórdão proferido nos autos do processo nº 0049968-39.2014.8.07.0001, em um discurso realizado no plenário da Câmara dos Deputados, no dia 09 de dezembro de 2014, Jair Messias Bolsonaro disse que só não estupraria Maria do Rosário Nunes “porque ela não merece”, ofensa que já tinha sido proferida em 2003, quando ambos discutiram em um corredor do Congresso Nacional.

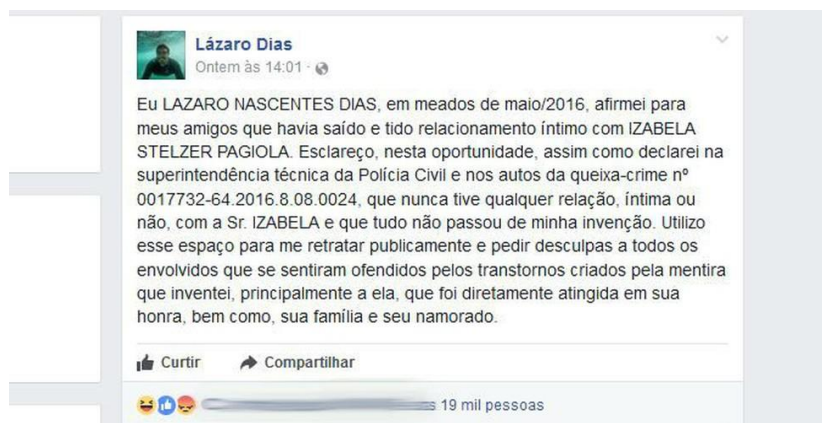
Ainda segundo o acórdão, Jair Messias Bolsonaro reiterou a ofensa em entrevista concedida a um jornal de grande circulação, além de ter postado um vídeo intitulado de “Bolsonaro escova Maria do Rosário”, contendo a declaração emitida em 2014 e a discussão ocorrida em 2003.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios deferiu tutela restauratória à Maria do Rosário Nunes, concedendo-lhe direito de resposta e determinando que o ofensor se retratasse publicamente. Confira-se, por oportuno, trecho do voto proferido pelo Relator da Apelação nº 0049968-39.2014.8.07.0001:⁵⁶⁴

Considerando ainda o direito de resposta como um importante capítulo da paridade de armas, tenho que o pedido pode ser deferido na forma pleiteada. paridade de armas, tenho que o pedido pode ser deferido na forma pleiteada. A veiculação da retratação deve ser publicada, portanto em: (A) jornal de grande circulação (pois o fato foi replicado em diversos veículos de circulação nacional); (B) na página oficial do réu no facebook; e (C) na página pessoal do réu; (D) no youtube. Em relação às três últimas mídias, a publicação deverá permanecer (no youtube, no facebook e no blog) por, no mínimo, um mês. No caso do youtube, o texto deve ser lido. A publicação deverá ser ostensiva e conter: (a) o título "Nota de Retratação", (b) o nome das partes e (c) texto claro no qual um leitor médio consiga extrair o objetivo do réu de se desculpar publicamente pelas publicações ofensivas perpetradas.

⁵⁶⁴ TJDFT, Apelação nº 0049968-39.2014.8.07.0001 (20140111975962APC), Relator: Flavio Rostirola, 3ª Turma Cível, julgado em 16/12/2015.

Outro exemplo ocorreu no Estado do Espírito do Santo, em que um rapaz de 26 anos teve que se retratar publicamente em seu perfil do Facebook, depois de inventar que havia se relacionado com Isabela Stelzer Pagiola, afirmando que teriam praticado relações sexuais em um motel.⁵⁶⁵ No acordo celebrado nos autos da queixa-crime nº 0017732-64.2016.8.08.0024,⁵⁶⁶ o ofensor obrigou-se a se retratar com a vítima, publicando o seguinte texto em seu perfil no *Facebook*:



Com o propósito de restaurar integralmente a dignidade da vítima, o juízo determinou que o texto fosse publicado da seguinte maneira: “a) Facebook: em modo público ou outro que permita a visualização por qualquer pessoa que visite o seu perfil em período indeterminado; b) Instagram: através de uma foto de fundo totalmente preto, sendo que o seu perfil deverá permanecer em modo público por no mínimo 30 dias e a postagem perdurará por outros 60 dias sem que o querelado possa apagá-lo”.

Portanto, o direito de resposta e a retratação são importantes instrumentos de tutela ressarcitória na forma específica, por meio dos quais é possível reparar os prejuízos extrapatrimoniais que resultam da lesão aos atributos fundamentais da pessoa humana, tais como a imagem, a honra, o nome, *etc*, objetivando-se a restauração da integridade moral.

Nesse sentido, a tutela compensatória pecuniária não pode ser vista como a única forma de reparação do dano extrapatrimonial, devendo ser admitidas, também, a reparação *in natura* e a aplicação de medidas não pecuniárias, como o direito de resposta e a retratação pública. Dispõe, a propósito, o Enunciado nº 589 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na

⁵⁶⁵ Disponível em: <<https://g1.globo.com/espírito-santo/noticia/rapaz-inventa-que-levou-garota-ao-motel-e-apos-contar-vantagem-a-amigos-justica-determina-retratacao-pelo-facebook.ghtml>>. Acesso em 29/10/2017.

⁵⁶⁶ TJES, Queixa-crime nº 0017732-64.2016.8.08.0024. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_12_instancias/ver_audiencia.cfm>. Acesso em 29/10/2017.

VII Jornada de Direito Civil: “A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação *in natura*, na forma de retratação pública ou outro meio”. Aliás, o art. 947 do Código Civil prioriza o ressarcimento do dano na forma específica, deixando a indenização pecuniária em segundo plano, como medida subsidiária.⁵⁶⁷

Nessa perspectiva, é importante que o ordenamento preveja instrumentos efetivos e adequados à proteção dos direitos da personalidade, capazes de permitir o retorno ao estado anterior à lesão e a restauração do bem jurídico ofendido, a fim de que a pessoa humana possa receber tutela específica. Isso porque, na proteção dos direitos da personalidade, a tutela ressarcitória pecuniária, por si só, não se mostra suficiente para a reparação de prejuízos extrapatrimoniais, já que os atributos existenciais da pessoa humana são insuscetíveis de avaliação econômica.⁵⁶⁸

De fato, a vida, a liberdade, a honra, a privacidade, a integridade física *etc.* não podem ser financeiramente apreciadas, de modo que, havendo ofensa a tais direitos, a indenização em pecúnia será insuficiente, isto é, a tutela ressarcitória-compensatória jamais será específica. Havendo dano a atributos e interesses existenciais, a vítima não será plenamente reparada apenas com quantia monetária, já que a lesão atinge bens insuscetíveis de precificação.⁵⁶⁹

A tutela ressarcitória-pecuniária pode garantir integral proteção aos direitos patrimoniais, por meio de concessão de quantia monetária correspondente ao prejuízo causado no patrimônio da vítima,⁵⁷⁰ restabelecendo-se, assim, o *status quo ante*.

Entretanto, o mesmo não pode se dizer em relação aos direitos da personalidade, cuja violação atinge bens e atributos que não podem ser mensurados em dinheiro. A lesão aos direitos da personalidade provoca dano extrapatrimonial, impossível, portanto, de ser integralmente reparado apenas com soma em dinheiro.

⁵⁶⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37. Na mesma direção: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 219-220.

⁵⁶⁸ PROTO PISANI, Andrea Proto. La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela. *Il Foro Italiano*, vol. 113, 1990, p. 1-20

⁵⁶⁹ SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. In: PAULA, Fernanda Pessoa Chauhy de; MENEZES, Iure Pedroza; CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa (Coord.). *Direitos das obrigações: reflexos no direito material e processual: obra em homenagem a “Jones Figueiredo Alves”*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 47.

⁵⁷⁰ Segundo Luiz Guilherme Marinoni: “Toda tutela jurisdicional prestada em dinheiro constitui tutela pecuniária. No entanto, nem toda tutela pecuniária é uma tutela pelo equivalente. Há tutela pecuniária específica. A tutela pelo equivalente pode ser pelo equivalente ao valor do dano ou pelo equivalente ao valor da obrigação inadimplida. Enquanto isso, a tutela pecuniária é específica em relação à obrigação ou a dever de pagar soma em dinheiro. A tutela que dá o valor prometido ao credor de prestação em pecúnia é, evidentemente, tutela específica” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 414).

Adverte, a propósito, Anderson Schreiber: “Se é verdade que, no campo dos danos patrimoniais, a entrega de uma indenização em dinheiro restitui a vítima à situação anterior, por meio de recomposição de seu patrimônio, o mesmo não ocorre, evidentemente, em relação aos danos morais”.⁵⁷¹

Na mesma linha, defende Guilherme Calmon Nogueira da Gama:⁵⁷²

Se o Direito Civil se caracteriza, atualmente, pelo fenômeno da despatrimonização, tal aspecto também deve ser reconhecido no modo de reparação (e não apenas para configuração do dano). Deve-se buscar a identificação de mecanismo não patrimoniais (e pecuniários) de reparação dos danos, especialmente na temática relacionada aos danos morais. Como tem apontado a doutrina, a retratação pública pode servir de instrumento idôneo e efetivo de desestímulo à conduta praticada pelo ofensor, sem atribuição de valores pecuniários à vítima que, por sua vez, poderá ter sua pretensão de reparação mais plenamente satisfeita do que via indenização pecuniária. A despatrimonialização da reparação do dano não apenas se alinha em posição contrária ao processo de mercantilização das relações existenciais, mas se coloca avessa à ideia da reparação do dano moral como uma questão interna ao próprio mercado. Dá-se uma resposta não patrimonial à lesão de um interesse não patrimonial.

Assim, havendo ofensa aos direitos da personalidade, a tutela ressarcitória-pecuniária não será específica, pois o dinheiro, por si só, não é suficiente para restaurar o bem jurídico violado, sendo incapaz de restabelecer a situação anterior ao dano, tendo em vista que a lesão atinge interesses que não são economicamente avaliáveis.

De qualquer modo, para a integral proteção dos direitos da personalidade, é possível a cumulação das tutelas inibitória, cessatória, reintegratória, restauratória, indenizatória, compensatória e de exclusão do lucro da intervenção.

Sendo um instrumento destinado à realização do direito material, o processo deve buscar a prestação de tutela específica, que restará configurada quando o resultado atingido pelo processo corresponder à situação que existia anteriormente ao descumprimento da norma, com a recomposição do bem da vida atingido pela lesão, como se não tivesse havido prejuízo.⁵⁷³

⁵⁷¹ SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. In: PAULA, Fernanda Pessoa Chauhy de; MENEZES, Iure Pedroza; CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa (Coord.). *Direitos das obrigações: reflexos no direito material e processual: obra em homenagem a “Jones Figueiredo Alves”*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 47.

⁵⁷² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Critérios de valoração da indenização, obrigação indeterminada e substituição do valor da indenização. In: RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA; Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 607.

⁵⁷³ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 293-294; YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 59; ZAVASCKI, Teori Albino.

A propósito, José Carlos Barbosa Moreira destaca que, constituindo um instrumento para a realização do direito material, o processo só pode ser considerado plenamente eficaz quando alcançar “resultado igual ao que se produziria se o direito material fosse espontaneamente observado”.⁵⁷⁴ Pode-se afirmar, portanto, que o processo só será efetivo e eficaz com a prestação de tutela específica.

Exemplificando, uma empresa divulga, sem autorização, a imagem de uma atriz em campanha publicitária para a venda de um produto destinado à perda de peso. Na campanha divulgada em redes sociais, foi veiculada a informação de que a atriz teria utilizado o produto e obtido resultados expressivos, atestando, portanto, sua eficácia. Com a campanha publicitária, a empresa obteve lucros expressivos, superiores ao valor que teria que pagar para a contratação da atriz.

Nesse caso, com vistas à prestação de tutela específica, é possível cogitar-se na cumulação das tutelas dos direitos da personalidade: (i) tutela inibitória-cessatória, para que o ofensor cesse a divulgação da propaganda e se abstenha de realizar novas veiculações, sob pena de multa; (ii) tutela reintegratória, determinando-se a remoção do conteúdo das redes sociais; (iii) tutela restauratória, impondo-se a retratação pública, para que a empresa esclareça que a atriz não usou o produto e, portanto, não confirma sua eficácia; (iv) tutela ressarcitória-indenizatória, destinada à reparação pecuniária de dano patrimonial, consubstanciado no “preço do consentimento”; (v) tutela ressarcitória-compensatória, com a concessão de quantia pecuniária, que representa um lenitivo pela lesão ao direito à imagem; e (vi) tutela de exclusão do lucro da intervenção, objetivando que se retire do patrimônio do ofensor o lucro superior ao dano.

Destarte, com a cumulação das tutelas dos direitos da personalidade, torna-se possível a prestação de tutela jurisdicional específica, capaz de recompor o bem jurídico lesado e de permitir o retorno à situação que existia antes da violação da norma.

Antecipação de tutela e obrigações de fazer e não fazer. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, vol. 2, n. 4, p. 111-124, 1997; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. Vol. 5. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 567-568.

⁵⁷⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela específica do credor nas obrigações negativas. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Rio de Janeiro, Vol. 20, p. 63, 1979.

4.7. Tutela específica, resultado prático equivalente e tutela genérica (ou pelo equivalente em pecúnia)

Considerando a necessidade de se criar técnicas efetivas e adequadas à satisfação do direito material, o legislador, durante as últimas décadas, priorizou o cumprimento específico da obrigação, em detrimento de sua conversão em perdas e danos.

Melhor esclarecendo, nas três fases da reforma do Código de Processo Civil de 1973, buscou-se o cumprimento específico das obrigações: (i) de fazer e de não fazer, na primeira fase, de acordo com a Lei nº 8.952/1994; (ii) de dar (entrega de coisa), na segunda fase, conforme a Lei nº 10.444/2002; e (iii) de emissão de declarações de vontade, na terceira fase, *ex vi* da Lei nº 11.232/2005.⁵⁷⁵

Na literatura jurídica, existem autores que, a partir do devido processo legal e do acesso à justiça, defendem a existência de um direito fundamental ao processo justo, que impõe deveres ao Poder Legislativo (dever de organizar um processo capaz de promover, de forma adequada e efetiva, a realização do direito material), ao Poder Executivo (dever de eficiência para a concretização do direito ao processo justo) e ao Poder Judiciário (dever de proferir decisões justas, tendo seu conteúdo mínimo preenchido pelos direitos à participação, à efetividade, à adequação e à tempestividade da tutela, ao contraditório e à ampla defesa, ao juiz natural, à igualdade, à segurança jurídica, à publicidade e à fundamentação adequada das decisões).⁵⁷⁶

Com efeito, o princípio do acesso à justiça não deve ser compreendido como mera garantia formal de provocação e de acesso ao Judiciário, mas, sim, como garantia de acesso à “ordem jurídica justa”,⁵⁷⁷ com a prestação de tutela tempestiva, adequada e efetiva. O processo, destarte, deve ser capaz de garantir a integral proteção do direito material, por meio de técnicas adequadas à sua satisfação.

⁵⁷⁵ ARAUJO, Luciano Vianna. Do julgamento das ações relativas às prestações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 746.

⁵⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 486-520. Em sentido semelhante: ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 14-18.

⁵⁷⁷ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 20.

Nesse sentido, adverte Luiz Guilherme Marinoni:⁵⁷⁸

O direito à tutela jurisdicional, que é decorrência da própria existência do direito substancial e da proibição da sua realização privada, não é apenas o direito de ir ao Poder Judiciário, mas o direito de utilizar a técnica adequada para que o direito material possa ser efetivamente tutelado. O direito à tutela jurisdicional, nesse sentido, é o direito à técnica processual (por exemplo, sentença e meios executivos) capaz de permitir a efetiva tutela do direito material.

Nessa linha, direcionado pelo princípio da efetividade, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece a primazia da tutela específica, notadamente no que se refere às prestações de fazer, de não fazer e de entregar coisa, nos termos de seus arts. 497, *caput* e parágrafo único, e 499.

No âmbito dos direitos da personalidade, as tutelas inibitória, de remoção do ilícito e restauratória se efetivam por meio de obrigações de fazer e de não fazer. Por exemplo, com o intuito de cobrar as despesas condominiais dos moradores, o síndico de um condomínio afixa cartazes nos elevadores e em áreas comuns do edifício, contendo uma lista com o nome dos devedores. Nesse caso, é possível obter: (i) tutela inibitória, determinando-se que o condomínio se abstenha de efetuar novas cobranças pelos mesmos meios; (ii) tutela reintegratória, obrigando a remoção dos cartazes dos elevadores e das áreas comuns; e (iii) restauratória, por meio de retratação pública, a ser afixada nos mesmos lugares em que foi praticado o ato lesivo.

Outro exemplo: se A publica, em uma rede social, conteúdo ofensivo à honra de B, é possível que o juiz determine que o ofensor: (i) se abstenha de praticar ato semelhante (inibitória por meio de um não fazer); (ii) retire a publicação da rede social (tutela de remoção do ilícito por meio de um fazer); e (iii) se retrate publicamente (tutela restauratória mediante um fazer).

Consoante os arts. 497, *caput* e parágrafo único, e 499, ambos do Código de Processo Civil, o legislador definiu uma ordem de prioridade para o julgamento das ações relativas às prestações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa: (1º) deve-se dar primazia à tutela específica; (2º) sendo impossível a concessão da tutela específica, deve-se buscar o resultado prático equivalente; e (3º) a requerimento do credor ou não sendo possível o deferimento da

⁵⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 61.

tutela específica ou do resultado prático equivalente, converter-se-á a prestação em perdas e danos.⁵⁷⁹

Percebe-se, assim, que a tutela específica só será convertida em perdas e danos na hipótese de impossibilidade de sua concessão ou do resultado prático equivalente, ou se o credor optar por sua conversão em pecúnia. A tutela específica, portanto, é um direito do titular dos direitos da personalidade, devendo ser efetivada por meio de obrigações de fazer e de não fazer, evitando-se, destarte, sua transformação em prestação pecuniária.

A concessão de tutela específica consiste na satisfação do dever jurídico conforme previsto no direito material, como se esse direito nunca tivesse sido violado.⁵⁸⁰

Cumprе recordar, por oportuno, o entendimento de José Carlos Barbosa Moreira, segundo o qual a tutela específica pode ser compreendida como o conjunto de medidas destinadas a proporcionar ao credor o preciso resultado que existiria se o devedor tivesse adimplido voluntariamente a obrigação, ou seja, se não tivesse violado a norma. O autor sustenta que, tratando-se de um instrumento de proteção do direito material, o processo só pode ser considerado eficaz quando produz resultado igual ao que existia antes da violação do direito, de modo que a tutela específica deve ter primazia sobre a tutela pelo equivalente pecuniário.⁵⁸¹

Na mesma linha, Teori Albino Zavascki destaca que, sendo um instrumento para a realização dos direitos, o processo só cumpre a sua finalidade quando alcança resultados idênticos aos que existiriam se a norma tivesse sido espontaneamente cumprida:⁵⁸²

⁵⁷⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. Vol. 5. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 584.

⁵⁸⁰ ARAUJO, Luciano Vianna. Do julgamento das ações relativas às prestações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 747.

⁵⁸¹ Segundo José Carlos Barbosa Moreira, “Quanto ao outro termo, ao falarmos de ‘tutela específica’ temos em vista o conjunto de remédios e providências tendentes a proporcionar àquele (ou àqueles) em cujo benefício se estabeleceu a obrigação negativa [...] o preciso resultado prático atingível por meio de adimplemento, isto é, a não violação do direito ou do interesse tutelado. A tal modalidade contrapõe-se o emprego de remédios e providências tendentes apenas a eliminar as consequências da violação, ou a compensar pecuniariamente o credor que a tenha sofrido. 2. Não há dúvida de que a tutela específica é superior e deve ser preferida, sempre que possível, a qualquer outra forma. O que o ordenamento quer é que os deveres e obrigações se cumpram tais quais são. Se a alguém é dado pretender, segundo o direito, que outrem se abstenha de algo, há de poder contar com o direito para conseguir a utilidade que espera da abstenção – essa utilidade, e não outra, ‘equivalente’ que seja, ou inculcada como tal. E a necessidade de recorrer às vias judiciais para obter proteção nada altera, em princípio, no quadro: se o processo constitui instrumento para a realização do direito material, só se pode a rigor considerar plenamente eficaz a sua atuação quando ele se mostre capaz de produzir resultado igual ao que se produziria se o direito material fosse espontaneamente observado” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela específica do credor nas obrigações negativas. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Rio de Janeiro, Vol. 20, p. 63, 1979).

⁵⁸² ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e obrigações de fazer e não fazer. *Gênese: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, vol. 2, n. 4, p. 111-124, 1997.

O processo, instrumento que é para a realização de direitos, somente obtém êxito integral em sua finalidade quando for capaz de gerar, pragmaticamente, resultados idênticos aos que decorreriam do cumprimento natural e espontâneo das normas jurídicas. Daí dizer-se que o processo ideal é o que dispõe de mecanismos aptos a produzir ou a induzir a concretização do direito mediante a entrega da prestação efetivamente devida, da prestação *in natura*. E quando isso é obtido, ou seja, quando se propicia, judicialmente, ao titular do direito, a obtenção de tudo aquilo e exatamente daquilo que pretendia, há prestação de tutela jurisdicional específica.

Assim, haverá tutela específica quando o resultado proporcionado pelo processo corresponder ao resultado previsto no direito material, ou seja, ao cumprimento espontâneo do dever jurídico, como se não tivesse sido necessário acionar o Poder Judiciário.⁵⁸³ A tutela específica, portanto, visa à preservação ou à restauração da integridade do direito, impedindo sua conversão em um equivalente monetário.⁵⁸⁴

Na concessão do resultado prático equivalente, deve-se buscar a maior coincidência possível com a situação originariamente prevista no direito material, que existia antes da violação da norma. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, o resultado prático equivalente também é tutela específica, alcançando exatamente o mesmo resultado que seria atingido se o dever jurídico tivesse sido espontaneamente cumprido.^{585,586} Em sentido semelhante, José Eduardo Carneira Alvim entende que o resultado prático equivalente atende à pretensão do direito com eficácia igual à da tutela específica.⁵⁸⁷

Cotejando a tutela específica com o resultado prático equivalente, verifica-se uma diferença: na tutela específica, o próprio obrigado realiza a prestação, isto é, o resultado é alcançado por conduta prestada por aquele que praticou o ato ilícito; e no resultado prático

⁵⁸³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. Vol. 5. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 567.

⁵⁸⁴ “A tutela específica preocupa-se com a integridade do direito, impedindo a sua degradação em pecúnia” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 815).

⁵⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 815.

⁵⁸⁶ Em sentido contrário, Marcelo Abelha afirma que o resultado prático equivalente não é tutela específica, “pois o resultado no plano do direito material não é coincidente com aquele que se teria caso fosse espontaneamente cumprida a obrigação ou o dever legal” (ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 232). Por seu turno, José Rogério Cruz e Tucci argumenta que a concessão de resultado prático equivalente significa que: “embora não sendo exatamente aquilo que foi pleiteado pelo autor da demanda, tendo em vista a impossibilidade de cumprimento da prestação, a decisão judicial deve ao menos conceder algo que, de certa forma, possa também satisfazer o alvitre do demandante” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VIII. Artigos 485 ao 538. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ed. em e-book baseada na ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, s./p.).

⁵⁸⁷ ALVIM, José Eduardo Carneira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 184.

equivalente, atinge-se o mesmo resultado, mas em decorrência de conduta praticada por terceiro ou por outro meio alheio ao controle do devedor.⁵⁸⁸

Imagine-se, por exemplo, que o juiz concede direito de resposta ao titular do direito da personalidade violado, determinando que o veículo de comunicação que praticou a lesão publique a resposta em seu periódico diário – jornal impresso de grande circulação. Todavia, não obstante a imposição de *astreintes*, o réu deixa de cumprir a ordem judicial. Nessa hipótese, aplicando a tutela pelo resultado prático equivalente, o juiz pode determinar que outro veículo de comunicação publique, às expensas do réu, a resposta da vítima.

O terceiro só realizará a conduta para atingir o resultado prático equivalente mediante o pagamento de suas despesas. Nesse sentido, Eduardo Talamini defende que, como a lei relega o ressarcimento pecuniário à última opção, é possível determinar o bloqueio de valores e receitas pertencentes ao demandado, a fim de assegurar o resultado prático equivalente, sobretudo nos casos em que houver urgência.⁵⁸⁹ Dessa forma, devem ser adotadas medidas para se conseguir, junto ao patrimônio do réu, o dinheiro que custeará as despesas necessárias à obtenção do resultado prático equivalente. Segundo o autor, essa solução só não será empregada quando: (i) não for encontrado dinheiro disponível no patrimônio do demandado; ou (ii) a apreensão do numerário existente no patrimônio do réu vier a lhe representar sacrifício excessivo e desproporcional.⁵⁹⁰

Do contrário, ao se exigir que o autor arque com as despesas havidas pelo terceiro, para posteriormente cobrá-las do réu, o resultado prático equivalente se transforma em ressarcimento pecuniário, o que a lei procura evitar.⁵⁹¹ Aliás, há casos em que o autor não tem

⁵⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 815. A propósito, Marcelo Abelha cita os seguintes exemplos de tutela pelo resultado prático equivalente: o recolhimento de livros que não poderiam ser publicados e o desligamento do som de bares e restaurantes que violaram a proibição de música ao vivo estabelecida em lei municipal (ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 232).

⁵⁸⁹ TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução. In: DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). *Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Vol. 11. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 34.

⁵⁹⁰ TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução. In: DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). *Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Vol. 11. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 35-36).

⁵⁹¹ TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução. In: DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). *Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Vol. 11. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 34-35).

condições de custear as despesas do terceiro, o que confirma a necessidade de se obter essa quantia pecuniária prioritariamente junto ao patrimônio do réu.⁵⁹²

Além disso, é importante observar que, no plano do direito material, sempre se privilegiou o cumprimento das obrigações na forma específica, inclusive por meio de conduta praticada por terceiro. Nessa linha, o art. 947 do Código Civil determina que o devedor cumpra a obrigação na forma ajustada, ou seja, de forma específica, admitindo sua conversão em pecúnia apenas de modo subsidiário.⁵⁹³

No que se refere às obrigações de fazer e não fazer, o Código Civil, desde 1916 (arts. 881⁵⁹⁴ e 883⁵⁹⁵ do código revogado, correspondentes aos arts. 249 e 251 do CC/2002), estabelece a possibilidade de cumprimento específico de tais obrigações, mediante conduta de terceiro, quando verificado o inadimplemento do devedor. O cumprimento das obrigações na forma específica é uma antiga preocupação do direito material, que foi incorporada ao direito processual somente a partir da Lei nº 8.952/1994.

Nesse sentido, a técnica do resultado prático equivalente, prevista no art. 499/CPC, se assemelha às regras dos arts. 249 e 251 do CC/2002 (art. 881 do CC/1916), na medida em que permite o cumprimento da obrigação na forma específica, por meio de prestação praticada por terceiro.

Assim, seja por meio da prestação cumprida pelo próprio devedor, seja através de conduta realizada por terceiro, o direito material prioriza o cumprimento da obrigação na forma específica. Logo, se no plano do direito material privilegia-se o cumprimento específico das obrigações, a prioridade no plano processual deve ser a mesma, considerando que o processo existe para servir ao direito material, ou seja, é um instrumento para a realização deste.

Retomando a análise da ordem de prioridade estabelecida pelo art. 499 do Código de Processo Civil, verifica-se que, não sendo possível a concessão de tutela específica ou de resultado prático equivalente, ou a requerimento do credor, a obrigação de fazer ou de não

⁵⁹² TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução. In: DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). *Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Vol. 11. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 35).

⁵⁹³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37. No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 219-220.

⁵⁹⁴ Art. 881. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, ou pedir indenização por perdas e danos.

⁵⁹⁵ Art. 883. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigará, pode o credor exigir-lhe que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.

fazer será convertida em ressarcimento das perdas e danos. Trata-se, nessa hipótese, de *tutela pelo equivalente*, implicando a monetização dos direitos, que serão convertidos em pecúnia.⁵⁹⁶

Não se deve, todavia, confundir *tutela pelo equivalente* com *tutela pelo resultado prático equivalente*. Na tutela pelo resultado prático equivalente, há prestação de tutela específica, com a obtenção do mesmo resultado que seria alcançado caso o direito não tivesse sido ofendido, mediante conduta praticada por terceiro. Não se trata, pois, de equivalente pecuniário. Diversamente, “na tutela pelo equivalente não se entrega a quem tem razão exatamente o bem da vida que lhe foi tirado, mas sim um equivalente em dinheiro”.⁵⁹⁷

A tutela específica e o resultado prático se contrapõem, portanto, à tutela genérica ou pelo equivalente em pecúnia, por meio da qual não se concede ao jurisdicionado a restauração ou recomposição do bem da vida violado, mas apenas um equivalente em dinheiro.

Ao contrário da tutela pelo equivalente pecuniário, a tutela específica e o resultado prático equivalente evitam a monetização de direitos extrapatrimoniais e tornam efetiva a reparação do dano, protegendo o direito material de forma eficiente e adequada.⁵⁹⁸

A propósito, José Rogério Cruz e Tucci entende que a tutela específica é a forma mais plena e efetiva de proteção do direito material:⁵⁹⁹

Esta é, de modo inequívoco, a forma mais plena e efetiva de proporcionar ao jurisdicionado a satisfação de seu direito. Diz-se, pois, que a tutela concedida pelo Estado-juiz é específica, porquanto, ao contrário das perdas e danos, corresponde, exatamente, àquilo que o autor pretende; daí sua natureza de especificidade, diferentemente das perdas e danos, que são fixadas quando não mais possível atingir-se o bem almejado.

Assim, na proteção dos direitos da personalidade, as obrigações de fazer e de não fazer impostas por meio das tutelas inibitória, reintegratória e restauratória só poderão ser convertidas em pecúnia se for impossível o cumprimento da obrigação na forma específica, incluindo o resultado prático equivalente, ou a requerimento do titular do direito.

Nesse sentido, tendo em vista o caráter extrapatrimonial dos direitos da personalidade, pode-se afirmar que as tutelas inibitória, de remoção e restauratória só serão efetivas se não

⁵⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 815.

⁵⁹⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. Vol. 5. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 568.

⁵⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 70.

⁵⁹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VIII. Artigos 485 ao 538. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, e MITIDIERO, Daniel (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ed. em e-book baseada na ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, s./p.

forem convertidas em tutela ressarcitória-pecuniária (tutela pelo equivalente pecuniário), especialmente nos casos de reparação de prejuízos extrapatrimoniais.

4.8. A execução das tutelas inibitória, de remoção do ilícito e restauratória

Para assegurar o cumprimento das tutelas inibitória, de remoção do ato ilícito e restauratória, sejam elas provisórias ou definitivas, os arts. 297, 536, *caput* e § 1º, e 537, todos do Código de Processo Civil, autorizam que o juiz defira medida executiva distinta daquela que foi pleiteada pela parte, desde que seja efetiva, necessária e adequada à satisfação dos direitos.

Como o juiz pode aplicar medidas que não foram postuladas, conclui-se que os dispositivos citados excepcionam (ou relativizam) o princípio da congruência⁶⁰⁰ (ou correlação), por força do qual não é possível a concessão de pedido não deduzido pelas partes, nos termos dos arts. 141, 490 e 492 do Código de Processo Civil.

Para a efetivação das tutelas inibitória, reintegratória e ressarcitória na forma específica, o juiz pode determinar medidas de coerção direta (busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva e requisição do auxílio de força policial) e indireta (multa, também denominada de *astreintes*), conforme previsto nos arts. 536 e 537 do Código Processo Civil.

As medidas de coerção indireta são, em regra, mais adequadas à efetivação da tutela inibitória, enquanto as medidas de coerção direta são mais adequadas à efetivação da tutela de remoção do ato ilícito⁶⁰¹ e da tutela ressarcitória na forma específica. Nada impede, todavia, que tais tutelas sejam prestadas com a imposição de medidas de coerção direta e indireta.

Imagine-se, por exemplo, que a imagem de um esportista foi indevidamente utilizada em uma campanha publicitária destinada à venda de bebidas alcoólicas, que foi divulgada em redes sociais e sítios eletrônicos. Nesse caso, o juiz poderá fixar multa para cessar a divulgação da propaganda e evitar novas veiculações (tutela inibitória e cessatória por coerção indireta), determinar a remoção da campanha do ambiente virtual, sob pena de multa (tutela reintegratória por coerção direta e indireta) e determinar que a empresa responsável pela

⁶⁰⁰ De acordo com Marco Antonio dos Santos Rodrigues, “o princípio da congruência entre a demanda e a sentença, também denominado princípio da correlação, da adstrição, da correspondência ou da simetria, impõe que a atividade jurisdicional fique limitada pelos termos da demanda, ou seja, tanto pelo pedido como pela causa de pedir” (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 222).

⁶⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*. Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 246-247.

campanha se retrate publicamente, esclarecendo que o atleta não consentiu com o uso de sua imagem, também sob pena de *astreintes* (tutela restauratória por coerção direta e indireta).

Embora os arts. 497 e 536 do CPC/2015 se refiram à “obrigação”, as tutelas inibitória, de remoção do ilícito e restauratória se estendem a todos os deveres jurídicos que tenham por objeto um fazer ou um não fazer, ainda que de natureza não obrigacional, sendo aplicáveis, portanto, aos deveres de abstenção decorrentes dos direitos da personalidade.

Interpretando o art. 461 do CPC/1973, Eduardo Talamini chegou à mesma conclusão: “o art. 461 dá suporte a provimentos destinados a cessar ou a impedir o início de condutas de afronta a qualquer direito da personalidade [...]. Aí se inserem a integridade física e psicológica [...], a igualdade, a honra, a imagem [...]”.⁶⁰²

É o que determina, aliás, o § 5º do art. 536 do CPC/2015, ao tratar do cumprimento dos deveres jurídicos cujo objeto seja um fazer ou um não fazer, mesmo que não possuam natureza obrigacional. No mesmo sentido, dispõe o Enunciado n. 442 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O § 5º do art. 536 e o §5º do art. 537 alcançam os deveres legais”, sendo aplicáveis, assim, na proteção dos direitos da personalidade, que impõem um dever geral de abstenção a toda coletividade, por serem direitos absolutos (oponíveis “*erga omnes*”).

Além disso, é importante destacar que, para assegurar o efetivo cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, os arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, do CPC/2015, permitem que o juiz aplique medidas executivas não previstas em lei, desde que necessárias à satisfação do direito material. Esses dispositivos rompem com o princípio da tipicidade das formas executivas,⁶⁰³ segundo o qual todos os meios de execução devem estar fixados em lei.⁶⁰⁴

⁶⁰² TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 128. Na mesma direção, ressalta Teori Albino Zavascki: “Aplica-se, também, como aliás, todo o art. 461, não apenas às obrigações em sentido estrito, mas também às que decorrem de imposição de lei, ou seja, aos deveres jurídicos” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela e obrigações de fazer e não fazer*. *Gênese: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, vol. 2, n. 4, p. 111-124, 1997).

⁶⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*. Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 236-238.

⁶⁰⁴ A respeito dos princípios da tipicidade e da atipicidade das medidas executivas, é oportuno conferir o que escreve José Miguel Garcia Medina: “De acordo com o princípio da tipicidade das medidas executivas, a esfera jurídica do executado somente poderá ser afetada por formas executivas taxativamente estipuladas pela norma jurídica. Trata-se de princípio que existe para satisfazer a exigência de garantir a intangibilidade da esfera de autonomia do executado, que somente poderá ser invadida pelos mecanismos executivos expressamente previstos em lei. A tipicidade das medidas executivas, ademais, possibilita ao demandado algum grau de previsibilidade acerca dos modos de atuação executiva possíveis, já que a existência de um rol expresso de medidas executivas permite antever de que modo a execução se realizará. Diversamente ocorre em relação ao princípio da atipicidade das medidas executivas. A referida atipicidade – no sentido de ausência de modelo legalmente predefinido a ser observado – se verifica (a) em relação à multiplicidade de medidas executivas diversas que podem ser aplicadas e (b) quanto à forma de aplicação de tais medidas executivas. Este princípio, como se disse, vem se sobrepujando ao princípio da tipicidade, já que as novas situações jurídicas carentes de tutela desenvolvem-se de modo incessante, agravando a insuficiência da regulação normativa para tratar de todas

As medidas atípicas devem ser aplicadas para garantir a efetividade da tutela jurisdicional executiva. A propósito, o art. 4º do Código de Processo Civil previu expressamente o princípio da efetividade como norteador da tutela executiva,⁶⁰⁵ dispondo que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Nessa linha, Marcelo Lima Guerra afirma que o credor tem direito fundamental à tutela executiva efetiva, de modo que ao juiz são conferidos e impostos três poderes-deveres: (i) interpretar os enunciados normativos relativos à tutela executiva no sentido de extrair deles a maior efetividade possível; (ii) deixar de aplicar uma norma que restrinja a aplicação de uma medida executiva, sempre que essa limitação não se justificar como forma de proteção de outro direito fundamental; e (iii) adotar os meios executivos necessários à integral satisfação do direito buscado na execução, mesmo que não previstos em lei, e ainda que expressamente vedados por lei, desde que observados os limites impostos por eventuais direitos fundamentais colidentes com aquele relativo aos meios executivos.⁶⁰⁶

Tratando da efetividade da tutela executiva, Marcos Youji Minami defende que, para além da vedação ao *non liquet* – segundo a qual o juiz não pode se eximir de julgar sob a alegação de inexistência de norma para a solução do caso ou de insuficiência do material probatório para a formação de sua convicção –, o juiz também não pode deixar de realizar o comando do dispositivo da decisão ou a prestação retratada em título executivo extrajudicial, o que o autor chama de vedação ao *non factibile*. Pela proibição do *non factibile*, decorrência lógica do devido processo legal, do acesso à justiça e da efetividade, o juiz tem o dever de concretizar a ordem contida no dispositivo da decisão, inclusive por meio da aplicação de medidas executivas atípicas, conforme autorizam os arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, todos do Código de Processo Civil.⁶⁰⁷

De acordo com Hermes Zaneti Júnior, o inciso IV do art. 139 transformou substancialmente o modelo da execução no Brasil, ao estabelecer que, para garantir a prestação de tutela adequada, efetiva e tempestiva, o juiz tem o poder-dever de se valer da

essas novas situações” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Processo civil moderno*. Vol. 3. Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 48-49).

⁶⁰⁵ DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito *Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 115.

⁶⁰⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 103-104.

⁶⁰⁷ MINAMI, Marcos Youji. Uma justificativa às medidas executivas atípicas – da vedação ao *non factibile*. In: DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). *Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Vol. 11. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 59-63.

atipicidade das medidas executivas, aplicando o meio executório mais adequado à satisfação do direito material.⁶⁰⁸

Contudo, esse poder conferido ao juiz não é ilimitado, devendo existir parâmetros para a adoção das medidas atípicas. Nesse sentido, Marcelo Abelha Rodrigues entende que a *necessidade* é o fundamento e o fim (o limite) estabelecido pelo legislador para a aplicação dos meios atípicos de execução. A medida será necessária se tiver relação com a finalidade a que se destina, ou seja, deve ser necessária para efetivar o cumprimento da ordem judicial. Além disso, a medida atípica deve ser adequada e razoável, sendo vedada a aplicação de medidas que sejam desproporcionais à situação que se pretende debelar.⁶⁰⁹

Em sentido semelhante, Eduardo Talamini defende que, além de não ser possível a adoção de medida vedada pelo ordenamento, a medida atípica deve guardar relação de utilidade, adequação e proporcionalidade com a finalidade almejada, não podendo causar ao executado sacrifício maior do que o necessário, nem impossibilitá-lo de cumprir a obrigação.⁶¹⁰

Por sua vez, André Vasconcelos Roque estabelece cinco limites para a utilização das medidas atípicas: (i) não é possível adotar meio executivo vedado pela lei; (ii) a medida não pode impossibilitar o cumprimento voluntário da obrigação; (iii) a medida não pode causar sacrifício do bem jurídico mais relevante que estiver em jogo; (iv) o meio executivo adotado deve estar de acordo com a proporcionalidade e seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); e (v) a medida não pode prejudicar terceiros.⁶¹¹

Assim, na busca pelo cumprimento da ordem judicial, o juiz deve aplicar a proporcionalidade,⁶¹² equilibrando os postulados da máxima efetividade da tutela executiva e

⁶⁰⁸ ZANETI JR., Hermes. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. XIV. Artigos 824 ao 925. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ed. em e-book baseada na ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, s./p.

⁶⁰⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o devedor é um cafajeste. Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? In: DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). *Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Vol. 11. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 85.

⁶¹⁰ TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução. In: DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). *Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Vol. 11. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 31.

⁶¹¹ ROQUE, André Vasconcelos. Em busca dos limites para os meios executivos atípicos: até onde pode ir o art. 139, IV do CPC/2015? In: DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). *Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Vol. 11. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 737-744.

⁶¹² A respeito da proporcionalidade, esclarece Humberto Ávila: “O fundamento normativo do dever de proporcionalidade, nas suas exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, reside, pois, na própria instituição de princípios. Ao instituir um princípio, está-se, ao mesmo tempo, estabelecendo o dever de promovê-lo adequadamente. Desse modo, onde houver um princípio, haverá o dever de adequação. Ao instituir dois princípios, está-se, simultaneamente, prescrevendo o dever de promovê-los sem os restringir

do menor sacrifício possível para o executado.⁶¹³ Entretanto, se alegar que a medida executiva lhe causa sacrifício excessivo, o executado deve indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos para se atingir a efetividade da execução, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados (art. 805, *caput* e parágrafo único, do CPC).

Nesse sentido, como adverte Marco Antonio dos Santos Rodrigues, a proporcionalidade exige que o juiz aplique a medida executiva *adequada* à finalidade perseguida, estritamente *necessária* (utilização do meio menos gravoso) e cujos custos não ultrapassem os benefícios que serão obtidos (*proporcionalidade em sentido estrito*).⁶¹⁴

Assim, ao verificar que o direito perseguido na execução permanece violado, o juiz deve, por meio de decisão fundamentada, aplicar medidas executivas atípicas, observando a proporcionalidade e o contraditório, ainda que diferido.⁶¹⁵

No âmbito dos direitos da personalidade, é comum que as tutelas inibitória, reintegratória e restauratória sejam efetivadas por meio de obrigações de fazer e de não fazer. Para assegurar o cumprimento de obrigações dessa natureza, dispõe o § 1º do art. 536 do Código de Processo Civil: “o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva [...]”. Ao utilizar o sintagma “entre outras medidas”, o legislador permite que o juiz utilize medidas executivas atípicas.⁶¹⁶

Imagine-se, por exemplo, que A publica conteúdo ofensivo à honra de B nas redes sociais. Na sentença, o juiz determina a remoção do conteúdo, sob pena de *astreintes*. A multa incide por longo período, sem que o ofensor realize o cumprimento da ordem judicial. Nesse

desnecessariamente. Assim, onde houver dois princípios, haverá o dever de necessidade. E ao instituir um conjunto de princípios, está-se estabelecendo o dever de mais promovê-los do que restringi-los. Desse modo, onde houver um conjunto de princípios, haverá o dever de proporcionalidade” (ÁVILA, Humberto. O que é o devido processo legal? *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 163, p. 50-59, set., 2008).

⁶¹³ ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1017-1018; CARACIOLA, Andrea Boari. *Princípio da congruência no Código de Processo Civil*. São Paulo: LTr, 2010, p. 219.

⁶¹⁴ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *Modificação da causa de pedir e do pedido no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 244.

⁶¹⁵ MINAMI, Marcos Youji. Uma justificativa às medidas executivas atípicas – da vedação ao *non factibile*. In: DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). *Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Vol. 11. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 70. Em sentido similar, dispõe o Enunciado nº 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A aplicação das medidas atípicas subrogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II”.

⁶¹⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º CPC. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 267, p. 227-272, mai., 2017. Na mesma direção: TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução. In: DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). *Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Vol. 11. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 31.

caso, considerando que a multa não atingiu o fim esperado, pode-se cogitar, se necessário for, que o juiz aplique uma medida executiva atípica, determinando a remoção do conteúdo, sob pena, por exemplo, de retirada do perfil do ofensor das redes sociais.⁶¹⁷

Desse modo, para assegurar o cumprimento das tutelas inibitória, reintegratória e ressarcitória na forma específica, o juiz pode aplicar medidas executivas atípicas, desde que necessárias à efetiva proteção dos direitos da personalidade, evitando-se, assim, o *non factibile*.

4.9. A tutela restauratória dos direitos da personalidade na Lei nº 13.188/2015: o direito de resposta

A Lei nº 13.188/2015 estabelece o procedimento por meio do qual o direito de resposta deve ser exercido. Com a concessão do direito de resposta, é possível esclarecer ou corrigir informações divulgadas, publicadas ou transmitidas por veículo de comunicação social.

Tais informações poder ser lesivas à integridade moral e psíquica da pessoa humana. Nessas hipóteses, é possível a concessão do direito de resposta, para que o ofendido busque a restauração do bem jurídico atingido pelo ato ilícito, por meio do esclarecimento da verdade. O direito de resposta constitui, portanto, modalidade de tutela restauratória da personalidade da pessoa humana, devendo ser exercido em consonância com a Lei nº 13.188/2015.

Doravante, serão analisados somente os aspectos processuais previstos na referida legislação. Os aspectos materiais do instituto não fazem parte do objeto dessa pesquisa, motivo pelo qual não serão abordados. Não serão investigados, por conseguinte, quais critérios ou parâmetros devem ser utilizados na hipótese de colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, para se estabelecer qual interesse deve ter prevalência diante das peculiaridades do caso concreto.

Parte-se da premissa de que, se houver abuso no exercício da liberdade de expressão, surgirá para o lesado o direito de resposta, de modo que serão analisados apenas os aspectos processuais e procedimentais disciplinados pela Lei nº 13.188/2015.

⁶¹⁷ Exemplo sugerido pelo Professor Doutor Marco Antonio dos Santos Rodrigues, durante o Exame de Qualificação desta Dissertação, realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, no dia 27 de setembro do ano letivo de 2018.

4.9.1. O direito de resposta como modalidade de tutela restauratória

O direito de resposta tem a finalidade de reconstituir a dignidade da pessoa cuja integridade moral foi violada por matéria com conteúdo falso ou inexato, que tenha sido divulgado, publicado ou transmitido por veículo de comunicação social.

Trata-se, pois, de tutela restauratória dos direitos da personalidade, destinando-se à proteção dos aspectos fundamentais da pessoa humana, por meio de esclarecimentos e correções prestados pela pessoa cuja personalidade foi ofendida por veículos e profissionais da área de comunicação.

Com a concessão do direito de resposta, é possível a reparação dos danos aos direitos da personalidade, por meios não pecuniários, consistente na imposição de uma obrigação de fazer: a publicação da resposta do ofendido, destinada ao esclarecimento da verdade, objetivando a recomposição de sua integridade moral.

Nesse sentido, o direito de resposta é uma modalidade de tutela ressarcitória na forma específica, uma vez que tem por objetivo a reparação do dano de forma específica, e não por meio de pagamento de um equivalente pecuniário.⁶¹⁸

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, inciso V, assegura o direito de resposta proporcional ao agravo, prevendo-o como um direito fundamental. No âmbito infraconstitucional, o exercício do direito de resposta estava disciplinado pela Lei nº 5.250/1967, conhecida como Lei de Imprensa, que também tratava do direito à liberdade de expressão. Contudo, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, o Supremo Tribunal Federal entendeu que todos os dispositivos da Lei n. 5.250/1967 não foram recepcionados pela CRFB/1988.

Para suprir o vácuo legislativo deixado pela decisão do STF, o legislador editou a Lei nº 13.188/2015, que, ao contrário da Lei de Imprensa, cuida apenas do exercício do direito de resposta, nada dispondo a respeito do direito à liberdade de expressão.

Preceitua, a propósito, o *caput* do art. 2º da Lei nº 13.188/2015: “Ao ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social é assegurado o direito de resposta ou retificação, gratuito e proporcional ao agravo”.

De acordo com o § 1º do art. 2º da Lei nº 13.188/2015, considera-se matéria qualquer reportagem, nota ou notícia divulgada por veículo de comunicação social, independentemente

⁶¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 290. No mesmo sentido, Fredie Didier et. al. entendem que o direito de resposta é uma forma de tutela ressarcitória na forma específica (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. Vol. 5. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 577-578).

do meio ou da plataforma de distribuição, publicação ou transmissão que utilize, cujo conteúdo ofenda, ainda que por equívoco de informação, os direitos da personalidade, como a honra, a intimidade, o nome e a imagem.

Assim, pode-se definir o direito de resposta como o direito fundamental de se defender de ofensas, acusações, inverdades ou inexatidões contidas em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.⁶¹⁹

Na mesma linha, Luiz Paulo Rosek Germano define o direito de resposta como direito fundamental de defesa, afirmando tratar-se de um “mecanismo através do qual aquele que se sinta ofendido ou prejudicado pela veiculação de uma notícia ou informação, disseminada pelos meios de comunicação, possa, em relação a ela, apresentar as suas contraposições” ou “um mecanismo capaz de corrigir uma informação equivocada ou apresentar uma posição discordante da que fora divulgada [...]”.⁶²⁰

Logo, havendo lesão aos direitos da personalidade, surge para a vítima o direito de resposta, ou seja, o direito de esclarecer, de replicar, de se defender da matéria que lhe é prejudicial, ofensiva, falsa ou inexata, com o objetivo de restaurar a sua incolumidade moral e psíquica.

Entretanto, como adverte Gustavo Tepedino, o direito de resposta não se justifica pela mera valoração subjetiva do interessado quanto ao fato divulgado, devendo ser entendido como uma reação ao dano injusto, ou seja, instrumento que se volta contra acusações, ofensas, inverdades ou inexatidões que caracterizem lesão aos direitos da personalidade.⁶²¹

Mesmo que o ofensor veicule retratação (ou retificação) espontânea com o mesmo destaque, publicidade, periodicidade e dimensão do agravo, o direito de resposta poderá ser exercido, por força do que dispõe o § 3º do art. 2º da Lei nº 13.188/2015. A retratação espontânea não impede, portanto, o exercício do direito de resposta.

Além de ser um direito fundamental de defesa, o direito de resposta também é um limite ao direito de liberdade de expressão, ou a sua “contraparte”.⁶²² Em outra perspectiva, o

⁶¹⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Liberdade de expressão e direito de resposta na sociedade de informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 111-112.

⁶²⁰ GERMANO, Luiz Paulo Rosek. *Direito de resposta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 353-354.

⁶²¹ TEPEDINO, Gustavo. O direito à liberdade de expressão à luz do texto constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, vol. 48, p. 224, out./dez., 2011. Em sentido similar, aduz José Afonso da Silva: “O exercício do *direito de resposta* tem como pressuposto a divulgação, por qualquer meio de comunicação, de fato inverídico ou errôneo referido a alguém. [...]. Consiste, pois, o *direito de resposta* na faculdade de ver divulgada, da mesma maneira, pronta e gratuitamente, a contestação ou retificação de afirmativas inverídicas ou errôneas atribuídas ao seu titular por qualquer meio de divulgação do pensamento” (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92).

⁶²² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Liberdade de expressão e direito de resposta na sociedade de informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 118.

direito de reposta pode ser entendido como um complemento ou uma extensão do direito de informação, permitindo o esclarecimento da matéria publicada, a reposição da verdade ou a contraposição de uma opinião.⁶²³

O direito à liberdade de expressão (arts. 5º, IV, V, IX e XIV, e 220, *caput* e §§ 1º e 2º, da CRFB) é essencial ao Estado Democrático de Direito, na medida em que permite a circulação de opiniões e ideias, além do amplo acesso à informação.⁶²⁴

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, Jónatas Machado e Antônio Pereira Gaio Júnior, a liberdade de expressão se funda “na procura da verdade e do conhecimento, na expressão e autonomia individuais, na defesa do Estado de direito democrático, na livre concorrência de ideias, no desenvolvimento normativo, na libertação das tensões sociais, na proteção da diversidade de opiniões, na acomodação de interesses e na transformação pacífica da sociedade”.⁶²⁵

Não se admite, todavia, que o direito à liberdade de expressão seja exercido com excessos. Embora as liberdades constitucionais devam ser interpretadas no sentido mais pleno e amplo possível, a CRFB não lhes conferiu caráter absoluto.⁶²⁶ O direito à liberdade de expressão deve, portanto, ser interpretado e ponderado com os outros direitos fundamentais, como os direitos da personalidade previstos no inciso X do art. 5º da CRFB, quais sejam, a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem.⁶²⁷

A propósito, Gilmar Ferreira Mendes aduz que a liberdade constitucional de expressão deve ser compreendida e interpretada em conjunto com os direitos da personalidade, não

⁶²³ FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 379-380.

⁶²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, vol. 16, p. 79-88, out./dez., 2003

⁶²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E. M.; GAIO JR., Antonio Pereira. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 26.

⁶²⁶ Nessa linha, destaca Luís Roberto Barroso: “[...] é evidente que tanto a liberdade de informação como a de expressão e bem assim a liberdade de imprensa, não são direitos absolutos, encontrando limites na própria Constituição. É possível lembrar os próprios direitos da personalidade já referidos, como a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem (arts. 5º, X, e 220, § 1º, da CF/1988), a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XIII, da CF/1988), a proteção da infância e da adolescência (art. 21, XVI, da CF/1988); no caso específico de rádio, televisão e outros meios eletrônicos de comunicação social, o art. 221 traz uma lista de princípios que devem orientar sua programação” (BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, vol. 16, p. 69, out./dez., 2003).

⁶²⁷ SCHREIBER, Anderson. Direito e mídia. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 15-16.

podendo ser utilizada para violar a honra e a privacidade das pessoas, igualmente protegidas pela Constituição da República, especificamente em seu art. 5º, X.⁶²⁸

No mesmo sentido, entende Luiz Paulo Rosek Germano: “A liberdade de expressão é um direito fundamental, porém não absoluto, não podendo o termo ser utilizado para justificar a violência, a difamação, a calúnia, a subversão ou obscenidade”.⁶²⁹

Destarte, sendo a matéria lesiva aos direitos da personalidade, surgirá para o ofendido o direito de resposta, a fim de viabilizar o esclarecimento, a correção e a defesa contra inverdades, inexatidões e ofensas praticadas por determinado veículo de comunicação. O direito de resposta destina-se, portanto, à proteção dos direitos da personalidade. O direito de resposta restringe o direito de liberdade de expressão, que encontra limites na necessidade de se tutelar os direitos da personalidade.

Na proteção dos direitos da personalidade, o direito de resposta constitui direito fundamental de defesa e limite à liberdade de expressão, destinando-se à restauração da integridade moral e psíquica da pessoa ofendida por matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social, mediante o esclarecimento da verdade.

A Lei nº 13.188/2015, em seu art. 2º, prevê o direito de resposta ou de retificação. Antes da vigência dessa lei, Luiz Paulo Rosek Germano afirmou que o direito de resposta decorreria de uma manifestação ofensiva, enquanto a retificação, que tem seu significado abarcado pelo próprio direito de resposta, adviria de informações incorretas que provocam danos às pessoas mencionadas em seu conteúdo.⁶³⁰

Para a proteção dos direitos da personalidade, contudo, a distinção não tem relevância. Seja por meio de resposta ou de retificação, será possível a concessão de tutela restauratória, sempre que a matéria divulgar informações imprecisas ou incorretas, capazes de lesar os atributos fundamentais da pessoa humana.

A ofensa (ou agravo) é o ato ilícito que viola os direitos da personalidade, tais como a honra, a imagem, a privacidade, o nome *etc.* Em outras palavras, o agravo constitui a imputação ofensiva ou prejudicial à pessoa, mediante a veiculação de inverdades, opiniões ou inexatidões que lesam seus direitos da personalidade.⁶³¹

De acordo com o inciso V do art. 5º da CRFB e o art. 2º da Lei n. 13.188/2015, a resposta deve ser proporcional ao agravo. A proporcionalidade deve adequar, equilibrar e

⁶²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, vol. 31, n. 122, p. 301, 2004.

⁶²⁹ GERMANO, Luiz Paulo Rosek. *Direito de resposta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 73.

⁶³⁰ GERMANO, Luiz Paulo Rosek. *Direito de resposta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 137.

⁶³¹ TEPEDINO, Gustavo. O direito à liberdade de expressão à luz do texto constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, vol. 48, p. 224, out./dez., 2011

ajustar a resposta ao agravo sofrido pelo ofendido. A resposta, portanto, não pode ser arbitrária nem excessiva, tampouco insuficiente. Ela deve permitir que o ofendido apresente, com proporcionalidade e adequação, a sua defesa, esclarecendo os fatos que lhe foram imputados.⁶³²

Nesse sentido, esclarece Nelson Nery Costa:⁶³³

O direito de resposta deve ser proporcional à ofensa, pois não se pode considerar que a suscetibilidade pessoal esteja protegida, apenas a honra e a imagem. Por conseguinte, tem aspecto definitivo para compensar a injúria ou a difamação lançada, observada a atualidade, não podendo haver um lapso de tempo muito grande. A resposta também não pode ser abusiva, desrespeitando o órgão de imprensa ou seus responsáveis, mas se voltar a esclarecer os fatos e a emitir opiniões. Precisa haver limites legais, de modo a impedir que haja abuso ao exercício do direito de resposta.

Em outros termos, a resposta deve ser suficiente e adequada à restauração da personalidade da vítima, mas, por outro lado, não pode causar danos ao ofensor. Sendo excessiva ou insuficiente, a resposta abrirá caminho para novas ofensas. Se for excessiva, o ofensor pode querer replicá-la, questioná-la; por outro lado, se for insuficiente, o ofensor poderá se sentir estimulado a praticar novas ofensas, ou o ofendido poderá sentir a necessidade de retaliar o ofensor.

Com o propósito de garantir proporcionalidade entre a resposta e a ofensa, o art. 4º da Lei nº 13.188/2015 disciplina as seguintes situações: (i) praticado o agravo em mídia escrita ou na internet, terá a resposta ou retificação o destaque, a publicidade, a periodicidade e a dimensão da matéria que a ensejou; (ii) praticado o agravo em mídia televisiva, terá a resposta ou retificação o destaque, a publicidade, a periodicidade e a duração da matéria que a ensejou; e (iii) praticado o agravo em mídia radiofônica, terá a resposta ou retificação o destaque, a publicidade, a periodicidade e a duração da matéria que a ensejou.

Se o agravo tiver sido divulgado, publicado, republicado, transmitido ou retransmitido em mídia escrita ou em cadeia de rádio ou televisão para mais de um Município ou Estado, será conferido proporcional alcance à divulgação da resposta ou retificação, de acordo com o § 1º do 4º.

Por fim, o § 2º do art. 4º, que também busca a proporcionalidade, dispõe que “o ofendido poderá requerer que a resposta ou retificação seja divulgada, publicada ou

⁶³² GERMANO, Luiz Paulo Rosek. *Direito de resposta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 163-164.

⁶³³ COSTA, Nelson Nery. Do Direito de Resposta. In: CRETELLA NETO, José (Coord.). *Comentários à Lei de Imprensa*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 135.

transmitida nos mesmos espaço, dia da semana e horário do agravo”, a fim de que sua personalidade seja integralmente restaurada.

4.9.2. O exercício do direito de resposta e a mitigação do princípio da inafastabilidade da jurisdição

Previsto no inciso XXXV do art. 5º da CRFB e no art. 3º do CPC, o princípio da inafastabilidade da jurisdição determina que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. Em regra, portanto, o interessado não precisa exaurir a via administrativa de soluções consensuais de conflitos para buscar o Judiciário, isto é, ninguém é obrigado a solucionar seus conflitos de interesses por vias alternativas.⁶³⁴

Entretanto, a Lei nº 13.188/2015 relativiza o princípio da inafastabilidade da jurisdição.⁶³⁵ De acordo com o caput do seu art. 3º, aquele que se sentir ofendido deve exercer o direito de resposta no prazo decadencial de 60 (sessenta) dias, contado da data de cada divulgação, publicação ou transmissão da matéria ofensiva, enviando correspondência com aviso de recebimento ao veículo de comunicação social ou, inexistindo pessoa jurídica constituída, a quem por ele responda, independentemente de quem seja o responsável intelectual pelo agravo.

Se o veículo de comunicação não divulgar, publicar ou transmitir a resposta ou retificação no prazo de sete dias, contados do recebimento da correspondência prevista no caput do art. 3º, ficará caracterizado o interesse processual para a propositura de ação judicial, *ex vi* do art. 5º da Lei nº 13.188/2015.

Assim, antes de buscar o Judiciário, aquele que se afirme ofendido deve tentar a resolução da controvérsia de forma extrajudicial, notificando o veículo de comunicação para publicar, divulgar ou transmitir a resposta pretendida.

O interesse processual só nasce, portanto, após a inércia do veículo de comunicação ou após sua recusa em publicizar a resposta almejada. Antes disso, aquele que se afirme ofendido carecerá de interesse processual (art. 17 do CPC). Logo, se a ação for proposta sem a observância do que dispõe os arts. 3º e 5ª da Lei nº 13.188/2015, ou seja, sem prévia notificação extrajudicial, o juiz poderá extinguir o processo sem resolução do mérito, por ausência de interesse processual, na forma do art. 485, VI, do CPC.

⁶³⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 30-31.

⁶³⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 181.

O legislador almeja, destarte, a solução consensual de conflitos na via extrajudicial, estimulando resoluções alternativas, como, por exemplo, respostas, retificações ou retratações após o recebimento da notificação, entrevistas para esclarecimento dos fatos *etc.*

4.9.3. Os requisitos da petição inicial

A ação judicial em que se postula o direito de resposta segue um rito especial, traçado pela Lei nº 13.188/2015. Segundo Pontes de Miranda, a pretensão do direito de resposta é deduzida por meio de ação de publicação de resposta.⁶³⁶

Nos termos do § 2º do art. 5º da referida legislação, a petição inicial deve ser instruída com provas capazes de demonstrar a ofensa e o não atendimento da notificação extrajudicial para a publicação da resposta.

Se o veículo de comunicação tiver apenas silenciado diante da notificação, o autor da demanda estará impossibilitado de demonstrar a recusa ao pedido de resposta extrajudicialmente formulado, bastando, nessa hipótese, que instrua a inicial com documentos aptos a demonstrar: (i) a prévia notificação do veículo de comunicação e o decurso do prazo de 7 dias previsto no art. 5º, o que se faz com a juntada do respectivo aviso de recebimento previsto no art. 3º, e (ii) o conteúdo do “pedido extrajudicial de resposta”.

Na petição inicial, além de atender aos requisitos previstos nos arts. 319 e 320 do CPC, o autor deve expor o texto da resposta a ser divulgado, publicado ou transmitido, conforme preceitua o § 2º do art. 5º da Lei nº 13.188/2015. Não havendo cumprimento dessas exigências, a inicial, segundo a literalidade da lei, deve ser considerada inepta.

É importante registrar, contudo, que o CPC deve ser subsidiariamente aplicado ao procedimento fixado na Lei nº 13.188/2015. Por força dos princípios da cooperação⁶³⁷ e da primazia do julgamento do mérito (arts. 4º e 6º do CPC), o juiz deve permitir que as partes corrijam vícios sanáveis, esclarecendo-as sobre o que deve ser alterado ou acrescentado em

⁶³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 267.

⁶³⁷ Segundo Daniel Mitidiero, o princípio da colaboração “estrutura-se a partir da previsão de regras que devem ser seguidas pelo juiz na condução do processo. O juiz tem deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os litigantes. É assim que funciona a cooperação. Esses deveres consubstanciam as regras que estão sendo enunciadas quando se fala em colaboração no processo [...]. O dever de prevenção incumbe o juiz de indicar às partes que eventuais escolhas equivocadas do ponto de vista do processo podem acarretar na frustração do exame do direito material. Assim, por exemplo, é vedado ao juiz não conhecer de determinada postulação da parte por defeito processual sanável sem que se tenha primeiramente dado oportunidade para a parte saná-lo. E isso por uma razão muito simples: não faz sentido afirmar que o Estado tem o dever de tutelar os direitos e ao mesmo tempo permitir que o direito sucumba diante de defeitos formais sanáveis não relevados pelo próprio Estado” (MITIDIERO, Daniel. *A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. Revista de processo comparado*. São Paulo, vol. 2, p. 83-97, jul./dez., 2015).

suas postulações. Evita-se, assim, a extinção anômala e prematura do processo, ou seja, sem resolução do mérito.

Assim, na hipótese de descumprimento das exigências do § 2º do art. 5º da Lei nº 13.188/2015, o juiz deve determinar que o autor, no prazo de 15 dias, emende a inicial e corrija os defeitos nela existentes, inclusive com relação à complementação de provas, nos termos dos arts. 317 e 321 do CPC.

Somente se o autor deixar de sanar as irregularidades no prazo legal é que a inicial deve ser indeferida, com a consequente extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos dos arts. 321, *caput* e parágrafo único, e 485, I, ambos do CPC.

Na ação que segue o rito da Lei nº 13.188/2015, o autor pode formular apenas o pedido de resposta, sendo vedada sua cumulação com pedidos de indenização por dano patrimonial ou de compensação por dano moral. Esses pedidos deverão ser deduzidos em ação própria, *ex vi* do art. 5º, §2º, inciso I, da lei.

Se o autor cumular pedidos de resposta com outras pretensões, o juiz deve intimá-lo para corrigir a inicial. Caso deseje que a ação tramite pelo rito traçado na Lei nº 13.188/2015, o autor deverá desistir das pretensões ressarcitórias de danos, mantendo apenas o pedido de publicação da resposta.

Contudo, se, depois de ajuizada a ação, o autor desistir do pedido de publicação da resposta e formular pedido de indenização por dano patrimonial ou de compensação por dano moral (alteração do pedido), o juiz deverá observar as regras do procedimento comum (arts. 319 e seguintes do CPC), consoante determina o art. 12 da Lei nº 13.188/2015.

No entanto, se a contestação já tiver sido oferecida, a desistência do pedido de resposta dependerá do consentimento do réu, por força do § 4º do art. 485 do CPC. Se o réu anuir com a desistência da pretensão de divulgação da resposta, deve-lhe ser conferida, em respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório, a possibilidade de se defender, no prazo mínimo de 15 dias, dos fatos e dos fundamentos que embasam os pedidos de indenização por dano patrimonial e/ou de compensação por dano moral, facultando-lhe a produção de provas, nos termos do art. 329, II, do CPC. Porém, não havendo concordância do réu com a desistência, o pedido de concessão do direito de resposta deve ser julgado.

Conforme prevê o § 1º do art. 5º da Lei nº 13.188/2015, a competência para apreciar o pedido de publicação da resposta é do juízo do domicílio do ofendido ou do juízo do lugar onde a ofensa tenha apresentado maior repercussão.

Tendo em vista a velocidade com que as matérias e informações circulam, principalmente por meio de veículos de comunicação como a Internet, a TV e o rádio,

justifica-se a possibilidade de ajuizamento da ação de publicação da resposta no lugar onde o agravo tenha gerado maiores consequências,⁶³⁸ na medida em que se deve buscar a restauração da personalidade da vítima de forma integral, ampla e efetiva.

4.9.4. Da legitimidade ativa e passiva e da vedação ao litisconsórcio

De acordo com o *caput* do art. 3º da Lei nº 13.188/2015, o direito de resposta pode ser exercido pela pessoa cujo direito da personalidade tenha sido violado em decorrência de matéria divulgada por veículo de comunicação social.

Nos termos do inciso II do § 2º do art. 3º da Lei nº 13.188/2015, o direito de resposta também pode ser exercido pelo cônjuge, descendente, ascendente ou irmão do ofendido que esteja ausente do País ou tenha falecido depois do agravo, desde que observado o prazo previsto no *caput* do dispositivo.

Se a matéria ofender a memória de pessoa morta, restará caracterizado o dano indireto (reflexo ou por ricochete),⁶³⁹ já que a lesão atinge não só falecido, mas também os seus familiares, que são chamados de lesados indiretos.⁶⁴⁰

Nessa hipótese, os familiares defendem direito próprio, qual seja, de manter incólume a honra, a imagem, o nome ou a intimidade do falecido, de modo que se pode dizer que os direitos da personalidade têm eficácia *post mortem*.⁶⁴¹ A ofensa é perpetrada contra o morto, mas atinge, reflexa ou indiretamente, os direitos da personalidade de seus parentes, que poderão, por conseguinte, postular o direito de resposta, exercendo direito próprio.⁶⁴²

Destacam, a propósito, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes:⁶⁴³

[...] embora a morte do titular implique a extinção dos direitos da personalidade, alguns dos interesses resguardados permanecem sob tutela, como ocorre, p. ex., com a imagem, o nome, a autoria, a sepultura e o cadáver do falecido. O ordenamento,

⁶³⁸ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Liberdade de expressão e direito de resposta na sociedade de informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 144.

⁶³⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 602-603.

⁶⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral e LINDB. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 218-221.

⁶⁴¹ TUCCI, José Rogério Cruz. Tutela jurisdicional da personalidade *post mortem*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 845, p. 11-21, mar., 2006.

⁶⁴² Na mesma linha, o parágrafo único do art. 12 e o parágrafo único art. 20, ambos do Código Civil, conferem aos parentes do falecido legitimidade para a postulação das tutelas inibitória, cessatória e ressarcitória de danos decorrentes da ofensa praticada contra o morto, mas que os atinge indiretamente. Dispõe, a propósito, o Enunciado nº 400 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na V Jornada de Direito Civil: “Os parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 asseguram legitimidade, por direito próprio, aos parentes, cônjuge ou companheiro para a tutela contra lesão perpetrada *post mortem*”.

⁶⁴³ TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 36.

portanto, confere legitimidade ao cônjuge e aos parentes, que seriam os efetivamente afetados pela lesão de tais interesses após a morte do titular, para que possa impedir a lesão ou demandar reparação por seus efeitos.

Se determinada matéria violar os direitos da personalidade de mais de uma pessoa, cada ofendido deverá pleitear, de forma individualizada, o direito de resposta, uma vez que, por força do art. 5º, § 2º, III, da Lei nº 13.188/2015, não se admite o litisconsórcio ativo nesse procedimento.

Com relação à legitimidade passiva, o direito de resposta deve ser exercido contra o veículo de comunicação social que publicizou a matéria ofensiva ou, inexistindo pessoa jurídica constituída, a quem por ele responda, independentemente de quem seja o responsável intelectual pelo agravo, consoante previsto no *caput* do art. 3º da Lei nº 13.188/2015.

O subscritor da matéria ofensiva não compõe o polo passivo da demanda em que se postula o direito de resposta. O réu será apenas o veículo de comunicação divulgador da matéria lesiva ou quem por ele responda, na hipótese de inexistir pessoa jurídica constituída. Não se admite, portanto, o litisconsórcio passivo entre o veículo de comunicação e o responsável direto pela ofensa, o que se infere do art. 5º, § 2º, III, da Lei nº 13.188/2015.

Em sentido contrário, Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Renata Marques Ferreira defendem a existência de litisconsórcio passivo necessário, afirmando que o responsável direto pela ofensa deve figurar no polo passivo ao lado do veículo de comunicação que a divulgou.⁶⁴⁴

Nos termos do § 1º do art. 3º da Lei nº 13.188/2015, o direito de resposta poderá ser exercido, de forma individualizada, contra todos os veículos de comunicação social que tenham divulgado, publicado, republicado, transmitido ou retransmitido o agravo original. Ao utilizar o sintagma “de forma individualizada”, a lei veda o litisconsórcio passivo entre os veículos de comunicação, o que é expressamente confirmado pelo art. 5º, § 2º, III, da Lei nº 13.188/2015.

Portanto, a lei veda: (i) o litisconsórcio ativo entre os que pretendem exercer o direito de resposta; (ii) o litisconsórcio passivo entre o responsável intelectual pela ofensa e o veículo que a divulgou; e (iii) o litisconsórcio passivo entre os veículos de comunicação que tenham divulgado, publicado, republicado, transmitido ou retransmitido o agravo original.

⁶⁴⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Liberdade de expressão e direito de resposta na sociedade de informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 144-145.

4.9.5. A defesa

Recebido o pedido de resposta ou retificação, o juiz, no prazo de 24 horas, determinará a citação do responsável pelo veículo de comunicação social, para que adote duas condutas: (i) em igual prazo (24h), apresente as razões pelas quais não divulgou, publicou ou transmitiu o “pedido administrativo” de resposta; e (ii) ofereça contestação, no prazo de 3 (três) dias, na forma do art. 6º, I e II, da Lei nº 13.188/2015.

Na contestação, incumbe ao réu alegar toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir (art. 336 do CPC).

Antes, porém, de discutir o mérito, incumbe ao réu alegar, na própria contestação, as matérias previstas no art. 337 do CPC, quais sejam: inexistência ou nulidade da citação; incompetência absoluta e relativa; incorreção do valor da causa; inépcia da petição inicial; perempção; litispendência; coisa julgada; conexão; incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; convenção de arbitragem; ausência de legitimidade ou de interesse processual; e indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça.

O réu não pode, todavia, oferecer reconvenção, nem promover a intervenção de terceiros, por força de expressa vedação do art. 5º, § 2º, II e III, da Lei nº 13.188/2015.

A ofensa poderá configurar crime contra a honra,⁶⁴⁵ que se divide em: (i) honra objetiva, que é a reputação e a boa fama do indivíduo no meio social, e (ii) honra subjetiva, que consiste na estima própria que a pessoa tem de si.⁶⁴⁶

De acordo com o parágrafo único do art. 6º da Lei n. 13.188/2015, a ofensa consistente em injúria não admitirá exceção da verdade, de modo que o ofensor não poderá produzir provas destinadas à demonstração da veracidade da imputação feita. A *contrario sensu*, quando a ofensa consistir em calúnia ou difamação, admite-se a exceção da verdade.

4.9.6. A antecipação de tutela e a sentença

A Lei nº 13.188/2015 prevê regramento específico para a concessão de tutela antecipada do direito de resposta. Nos termos do seu art. 7º, o juiz, nas 24 horas seguintes à

⁶⁴⁵ O Código Penal prevê três espécies de crimes contra a honra: (i) calúnia (art. 138 do CP), falsa imputação a alguém de fato previsto como crime, violando sua honra objetiva; (ii) difamação (art. 139 do CP), imputar a alguém fato que não constitui crime, mas que ofende sua reputação (honra objetiva), não importando se verdadeiro ou falso; e (iii) injúria (art. 140 do CP), imputar a alguém qualidade negativa, ferindo sua autoestima, ou seja, sua honra subjetiva (CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*. Parte especial (arts. 121 ao 361). Volume único. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 175).

⁶⁴⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 201; AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 324.

citação, tenha ou não se manifestado o veículo de comunicação, fixará, desde logo, as condições e a data para a veiculação, em prazo não superior a 10 (dez) dias, da resposta ou retificação, desde que presentes um dos seguintes requisitos: (i) prova capaz de demonstrar a verossimilhança da alegação (*fumus boni iuris*) ou (ii) justificado receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*).

Diversamente do art. 300 do CPC – que, para a concessão da tutela antecipada, exige a presença cumulativa dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* –, a Lei nº 13.188/2015 admite o deferimento da tutela de urgência com a presença de apenas um dos requisitos, já que o legislador utilizou a conjunção alternativa “ou”, e não a conjunção aditiva “e”.

Como se depreende do art. 7º da Lei nº 13.188/2015, a tutela antecipada pode ser concedida mesmo que o réu não tenha justificado, no prazo de 24 horas após a citação, o motivo pelo qual não publicou espontaneamente o pedido extrajudicial de resposta (art. 6º). Portanto, a antecipação da tutela pode ser deferida com ou sem prévia oitiva do réu, isto é, *audita altera parte* ou *inaudita altera parte*, respectivamente.

Na hipótese de concessão de tutela de urgência antes de se ouvir o réu, o contraditório será diferido, isto é, postergado para o momento seguinte ao da concessão da tutela de urgência.⁶⁴⁷ Diversamente, quando a tutela de urgência for deferida após a manifestação do réu, haverá exercício do contraditório prévio.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, a antecipação de tutela *inaudita altera parte* deve ser concedida em duas situações: quando o ato ilícito ou o prejuízo puderem ocorrer imediatamente, ou seja, durante o tempo necessário para o exercício do contraditório prévio; ou quando, ao ser citado, o réu puder praticar algum ato que comprometa a efetividade e a utilidade da tutela de urgência.⁶⁴⁸ Na mesma linha, José Miguel Garcia Medina afirma que a antecipação de tutela *inaudita altera parte* se justifica quando a prévia ciência do réu “puder comprometer, tornar inócua ou ineficaz a medida pleiteada”.⁶⁴⁹

⁶⁴⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 86.

⁶⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 294 ao 333. Vol. IV. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ed. em e-book baseada na ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s./p.

⁶⁴⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed. em e-book baseada na 5ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, s./p. Em sentido semelhante, asseveram Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Jr.: “Caso a ouvida prévia do réu possa tornar inócua ou ineficaz a medida liminar, o juiz pode concedê-la sem colher a manifestação do demandado” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed em e-book baseada na 17ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, s./p).

Além dessas hipóteses, é possível a antecipação de tutela antes da ouvida do réu mediante justificação prévia, conforme previsto no § 2º do art. 300 do Código de Processo Civil. Se o juiz, ao apreciar o pedido de tutela antecipada, não vislumbrar, de plano, os requisitos que autorizam sua concessão, poderá designar audiência de justificação, para que o autor demonstre a probabilidade do direito e/ou o perigo na demora, por meio de esclarecimentos e produção de provas, como, por exemplo, testemunhal.⁶⁵⁰

Nesse sentido, Antônio Pereira Gaio Júnior explica a finalidade da audiência de justificação prévia, defendendo que o réu não deve participar do ato:⁶⁵¹

Pode a tutela de urgência ser concedida liminarmente ou após justificação prévia (§ 2.º do art. 300 do CPC/2015). Justifica-se tal hipótese quando o juiz, por exemplo, ao examinar o pedido de tutela de urgência, não se convença da real presença de *fumus boni iuris* e/ou do *periculum in mora*, necessitando, pois, designar audiência de justificação prévia para fins de certificar-se probalmente da necessidade da medida requerida, logicamente, com a presença do autor e, uma vez pautando-se em pedido de tutela de urgência *inaudita altera pars*, certamente, a presença do réu neste caso redundaria no próprio esvaziamento da medida objetivada.

Em sentido diverso, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart sustentam que, se o tempo para a convocação do réu não for capaz de comprometer a efetividade da tutela e se não houver risco de que o réu possa praticar algum ato para frustrar a utilidade do provimento antecipatório, o juízo deve convocá-lo para participar da audiência de justificação prévia, oportunidade em que lhe será permitido, por exemplo, contraditar e formular perguntas às testemunhas, não podendo, contudo, apresentar defesa ou produzir provas, o que lhe será facultado em momento posterior.⁶⁵²

Além de ser possível seu deferimento *inaudita altera parte* – com ou sem audiência de justificação prévia –, a tutela antecipada também pode ser concedida após a ouvida do réu (*audita altera parte*), especificamente (i) quando não houver risco de que o tempo necessário para o exercício do contraditório prévio possa comprometer a efetividade da tutela, e (ii)

⁶⁵⁰ Nessa linha: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro: a nova sistemática estabelecida pelo CPC/2015 comparada às previsões do CPC/1973. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 257, p. 153-178, jul., 2016; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: JusPodivum, 2016, p. 478; GODINHO, Robson Renault. Da tutela provisória. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 471.

⁶⁵¹ GAIO JR. Antônio Pereira. Apontamentos para a tutela provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 254, 195-223, abr., 2016

⁶⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 294 ao 333. Vol. IV. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ed. em e-book baseada na ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s./p.

quando, mesmo após a citação, não houver risco de que o réu pratique ato capaz de frustrar a finalidade, a utilidade e a eficácia da medida.⁶⁵³

Embora sem fazer menção ao art. 7º da Lei nº 13.188/2015, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo deferiu, em sede de antecipação de tutela, direito de resposta a uma candidata ao cargo de Prefeita do Município de Linhares, que teve seus direitos da personalidade violados, em razão de matéria divulgada por um veículo de comunicação.⁶⁵⁴

4) Como não existe no ordenamento um direito de caráter absoluto, a própria Constituição assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (inciso V do art. 5º) àquele se vê ofendido em sua honra objetiva ou subjetiva por uma publicação inverídica ou incorreta. 5) Nesse contexto, o direito de resposta surge como uma garantia fundamental, prevista na Constituição Federal e em convenções internacionais, por meio da qual a pessoa ofendida em matéria divulgada por veículo de comunicação social poderá, de forma gratuita, refutar ou corrigir a afirmação que foi feita no mesmo horário, modo e duração do agravo (ofensa) praticado. 6) Não é inapropriado afirmar que atribuir a pecha de “ficha suja” a candidato é algo extremamente depreciativo e desabonador, sobretudo quando este já é agente político e ocupou outros cargos eletivos. Isso porque, a lei de inelegibilidade, consoante prescreve o §9º do art. 14 da Constituição Federal visa exatamente proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. 7) Propagar que um candidato é inelegível por enquadrar-se em alguma das hipóteses elencadas na Lei Complementar nº 64/90 é extremamente prejudicial à sua imagem e carreira pública, porquanto carrega a mensagem velada à população de se tratar de agente improbo ou criminoso. 8) A apresentação das contas de campanha é suficiente para a obtenção da quitação eleitoral, nos termos do art. 11, § 7º, da Lei nº 9.504/1997, alterado pela Lei nº 12.034/2009. Precedentes no TSE. 9) Direito de resposta concedido de forma proporcional ao agravo. 10) Recurso provido.

Na tutela antecipada, se a ofensa tiver sido divulgada ou publicada por veículo de mídia impressa cuja circulação seja periódica, a resposta ou retificação será divulgada na edição seguinte à da ofensa ou, excepcionalmente, em edição extraordinária, apenas nos casos em que o prazo entre a ofensa e a próxima edição indique desproporcionalidade entre a ofensa e a resposta ou retificação, conforme estabelece o § 1º do art. 7º da Lei nº 13.188/2015.

A previsão legal tem por objetivo tutelar o direito de resposta de forma tempestiva e efetiva, o que, inclusive, está em consonância com os arts. 4º e 6º do CPC. É que, decorrido significativo lapso temporal entre a ofensa e a resposta, é possível que os esclarecimentos

⁶⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 294 ao 333. Vol. IV. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ed. em e-book baseada na ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s./p.

⁶⁵⁴ TJES, Agravo de Instrumento nº 30169001283, Relator Des. José Paulo Calmon Nogueira da Gama. Relator Substituto Des. Cristovão de Souza Pimenta, Segunda Câmara Cível, julgado em 07/03/2017.

feitos pela vítima se revelem ineficientes e ineficazes para a restauração da sua dignidade. Muitas pessoas podem não ter tomado conhecimento do agravo quando de sua publicização, mas passarão a tê-lo após o exercício intempestivo do direito de resposta, o que pode ser prejudicial ao ofendido.

Para conferir efetividade à tutela antecipada, o juiz poderá, de ofício, impor *astreintes* ao réu, bem como alterar seu valor ou sua periodicidade, caso verifique que o valor da multa é insuficiente para coagir o réu ao cumprimento da decisão ou excessivo a ponto de gerar o enriquecimento sem causa do autor, consoante preceitua § 3º do art. 7º da Lei nº 13.188/2015.

Por sua vez, o § 4º do art. 7º da Lei nº 13.188/2015 prescreve que, para a efetivação da tutela do direito de resposta, poderá o juiz, de ofício ou mediante requerimento, adotar as medidas cabíveis para o cumprimento da decisão.

Assim, além da multa, o juiz, tanto na decisão de antecipação de tutela e quanto na sentença, pode adotar todas as medidas necessárias para assegurar a efetividade do direito de resposta, tais como as medidas de coerção direta, previstas no § 1º do art. 536 do CPC: busca e apreensão, remoção de coisas, auxílio de força policial *etc.*, desde que sejam necessárias e adequadas à satisfação do direito material.

De acordo com o art. 9º da Lei nº 13.188/2015, o juiz deve prolatar a sentença no prazo máximo de 30 dias, contados do ajuizamento da ação, exceto se o pedido de resposta for convertido em pedido de indenização ou compensação por perdas e danos, hipótese em que será adotado o procedimento comum do Código de Processo Civil.

Nos termos do parágrafo único do art. 9º, as ações judiciais destinadas à concessão do direito de resposta processam-se durante as férias forenses e não se suspendem pela superveniência delas.

4.9.7. *Recorribilidade*

Cabe agravo de instrumento contra a decisão que antecipa os efeitos da tutela, por força da aplicação subsidiária do inciso I do art. 1.015 do CPC ao procedimento previsto na lei que trata do exercício do direito de resposta.

De acordo com o art. 10 da Lei nº 13.188/2015, apenas por decisão colegiada é que seria possível a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, e desde que constatados os seguintes requisitos: plausibilidade do direito invocado e urgência na concessão da medida.

No entanto, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.415, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) questiona a constitucionalidade

do art. 10 da Lei nº 13.188/2015, alegando que o dispositivo cria desequilíbrio entre as partes e, portanto, malfez o princípio da igualdade, previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição da República, já que o pedido de antecipação de tutela é analisado por um único juiz, enquanto o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo depende de análise por juízo colegiado.

Como as informações e notícias circulam com muita velocidade, existe uma natural urgência de se proteger tanto os direitos da personalidade quanto a liberdade de expressão. Todavia, o dispositivo questionado reduz sensivelmente a possibilidade de se obter, em sede agravo de instrumento, efeito suspensivo para retirar a eficácia da decisão de deferimento da tutela de urgência, além de diminuir a possibilidade de deferimento da tutela antecipada recursal, já que, no Brasil, não é comum a existência de colegiado prévio nos Tribunais para a análise de tutelas provisórias de urgência.

Logo, a parte que recorre da decisão prevista no art. 7º fica em situação de desvantagem em relação à outra, na medida em que terá que aguardar a reunião do órgão colegiado para deliberar sobre o seu pedido de efeito suspensivo ou de tutela antecipada recursal, o que, em razão do transcurso do tempo, poderá ocasionar a perda do próprio interesse recursal.

Assim, considerando que o art. 7º da lei estabelece que a resposta deferida em sede de tutela antecipada deverá ser publicada no prazo máximo (e exíguo) de 10 dias, a OAB sustenta que a exigência de reunião de ao menos três desembargadores para apreciar o pedido de efeito suspensivo compromete o direito de defesa do veículo de comunicação em sede recursal.

Além disso, a OAB aduz que, pela regra geral do parágrafo único do art. 995 do CPC, o relator, ao receber o recurso, decide monocraticamente sobre a suspensão dos efeitos da decisão de primeira instância, de modo que, posteriormente, sua decisão é referendada ou não pelo órgão colegiado competente. Alega, porém, que o artigo 10 da Lei nº 13.188/2015 retira do relator essa possibilidade, contrariando a sistemática estabelecida pelo CPC para análise de tutela de urgência pelos Tribunais, feita monocraticamente pelo Relator.

Ao receber a petição inicial da ADI nº 5.415, o Relator, Min. Dias Toffoli, concedeu medida cautelar para suspender os efeitos do art. 10 da Lei nº 13.188/2015, permitindo que os desembargadores dos tribunais apreciem, em decisão monocrática, pedidos de efeito

suspensivo formulado em agravo de instrumento interposto contra decisão que defere tutela antecipada do direito de resposta (art. 7º).⁶⁵⁵

Por fim, cabe apelação contra a sentença que julga o pedido de resposta, nos termos do art. 1.009 do CPC.

⁶⁵⁵ “Isso porque o direito de resposta é, por essência, satisfativo, de modo que, uma vez exercido, não há como ser revertido. E a interpretação literal do art. 10 da Lei nº 13.188/15 (atribuindo exclusivamente ao colegiado do Tribunal a deliberação pela concessão de efeito suspensivo ao recurso em face de decisão que assegura o direito de resposta) dificultaria sensivelmente a reversão liminar de decisão concessiva do direito de resposta, com risco, inclusive, de tornar inócua a apreciação do recurso pelo Tribunal. [...] Pelo exposto, concedo a medida cautelar pleiteada, ad referendum do Plenário, para ressaltar o dispositivo combatido da interpretação – literal – que restrinja o Poder Geral de Cautela prescrito em seu comando a órgão colegiado de Tribunal a que seja submetido recurso interposto sob o rito da Lei nº 13.188/15, permitindo e preservando tal prerrogativa ao magistrado integrante do Tribunal respectivo, em decisão monocrática” (STF, ADI nº 5.415, Relator Ministro Dias Toffoli, decisão proferida em 17/12/2015, divulgada em 20/01/2016).

CAPÍTULO 5

A PRIMAZIA DA TUTELA ESPECÍFICA SOBRE A TUTELA PELO EQUIVALENTE PECUNIÁRIO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Em seu art. 329, I e II, o Código de Processo Civil estabelece as regras para a alteração dos elementos objetivos da demanda: *(i)* até a citação, o autor pode aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, independentemente do consentimento do réu; e *(ii)* após a citação e até o saneamento, a alteração depende da anuência do réu.

Nesse capítulo, serão abordados os elementos objetivos da demanda, quais sejam, o pedido e a causa de pedir, destacando-se as regras de sua alteração, instituídas com o objetivo de assegurar o respeito às garantias processuais decorrentes do devido processo legal. O legislador prevê limites para a alteração da causa de pedir e do pedido, a fim de viabilizar o exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como para garantir segurança jurídica, isto é, previsibilidade quanto ao procedimento a ser seguido no processo.

Contudo, a despeito da importância das regras de modificação e de estabilização da demanda, o princípio do acesso à justiça exige a prestação de tutela específica dos direitos da personalidade. Nessa linha, o processo precisa ser visto como um instrumento de proteção e realização dos atributos fundamentais da pessoa humana, devendo ser direcionado, portanto, à prestação de tutela eficiente, efetiva e adequada ao direito material, especialmente quando se trata de direitos que protegem a integridade e a incolumidade da pessoa.

Assim, com base no entendimento de Marco Antonio dos Santos Rodrigues e a partir de outros fundamentos jurídicos, constatou-se que, para a prestação de tutela específica dos direitos da personalidade, é possível flexibilizar o regime de alteração da demanda previsto em lei, desde que observadas as garantidas do contraditório, da ampla defesa, da boa-fé, da cooperação, da liberdade, da eficiência, da segurança jurídica e da razoável duração do processo.

Em seguida, será analisada a possibilidade de mitigação do princípio da congruência, correlação ou adstrição, relacionando-o com a inércia da jurisdição e com os princípios dispositivo, do contraditório, da ampla defesa, da segurança jurídica e da imparcialidade.

Ao final, conclui-se que a primazia da tutela específica na proteção dos direitos da personalidade se coaduna com os novos paradigmas da responsabilidade civil.

Esse capítulo é resultado de uma pesquisa que utilizou o método dedutivo, em que se pensou os problemas de modo descendente. A premissa maior considerada verdadeira é a

necessidade de regime de alteração da demanda do Código de Processo Civil, submetida a uma segunda premissa, qual seja, a adequada proteção dos direitos da personalidade, por meio da concessão de tutela específica.

As conclusões dessa pesquisa foram retiradas dos conhecimentos já existentes. Algumas conclusões estavam implícitas em tudo o que já se produziu sobre o tema e outras estavam explícitas. Por isso, a metodologia consistiu basicamente na análise de documentos jurídicos, literários e judiciais. Trata-se, portanto, de pesquisa qualitativa, baseada na análise dos fundamentos e dos efeitos verificados naqueles documentos.

5.1. A demanda

O brocardo *nemo iudex sine actore* representa a necessidade de que a parte provoque a jurisdição para que o processo se inicie. Pelo princípio da demanda, a jurisdição não atua de ofício. A demanda é o ato postulatório que retira a jurisdição da inércia (art. 2º do CPC). A parte provoca o Poder Judiciário, buscando tutela jurisdicional. Esse ato capaz de romper a inércia da jurisdição é denominado de demanda.⁶⁵⁶

Proposta a demanda, a jurisdição deve atuar nos limites estabelecidos pelo autor, por força do princípio dispositivo. Nessa medida, prestigia-se a autonomia privada das partes na construção do processo, vinculando a atividade estatal aos elementos da demanda (*ne procedat iudex ex officio*).⁶⁵⁷

De acordo com José Carlos Barbosa Moreira, “chama-se demanda ao ato pelo qual alguém pede ao Estado a prestação jurisdicional. Com a demanda começa a exercer-se o direito de ação, e com ela também se promove a instauração do processo”.⁶⁵⁸

Para Heitor Vitor Mendonça Sica, demanda é “o ato de postulação que encerra uma pretensão processual, informada por seus três elementos: partes, pedido e causa de pedir, tendo como objetivo um bem da vida disputado entre as partes no plano do direito material”.⁶⁵⁹

A partir dessas definições, pode-se distinguir *demand*a de *pretensão*. A demanda é o ato postulatório por meio do qual se exige uma pretensão. Assim, a exigência (pretensão) está

⁶⁵⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Elementos da demanda, correlação e contraditório. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, vol. 20, p. 148, jan./abr., 2018.

⁶⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 156.

⁶⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 117.

⁶⁵⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 85.

contida no ato de exigir (demanda). A pretensão, portanto, faz parte do conteúdo da demanda, integra sua substância.⁶⁶⁰ Nesse sentido, Paulo Henrique dos Santos Lucon entende que a demanda pode ser analisada em dupla perspectiva: formal e substancial. Formalmente, demanda é o ato por meio do qual se leva a pretensão a juízo e, substancialmente, demanda é a própria pretensão deduzida em juízo.⁶⁶¹

Também não se deve confundir *demanda* com *ação*, que, por sua vez, consiste no direito de se veicular interesses assegurados pelo direito material, por meio dos mecanismos estatais de resolução de controvérsias.⁶⁶²

A propósito, Flávio Luiz Yarshell destaca a diferença entre ação e demanda:⁶⁶³

[...] a distinção entre ação e demanda é um bom ponto de partida para o exame proposto: a primeira, como *cediço*, designa o direito ou poder de estimular o exercício da jurisdição e de invocar um provimento jurisdicional – seja ele de qualquer natureza, de mérito ou favorável ao autor; já a segunda corresponde ao ato que se pratica quando do exercício daquele direito ou poder, isto é, o ato inaugural do processo e do procedimento que nele se contém.

Na teoria do processo civil contemporâneo, Heitor Vitor Mendonça Sica afirma que a ação não é somente direito ao processo ou direito de se obter sentença de mérito ou de procedência, mas, sim, direito à tutela efetiva, que consiste na concretização do devido processo legal aos litigantes e na satisfação tempestiva e adequada do direito material.^{664,665}

Desse modo, enquanto a ação é o direito de se obter tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada à satisfação do direito material, a demanda é o ato postulatório por meio do qual esse direito é exercido, veiculando uma pretensão conotada por três elementos

⁶⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 126-128.

⁶⁶¹ “[...] o vocábulo demanda é utilizado para designar pretensão deduzida ou trazida em juízo. Daí, formalmente, demanda é o ato por meio do qual se apresenta a pretensão ao julgador e, substancialmente, demanda é pretensão apresentada ao juiz” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. 2ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 43).

⁶⁶² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 70-71.

⁶⁶³ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: DPJ, 2006, p. 56.

⁶⁶⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZUFELATO, Camilo. (Orgs.). *Quarenta anos da teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 430-466.

⁶⁶⁵ Por seu turno, Christian Garcia Vieira define ação como “o direito que todo cidadão tem de pleitear do Estado-Juiz uma tutela jurisdicional que elimine crise jurídica que ele afirma existir. É, portanto, um poder genérico e abstrato” (VIEIRA, Christian Garcia. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC: natureza, procedimentos e temas polêmicos*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 96).

(partes, causa de pedir e pedido), que retira o Poder Judiciário da inércia e delimita sua atuação.⁶⁶⁶

Demanda também não é sinônimo de *petição inicial*. Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “a petição inicial, como papel em que os termos da demanda estão escritos, não é um ato, mas a representação física de um ato”, qual seja, a demanda. A petição inicial apenas instrumentaliza a demanda, que, por sua vez, consiste “no ato de vir a juízo pedindo tutela jurisdicional”, tendo por conteúdo uma pretensão de quem o realiza.⁶⁶⁷

No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. distingue demanda de petição inicial:⁶⁶⁸

A relação entre petição inicial e demanda é a mesma que se estabelece entre a forma e o seu conteúdo. Do mesmo modo que o instrumento de um contrato não é o contrato, a petição inicial não é a demanda. A demanda é um ato jurídico que requer forma especial. A petição inicial é a forma da demanda, o seu instrumento; a demanda é o conteúdo da petição inicial.

Assim, enquanto a demanda consiste no ato de postulação por meio do qual se veicula uma pretensão, a petição inicial é o instrumento, físico ou eletrônico, que materializa esse ato, dando início ao processo.

Contudo, é importante esclarecer que a demanda não está limitada aos atos que dão início ao processo. Há outros atos que, embora praticados durante o curso do processo (ou de outro processo), também devem ser considerados demandas, pois ampliam o objeto litigioso do processo em curso, como, por exemplo, a reconvenção, a “ação” declaratória incidental, a denunciação da lide promovida pelo réu⁶⁶⁹ e os embargos de terceiro, cujo julgamento se destina a produzir efeitos sobre outro processo que está se desenvolvendo. São as chamadas demandas incidentais, que, uma vez postuladas, instauram processos incidentes.

⁶⁶⁶ “Entendemos que demanda deve ser definida como o ato voluntário, conotado por três elementos (partes, pedido e causa de pedir), pelo qual o sujeito processual rompe inércia do Poder Judiciário e postula tutela jurisdicional no tocante a uma determinada relação jurídica de direito material” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: YARSHELL, Flavio Luiz; ZUFELATO, Camilo. (Orgs.). *Quarenta anos da teoria geral do processo no Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 449).

⁶⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 128-129.

⁶⁶⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 556.

⁶⁶⁹ Heitor Vitor Mendonça Sica também defende que a reconvenção, a declaratória incidental e a denunciação da lide promovida pelo réu têm natureza de demanda (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: YARSHELL, Flavio Luiz; ZUFELATO, Camilo (Orgs.). *Quarenta anos da teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 451). Em sentido semelhante, Marco Antonio dos Santos Rodrigues entende que, quando o réu veicula pretensão por meio de reconvenção ou ação declaratória incidental, há delimitação do objeto do processo, com a formulação de pedido de uma nova demanda, incidental à primeira (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 61-62).

Para se verificar se o ato postulatório se caracteriza como demanda, é importante analisar o seu conteúdo. Deve ser considerado demanda o ato postulatório que encerra pretensão capaz de inaugurar uma relação processual, definindo o objeto litigioso do processo ou modificando o objeto litigioso de um processo que está em curso.⁶⁷⁰

Por exemplo, embora sejam atos postulatórios, porque solicitam a obtenção de um provimento jurisdicional, a contestação e os recursos não são considerados demandas, por não terem aptidão de instaurar uma relação processual, nem de alterar o objeto litigioso de um processo em desenvolvimento, como observa Marcelo Pacheco Machado. Nessa linha, o autor define demanda como “ato processual, indutivo, postulatório, essencial e argumentativo, pelo qual se manifesta claramente a vontade de instituir ou alterar o objeto litigioso de um processo”.⁶⁷¹

De qualquer maneira, inaugurando uma relação processual ou ampliando o objeto litigioso de um processo em curso, a demanda possui uma estrutura mínima, formada por três elementos.⁶⁷² Nesse sentido, os incisos II a IV do art. 319 do Código de Processo Civil exigem que a petição inicial, instrumento por meio do qual a demanda é veiculada, contenha partes, pedido e causa de pedir, que são os três elementos da demanda.

Faltando quaisquer dos elementos da demanda, considera-se inepta a inicial, nos termos do art. 330, § 1º, I, do CPC. Pode-se afirmar, assim, que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria da tríplice identidade, segundo a qual a demanda deve ser identificada e diferenciada a partir desses três elementos (art. 337, § 2º, do CPC).⁶⁷³

⁶⁷⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 83.

⁶⁷¹ MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no Processo Civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 20 e 30-34.

⁶⁷² A expressão *estrutura mínima* é utilizada por Cândido Rangel Dinamarco, segundo o qual toda demanda é necessariamente formada por partes, pedido e causa de pedir. O autor esclarece, todavia, que cada um desses elementos se decompõe ou se desdobra em dois, de modo que, na realidade, existiriam seis (e não três) elementos constitutivos e identificadores da demanda: “[...] toda demanda é necessariamente composta de partes, causa de pedir e pedido, sendo que cada um desses elementos se decompõem de algum modo. Para a precisa identificação de uma demanda não basta a alusão às partes, mas a cada uma delas: não basta conhecer os fundamentos do pedido, mas os fatos e os fundamentos jurídicos alegados pelo ator; nem bastaria falar em *petitum*, com alusão ao bem pretendido, mas sem indicar qual espécie de provimento jurisdicional o autor postula (sentença meramente declaratória, constitutiva ou condenatória *etc.*). Isso significa que na realidade são seis os elementos constitutivos e identificadores da demanda, porque cada um dos elementos tradicionalmente indicados pela doutrina se desdobra em dois” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 136-137 e 154-156).

⁶⁷³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 232-233. No entanto, o autor afirma que, em algumas situações, a teoria da tríplice identidade é insuficiente para a identificação das demandas: “Advirta-se, contudo, que, perante várias situações concretas, a teoria da tríplice identidade desponta insuficiente para desempenhar o papel que lhe é reservado no confronto de duas ou mais ações. [...]. Assim, diante de tais situações excepcionais, que revelam a insuficiência da teoria dos *tria eadem*, duas regras devem ser observadas quanto à sua incidência prática: a) não constitui ela um critério absoluto, mas, sim, uma “boa hipótese de trabalho”, até porque ninguém se arriscou a apontar outra que a

A definição e a identificação dos elementos da demanda repercutem na análise dos critérios para se verificar a ocorrência de coisa julgada, litispendência, conexão, continência, e da própria cumulação e modificação da demanda, relacionando-se, assim, com a segurança jurídica e o melhor gerenciamento da atividade jurisdicional (eficiência).⁶⁷⁴

A propósito, José Roberto dos Santos Bedaque adverte que “os elementos da ação (*rectius*: demanda) consistem em dados da relação jurídica material utilizados pelo processo para individualizar a demanda”.⁶⁷⁵ Os elementos da demanda são extraídos da relação jurídica de direito material, revelando o intrínseco nexo entre o processo e o direito substancial.⁶⁷⁶ Afirmando a existência de ao menos uma relação jurídica de direito material, a petição inicial deve conter os elementos que compõem essa relação: o fato jurídico (causa de pedir), o objeto

superasse; e b) quando for inaplicável, perante uma situação concreta, deve ser relegada a segundo plano, empregando-se, em seu lugar, a teoria da identidade da relação jurídica”. No mesmo sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 28. A propósito, Marco Antonio dos Santos Rodrigues aduz que as ações coletivas são um exemplo de insuficiência da teoria, já que, nessas demandas, a litispendência ou a coisa julgada não necessitam da presença do autor (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 36).

⁶⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 7ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 154-155; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 35; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: YARSHELL, Flavio Luiz; ZUFELATO, Camilo. (Org.). *Quarenta anos da teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 430-466; VIEIRA, Christian Garcia. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC: natureza, procedimentos e temas polêmicos*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 100.

⁶⁷⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 122.

⁶⁷⁶ Nessa linha, sustenta José Roberto dos Santos Bedaque: “Elementos da ação consistem em dados da relação jurídica material utilizados pelo processo para individuar a ação proposta. [...]. A ação identifica-se pelas partes, pela causa de pedir e pelo objeto. Nessa análise, deve o processualista, necessariamente, voltar os olhos para a relação substancial, pois é lá que se encontra tais elementos. A *causa petendi* é representada pelo fato constitutivo do vínculo jurídico, bem como o fato afirmado pelo autor que torna necessária a intervenção jurisdicional. Tais fatos dão origem a uma relação jurídica de direito material e a um direito que dela se origina. Tudo isso da ótica do autor. [...]. De qualquer forma, a causa de pedir, quer para os adeptos da teoria da individualização, quer para os defensores da substanciação, revela o nexo existente entre o direito material e o processo. [...]. O que parece importante ressaltar é a impossibilidade absoluta de se ignorar o nexo entre direito e processo, na determinação da causa de pedir e do objeto do processo. A causa de pedir constitui o meio pelo qual o demandante introduz o seu direito subjetivo (substancial) no processo. O próprio objeto mediato da ação, o bem da vida pretendido pelo autor, é identificado em função da causa de pedir, ou seja, a partir dos fatos e do fundamento jurídico da demanda chega-se ao pedido.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 28-31).

(pedido) e os sujeitos (partes). Dessa forma, os elementos da demanda se encontram na relação jurídica de direito material.⁶⁷⁷

A partir dos entendimentos extraídos da literatura jurídica e das discussões nas sessões de orientações desse Mestrado, pode-se definir a demanda da seguinte maneira: é o ato mediante o qual se busca a proteção estatal-judicial, por meio do exercício do direito de ação, a partir da apresentação, na petição inicial, dos fatos lesivos de direitos subjetivos ou potencialmente lesivos, praticados por alguém, e dos fundamentos jurídicos que justificam tal proteção, a se realizar tal qual requerido pelo demandante, para assegurar a tutela de um bem da vida. Sistematizando e analisando essa definição, tem-se:

- *ato por meio do qual se busca a proteção estatal-judicial*: É pela demanda que o Estado é provocado para que exerça a função jurisdicional e preste a tutela;
- *por meio do exercício do direito de ação*: não se confunde com a demanda; o direito de ação é o que proporciona a prática do ato de demandar, mas não é a demanda;
- *a partir da apresentação na petição inicial*: esse é o instrumento da demanda; que a concretiza;
- *fatos lesivos ou potencialmente lesivos de direitos subjetivos*: é a causa de pedir remota, o fato jurídico;
- *praticados por alguém*: elemento subjetivo, delimitação das partes;
- *fundamentos jurídicos que justificam tal proteção*: é a causa de pedir próxima;
- *a se realizar tal qual requerido pelo proponente*: é o pedido, que, se atendido, irá realizar a tutela postulada (pedido imediato), para a proteção de um bem da vida (pedido mediato).

Nessa medida, a definição conceitual da demanda, e de seus elementos objetivos, é importante para a adequada proteção dos direitos da personalidade. A exposição da causa de pedir de maneira equivocada ou insuficiente, e a formulação de pedido inadequado, podem prejudicar ou inviabilizar a prestação de tutela específica dos direitos da personalidade. Embora permita a alteração dos elementos objetivos da demanda durante o curso do procedimento, os incisos I e II do art. 329 estabelecem requisitos e limites para tanto, sendo

⁶⁷⁷ Esse é o entendimento de Fredie Didier Jr.: “Se a demanda introduz a afirmação da existência de (ao menos) uma relação jurídica substancial, é absolutamente fundamental que estejam presentes na petição inicial os elementos que compõem a relação jurídica: o fato jurídico, o objeto e os sujeitos. Não é outra a razão pela qual os elementos da demanda são a causa de pedir (fato jurídico), o pedido (objeto) e as partes (sujeitos). A causa de pedir decorre, portanto, do direito material – aliás, como ocorre com os outros elementos da demanda” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 562.

importante, conseqüentemente, que o autor indique, logo na petição inicial, a causa de pedir e o pedido de maneira adequada e completa.

Assim, a partir da análise do conteúdo da causa de pedir e do pedido, é possível verificar em quais situações ocorrerá, ou não, a alteração da demanda. Com a delimitação do conteúdo da causa de pedir ou do pedido, é possível estabelecer em quais situações o dispositivo legal citado é, ou não, aplicável.

A causa de pedir e o pedido são os elementos objetivos da demanda, ao passo que as partes constituem o elemento subjetivo. Para os fins dessa pesquisa, na qual se investiga a possibilidade de alteração dos elementos objetivos da demanda, é importante destacar apenas a causa de pedir e o pedido. As partes, portanto, não serão analisadas nesse trabalho.

5.2. A causa de pedir

O inciso III do art. 319 do Código de Processo Civil estabelece que a petição inicial deve conter a exposição dos fatos e dos fundamentos jurídicos. Assim, a causa de pedir constitui os elementos fáticos e jurídicos da demanda.⁶⁷⁸

Não há, todavia, unanimidade em relação aos componentes da *causa petendi*. Nesse sentido, existem duas teorias que divergem sobre o conteúdo da causa de pedir: a teoria da *individuação* ou *individualização* e a teoria da *substanciação* ou *substancialização*.

A discussão não é meramente teórica – ou acadêmica –, possuindo relevantes conseqüências jurídicas. Nessa direção, Marco Antonio dos Santos Rodrigues adverte que a definição dos componentes ou do conteúdo da causa de pedir é essencial ao desenvolvimento do processo, especialmente por dois motivos: em primeiro lugar, para viabilizar o exercício do contraditório e da ampla defesa, na medida em que o réu se defende a partir da causa de pedir narrada pelo autor; e, em segundo lugar, porque a definição da teoria aplicável influencia na atividade de se verificar se há, ou não, modificação da demanda.⁶⁷⁹

De acordo com a teoria da *individuação* ou *individualização*, a identificação da demanda depende apenas da relação jurídica invocada, da qual o autor extrai a conseqüência jurídica e fundamenta seu pedido.⁶⁸⁰ Para essa teoria, portanto, a causa de pedir é composta

⁶⁷⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 154.

⁶⁷⁹ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 36.

⁶⁸⁰ Nessa linha, explica José Rogério Cruz e Tucci: “[...] em conformidade com os prosélitos da denominada teoria da individualização – *Individualisierungstheorie* – faz-se suficiente, para o fim de identificar a demanda, a mera alegação da relação jurídica da qual o demandante extrai a conseqüência afirmada” (TUCCI, José Rogério Cruz e. A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 68, p. 271-281, out./dez., 1992).

apenas pelo direito substancial no qual o autor se ampara para postular a tutela jurisdicional, de modo que, para fins de identificação da demanda, os fatos alegados seriam irrelevantes.⁶⁸¹

A propósito, Marco Antonio dos Santos Rodrigues esclarece a teoria da individuação:⁶⁸²

A primeira teoria que busca explicar o conteúdo da causa de pedir é a teoria da individuação ou da individualização. Segundo ela, a causa petendi é composta pelo direito substancial com base no qual é pleiteada a tutela jurisdicional. Pode-se afirmar, portanto, que a teoria em questão dá importância ao suposto direito em jogo na formação de tal elemento da demanda, não conferindo relevo aos aspectos fáticos nesse ponto.

Em sentido semelhante, Araken de Assis destaca que, segundo a teoria da individuação, “a causa de pedir [...] se completa pela identificação, na inicial, da relação jurídica da qual o autor extrai certa consequência jurídica”.⁶⁸³

Logo, de acordo com a teoria da individualização, se mantida a relação jurídica afirmada pelo autor, a modificação dos fatos não gera a alteração da causa de pedir e, conseqüentemente, não modifica a demanda.⁶⁸⁴

Diversamente, a teoria da *substanciação* ou *substancialização* defende que a causa de pedir é formada pelos fatos ou conjunto de fatos que originam a relação jurídica, dando suporte à pretensão de se obter tutela jurisdicional.⁶⁸⁵ No mesmo sentido, José Rogério Cruz e Tucci explica a teoria da substanciação: “a *causa petendi* consiste no fato jurídico constitutivo do direito afirmado pelo autor. Assim a definição de uma relação jurídica faz-se relevante para precisar o objeto do processo e, portanto, para individualizar a demanda”.⁶⁸⁶

Para os adeptos dessa teoria, “o núcleo da causa de pedir não está no direito afirmado, mas sim nos fatos que o fundamentam, gerando a relação jurídica que dá ensejo ao pedido”,⁶⁸⁷

⁶⁸¹ “A teoria da individuação, utilizada em países como Alemanha e Itália, irá sustentar que a causa de pedir é definida pela qualificação jurídica levantada pelo autor da demanda, não tendo importância para a identificação desta os fatos alegados, que apenas serviriam para a prova do direito” (AUFIERO, Mario Vitor M. A extensão da coisa julgada a causas de pedir não propostas. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 257, p. 33-50, jul., 2016).

⁶⁸² RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 38.

⁶⁸³ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 123.

⁶⁸⁴ “Com efeito, segundo os adeptos da individualização do pedido, desde que permaneça inalterada a relação jurídica afirmada pelo autor, a mudança dos fatos constitutivos não importa alteração da *causa petendi* e, portanto, da ação” (MESQUITA, José Ignácio Botelho. A “causa petendi” nas ações reivindicatórias. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, ano III, vol. 6, p. 186, 1962).

⁶⁸⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 560.

⁶⁸⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 68, p. 271-281, out./dez., 1992.

⁶⁸⁷ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 44.

de modo que, uma vez alterados os fatos invocados para a proteção do direito, modificada estaria a demanda.

É preciso esclarecer, todavia, que a divergência entre as teorias da individuação e da substanciação não abrange todos os direitos, mas somente os chamados direitos autodeterminados.

Para fins de identificação da causa de pedir, os adeptos da teoria da individuação distinguem os direitos em autodeterminados (direitos absolutos, como os direitos de propriedade e da personalidade) e heterodeterminados (direitos relativos, como os direitos de crédito).

Segundo a teoria da individuação, nas ações em que se busca direitos autodeterminados, a causa de pedir é formada apenas pela relação jurídica, não sendo necessária a indicação do fato constitutivo do direito alegado. Nessas demandas, portanto, os fatos não integram a *causa petendi*, de modo que sua modificação não implica alteração da demanda.

Por outro lado, nas demandas envolvendo direitos heterodeterminados, ambas as teorias (individuação e substanciação) exigem a indicação dos fatos na causa de pedir, dos quais originaria o direito pleiteado. Nota-se, assim, que a teoria da substanciação se difere da individuação somente no que diz respeito aos direitos autodeterminados.⁶⁸⁸

Na literatura jurídica, há divergência acerca da teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. De um lado, a posição majoritária é no sentido de que o inciso III do art. 319 do Código de Processo Civil adotou a teoria da substanciação da causa de pedir, sob o argumento de que o dispositivo legal exige que a petição exponha os fatos nos quais se fundam o pedido.^{689,690}

⁶⁸⁸ Explicando a diferença entre ambas as teorias, especificamente no que se refere aos direitos autodeterminados e heterodeterminados: TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 181-201; PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 35-47; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 38-51; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. 2ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 63-68.

⁶⁸⁹ Por exemplo: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 886; ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 463; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 560; COSTA, Susana Henriques da. Título I. Do procedimento comum. Capítulo I. Disposições gerais. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 505-506; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 420; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 38.

⁶⁹⁰ O Superior Tribunal de Justiça entende que o Código de Processo Civil de 1973 acolheu a teoria da substanciação, o que se percebe dos seguintes julgados, citados de forma exemplificativa: STJ, AgRg. no REsp. nº 1.565.055/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015; STJ, AgRg

A título de exemplo, confira-se o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco:⁶⁹¹

Prepondera no sistema processual brasileiro o sistema da substanciação, pelo qual os fatos narrados influem na delimitação objetiva da demanda e consequentemente da decisão de mérito (CPC, art. 141), mas os fundamentos jurídicos não. Tratando-se de elementos puramente jurídicos e nada tendo de concreto relativamente ao conflito e à demanda (supra, n. 514), a invocação dos fundamentos jurídicos na petição inicial não passa de mera proposta ou sugestão endereçada ao juiz, ao qual compete fazer depois os enquadramentos adequados – para o quê levará em conta a narrativa de fatos contida na petição inicial, a prova realizada e sua própria cultura jurídica, podendo inclusive dar aos fatos narrados e provados uma qualificação jurídica diferente daquela que o demandante sustentara (*narra mihi factum dabo tibi jus*).

De outro lado, o entendimento minoritário é no sentido de que a legislação processual brasileira adotou uma posição de equilíbrio entre as teorias da individualização e da substanciação, ou seja, uma teoria mista, na medida em que a lei exige, na petição inicial, tanto a indicação dos fatos quanto do fundamento jurídico, entendido como a relação jurídica controvertida e o direito que resulta dela.

Nessa direção, afirma José Ignácio Botelho de Mesquita, analisando o art. 158, III, do Código de Processo Civil de 1939 (correspondente ao art. 319, III, do CPC/2015):⁶⁹²

É bem verdade que a nossa lei processual exige que conste da petição inicial a indicação dos fatos constitutivos mas isto, a meu ver, não leva à conclusão de que tenhamos aderido àquela corrente doutrinária. Com efeito, a nossa lei exige igualmente que se indiquem na petição inicial os fundamentos jurídicos do pedido. Estes, evidentemente, pelas razões já expostas, não são nem a norma da lei, nem tampouco as deduções jurídicas, salvo quando, excepcionalmente, a norma legal sirva, a falta de outros elementos, para individualizar o direito particular feito valer pelo autor no processo. Parece-me que se deva entender por “fundamentos jurídicos do pedido” a relação jurídica controvertida e o direito particular dela decorrente. E não vejo nisto filiação à teoria da substanciação, mas, diversamente, entendo que a lei processual brasileira adotou uma posição de grande equilíbrio entre ambas as correntes conflitantes, dando importância tanto aos fatos constitutivos, como aos elementos de direito, na medida em que sirvam para individualizar a pretensão do autor, como resulta da expressão legal “de maneira que o réu possa preparar a sua defesa”, empregada no inciso III do art. 158 do Código de Processo Civil.

Na mesma linha, ao analisar o inciso III do art. 282 do Código de Processo Civil de 1973, Ricardo de Barros Leonel aduz que a exigência legal da exposição dos fatos não pode ser admitida, por si só, como acolhimento da teoria da substanciação em detrimento da teoria

no AREsp nº 674.850/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 16/06/2015; STJ, REsp. nº 1.089.570/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/04/2010; STJ, REsp. nº 1.043.163/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/06/2010.

⁶⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 153.

⁶⁹² MESQUITA, José Ignácio Botelho. A “causa petendi” nas ações reivindicatórias. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, ano III, vol. 6, p. 197, 1962.

da individualização, de modo que, segundo o autor, o ordenamento jurídico brasileiro sofre influência das duas teorias, que se complementam mutuamente.⁶⁹³

Por seu turno, Marco Antonio dos Santos Rodrigues defende que o legislador não adotou a teoria da substanciação de forma pura, argumentando que o Código de Processo Civil exige que a petição inicial contenha não só os fatos, mas também os fundamentos jurídicos. Nessa direção, o autor afirma que, no processo, existe uma relação indissociável entre fatos e direitos. Os acontecimentos tem relevância para o processo quando puderem receber uma qualificação jurídica, gerando um direito, ao passo que, para ser reconhecido, o direito precisa ser analisado a partir dos fatos que o originam. Assim, o autor conclui que, para decidir, o juiz precisa tanto dos fatos quanto do direito, sendo impossível julgar sem ambos.⁶⁹⁴

Em outros termos, os fatos precisam ser analisados com base nas disposições do ordenamento jurídico, enquanto o direito só pode ser reconhecido se ocorridos os fatos que lhe geram, de modo que ambos são imprescindíveis para o julgamento.

A causa de pedir, portanto, é composta pelo fato jurídico (descrito no antecedente da norma), originando a relação jurídica, e pelo fundamento jurídico que se encaixa no fato, sendo ambos veiculados (fato e fundamento) pelo demandante para embasar seu pedido.⁶⁹⁵ Tanto os fatos quanto os fundamentos jurídicos integram a causa de pedir, nos termos do inciso III do art. 319 do Código de Processo Civil de 2015.

A propósito, José Roberto dos Santos Bedaque explica a composição da causa de pedir:⁶⁹⁶

A causa de pedir é constituída pelo conjunto de fatos e elementos de direito constitutivos das razões da demanda. As razões jurídicas sobre as quais se funda o pedido; os fatos jurídicos alegados como fundamento do direito substancial cujo reconhecimento se pretende. Afirma-se, pois, ser a causa petendi constituída por

⁶⁹³ LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 90-91.

⁶⁹⁴ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 50-51.

⁶⁹⁵ ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 464.

⁶⁹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31. Em sentido similar, Marcelo Pacheco Machado afirma que a causa de pedir é formada por uma referência fática e uma referência jurídica: “A causa de pedir é constituída pelo conjunto de fatos e elementos de direito constitutivos das razões da demanda. As razões jurídicas sobre as quais se funda o pedido; os fatos jurídicos alegados como fundamento do direito substancial cujo reconhecimento se pretende. Afirma-se, pois, ser a causa petendi constituída por fatos juridicamente qualificados. É preciso haver identidade entre o suposto fático descrito em abstrato na norma e aquele relatado concretamente” (MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 82).

fatos juridicamente qualificados. É preciso haver identidade entre o suposto fático descrito em abstrato na norma e aquele relatado concretamente.

Na literatura jurídica, é comum a distinção entre *causa de pedir próxima* e *causa de pedir remota*. De um lado, parcela dos autores entende que os fundamentos jurídicos constituem a causa de pedir próxima, enquanto os fatos caracterizam a causa de pedir remota.⁶⁹⁷ Confira-se, por exemplo, o entendimento de José Rogério Cruz e Tucci:⁶⁹⁸

Compõem a causa de pedir o fato (causa remota) e o fundamento jurídico (causa próxima). [...]. Inferida, da exposição da causa de pedir remota, a relação fático-jurídica existente entre as partes, a *causa petendi* próxima (ou geral) se consubstancia, por sua vez, no enquadramento da situação concreta, narrada *in status assertionis*, à previsão abstrata, contida no ordenamento de direito positivo, e do qual decorre a juridicidade daquela, e, em imediata sequência, a materialização, no pedido, da consequência jurídica alvitrada pelo autor.

Outros autores, no entanto, defendem que a causa de pedir próxima é constituída pelos fatos, ao passo que a causa de pedir remota é formada pelos fundamentos jurídicos.^{699,700}

Nessa linha, sustenta Marcelo Abelha:⁷⁰¹

[...] quando o autor indica os fundamentos fáticos e jurídicos está, na verdade, expondo as razões de seu pedido, ou seja, as justificativas que resguardam o seu direito à tutela jurisdicional favorável. A esses dois elementos denominamos causa de pedir próxima (fatos) e remota (fundamentos jurídicos).

Seja qual for a posição adotada, cumpre identificar quais fatos integram a causa de pedir, ou seja, deve-se investigar se todos os fatos narrados pelo autor compõem a *causa*

⁶⁹⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. 2ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 72; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31; TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 161-162; COSTA, Susana Henriques da. Título I. Do procedimento comum. Capítulo I. Disposições gerais. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 505-506; MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no Processo Civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 82-86

⁶⁹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 165-166.

⁶⁹⁹ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 886; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 95.

⁷⁰⁰ Nesse sentido: STJ, REsp. nº 1.322.198/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/06/2013; STJ, CC. nº 121.723/ES, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 26/02/2014; STJ, AgRg. no REsp. nº 883.581/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 18/06/2015.

⁷⁰¹ ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 464.

petendi ou se apenas alguns deles, para que seja possível verificar em quais hipóteses ocorre, ou não, a modificação da demanda.

Em outros termos, é preciso analisar quais fatos que, uma vez alterados, provocam a modificação da causa da pedir e, conseqüentemente, a alteração da demanda. Assim, para verificar quais acontecimentos compõem a causa de pedir, é necessário diferenciar os fatos jurídicos, principais ou essenciais, dos fatos simples ou secundários.

Os fatos jurídicos, principais ou essenciais são aqueles que, por si só, têm aptidão para produzir conseqüências jurídicas,⁷⁰² sustentando o pedido do autor. Narrando a ocorrência de um fato relevante para a ordem jurídica, o autor postula a conseqüência pretendida. São esses fatos que integram a causa de pedir. A atividade probatória recai sobre os fatos principais, isto é, são eles que realmente influenciam no julgamento de procedência ou de improcedência do pedido.

No que diz respeito aos fatos principais, esclarece José Rogério Cruz e Tucci:⁷⁰³

[...] para que o órgão do Poder Judiciário possa proferir a sentença, é necessário que o ato inaugural do processo esteja particularizado por determinados acontecimentos produzidos pela dinâmica social e dos quais possa ser extraída uma conseqüência jurídica. [...] Como também já tivemos oportunidade de salientar, a *communis opinio* da doutrina universal, inclusive de época contemporânea, afirma que o fato jurídico integra o núcleo central da *causa petendi*, concebido como fato ocorrido e enquadrável *sub specie iuris*. O fato essencial, pois, além de constituir o objeto da prova, é o pressuposto inafastável da existência do direito submetido à apreciação judicial.

Na mesma linha, aduz Marco Antonio dos Santos Rodrigues:⁷⁰⁴

Para bem compreender esse elemento da demanda e seus fatos integrantes, impõe-se distinguir os fatos jurídicos, jurídicos ou principais dos fatos simples ou secundários. Os fatos jurídicos são aqueles que justificam o acesso do autor ao Judiciário, ou seja, os acontecimentos geradores do seu direito, sem os quais o

⁷⁰² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Contraditório efetivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes (Orgs.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 41.

⁷⁰³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 163. Em sentido similar, Araken de Assis ressalta a importância da descrição dos fatos jurídicos na demanda: “Conterá a demanda, fundamentalmente, a explanação dos fatos jurídicos. Assim se entende o complexo de fatos, objeto de incidência na regra jurídica, e do qual o ator retira a conclusão consubstanciada no pedido. [...] A indicação dos fatos exprime o nó górdio da causa de pedir e explica, também, o rebuliço causado pelas teorias rivais da substancialização e da individualização. Não há dúvida de que os fatos se ostentam essenciais, irremovíveis, indispensáveis. [...] Logo, a narrativa fática integra a *causa petendi*. Deverão ser os fatos indicados para favorecer à inteligência da categoria jurídica controvertida, em função da qual se deduzem as conseqüências face ao réu” (ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 127-128).

⁷⁰⁴ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 53.

demandante não teria como sustentar seu pedido em juízo. Compõem, portanto, o núcleo da causa de pedir. Na realidade, esses fatos serão o objeto fundamental da prova, já que são os grandes responsáveis pela procedência ou improcedência do pedido autoral. Tais argumentos não são, porém, puramente os enunciados fáticos em estado natural; são, na realidade, os fatos idôneos a levar ao direito material invocado e ao efeito jurídico pretendido.

Assim, proposta a demanda, o autor define a causa de pedir que será apreciada, limitando, pois, a atuação do juiz ao fato descrito na inicial.⁷⁰⁵ O juiz, portanto, não pode julgar amparado em fato estranho à causa de pedir descrita na inicial.⁷⁰⁶

Diversamente dos fatos principais, os fatos secundários ou simples não são, por si só, capazes de produzir as consequências ou os efeitos jurídicos pretendidos pelo autor. Esses fatos, portanto, não compõem a causa de pedir, não servindo, assim, à identificação da demanda.⁷⁰⁷ Se alterados, os fatos simples não implicam modificação da demanda, já que não fazem parte da causa de pedir.

Esclarece, nesse sentido, Marco Antonio dos Santos Rodrigues:⁷⁰⁸

Destaque-se que a diferenciação entre os fatos principais e os secundários não é puramente teórica, mas acaba por ter consequência prática de grande relevância: os fatos simples, diferentemente dos jurídicos, não integram a causa de pedir. Assim sendo, a alteração de um fato simples não caracteriza modificação da demanda, ao contrário dos jurídicos, que, por integrarem esse elemento da ação, caso sejam alterados, acarretam uma mudança nesta última.

Todavia, embora não integrem a causa de pedir, os fatos secundários (ou a alegação de fatos secundários) podem ser relevantes para os aspectos probatórios, tais como presunções

⁷⁰⁵ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 188.

⁷⁰⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Contraditório efetivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes (Orgs.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 41.

⁷⁰⁷ Segundo Araken de Assis: “Em princípio, desprezam-se os fatos simples ou secundários, ou seja, aqueles que, de *per se*, não preenchem o suporte fático. Por exemplo, se o adultério se consumou de manhã, ou à noite; se o dia estava ensolarado, ou chovia; se o marido embriagou-se nesta ou naquela bodega; se o acidente ocorreu no início desta rua, ou no fim daquela; se numa sexta-feira, ou num sábado; tudo isto, circunstâncias da *causa petendi*, completa-a, esclarece-a, mas não a constitui, nem a distingue, de modo a que na omissão de um desses fatos, a causa de pedir se mostra irreconhecível e inservível à individualização da ação material” (ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 128).

⁷⁰⁸ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 54. Na mesma linha: TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 169.

ou provas indiretas, auxiliando, assim, na comprovação dos fatos principais e na obtenção da tutela pretendida.^{709,710}

Os fatos simples, como dito, não integram a causa de pedir, de modo que o juiz pode apreciar fatos dessa natureza que não tenham sido deduzidos pelo autor. Antes de decidir, porém, o juiz deve instaurar o contraditório, para que as partes tenham a oportunidade de influenciar na formação do ato decisório, sendo-lhe vedado proferir decisão-surpresa (arts. 7º, 9º e 10 do CPC/2015).⁷¹¹

De qualquer modo, como não integram a causa de pedir, os fatos simples, quando alterados, não modificam a demanda. Diversamente, os fatos jurídicos configuram a causa de pedir, razão pela qual sua alteração caracteriza modificação da demanda.

Delimitados os fatos que integram a causa de pedir, cumpre, agora, identificar o que são os fundamentos jurídicos exigidos pelo inciso III do art. 319 do Código de Processo de 2015. Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “os fundamentos jurídicos consistem na afirmação de que os fatos narrados se enquadram em determinada categoria jurídica [...] e de que a sanção correspondente é aquela que o demandante pretende [...]”.⁷¹²

Em sentido semelhante, José Roberto dos Santos Bedaque afirma que o fundamento jurídico consiste na “atribuição aos fatos da vida de determinada consequência estabelecida no ordenamento. Ao descrever o fato e pleitear o efeito jurídico a ela inerente, já estaria o autor deduzindo o fundamento jurídico”.⁷¹³

⁷⁰⁹ MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no Processo Civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 88-91; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014, p. 54.

⁷¹⁰ Nessa linha, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Os fatos que são essenciais para configurar o objeto do processo e que constituem a causa de pedir são exclusivamente aqueles que têm o condão de delimitar a pretensão; isto é, aqueles que são carregados de efeito pelo ordenamento jurídico. Os fatos essenciais (também denominados de fato jurígeno ou principal) são particularizados por determinados acontecimentos produzidos pela dinâmica social (fatos simples ou secundários), dos quais é possível extrair uma consequência jurídica. - A prova dos fatos secundários prova indiretamente os fatos principais. Assim, se o autor alega que o fato principal decorre de 2 (dois) fatos secundários – ambos suficientes por si sós para a demonstração da ocorrência daquele – e o réu contesta apenas um desses fatos secundários, o fato principal resta provado por força da aplicação do art. 302 do CPC quanto ao fato secundário que não foi impugnado especificamente pelo réu” (STJ, REsp. nº 702.739/PB, Rel. Ministra Nancy Adrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 19/09/2006).

⁷¹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Contraditório efetivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes (Orgs.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 41.

⁷¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 152.

⁷¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33.

Por sua vez, Daniel Amorim Assumpção Neves entende que o fundamento jurídico é o nexó entre os fatos e o pedido, isto é, a explicação, baseada no ordenamento jurídico, do motivo pelo qual o autor merece o bem da vida postulado, diante dos fatos que alega.⁷¹⁴

Não se deve, porém, confundir *fundamento jurídico* com *fundamentação legal*. O fundamento jurídico consiste nas categorias jurídicas decorrentes dos fatos, como, por exemplo, a responsabilidade contratual e extracontratual, objetiva ou subjetiva *etc.* Diversamente, a fundamentação legal consiste nos dispositivos previstos em lei, como, por exemplo, os arts. 186, 389, 927, *caput* e parágrafo único, do Código Civil *etc.*⁷¹⁵

Analisando o inciso III do art. 319 do Código de Processo Civil, verifica-se que o legislador não exige a descrição dos dispositivos legais na petição inicial, sendo possível concluir, portanto, que a fundamentação legal não integra a causa de pedir, mas apenas o fundamento jurídico.⁷¹⁶

Para explicar a desnecessidade de indicação da fundamentação legal na petição inicial, diversos autores utilizam os brocardos *iura novit curia*⁷¹⁷ (“a corte conhece o direito”) e *da mihi factum, dabo tibi ius* (“dá-me os fatos, que eu darei o direito”).⁷¹⁸ Em decorrência desses aforismos, se a parte indicar dispositivo de lei que não se aplica ao caso, não haverá descumprimento da regra prevista no inciso III do art. 319 do CPC, cabendo ao juiz afastar os dispositivos invocados pela parte e aplicar aqueles que considere adequados à resolução do conflito.

⁷¹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Contraditório efetivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes (Orgs.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 41.

⁷¹⁵ MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no Processo Civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 85-86.

⁷¹⁶ Conclusão alcança por Marco Antonio dos Santos Rodrigues a partir da análise do art. 282, III, do Código de Processo Civil de 1973 (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 57-58). Na mesma direção, mas referindo-se ao Código de Processo Civil de 2015: ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 464.

⁷¹⁷ A respeito do brocardo *iura novit curia*, esclarece Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Na conceituação tradicional, o princípio *iura novit curia* não só impõe ao juiz conhecer o direito e investigá-lo de ofício, caso não o conheça, mas torna também o órgão judicial totalmente independente na sua aplicação, desvinculando-o dos pedidos e alegações das partes a respeito. Nem a aceitação da existência de determinada norma jurídica, nem a investigação de seu sentido e conteúdo, nem a subsunção dos fatos introduzidos no processo podem ser impostos pelas partes ao juiz” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 30, n. 90, p. 66, jun., 2003).

⁷¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 153; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 207-212; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 56; ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 464.

Contudo, embora não seja um ônus processual, a indicação errônea dos dispositivos legais poderá causar prejuízos às partes, na hipótese, por exemplo, de o juiz aplicar outro dispositivo indevidamente, em detrimento dos seus interesses.⁷¹⁹

Nesse sentido, Marcelo Abelha adverte que o Código de Processo Civil de 2015 (arts. 332, I a IV, 489, § 1º, 926, 927, 988 *etc.*) estabelece a necessidade de se observar os precedentes, de modo que, ao elaborar a inicial, o autor deve verificar se há ou não precedentes acerca do direito alegado, “seja para nele se fundamentar, seja para dele distinguir ou demonstrar superação”, evitando, assim, ser surpreendido com o julgamento de improcedência liminar do seu pedido, na forma do art. 332, I a IV, da legislação processual.^{720,721}

Não obstante, considerando que a fundamentação legal não integra a causa de pedir, pode-se afirmar que a alteração dos dispositivos legais não configura modificação da demanda.⁷²²

Além disso, o fundamento jurídico também não se confunde com a qualificação jurídica que o autor deu aos fatos (*nomen juris*). Exemplificando, o autor postula ressarcimento pecuniário por ofensa aos direitos da personalidade, alegando que os fatos praticados pelo réu configuram violação de sua imagem. Embora o autor tenha dado aos fatos a qualificação de violação do direito à imagem, o fundamento jurídico da demanda é que o ato praticado pelo réu caracteriza lesão aos direitos da personalidade, o que gera direito à indenização, sendo irrelevante, para fins de identificação da causa de pedir, se houve ofensa à imagem ou, por exemplo, à honra. Dessa forma, a qualificação jurídica também não integra a causa de pedir, de modo que sua alteração não configura modificação da demanda.⁷²³

Retomando a análise dos brocardos citados, segundo os quais compete ao Judiciário conhecer do direito, pode-se afirmar que o juiz não está vinculado à qualificação jurídica dada

⁷¹⁹ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014, p. 56.

⁷²⁰ ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 464.

⁷²¹ Por seu turno, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero sustentam que a simples reprodução, transcrição ou paráfrase de texto normativo não é suficiente para atender à regra do art. 319, III, do Código de Processo Civil, devendo a parte contextualizar os dispositivos invocados com suas afirmações, relacionando-os concretamente com o caso que levou a julgamento, por força de aplicação por analogia do art. 489, § 1º, I, da legislação processual (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 154).

⁷²² RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014, p. 56.

⁷²³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 207-212; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 57.

ao fato, tampouco aos dispositivos invocados na demanda.⁷²⁴ Assim, o juiz pode dar qualificação jurídica diversa daquela feita pelo autor, bem como pode aplicar dispositivos legais não indicados na petição inicial, sem que isso configure julgamento *citra*, *extra* ou *ultra petita*.⁷²⁵

Adverte, nessa direção, José Rogério Cruz e Tucci:⁷²⁶

Embora o *nomen iuris* e/ou o fundamento legal porventura invocado pelo autor possa influenciar o raciocínio do julgador, não há qualquer impedimento, dada a incidência do aforismo *iura novit curia*, a que este requalifique juridicamente a demanda, emoldurando-a em outro dispositivo de lei: o juiz goza de absoluta liberdade, dentro dos limites fáticos aportados no processo, na aplicação do direito, sob o enquadramento jurídico que entender pertinente (art. 126). E isto, certamente, ainda que ambos os litigantes estejam concordes com a tipificação legal deduzida na peça vestibular.

Para assim agir, porém, o juiz deve instaurar o contraditório, não lhe sendo permitido decidir com base em dispositivo legal ou qualificação jurídica a respeito das quais não tenha dado às partes a oportunidade de se manifestarem, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Não se admite, pois, decisão-surpresa (arts. 9º e 10 do CPC).^{727,728}

Como destaca Fredie Didier Jr., “poder agir de ofício é poder agir sem provocação; não é o mesmo que agir sem ouvir as partes, o que não é permitido.”⁷²⁹ Nesse sentido, dispõe o Enunciado nº 282 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Para julgar com base em enquadramento normativo diverso daquele invocado pelas partes, ao juiz cabe observar o dever de consulta, previsto no art. 10”.

⁷²⁴ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 57.

⁷²⁵ Nesse sentido, entende o Superior Tribunal de Justiça: REsp. nº 1.658.754/PE, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14/08/2018; REsp. nº 1.682.986/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/09/2017; AgRg. no AREsp. nº 164.507/SC, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 09/08/2016; REsp. nº 1.323.468/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira, julgado em 17/03/2016.

⁷²⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 208.

⁷²⁷ Em sentido divergente, Daniel Amorim Assumpção Neves entende que o juiz não precisa observar o contraditório prévio para decidir com base em fundamento legal não indicado pelo autor, argumentando que os dispositivos legais citados na inicial não integram a causa de pedir (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Contraditório efetivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes (Orgs.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 44).

⁷²⁸ Também em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o “fundamento” a que se refere o art. 10 do CPC/2015 é o fundamento jurídico, circunstância fática qualificada pelo direito, de modo o juiz não está obrigado a debater previamente com as partes os dispositivos legais que pretende aplicar na decisão (AgInt no AREsp nº 1.241.261/PR, Rel. Ministro Lázaro Guimarães, Quarta Turma, julgado em 22/05/2018; EDcl no REsp nº 1.280.825/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Galotti, Quarta Turma, julgado em 27/06/2017).

⁷²⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 18ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 84.

Ressaltando o caráter cooperativo do processo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, afirmou que a aplicação do brocardo *iura novit curia* deveria ser precedida de contraditório:⁷³⁰

Dentro da mesma orientação, a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio, em homenagem, ainda aqui, ao princípio do contraditório. [...]. O diálogo judicial e a cooperação, acima preconizada, tornam-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* redundem em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso.

Na mesma linha, sustenta José Roberto dos Santos Bedaque:⁷³¹

Mesmo a liberdade na aplicação da regra jurídica deve ser examinada à luz do contraditório. O brocardo *iura novit curia* significa a possibilidade de o juiz valer-se de norma não invocada pelas partes, desde que atendidos os limites quanto ao pedido e à causa de pedir. Isso não significa, todavia, desnecessidade de prévia manifestação das partes a respeito, mesmo porque muitas vezes o enquadramento jurídico do fato implica consequências jamais imaginadas pelas partes. Justificável, portanto, a preocupação com a efetividade do contraditório, inclusive quanto à matéria cognoscível de ofício.

No entanto, embora seja necessário o contraditório prévio, os brocardos *iura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi ius* permitem que o juiz dê aos fatos qualificação jurídica diversa da que foi indicada pelo autor.⁷³² Assim, se o autor postula ressarcimento pecuniário por ofensa aos direitos da personalidade, alegando que os fatos praticados pelo réu configuram violação de sua imagem, o juiz pode considerar que houve lesão do direito ao nome e julgar procedente o pedido, sem que isso configure vício, desde que observado o contraditório.

Destarte, pode-se afirmar que, além de ser composta pelos fatos, a causa de pedir também é formada pelo fundamento jurídico, entendido como o nexos entre os fatos narrados pelo autor e o seu pedido, isto é, o enquadramento dos fatos narrados às categorias jurídicas,

⁷³⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 30, n. 90, p. 68-69, jun., 2003.

⁷³¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Elementos da demanda, correlação e contraditório. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, vol. 20, p. 163, jan./abr., 2018.

⁷³² RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 57.

que, se aplicadas, produzem a consequência jurídica pretendida.^{733,734} Por outro lado, não fazem parte da causa de pedir os fundamentos legais (dispositivos legais), nem a qualificação jurídica dada pelo autor aos fatos.⁷³⁵

No âmbito dos direitos da personalidade, é importante que a causa de pedir seja adequadamente descrita na inicial. Em primeiro lugar, porque a posterior alteração está sujeita aos limites do art. 329, I e II, do CPC. Em segundo lugar, porque a exposição insuficiente, incompleta ou inadequada da *causa petendi* pode prejudicar ou inviabilizar a plena proteção dos atributos essenciais da pessoa humana.

Imagine-se, *verbi gratia*, que o autor alega ter sofrido danos extrapatrimoniais decorrentes de lesão à sua integridade física, provocada em um acidente de trânsito. Se a relação existente entre o autor e o réu for de consumo, a causa de pedir deve estar baseada nos elementos ou pressupostos da responsabilidade civil objetiva, prevista na Lei nº 8.078/1990, de modo que o autor terá direito à indenização se conseguir demonstrar a conduta ilícita, o dano e o nexo causal entre ambos, sendo dispensável a alegação de culpa. Diversamente, se não houver relação de consumo, ou seja, se a relação for disciplinada pelo Código Civil, a causa de pedir deve relatar a existência de conduta ilícita, culpa, nexo de causalidade e dano, pressupostos da responsabilidade civil subjetiva. Se o autor deixar de deduzir um desses elementos, a proteção de seus direitos poderá restar inviabilizada ou prejudicada.⁷³⁶

Por outro lado, na perspectiva do réu, a descrição da causa de pedir é fundamental para o exercício da ampla defesa e do contraditório. Com a exposição da causa de pedir, o réu tem plena e prévia ciência dos fatos e dos fundamentos jurídicos deduzidos pelo autor, podendo, então, se defender adequadamente das alegações que lhe são imputadas.⁷³⁷

⁷³³ MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 85.

⁷³⁴ Em sentido contrário, Alexandre Freitas Câmara aduz que a causa de pedir é formada apenas pelos fatos, não sendo constituída pelos fundamentos jurídicos (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 38).

⁷³⁵ “Dessa forma, verifica-se que o fundamento jurídico é elemento que complementa os fatos, ao dar relevância jurídica destes, e, por isso, acaba por integrar a causa de pedir, distante do nome *iuris* e das normas legais eventualmente indicadas pelo demandante” (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 59).

⁷³⁶ Em sentido semelhante: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 18ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 561.

⁷³⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 185-186; PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 55-62; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 63-64.

5.3. O pedido

Nos termos do inciso IV do art. 319 do Código de Processo Civil, o autor deve deduzir o pedido com as suas especificações. Assim, ao lado da causa de pedir, o pedido é o segundo elemento objetivo da demanda. O pedido é uma providência que, em decorrência da causa de pedir, se postula ao Poder Judiciário, visando à proteção de um bem jurídico.

Nessa linha, Cândido Rangel Dinamarco explica que a lei exige que o autor “(a) indique a espécie de provimento jurisdicional pretendido do juiz e (b) especifique concretamente o bem da vida a lhe ser outorgado mediante esse provimento”.⁷³⁸

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, “o autor postula ao juízo basicamente o emprego de uma técnica processual que permita a prestação da tutela do direito. Pede, em outras palavras, uma providência processual a fim de que o direito material possa ser tutelado”.⁷³⁹

Assim sendo, o pedido se divide em *imediato* e *mediato*.⁷⁴⁰ O pedido imediato é referente à técnica processual requerida ou a providência jurisdicional solicitada, ou seja, relaciona-se com as espécies de sentença: declaratória, constitutiva, condenatória.⁷⁴¹

Por outro lado, o pedido mediato é o bem jurídico que se busca por meio da providência solicitada, ou seja, é o resultado que se espera a partir do emprego da técnica processual requerida.⁷⁴² Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “o bem da vida a ser individualizado na petição inicial é o preciso bem que o demandante pretende haver como resultado final do processo”. Assim, enquanto o pedido imediato consiste na técnica ou tutela

⁷³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 142.

⁷³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 155.

⁷⁴⁰ Na literatura jurídica brasileira, é comum essa divisão do pedido. Por exemplo: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 142-144; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 886-887; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 574-575; ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 465; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 155-158; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 59-61; MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no Processo Civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 68-76; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 39; COSTA, Susana Henriques da. Título I. Do procedimento comum. Capítulo I. Disposições gerais. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 506.

⁷⁴¹ MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 70.

⁷⁴² DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 574.

processual a ser empregada, o pedido mediato significa o bem jurídico almejado pelo autor pela via judicial.

A propósito, Humberto Theodoro Júnior destaca a dupla finalidade do pedido, classificando-o em imediato e mediato:⁷⁴³

Dupla é a finalidade do pedido entendido como demanda: (i) obter a tutela jurisdicional do Estado (uma condenação, uma declaração etc.) e (ii) fazer valer um direito subjetivo frente ao réu. Assim, a manifestação inaugural do autor é chamada de pedido imediato, no que se relaciona à pretensão a uma sentença, a uma execução ou a uma medida cautelar; e pedido mediato é o próprio bem jurídico que o autor procura proteger com a sentença (o valor do crédito cobrado, a entrega da coisa reivindicada, o fato a ser prestado etc.). Destarte, o pedido imediato põe a parte em contato direto com o direito processual, e o mediato, com o direito substancial.

Em sentido similar, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero ressaltam a relação entre pedido imediato e mediato:⁷⁴⁴

[...] na petição inicial, precisa o autor relacionar a técnica processual com a tutela do direito: deve pedir a prolação de uma determinada sentença a fim de que possa obter determinado bem da vida. Assim como o processo serve de instrumento para realização do direito material, o pedido imediato serve como meio para obtenção do pedido mediato.

No âmbito dos direitos da personalidade, é possível citar alguns exemplos de pedidos mediatos: remoção de conteúdo ofensivo das redes sociais (prestação de não fazer), abstenção de exibir campanha publicitária lesiva ao direito de imagem (prestação de não fazer), prestação de dar ou pagar quantia pecuniária, advinda de condenação por dano extrapatrimonial e/ou patrimonial por ato ofensivo à honra *etc.* O pedido mediato, portanto, é o resultado que o demandante espera obter no mundo dos fatos, ou seja, é a transformação que resulta na realidade, por meio da técnica processual solicitada.⁷⁴⁵

Cândido Rangel Dinamarco entende que o objeto litigioso do processo consiste exatamente no pedido formulado pelo demandante, não abrangendo a causa de pedir, isto é, os fundamentos de fato e de direito descritos na petição inicial. Para o autor, o objeto litigioso

⁷⁴³ THEODORO JR., Humberto Theodoro. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 244, p. 195-204, jun., 2015.

⁷⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 155-156.

⁷⁴⁵ Em sentido semelhante: MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 75-77.

do processo é apenas “a pretensão a um bem da vida, quando apresentada ao Estado-juiz em busca de reconhecimento ou satisfação”.⁷⁴⁶

Entretanto, mesmo que se admita que o demandante atinja sua satisfação pela concessão do pedido, e não pela causa de pedir, é imprescindível que o pedido se relacione com fatos aptos a produzirem efeitos jurídicos e com fundamentos de direito previstos no ordenamento, que servem justamente para individualizar um objeto. Para se alcançar o sentido do pedido, faz-se necessária a exposição de fatos e fundamentos capazes de gerar as consequências jurídicas pretendidas.⁷⁴⁷

Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque esclarece que o pedido, bem da vida almejado pelo autor, é identificado a partir da causa de pedir, isto é, por meio da análise dos fatos e do fundamento jurídico é que se chega ao pedido.⁷⁴⁸

Os fatos e os fundamentos jurídicos direcionam a forma como o pedido será julgado. Um pedido pode ser fundamentado em mais de um fato e em diversos fundamentos jurídicos, de modo que a causa de pedir é fundamental para a apreciação do pedido. Pode-se afirmar, por conseguinte, que a causa de pedir e o pedido integram o objeto litigioso do processo.⁷⁴⁹

Não se deve, porém, confundir objeto de cognição do processo (ou objeto do conhecimento do juiz) com objeto litigioso do processo. O objeto de cognição do processo

⁷⁴⁶ “Com essa conceituação e esse modo de inserir-se no processo civil de resultados, o objeto do processo consiste exclusivamente no pedido formulado pelo demandante. É ali que reside a pretensão cujo reconhecimento e cuja satisfação o demandante quer. A utilidade do processo reside precisamente nisso, na capacidade de absorver pedidos e dar-lhes afinal a solução prática conveniente segundo o direito. Prover o pedido é dar a tutela jurisdicional ao autor; desprovê-lo, ao réu. Os fundamentos de fato e de direito que o demandante inclui na demanda têm o objetivo de construir o raciocínio lógico-jurídico que, segundo ele, conduz ao direito afirmado – mas nenhuma vantagem prática recebe o autor ou o réu, em sua vida externa ao processo, só pelo acolhimento ou rejeição da causa de pedir ou dos fundamentos da defesa” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 209-214).

⁷⁴⁷ Nessa direção, entende Marcelo Pacheco Machado: “O pedido, para fazer sentido, depende sempre de uma referência a determinados sujeitos (que deverão sofrer estes efeitos jurídicos) e a determinados fatos (que seriam responsáveis por desencadear estes efeitos jurídicos), uma vez submetidos à norma jurídica pertinente. [...] Daí, ainda que se entenda que a satisfação do demandante se dá pelo pedido, e não pela causa de pedir, é inexorável a necessidade de uma referência à ‘situação de direito material’ (teoria da individualização) ou da referência aos fatos concretos (teoria da substanciação) alegados pelo demandante para se individualizar um objeto” (MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 81-82).

⁷⁴⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

⁷⁴⁹ PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 32-34. No mesmo sentido, assevera Marco Antonio dos Santos Rodrigues: “Ocorre que o pedido não pode ser entendido isoladamente. A pretensão, por si só, muitas vezes não apresenta ao órgão jurisdicional aquilo que o jurisdicionado quer. Reside aqui, então, a importância fundamental da causa de pedir na definição do objeto litigioso. A causa de pedir, ou seja, os fatos e os fundamentos jurídicos, acaba por informar como será apreciado o pedido, que não pode ser dissociado desta. Note-se que um mesmo pedido pode ser formulado com base em diferentes causas de pedir, e diante disso, a *causa petendi* acaba por ser o elemento que orientará a análise da pretensão, distinguindo-a de outras” (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 62).

consiste nas questões controvertidas (de fato e de direito) que deverão ser analisadas pelo juiz,⁷⁵⁰ ou seja, “é tudo aquilo sobre o que o julgador se debruça na atividade de solução dos conflitos ou tutela de interesses”, nas palavras de Marco Antonio dos Santos Rodrigues.⁷⁵¹ Por outro lado, o objeto litigioso do processo constitui os elementos do processo que o individualizam em relação a outros, delimitando o objeto de prestação da tutela jurisdicional.⁷⁵²

Dessa maneira, uma vez definidas as características da causa de pedir e do pedido, é possível analisar o regime de alteração dos elementos objetivos da demanda previsto no Código de Processo Civil.

5.4. O regime jurídico de alteração dos elementos objetivos da demanda no Código de Processo Civil

Com a finalidade de prestar tutela jurisdicional, o processo se caracteriza por conter uma série de atos interligados e concatenados, que são praticados no exercício de poderes e faculdades ou em cumprimento de deveres e ônus, todos recaindo sobre as partes da relação jurídica processual. A interligação dos atos caracteriza o procedimento, ao passo que as situações jurídicas ativas e passivas configuram a relação jurídica processual.⁷⁵³

Para que a tutela seja prestada, o procedimento se divide em fases ou etapas e a relação jurídica processual deve se desenvolver de maneira progressiva. O processo, portanto, é um *iter*, uma caminhada adiante, iniciando-se com a propositura da demanda, ato postulatório destinado a retirar a jurisdição da inércia (art. 2º do CPC).

Nesse sentido, o art. 319, III e IV, do Código de Processo Civil dispõe que a petição inicial deve conter uma série de requisitos, incluindo os elementos objetivos da demanda, quais sejam: a causa de pedir e o pedido.

⁷⁵⁰ MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 48. Segundo Sydney Sanches: “objeto do processo, em seu aspecto global de instrumento institucional da jurisdição, é toda a matéria que nele deva ser apreciada pelo juiz, seja em termos de simples *cognitio*, seja em termos de *judicium*, envolvendo, pois, os pressupostos processuais, as chamadas condições da ação e o próprio mérito; quanto a este examinará também a defesa do réu e do reconvinido, do chamado ao processo e do litisdenunciado (inclusive questões prévias)” (SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 13, p. 31-47, jan./mar., 1979).

⁷⁵¹ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 6.

⁷⁵² MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 48.

⁷⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 25-26; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 292.

Portanto, pode-se afirmar que, no que diz respeito aos elementos objetivos da demanda, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a regra da eventualidade, exigindo que a causa de pedir e o pedido sejam indicados na petição inicial.⁷⁵⁴

Para a parte autora, a regra da eventualidade exige que sejam delimitados, na petição inicial, a causa de pedir (fundamentos de fato e de direito) e o pedido.⁷⁵⁵ Na mesma linha, Guilherme Freire de Barros Teixeira assevera que a regra da eventualidade impõe que o autor exponha, logo na inicial, os fatos essenciais, os fundamentos jurídicos e os pedidos que deles decorrem, sob pena de, posteriormente, não ser mais possível deduzi-los.⁷⁵⁶

Assim, uma vez delimitados na demanda, a causa de pedir e o pedido só podem ser alterados excepcionalmente. Deve-se esclarecer, de início, que a palavra “alteração” será utilizada como gênero, da qual são espécies os vocábulos *modificação*, *adição* e *supressão*. Havendo modificação, altera-se o que já existe. Por outro lado, com a adição, soma-se algo novo ao preexistente. Na hipótese de supressão, retira-se algo que fazia parte do que preexiste.⁷⁵⁷

Nesse sentido, os incisos I e II do art. 329 do Código de Processo Civil estabelecem duas regras “bem definidas” para a alteração dos elementos objetivos da demanda: (i) até a citação, o autor pode aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, independentemente do consentimento do réu; e (ii) após a citação e até o saneamento, a alteração depende da anuência do réu.

Fala-se em “bem definidas” porque o *Codex* de 2015 não repete a regra do parágrafo único do art. 264 do CPC/1973, segundo a qual era expressamente vedada a alteração dos elementos objetivos da demanda após o saneamento do processo:

Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.

Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.

⁷⁵⁴ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 65.

⁷⁵⁵ Sustenta, a propósito, Fernando Rubin: “A regra da eventualidade se faz presente diante da parte da autora, que deverá delimitar, na inicial, a *causa petendi* próxima (fundamentos jurídicos) e remota (fundamentos de fato) bem como o pedido [...]” (RUBIN, Fernando. *A preclusão dinâmica no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, 244). Na mesma direção: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 2008, p. 166.

⁷⁵⁶ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 50.

⁷⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 433.

Em razão da ausência de expressa previsão legislativa no Código de Processo Civil de 2015, a literatura jurídica diverge sobre a possibilidade de alteração da causa de pedir e do pedido depois do saneamento do processo.

De um lado, parcela da doutrina rejeita a possibilidade de alteração depois do saneamento do processo, argumentando que o legislador adotou um sistema rígido de modificação da demanda, em prol do contraditório, da ampla defesa, da razoável duração do processo, da segurança jurídica (previsibilidade) e da preclusão.⁷⁵⁸

Outros autores, no entanto, defendem que é possível a alteração dos elementos objetivos da demanda após o saneamento, inclusive por meio de negócio jurídico processual (art. 190 do CPC).⁷⁵⁹

Dessa forma, o que se investiga nessa pesquisa é o seguinte:

- (i) a possibilidade de alteração dos elementos objetivos da demanda entre a citação e o saneamento, especificamente quando o réu não concorda com a modificação da causa de pedir ou do pedido; e
- (ii) a possibilidade de alteração da demanda após o saneamento;

Analisando o inciso I do art. 329 do Código de Processo Civil de 2015, pode-se dizer que, antes da citação, o réu ainda não integra a relação processual, razão pela qual o autor pode alterar a causa de pedir ou o pedido.⁷⁶⁰

Após a citação, o réu passa a fazer parte da relação processual, de modo que, a partir da realização desse ato, a alteração dos elementos objetivos da demanda depende de seu consentimento, por força das garantias do contraditório e da ampla defesa, conforme previsto no inciso II do art. 329 do Código de Processo Civil.⁷⁶¹ É que, proposta a demanda e realizado o ato de citação, estabiliza-se, em regra, o objeto litigioso do processo, não podendo o autor alterá-lo livremente.⁷⁶²

⁷⁵⁸ Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 77-79; COSTA, Susana Henriques da. Título I. Do procedimento comum. Capítulo I. Disposições gerais. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 516.

⁷⁵⁹ Nessa direção: THEODORO JR., Humberto Theodoro. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 244, p. 195-204, jun., 2015; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. IV. Artigos 294 ao 333. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ed. em e-book baseada na ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, s./p.

⁷⁶⁰ ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 435.

⁷⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 78.

⁷⁶² THEODORO JR., Humberto Theodoro. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 244, p. 195-204, jun., 2015.

Se o réu concordar com a alteração dos elementos objetivos da demanda, haverá celebração de negócio jurídico processual acerca do objeto litigioso do processo.⁷⁶³ Nesse caso, deve ser oportunizado ao réu o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, sendo-lhe facultada a produção de provas, para que possa se defender dos novos elementos introduzidos na demanda. Da mesma maneira, ao autor deve ser oportunizada a produção de provas, destinadas à comprovação das novas alegações e da procedência dos novos pedidos.

Nesse sentido, destacam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:⁷⁶⁴

[...] note-se que não basta a concordância do réu, para que haja a modificação do pedido depois da citação dele. É necessário que se lhe dê a oportunidade de exercer plenamente o contraditório, com a possibilidade de nova manifestação no prazo mínimo de quinze dias, facultando-se a ambas as partes a instrução dos elementos acrescentados ou modificados.

Se o réu não concordar com a alteração, deve manifestar expressamente sua rejeição. Não havendo discordância expressa, o silêncio pode ser interpretado como anuência tácita, operando-se a preclusão.⁷⁶⁵ É que, nessa hipótese, a alteração tem natureza negocial, configurando verdadeiro negócio jurídico processual. E, nos negócios jurídicos, o silêncio pode representar concordância, conforme o art. 111 do Código Civil: “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”. Portanto, quando postulada após a citação, a alteração dos elementos objetivos da demanda depende da concordância do réu, podendo o seu silêncio, todavia, ser interpretado como anuência tácita.

Assim, antes da citação, o autor pode alterar a causa de pedir ou o pedido, independentemente da anuência do réu; após a citação e até o saneamento, a alteração depende do consentimento do demandado.

⁷⁶³ Também entendem que há negócio jurídico processual nessa hipótese: MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed em e-book baseada na 5ª ed. Imprensa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, s./p.; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 587.

⁷⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV. Artigos 294 ao 333. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ed. em e-book baseada na ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, s./p. No mesmo sentido: BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Do procedimento comum: arts. 318 ao 329. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et. al.* (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. em e-book baseada na 3ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s./p.

⁷⁶⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 587. Na mesma linha: STJ, REsp. nº 21.940/MG, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 09/02/1993.

Entretanto, discute-se se é possível alterar a demanda após o saneamento do processo, inclusive por meio de convenção processual. Entende-se, como dito, que a demanda fica estabilizada após o saneamento.⁷⁶⁶

Por estabilização da demanda, deve-se entender o momento ou estágio processual a partir do qual não se admite novas alegações ou pretensões que caracterizem alteração de seus elementos, passando-se à fase de instrução do processo, destinada à produção das provas necessárias à resolução da controvérsia.⁷⁶⁷

Em seu art. 357, I a V, o Código de Processo Civil dispõe que, não se verificando as hipóteses de extinção do processo sem resolução, ou de extinção do processo com resolução do mérito por decadência, prescrição ou por homologação de reconhecimento de procedência do pedido, transação ou renúncia ao direito, e não sendo, ainda, o caso de julgamento antecipado do mérito (ainda que parcial), o juiz deve proferir decisão de saneamento e de organização do processo, na qual: (i) resolverá as questões processuais pendentes, se houver; (ii) delimitará as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; (iii) definirá a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; (iv) delimitará as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; e (v) designará, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

Além de sanear o processo, a decisão do art. 357 também o organiza, para que seja possível realizar a instrução, viabilizando, assim, a produção das provas necessárias ao julgamento. A propósito, Cassio Scarpinella Bueno destaca que esse dispositivo não tem a finalidade de somente sanear o processo, mas principalmente de organizá-lo para a fase de instrução:⁷⁶⁸

O principal objetivo do art. 357, assim, é o de, reconhecendo que o processo está isento de nulidades – porque as eventualmente ocorrentes foram saneadas –, prepará-lo para a fase instrutória, após o que será proferida sentença. É como o próprio dispositivo enuncia – e isso merece ser evidenciado –, não só de sanear o processo (leia-se: declará-lo saneado), mas também, e principalmente, de organizá-lo para a fase seguinte, a fase instrutória.

⁷⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 77-79.

⁷⁶⁷ ROQUE, André Vasconcelos. A estabilização da demanda no novo CPC: uma oportunidade perdida? In: DIDIER JR. Fredie; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Novo CPC. Doutrina Seleccionada. Procedimento comum*. Vol. 2. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 299; PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 103.

⁷⁶⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Do saneamento e da organização do processo. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 562.

Em sentido semelhante, Leonardo Greco afirma que a decisão saneadora tem dupla função: saneadora e organizadora. Na função saneadora, o juiz limpa o processo de tudo o que possa prejudicar seu desenvolvimento em direção a uma decisão final consistente e proveitosa, resolvendo questões processuais pendentes, delimitando as questões de fato e de direito, admitindo a produção das provas relevantes e úteis e inadmitindo as irrelevantes ou inúteis. Por outro lado, na função organizadora, o juiz prepara a atividade processual que será realizada posteriormente, realizando um prognóstico do que possa ser útil e conveniente para a consecução dos fins do processo.⁷⁶⁹

Daniel Mitidiero, por sua vez, destaca que a organização do processo atua em duplo sentido: retrospectivamente, extirpando tudo que possa atrasar ou impedir a resolução do mérito do processo, com a eliminação de vícios processuais; e prospectivamente, para que a instrução da causa tenha um rumo bem definido, dando ciência às partes acerca da distribuição do ônus probatório e das provas a serem produzidas.⁷⁷⁰

Proferida a decisão de saneamento e de organização do processo, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de cinco dias, findo o qual a decisão se torna estável, nos termos do § 1º do art. 357 do Código de Processo Civil.

Saneado o processo, passa-se à fase de instrução, com a produção das provas necessárias ao desate da controvérsia, para posterior julgamento. Portanto, a regra é a de que, após o saneamento, ocorre a estabilização da demanda, não sendo possível, a partir daí, a alteração da causa de pedir e do pedido.⁷⁷¹ Do contrário, haveria necessidade de possibilitar novamente o contraditório, de se realizar novamente o saneamento e a organização do processo, e até de se repetir a fase de instrução, o que seria prejudicial à celeridade e à economia processual.⁷⁷²

⁷⁶⁹ GRECO, Leonardo. Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (Coords.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais: coleção grandes temas do NCPD*. Vol. 12. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 595.

⁷⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 122-123.

⁷⁷¹ GRECO, Leonardo. Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (Coords.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais: coleção grandes temas do NCPD*. Vol. 12. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 606.

⁷⁷² Em sentido semelhante, analisando o art. 331 do CPC/1973, aduz Marco Antonio dos Santos Rodrigues: “O Código de Processo Civil, porém, no artigo 331, prevê a decisão saneadora do processo, após a fase de providências preliminares – sejam ou não necessárias – e não sendo hipóteses de extinção do processo desde logo o julgamento antecipado do mérito. A decisão saneadora tem um tríplice conteúdo: decidir questões processuais pendentes, fixar os pontos controvertidos e definir as provas que serão utilizadas. Pode, ainda, ter o conteúdo de designação de audiência de instrução e julgamento, se for cabível no feito. Veja-se, pois que tal decisão organiza o processo, para que, em seguida, seja realizada a atividade instrutória faltante e ocorra o julgamento do feito. Nesse sentido, vê-se que o legislador instituiu que a decisão saneadora do processo gera uma estabilização objetiva da demanda, impedindo a modificação da causa de pedir ou do pedido após a sua ocorrência. Caso contrário, uma vez ocorrida a alteração objetiva da causa, será necessária nova atividade

Todavia, o art. 493 do Código de Processo Civil dispõe que, de ofício ou a requerimento das partes, o juiz deve levar em consideração fatos que, ocorridos após a propositura da demanda, sejam capazes de influir no julgamento do mérito. É possível que, no curso da relação processual, aconteçam fatos que alterem o objeto litigioso do processo, influenciando na configuração da controvérsia, de modo que o juiz deve considerá-los no julgamento, para que a tutela seja eficiente, efetiva e adequada à resolução da crise de direito material.

A relação jurídica de direito material pode se modificar durante o curso do processo, em razão de fato ocorrido após o ajuizamento da demanda. É por essa razão que o legislador estabelece que o juiz deve observar os fatos supervenientes à propositura de demanda, para que a sentença guarde relação com a situação atualizada da controvérsia, resolvendo-a adequadamente.⁷⁷³

Em sentido similar, assevera José Rogério Cruz e Tucci:⁷⁷⁴

[...] não se pode esquecer que o desenrolar do respectivo procedimento, em suas várias fases, é marcado pela dinâmica, e, por isso, durante o seu curso natural, a realidade fática, inicialmente submetida pelos litigantes à cognição judicial, pode sofrer, de modo involuntário, profunda alteração, chegando até mesmo a influenciar o resultado da controvérsia. [...]. Daí a inteligência da regra do art. 493, que repete, em linhas gerais, o velho art. 462, ao deixar claro que a sentença deve refletir o estado atual da controvérsia, e não como configurada à época da propositura da demanda.

De qualquer modo, apesar da atenuação prevista no dispositivo citado, pode-se afirmar que o legislador instituiu um sistema rígido de alteração e estabilização dos elementos objetivos da demanda, que, em regra, fica condicionado a dois requisitos cumulativos: (i) ao consentimento do réu e (ii) ao momento do saneamento do processo.⁷⁷⁵

No que diz respeito à estabilização dos elementos objetivos da demanda, há sistemas rígidos e flexíveis. Nos sistemas rígidos, as fases processuais são bem definidas e há limites temporais para que as partes apresentem suas alegações e pedidos, fixando, assim, os limites da demanda. Diversamente, os sistemas flexíveis se caracterizam pela liberdade das deduções

postulatória, novo saneamento e provavelmente nova instrução, em evidente prejuízo à celeridade e à economia processual” (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 67).

⁷⁷³ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 294.

⁷⁷⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VIII. Artigos 485 a 538. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ed. em e-book baseada na ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, s./p.

⁷⁷⁵ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 68-69.

em qualquer momento, podendo o autor, com a participação da parte contrária, apresentar novas alegações para sustentar seu pedido.⁷⁷⁶

A propósito, André Vasconcelos Roque entende que um *sistema rígido* em termos de estabilização da demanda apresenta as seguintes vantagens: assegura o amplo direito de defesa do demandado, impedindo que ele seja surpreendido com eventuais modificações da demanda e não tenha a oportunidade adequada de questioná-las; coaduna-se com a razoável duração do processo e a técnica da preclusão, delimitando as fases do processo, exigindo a prática dos atos dentro de lapsos temporais definidos em lei e evitando o retrocesso do *iter procedimental*; e impede manobras dilatórias e preserva a boa-fé, exigindo que as partes deduzam, de uma só vez, seus argumentos e pedidos, com o que se evita surpresas ao adversário.⁷⁷⁷

Por outro lado, o autor aduz que um sistema flexível de alteração da demanda tem as seguintes vantagens: permite a correção de erros e omissões não maliciosos; assegura a economia processual, permitindo a alegação de fatos supervenientes e a formulação de pedidos conexos, com o que se evita o ajuizamento de novas demandas para deduzi-los; e promove a efetividade do acesso à justiça, pois permite que a prestação jurisdicional solucione conflito no estado em que se encontra, evitando-se a prolação de sentença incapaz de resolver a crise de direito material.⁷⁷⁸

Analisando o Código de Processo Civil de 1973, Marco Antonio dos Santos Rodrigues afirma que, ao definir o saneamento do processo como limite para a alteração dos elementos objetivos da demanda, o legislador brasileiro procurou assegurar: (i) a segurança jurídica, garantindo certeza às partes quanto ao material que será apreciado e às provas necessárias à resolução da controvérsia; (ii) o contraditório e a ampla defesa, viabilizando uma adequada

⁷⁷⁶ Nessa linha, destaca Junior Alexandre Moreira Pinto: “Para se pensar num procedimento rígido, deve-se ter em mente a fixação, pela lei, de limites temporais relativamente curtos para a prática dos atos concernentes à apresentação de todas as alegações pelas partes, seja por parte do autor, impondo os limites da demanda que pretende ver discutida, seja pelo réu, trazendo ao feito suas matérias de defesa, em contraposição aos argumentos do demandante. Através destes prazos legais, serão impostos, pelos próprios litigantes, o âmbito de discussão no processo. Em suma, a introdução da *causa petendi* deve respeitar um prazo estipulado na lei processual. Nesta forma de se conduzir o processo, é perfeitamente possível identificar fases existentes, quais sejam, a preparatória, a instrutória e a decisória. Por outro lado, um procedimento flexível presume a ausência destas disposições ou, mesmo que existentes, têm as partes, ou mesmo o juiz, o poder de adiar suas proposições, podendo em qualquer momento do processo, com a participação da parte contrária, apresentar o autor causas novas, aptas a sustentar o acolhimento de sua pretensão. Num processo inspirado no princípio da liberdade das deduções, a parte pode modificar a demanda, propondo novas exceções e requerendo a produção de novas provas em todo o curso do processo” (PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 107-108).

⁷⁷⁷ ROQUE, André Vasconcelos. A estabilização da demanda no processo civil brasileiro: mais uma oportunidade perdida? *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 12, p. 14.192, 2013.

⁷⁷⁸ ROQUE, André Vasconcelos. A estabilização da demanda no processo civil brasileiro: mais uma oportunidade perdida? *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 12, p. 14.193, 2013.

possibilidade de defesa e participação na formação da decisão; e (iii) a celeridade, evitando dilações e retrocessos indevidos.⁷⁷⁹

A respeito do art. 329, I e II, do Código de Processo Civil de 2015, Daniel Mitidiero ressalta que, utilizando a técnica da eventualidade e o sistema de preclusão por fases, o legislador objetiva a prestação de tutela tempestiva (art. 4º do CPC), concretizando, no plano infraconstitucional, o direito à razoável duração do processo (art.5º, LXXVIII, da CRFB).⁷⁸⁰

Contudo, embora o legislador brasileiro tenha optado por um regime rígido de estabilização da demanda, defende-se que, a partir da concretização e do equilíbrio entre as garantias do acesso à justiça, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da boa-fé, da cooperação, da liberdade, da eficiência, da segurança jurídica e da razoável duração do processo, é possível flexibilizar o inciso II do art. 329 do Código de Processo Civil, sendo possível alterar a causa de pedir e o pedido: (i) entre a citação e o saneamento, independentemente do consentimento do réu; e (ii) depois do saneamento, em situações excepcionais – também sem a concordância do réu –, ou por meio de negócios jurídicos processuais. Ocorre que, por ser uma opção legislativa, revestida de legitimidade democrática, o referido dispositivo só pode ser mitigado quando sua aplicação impossibilitar a concretização do acesso à justiça, a efetividade e a adequação da tutela jurisdicional. Esse é o entendimento de Marco Antonio dos Santos Rodrigues,⁷⁸¹ que se aplica à proteção dos direitos da personalidade.

Assim, para se garantir a concretização do acesso à justiça e a adequada proteção dos aspectos essenciais da pessoa humana (psicossomático, moral e intelectual), é possível flexibilizar as regras procedimentais, desde que observadas as demais garantias fundamentais do processo.

⁷⁷⁹ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 69.

⁷⁸⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 110.

⁷⁸¹ Nesse sentido, afirma Marco Antonio dos Santos Rodrigues: “[...], as garantias do acesso à justiça, devido processo legal, contraditório, liberdade e boa-fé em harmonia geram a possibilidade de inserção na demanda de fatos pretéritos ou novos, bem como de alteração do pedido, inclusive do mediato, até mesmo sem que tenha de observar a regra geral sobre o tema, o artigo 264 do Código de Processo Civil. Registre-se, porém, que isso não significa a mera supressão na prática do dispositivo em questão. É preciso recordar que a superação de uma regra estabelecida por opção legislativa deve ser excepcional, naquelas situações que estejam devidamente justificadas, por ofenderem normas basilares do sistema. [...]. Assim sendo, deve ser prestigiada a legitimidade democrática presente na elaboração de regra que não ofende a Constituição, somente podendo ser afastada a sua aplicação quando gerar uma ofensa às garantias do processo justo como um todo, pois, nessa hipótese, as razões que justificam a norma não têm como se manter, diante de uma interpretação sistemática, à luz do ordenamento jurídico como um todo” (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 117-217). Em sentido divergente, Fernando Rubin defende que a mitigação das regras de alteração dos elementos objetivos da demanda depende de alteração legislativa (RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 259).

5.5. A flexibilização do inciso II do art. 329 do Código de Processo Civil a partir da concretização das garantias fundamentais do processo

A principal preocupação do processo deve ser a proteção do direito material, especialmente quando se trata dos aspectos fundamentais da pessoa humana. O formalismo exacerbado deve afastado, para que o processo produza justiça no plano do direito material, observando-se as garantias processuais.⁷⁸²

Nesse sentido, a possibilidade de flexibilização do inciso II do art. 329 do Código de Processo Civil se relaciona com as garantias do acesso à justiça, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da boa-fé, da liberdade, da eficiência, da segurança jurídica e da razoável duração do processo. Havendo equilíbrio entre as garantias processuais, a alteração dos elementos objetivos da demanda pode ser admitida: após a citação, mesmo sem o consentimento; e depois do saneamento, inclusive por meio de negócios jurídicos processuais.⁷⁸³ Essa mitigação da regra legal pode viabilizar a adequada proteção dos atributos fundamentais da pessoa humana, com a prestação de tutela efetiva e eficiente dos direitos da personalidade.

Portanto, conforme o entendimento de Marco Antonio dos Santos Rodrigues e a partir de outros fundamentos jurídicos, defende-se que as regras que definem a alteração da causa de pedir e do pedido não podem constituir um obstáculo à concretização do acesso à justiça,⁷⁸⁴ impedindo a prestação da tutela jurisdicional efetiva e adequada à proteção do direito material, especificamente dos direitos da personalidade e, por consequência, da dignidade humana.

Alguns dos direitos da personalidade estão previstos nos arts. 11 a 21 do Código Civil, bem como no rol exemplificativo do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, que trata dos direitos fundamentais. Os direitos da personalidade, destarte, são direitos fundamentais. Dentre estes, nem todos são direitos da personalidade, mas todos os direitos da personalidade são direitos fundamentais.⁷⁸⁵ Os direitos da personalidade são atributos

⁷⁸² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes (Orgs.) *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 172-181.

⁷⁸³ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 117-217.

⁷⁸⁴ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014, p. 142-143.

⁷⁸⁵ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13-14; AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 309-310; MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, vol. 31, p. 49-96, 2013; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 466;

essenciais à promoção, ao desenvolvimento e à proteção da pessoa humana.⁷⁸⁶ Assim, mesmo os direitos da personalidade que não estão previstos no Código Civil e no rol do art. 5º da CRFB, devem ser considerados direitos fundamentais, já que são imprescindíveis à proteção e à promoção da dignidade humana, valor máximo do ordenamento jurídico.⁷⁸⁷

No âmbito processual, a integral proteção dos direitos da personalidade depende da efetividade do acesso à justiça e da adequação da tutela jurisdicional. O acesso à justiça não pode ser mais visto como mera garantia formal de provocação e de acesso ao Judiciário, mas sim como garantia de acesso à “ordem jurídica justa”,⁷⁸⁸ com a prestação de tutela eficiente, efetiva e adequada ao direito material.⁷⁸⁹

Essa garantia impõe uma justa solução do litígio, não sendo suficiente a mera possibilidade de provocação formal do Judiciário, por meio do direito de ação. Em decorrência do acesso à justiça, nenhuma norma processual pode constituir obstáculo à justa solução do litígio.⁷⁹⁰ É nesse sentido que deve ser admitida a mitigação das regras sobre alteração da demanda, flexibilizando-se o inciso II do art. 329 do Código de Processo Civil, especificamente quando sua aplicação for capaz de obstar a prestação de tutela eficiente, efetiva e adequada ao direito material, impedindo a concretização do acesso à justiça.

Doravante, será investigada a possibilidade de alteração dos elementos objetivos demanda entre a citação e o saneamento, independentemente do consentimento do réu. Em seguida, será analisado se é possível a mutação da causa de pedir e do pedido depois do saneamento do processo.

Pois bem. Cândido Rangel Dinamarco entende que o acesso à justiça é o *princípio-síntese*, o *objetivo final do processo* e a *obtenção de justiça substancial*, impondo o tratamento adequado das pretensões e o alcance de soluções que efetivamente melhorem a

LIXINSKI, Lucas. Considerações acerca da inserção dos direitos da personalidade no ordenamento privado brasileiro. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, vol. 27, p. 201-222, 2006.

⁷⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 26.

⁷⁸⁷ MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: proteção e promoção da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 212-213.

⁷⁸⁸ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 20.

⁷⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 61.

⁷⁹⁰ “Pode-se afirmar, em consequência, que também em nosso sistema jurídico esta ínsita, no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, a regra proibitiva de qualquer forma de denegação da justiça, decorra ela de norma processual ou substancial, num perfilhamento à tendência de relativização do *binômio substance-procedure*” (WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 37).

vida da parte em relação ao bem pretendido. Segundo o autor, todas as garantias integrantes da tutela jurisdicional convergem para o princípio do acesso à justiça:⁷⁹¹

Acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa (ainda, Kazuo Watanabe). É a obtenção da justiça substancial. Não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas ou mal formuladas para suas pretensões, ou soluções que não melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido. Todas as garantias integrantes da tutela constitucional do processo convergem a essa promessa-síntese que é a garantia do acesso à justiça assim compreendido. Acesso à justiça não equivale a mero ingresso em juízo. A própria garantia constitucional da ação seria algo inoperante e muito pobre quando se resumisse assegurar que as pretensões das pessoas cheguem ao processo, sem garantir-lhes também um tratamento adequado. [...]. Esse dispositivo não se traduz em garantia do mero ingresso em juízo ou somente do julgamento das pretensões trazidas, mas da própria tutela jurisdicional a quem tiver razão. A garantia da ação, como tal, contenta-se em abrir caminho para que as pretensões sejam deduzidas em juízo e a seu respeito seja depois emitido um pronunciamento judicial, mas em si mesma nada diz quanto à efetividade da tutela jurisdicional. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional manda que as pretensões sejam aceitas em juízo, sejam processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela – e, sobretudo, que ela seja tempestiva e efetiva como resultado prático do processo.

O acesso à justiça, portanto, compreende a efetividade e a adequação da tutela jurisdicional, que deve ser capaz de proteger o bem da vida buscado por meio do processo. Cumpre lembrar, a propósito, o sentido que José Roberto dos Santos Bedaque confere ao sintagma “tutela jurisdicional”, relacionando-o com a necessidade de se proteger o direito material de forma efetiva e adequada:⁷⁹²

Tutela jurisdicional deve ser entendida, assim, como tutela efetiva de direitos ou de situações pelo processo. Constitui visão do direito processual que põe em relevo o resultado do processo como fator de garantia do direito material. A técnica processual a serviço de seu resultado. [...]. Tutela adequada de um direito substancial tem como conteúdo a garantia de proteção a esse direito. Tal garantia, quando assegurada pela jurisdição, configura a tutela jurisdicional. [...]. Assim, tutela jurisdicional tem o significado de proteção de um direito ou de uma situação jurídica, pela via jurisdicional.

A finalidade do processo, portanto, é a prestação de tutela jurisdicional efetiva, capaz de proteger adequadamente o direito material, garantindo a incolumidade ou a recomposição do bem jurídico almejado pela via processual.

⁷⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 9ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 206, 328 e 380.

⁷⁹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 37. Na mesma direção: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*. Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 214-215.

José Carlos Barbosa Moreira sintetiza em cinco itens o que considera como “programa básico” em prol da efetividade: (i) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos (expressos em lei ou não); (ii) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos, inclusive quando indeterminados ou indetermináveis; (iii) o processo deve ser capaz de reconstituir os fatos relevantes, a fim de que o julgamento corresponda, tanto quanto puder, à realidade; (iv) o resultado do processo deve ser idêntico à situação prevista no direito material (tutela específica); e (v) os resultados dos processos devem ser atingidos com o mínimo gasto de tempo e energias.⁷⁹³

Em sentido semelhante, Cassio Scarpinella Bueno afirma que a efetividade deve ser entendida como a necessidade de se reduzir o binômio direito-processo, reconhecendo o processo como mero instrumento para a satisfação do direito material.⁷⁹⁴ Nessa linha, o autor aponta cinco itens necessários para a efetividade do processo: (i) busca pela efetividade da jurisdição e por um processo civil de resultados, o que abrange a tutela específica; (ii) fortalecimento dos poderes do juiz; (iii) técnicas de aceleração da prestação da tutela jurisdicional; (iv) técnicas de compatibilização entre a cognição judicial e as diversas situações de direitos material, buscando a melhor realização do direito substancial; e (v) ampliação da legitimidade ativa para a tutela de direitos e interesses coletivos.

Como se percebe, a efetividade e a adequação da tutela jurisdicional se relacionam com a necessidade de prestação de tutela específica. Direcionados pelo princípio da efetividade, os arts. 497, *caput* e parágrafo único, 499 e 536 do Código de Processo Civil, estabelecem a primazia da tutela específica, ao tratarem das prestações de fazer, de não fazer e de entregar coisa.

A tutela específica proporciona o resultado que existiria se o dever jurídico tivesse sido adimplido voluntariamente, ou seja, se não tivesse ocorrido a violação da norma.⁷⁹⁵ Sendo um instrumento de proteção do direito material, o processo só pode ser considerado eficaz quando for apto a afastar a ameaça ao direito material, garantindo a incolumidade dos aspectos fundamentais da pessoa humana, ou quando, havendo lesão, produzir resultado igual

⁷⁹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 17-18.

⁷⁹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 10-11.

⁷⁹⁵ ARAUJO, Luciano Vianna. Do julgamento das ações relativas às prestações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 747.

ou próximo ao que existia antes do descumprimento da norma.⁷⁹⁶ Nesse sentido, deve-se dar primazia à tutela específica, evitando-se a conversão da obrigação em perdas e danos, conforme dispõe o art. 499 do Código de Processo Civil de 2015.

No âmbito dos direitos da personalidade, as tutelas inibitória, de remoção do ilícito e restauratória podem ser asseguradas por meio de obrigações de fazer e de não fazer. Por exemplo, se A publica, em uma rede social, conteúdo ofensivo à honra de B, é possível que o juiz determine que o ofensor: (i) se abstenha de praticar ato semelhante (inibitória por meio de um não fazer); (ii) retire a publicação da rede social (tutela de remoção do ilícito por meio de um fazer); e (iii) se retrate publicamente (tutela restauratória mediante um fazer).

O Código Civil e o Código de Processo Civil estabelecem que tais obrigações sejam cumpridas na forma específica, evitando sua conversão em pecúnia. Assim, as obrigações de fazer e de não fazer – impostas por meio das tutelas inibitória, reintegratória e restauratória – só poderão ser convertidas em pecúnia nas seguintes situações: se for impossível o cumprimento da obrigação na forma específica, incluindo o resultado prático equivalente, ou a requerimento do titular do direito.

É que, sendo extrapatrimoniais, os direitos da personalidade não podem ser reparados apenas com a concessão de quantia pecuniária, de modo que, no que diz respeito às obrigações de fazer e não fazer, a legislação estabelece a primazia da tutela específica.

A propósito, Andrea Proto Pisani explica o significado da expressão tutela específica e afirma que a tutela ressarcitória (pelo equivalente monetário), por si só, não é adequada à proteção dos direitos da personalidade:⁷⁹⁷

⁷⁹⁶ Na literatura jurídica brasileira, diversos autores formularam a definição de tutela específica, como, por exemplo: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela específica do credor nas obrigações negativas. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Rio de Janeiro, Vol. 20, p. 63, 1979; YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 59; MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 294-295; ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e obrigações de fazer e não fazer. *Gênese: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, vol. 2, n. 4, p. 111-124, 1997; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Execução. Vol. 5. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 567-568.

⁷⁹⁷ PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5ª ed. Napoli: Jovene Editora, 2006, p. 746 e 748. Em tradução livre: “Tutela específica: esta expressão indica a tutela direta que visa obter para o titular do direito os mesmos benefícios garantidos pela lei (ou pelo contrato), e não uma utilidade equivalente. [...]. Dito isto, deve-se, porém, acrescentar que, justamente na segunda metade do século XIX, se inicia, em nível legislativo e doutrinário, um lento processo direcionado a também munir de tutela específica situações subjetivas que antes eram privadas dessa. Trata-se de um processo evolutivo ainda em curso, que lentamente amplia a tutela específica: a) aos direitos da personalidade (que, como os direitos reais de gozo, tem caráter absoluto e para os quais é – ou deveria ser – impensável uma tutela adequada somente nas formas de equivalente monetário); esta extensão é acompanhada pela previsão de hipóteses de tutela inibitória (arts. 7, 10 C.C., 156 e 138 da Lei de Direitos Autorais), mas, normalmente, sem a predisposição de medidas coercitivas típicas ou atípicas para garantir a atuação da tutela inibitória e sem a introdução de procedimentos sumários típicos”.

Tutela específica: con questa espressione si indica quella tutela diretta a fare conseguire al titolare del diritto quelle stesse utilità garantitegli dalla legge (o dal contratto) e non utilità equivalenti. [...]. Ciò detto, è però immediatamente da aggiungere che proprio nella seconda metà dell'Ottocento inizia, a livello legislativo e dottrinale, un lento processo di erosione diretto a munire di tutela specifica anche situazioni sogettive che prima ne erano prive. Si tratta di un processo evolutivo ancora in atto che via allarga la tutela specifica: a) ai diritti della personalità (che come i diritti reali di godimento hanno carattere assoluto e rispetto ai quali è – o dovrebbe essere – impensabile una tutela adeguata nelle sole forme dell'equivalente monetario); questa estensione si accompagna con la previsione di ipotesi di tutela inibitoria (artt. 7, 10 c.c., 156 e 138 L diritto di autore), ma normalmente senza la predisposizione di misure coercitive tipiche o atipiche a garanzia della attuazione della tutela inibitoria e senza la introduzione di procedimenti sommari tipici [...].

A tutela específica, portanto, é um direito fundamental do titular dos direitos da personalidade, o que significa que o juiz deve priorizar sua concessão, evitando-se que as tutelas inibitória, de remoção e restauratória sejam convertidas em perdas e danos, ou seja, em tutela pelo equivalente pecuniário.

Assim, para viabilizar a prestação de tutela efetiva e adequada ao direito material e a concretização do acesso à justiça, deve-se admitir a flexibilização das regras de alteração dos elementos objetivos da demanda. Nessa linha, Marco Antonio dos Santos Rodrigues afirma que, ao aplicar o direito processual, o juiz deve dar a maior efetividade possível ao direito material perseguido, adotando técnica hermenêutica de *interpretação conforme à efetividade*, a fim de garantir a utilidade da tutela jurisdicional, sem perder de vista, no entanto, a necessidade de assegurar as demais garantias fundamentais do processo.⁷⁹⁸

Nesse sentido, com a observância do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB), o inciso II do art. 329 do CPC pode ser mitigado,⁷⁹⁹ visando à adequada e efetiva proteção dos atributos essenciais à pessoa humana.

Na literatura jurídica, alguns autores afirmam que o devido processo legal tem dois sentidos ou dimensões: (i) material (*substantive due process*), relacionando-se com o controle das normas expedidas pelo Poder Legislativo e dos atos praticados pela Administração Pública, a partir da razoabilidade e da proporcionalidade, e (ii) processual (*procedural due*

⁷⁹⁸ “Deve o juiz, portanto, aplicar o direito processual buscando dar ao processo e aos direitos em jogo a maior efetividade possível, pois, caso contrário, haverá um risco à própria utilidade da atividade jurisdicional. Diante disso, o Judiciário deve adotar uma técnica hermenêutica de interpretação conforme à efetividade, sem que, porém, isso signifique aniquilar a segurança jurídica ou a proteção às outras garantias constitucionais do processo” (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 133).

⁷⁹⁹ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 143-155.

process), do qual resultam as garantias da isonomia, do contraditório, da ampla defesa, da publicidade dos atos processuais, da imparcialidade, da razoável duração do processo *etc.*⁸⁰⁰

Para os fins dessa pesquisa, é importante analisar apenas o aspecto processual ou procedimental do devido processo legal, uma vez que se investiga a possibilidade de flexibilização de regras procedimentais, sem perder de vista a necessidade de observância das garantias fundamentais do processo.

Segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, o devido processo legal compreende “o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional”.⁸⁰¹

O devido processo significa que, num Estado Democrático de Direito, o juiz deve atuar conforme as regras estabelecidas, conferindo às partes a possibilidade de participação no resultado do processo, com respeito ao contraditório, à ampla defesa, à isonomia, à imparcialidade, a publicidade e a motivação, o que legitima o exercício da jurisdição.⁸⁰²

⁸⁰⁰ Por exemplo: NERY JÚNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 2ª ed. em e-book baseada na 12ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s./p; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 27-62; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do Direito Processual Civil e parte geral do Código de Processo Civil*. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo, Saraiva, 2018, p. 128-131; BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. Devido processo legal. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 246-248; MACÊDO, Lucas Buriel de. A concretização direta da cláusula geral no devido processo legal processual no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 216, p. 377-398, fev., 2013. Entretanto, Humberto Ávila rejeita a dimensão substancial do devido processo legal: “Em primeiro lugar, porque leva ao entendimento de que o fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade é o dispositivo relativo ao ‘devido processo’, quando o seu fundamento reside na positivação dos princípios de liberdade e igualdade conjuntamente com finalidades estatais. Em segundo lugar, porque o ‘devido processo legal substancial, se compreendido como os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade, dá a entender que esses deveres não estão presentes no ‘devido processo legal procedimental’, quando, em verdade, servem para a sua própria configuração como processo adequado ou justo. E, em terceiro lugar, porque aquilo que o uso da expressão ‘devido processo legal substancial’ quer designar – deveres de proporcionalidade e razoabilidade – também é realizado fora do ‘processo’. Igualmente não é consistente separar o ‘devido processo legal substancial’ do chamado ‘devido processo legal procedimental’. Em primeiro lugar, porque o ‘devido processo procedimental’ não é independente, no seu fundamento, de determinado princípio cuja aplicação reflexiva gera um direito subjetivo ou de determinada regra que o garante, mas decorrente do seu próprio conteúdo normativo, ainda que ilegitimamente proclamado. Em segundo lugar, porque só se sabe se um processo é adequado ou justo se os atos praticados no processo forem proporcionais e razoáveis ao ideal de protetividade do direito alegado” (ÁVILA, Humberto. *O que é “devido processo legal”*. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 163, p. 50-59, 2008).

⁸⁰¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 84.

⁸⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do Processo Civil*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 487-488.

Nos termos do art. 8º do CPC, o juiz deve observar a legalidade, o que significa a necessidade de aplicação do devido processo legal.⁸⁰³ Além de conferir legitimidade à atuação da jurisdição, o respeito ao procedimento legal confere segurança às partes, tornando previsíveis o andamento do processo e as regras que serão aplicadas durante seu desenvolvimento, o que evita surpresas, abusos e arbitrariedades.

Nessa linha, Cândido Rangel Dinamarco explica que o devido processo legal confere segurança jurídica aos litigantes durante o curso do procedimento:⁸⁰⁴

Projetada sobre o sistema processual, essa cláusula democrática exige do legislador a imposição e do juiz a concreta observância de certas diretrizes capazes de oferecer aos litigantes suficiente nível de segurança quanto ao que cada um pode esperar do andamento do processo. A imposição de formas é, em direito, um penhor da liberdade e da segurança das pessoas. O *due process of law* exige também que a cada um dos sujeitos processuais sejam oferecidas oportunidades previamente conhecidas para a realização de atos do processo, assim, como lhe sejam impostas certas limitações relacionadas com o tempo, lugar e modo de realização dos atos permitidos – o que também constitui fator de segurança para os demais sujeitos. O traçado do procedimento, como conjunto de atos ordenados, é por isso um dos aspectos do devido processo legal em sua projeção sobre o sistema do processo civil.

Assim, no âmbito do processo, a segurança jurídica pode ser considerada como a previsibilidade e a inalterabilidade das disposições e dos atos processuais a serem aplicados e praticados durante o procedimento.⁸⁰⁵

Contudo, além de conferir segurança jurídica e previsibilidade às partes, o procedimento deve ser idôneo à tutela adequada e efetiva do direito material, de modo que, em condições específicas, deve ser admitida a flexibilização das regras procedimentais, para possibilitar a justa solução litígio.

Nessa direção, sustentam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero.⁸⁰⁶

⁸⁰³ DIDIER JR., Fredie. Das normas fundamentais do processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 505-506; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 29.

⁸⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 30-31.

⁸⁰⁵ RUBIN, Fernando. Efetividade *versus* segurança jurídica: cenários de concretização dos dois macroprincípios processuais no Novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Novo CPC. Doutrina Seleccionada. Procedimento comum*. Vol. 1. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 574-575.

⁸⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do Processo Civil*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 488.

[...] o procedimento também deve ser idôneo às necessidades de tutela dos direitos, além de respeitar, em sua conformação, as necessidades evidenciadas pelos direitos alegados em juízo. Ou seja, o procedimento não pode ser tecnicamente inidôneo às tutelas prometidas pelo direito material – deixando de prever, por exemplo, meio executivo adequado – ou negar, em seu próprio desenho legal, os direitos fundamentais materiais – retirando do réu, por exemplo, o direito de discutir as cláusulas contratuais, cujo inadimplemento é pressuposto para o autor obter o bem que está na posse do demandado. Quer dizer que o procedimento, além de legitimar a jurisdição a partir da participação, deve ser legítimo à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

A propósito, Robert Alexy entende que o direito ao procedimento judicial é essencial à *proteção jurídica efetiva*, a qual só é atingida quando o resultado do procedimento protege os direitos materiais dos titulares dos direitos fundamentais envolvidos, de modo que, no âmbito do procedimento, dois aspectos devem ser relacionados entre si: um procedimental e um material.⁸⁰⁷

As regras procedimentais, portanto, não podem ser consideradas como absolutas, ou seja, como um fim em si mesmo. O processo deve se ater aos resultados produzidos no plano do direito material, preocupando-se, primordialmente, com a prestação de tutela eficiente, efetiva e adequada à resolução do conflito.⁸⁰⁸

Nessa linha, destaca Fernando da Fonseca Gajardoni:⁸⁰⁹

Sendo as regras de procedimento preestabelecidas como garantia, estas normas não podem substantivar-se, quer dizer, converter-se em fim próprio por si mesmo. Isso conduz ao formalismo, defeito que deve ser firmemente rechaçado por converter em fim o que não é mais do que um meio. [...]. Este é o motivo pelo qual a absoluta rigidez formal é regra estéril e que dissipa os fins do processo, que é o de oferecer em cada caso, processado individualmente e conforme suas particularidades, a tutela mais justa. A preocupação do processo há de se ater aos resultados, e não com formas pré-estabelecidas e engessadas com o passar dos séculos.

Com base na efetividade das garantias do processo justo, Leonardo Greco defende a necessidade de flexibilização do procedimento, especificamente quando sua rigidez constituir

⁸⁰⁷ “Direitos a procedimentos judiciais e administrativos são direitos essenciais a uma ‘proteção jurídica efetiva’. É condição de uma proteção jurídica efetiva que o resultado do procedimento proteja os direitos materiais dos titulares dos direitos fundamentais envolvidos. [...]. Tudo isso indica que, no âmbito do procedimento, dois aspectos devem ser relacionados entre si: um procedimental e um material” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 488).

⁸⁰⁸ “Dessa maneira, apesar de o procedimento e a forma dos atos processuais possuírem inequívoca importância, sobretudo em matéria de previsibilidade, segurança e boa-fé, o procedimento pode excepcionalmente vir a ser flexibilizado, como meio para que o devido processo legal cumpra sua finalidade de promover um processo justo e adequado aos jurisdicionados” (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 151).

⁸⁰⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os procedimentos simplificados e flexibilizados no Novo CPC. In: DIDIER JR. Fredie; MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Novo CPC. Doutrina Selecionada. Procedimento comum*. Vol. 1. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 675-676.

evidente instrumento de injustiça, impedindo a busca da verdade dos fatos, ou quando o formalismo se sobrepuser à resolução definitiva do mérito:⁸¹⁰

A primeira premissa é a de que o direito processual contemporâneo, em especial o brasileiro, se assenta na eficácia concreta dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurada no artigo 5º da nossa Carta Magna por meio da efetividade das garantias do processo justo, entre as quais a garantia de um procedimento legal, flexível e previsível. A ritualidade e a sequência procedimental dos atos do processo deve em regra observar as normas legalmente estabelecidas, mas deve ser assegurada uma margem de variação para que o processo respeite a paridade de armas e a ampla defesa, para que a rigidez do procedimento não constitua um evidente instrumento de injustiça, um impedimento à busca da verdade dos fatos, para que o formalismo não se sobreponha à necessidade de buscar, tanto quanto possível, que o litígio seja definitivamente resolvido no seu mérito.

Assim, para possibilitar a prestação de tutela efetiva e adequada aos direitos da personalidade, o juiz deve admitir a relativização das regras procedimentais do art. 329, II, do Código de Processo Civil, permitindo a modificação da causa de pedir ou do pedido após a citação e independentemente do consentimento do réu, desde que, todavia, sejam observadas as demais garantias do processo.

Nesse sentido, defende Marco Antonio dos Santos Rodrigues, referindo-se, no entanto, à flexibilização do art. 264 do Código de Processo Civil de 1973:⁸¹¹

[...] o devido processo legal não faz absoluto o sistema legal de modificação da demanda. As regras do Código do Processo Civil sobre o tema, especialmente o artigo 264, podem ser mitigadas, como forma de promoção dos próprios valores inerentes a essa garantia e ínsitos às normas que nela estão inseridas. Diante disso, pode-se afirmar que é possível que o magistrado, em nome do devido processo legal numa perspectiva dinâmica e filtrado pelos próprios valores deste, excepcionalmente venha a admitir a modificação do pedido e/ou da causa de pedir mesmo após o saneamento do processo, ou após a citação, sem a concordância do réu, apesar da inequívoca necessidade de que este último seja ouvido.

Em outras palavras, nos casos em que a aplicação do art. 329 do CPC/2015 puder representar obstáculo à prestação de tutela efetiva e adequada aos atributos existenciais da pessoa humana, frustrando o acesso à justiça, deve ser admitida sua flexibilização, sendo necessário observar, porém, o contraditório e a ampla defesa. O que se defende, portanto, é a

⁸¹⁰ GRECO, Leonardo. Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes (Orgs.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 417.

⁸¹¹ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 154-155.

harmonização das garantias fundamentais do processo, e não a supressão do devido processo legal.⁸¹²

Equilibrando-se as garantias processuais, é possível relativizar as regras de alteração dos elementos objetivos da demanda, para que seja viabilizada a prestação de tutela justa, efetiva e eficiente, com a adequada proteção dos aspectos fundamentais da pessoa humana (psicossomático, moral-espiritual e intelectual).

Nesse sentido, a flexibilização das regras de alteração da causa de pedir e do pedido depende da observância do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, LV, da CRFB/1988.

A ampla defesa confere às partes o direito de apresentar suas alegações no processo, produzindo provas e interpondo recursos contra as decisões judiciais, conforme explica Nelson Nery Júnior:⁸¹³

Ampla defesa significa permitir às partes a dedução adequada de alegações que sustentem sua pretensão (autor) ou defesa (réu) no processo judicial (civil, penal, eleitoral, trabalhista) e no processo administrativo, com a consequente possibilidade de fazer a prova dessas mesmas alegações e interpor os recursos cabíveis contra as decisões judiciais e administrativas.

Por sua vez, Fredie Didier Júnior afirma que a ampla defesa é conjunto de meios adequados para o exercício do contraditório. A ampla defesa seria, assim, o aspecto substancial do contraditório.⁸¹⁴

Na Parte Geral do Código de Processo Civil de 2015, em que estão previstas as normas que se destinam à compreensão e à interpretação de todas as normas do sistema processual,⁸¹⁵ o contraditório foi previsto não apenas como bilateralidade de audiência (direito de resposta) e paridade de armas, mas também como direito de influência (de participação na convicção do julgador), dever de debate e garantia de não surpresa, e dever de motivação adequada (arts. 7º, 9º, 10 e 489, § 1º).⁸¹⁶

Elio Fazzalari entende que o processo se diferencia do procedimento por ter uma estrutura dialética, que permite a participação das partes na formação da decisão e garante

⁸¹² RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 148-150.

⁸¹³ NERY JR., Nelson Nery. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 2ª ed. em e-book baseada na 12ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s./p.

⁸¹⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 88-89.

⁸¹⁵ DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo: essa desconhecida*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 72.

⁸¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 166-168 e 170-173.

simetria entre as posições subjetivas. Dentro desta estrutura dialética, é assegurado aos participantes do processo o diálogo e o exercício de controles, reações e escolhas. Segundo o autor, não existe processo sem contraditório.⁸¹⁷

Por seu turno, Cândido Rangel Dinamarco destaca a dupla destinação do contraditório: (i) a lei deve assegurar meios para que os litigantes participem do processo, que devem ser franqueados pelo juiz, e (ii) o magistrado deve participar da preparação do julgamento, exercendo o contraditório na interação com as partes. O contraditório, destarte, se apresenta como direito das partes e dever do juiz.⁸¹⁸

Em sentido semelhante, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira defende que o contraditório não pode se resumir à bilateralidade de audiência, sendo imprescindível assegurar às partes a possibilidade de participação na formação das decisões judiciais:⁸¹⁹

[...] o conteúdo mínimo do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes. Por isso, para que seja atendido este mínimo, insta a que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimentos, recursos, contraditas *etc.*). Também se revela imprescindível abrir-se a cada uma das partes a possibilidade de participar do juízo de fato, tanto na indicação da prova quanto na sua formação, fator este último importante mesmo naquela determinada de ofício pela órgão judicial.

De acordo com Antonio do Passo Cabral, o contraditório funciona como: (i) direito de informação-reação no processo, assegurando às partes ciência acerca da realização e das consequências dos atos processuais, bem como oportunidades de reagir e evitar posições

⁸¹⁷ “Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar constas dos resultados. [...]. Existe, em resumo, o ‘processo’, quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar. [...]. O conflito de interesses (ou o modo de valorar um interesse) poderá constituir a razão pela qual a norma faz com que se desenvolva uma atividade mediante processo, mas no máximo se pode falar de processo enquanto se constatem *ex positivo iure*, a estrutura e o desenvolvimento dialético acima ilustrado. Na ausência de tal estrutura, é vão indagar acerca de um atual ou eventual conflito de interesses: onde é ausente o contraditório – isto é, onde inexistia a possibilidade, prevista pela norma, de que ele se realize – não existe processo”. (FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. 8ª ed. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 119-121).

⁸¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6ª ed. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 517.

⁸¹⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 15, p. 16, 1998.

jurídicas desfavoráveis, manifestando-se sobre as questões (fáticas e jurídicas) e os elementos probatórios; (ii) direito de influência na formação das decisões e garantia de não surpresa, mediante argumentação discursiva franqueada pelo juiz, que deve motivar adequadamente suas decisões, enfrentando os argumentos das partes e debatendo com elas; e (iii) dever de colaboração imposto aos sujeitos do processo, por força do qual as partes e o juiz devem cooperar para a obtenção de uma solução justa do litígio, em um processo marcado pelo diálogo e pela participação de todos os atores do processo.⁸²⁰

Em sentido similar, Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes entendem que o contraditório possui quatro dimensões: (i) garantia de bilateralidade de audiência, assegurando às partes informação e possibilidade de reação; (ii) garantia de simetria e paridade de armas, ou seja, igualdade de tratamento em relação aos meios e oportunidades de participação no processo; (iii) garantia de influência no desenvolvimento e no resultado do processo, impondo ao juiz o dever de debate com as partes acerca de todas as questões, inclusive as cognoscíveis de ofício, impedindo-se, assim, “decisões surpresa”; e (iv) garantia de aproveitamento da atividade processual, no sentido de que o exercício do contraditório dinâmico pode evitar nulidades e recursos, contribuindo com a eficiência, resultado buscado pelo processo.⁸²¹

Analisando o Código de Processo Civil de 2015, Dierle José Coelho Nunes *et alii* afirmam que o contraditório representa garantia de influência e não surpresa, impondo que o juiz estabeleça diálogo com as partes antes de proferir decisões e determinando que os pronunciamentos judiciais enfrentem as alegações deduzidas pelas partes.⁸²²

Em sentido semelhante, Daniel Amorim Assumpção Neves aduz que, no CPC/2015, o contraditório se traduz em poder de influência, conferindo às partes o direito de influir na

⁸²⁰ CABRAL, Antonio do Passo. Princípio do contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 193-210; CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, anno 60, n. 2, p. 449-463, apr./giu., 2005.

⁸²¹ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, vol. 168, p. 107-142, fev., 2009.

⁸²² NUNES, Dierle José Nunes; BAHIA, Alexandre Melo Franco; HORTA, André Frederico; SILVA, Natanael Lud Santos e. Contraditório como garantia de influencia e não supressa no CPC-2015. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre (Coords.). *Normas fundamentais. Coleção grandes temas do novo CPC*. Vol. 8. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 213-240. Na mesma linha: CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. São Paulo, v. 1, p. 17-33, jan./jun., 2015.

formação do convencimento do juízo, de reagir em tempo hábil e de ter seus argumentos considerados pelo juiz, além de consistir em vedação à prolação de decisões surpresa.⁸²³

Em atenção ao contraditório e à ampla defesa, o inciso II do art. 329 do CPC/2015 preceitua que, após a citação, a alteração da causa de pedir e do pedido depende do consentimento do réu, ao qual será assegurada a oportunidade de se manifestar sobre os novos elementos que o autor pretende introduzir na demanda, sendo-lhe facultada, ainda, a produção de provas.

Assim, se o autor requerer a alteração da demanda após a citação e antes do saneamento, o juiz deve ouvir o réu, intimando-o para se manifestar sobre a pretensão. Se o juiz deferir a mutação objetiva da demanda sem ouvir previamente o réu, haverá violação do direito de influência e da garantia de não surpresa, ambos decorrentes do contraditório (arts. 7º, 9º e 10 do CPC). O juiz, portanto, deve instaurar o debate no processo, não podendo autorizar a alteração da demanda antes de oportunizar a manifestação do réu.

Havendo concordância do réu com a mutação, a lei lhe confere a oportunidade de se manifestar sobre os novos elementos objetivos da demanda, facultando-lhe, ainda, a produção de provas.

Todavia, inexistindo concordância do réu, caberá ao juiz: *(i)* avaliar se a regra do art. 329, II, do CPC/2015 é capaz de obstar a prestação de tutela efetiva e adequada ao direito material, impedindo a concretização do acesso à justiça; e *(ii)* analisar a discordância do réu, para verificar se a alteração da demanda pode trazer prejuízos ao contraditório e à ampla defesa.

Se verificar que a mutação da causa de pedir ou do pedido é capaz de possibilitar a prestação de tutela efetiva e que não há prejuízos à ampla defesa e ao contraditório, o juiz deve flexibilizar a regra do inciso II do art. 329, permitindo, entre a citação e o saneamento, a alteração da causa de pedir e do pedido, independentemente do consentimento do réu.

Nessa hipótese, em respeito ao contraditório e à ampla defesa, o juiz deve fundamentar sua decisão, expondo os motivos que justificaram a mitigação do dispositivo legal, além de conceder ao réu a possibilidade de se defender dos novos elementos objetivos da demanda, facultando-lhe a produção de provas.

Respeitando-se o contraditório e a ampla defesa, não há prejuízo ao réu, de modo que é possível relativizar a regra do inciso II do art. 329, a fim de se viabilizar a prestação de

⁸²³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Contraditório efetivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes (Orgs.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 33-44.

tutela efetiva e adequada ao direito material, concretizando-se, assim, o acesso à justiça, finalidade última do processo.

Nessa linha, analisando os arts. 264 e 294 do Código de Processo Civil de 1973, sustenta Marco Antonio dos Santos Rodrigues:⁸²⁴

Se autor e réu tiveram a oportunidade de influir na decisão do juízo, apesar de não respeitados os ditames dos artigos 264 e 294, a atividade processual atingiu sua finalidade de busca da prestação jurisdicional efetiva, melhor satisfazendo os interesses do autor e evitando nova ação com pretensão semelhante. Ademais, não houve prejuízo ao réu, na medida em que foi permitido a este último que se defendesse da ação modificada, influenciando na decisão judicial.

Em sentido semelhante, aduz José Roberto dos Santos Bedaque:⁸²⁵

[...] se a matéria fática ou jurídica for submetida ao contraditório e à ampla defesa, concedendo-se às partes todas as oportunidades para produzir prova a respeito, o vício concernente à técnica processual, apesar de manifesto, não constituirá óbice à participação dos sujeitos do processo, pois assegurada a possibilidade de transformar eventuais pontos em questões e de demonstrar as afirmações antagônicas. Em última análise, efetivaram-se as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, fundamentos principais da exigência processual. Nessa medida, o vício decorrente da violação de regra técnica, segundo a qual o julgamento deve observar os limites da demanda pode ser relevado. Isso porque restou preservado o escopo desejado pelo legislador ao enunciá-la. A exposição minuciosa dos fatos e a formulação precisa da pretensão permitem à parte contrária saber como direcionar a defesa, seja ela direta ou indireta, processual ou de mérito. O que mais importa, pois, é a submissão da causa de pedir e do pedido ao devido processo constitucional, ainda que deduzidos indevidamente, ou seja, sem observância das exigências legais concernentes à estabilização da demanda.

Ademais, ao avaliar a discordância do réu em relação à mutação da demanda, o juiz deve perquirir se essa conduta está de acordo com a boa-fé objetiva, à qual se atribui, dogmaticamente, três funções: (i) interpretativa de negócios jurídicos, como critério hermenêutico, exigindo que as cláusulas contratuais sejam interpretadas em conformidade com a lealdade e à honestidade decorrente de um padrão ético; (ii) criadora de deveres anexos (integrativa), impondo às partes deveres de mútua proteção para se atingir a finalidade do contrato, como os deveres de informação, segurança, sigilo, colaboração *etc.*; e (iii) restritiva do exercício de direitos ou posições jurídicas ativas, impedindo resultados em desconformidade com a lealdade e a confiança que devem nortear as relações.⁸²⁶

⁸²⁴ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 170.

⁸²⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Elementos da demanda, correlação e contraditório. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, vol. 20, p. 156, jan./abr., 2018.

⁸²⁶ SCHREIBER, Anderson. Boa-fé objetiva no novo Código de Processo Civil. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; ALVIM,

Para os fins desta pesquisa, é importante examinar a terceira função da boa-fé objetiva, analisando o tema do *abuso dos direitos processuais*. O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 5º, institui uma cláusula geral de boa-fé objetiva: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Além disso, o legislador também exige a boa-fé objetiva na interpretação do pedido (art. 322, § 2º, do CPC) e na interpretação da decisão judicial (art. 489, § 3º, do CPC).

O art. 5º do CPC institui o dever de observância a um padrão ético de conduta, ou seja, de respeito à boa-fé objetiva, sendo irrelevante a intenção das partes. Nessa direção, dispõe o Enunciado nº 1 da I Jornada de Direito Processual Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal: “A verificação da violação à boa-fé objetiva dispensa a comprovação do *animus* do sujeito processual”.

É importante a previsão de uma cláusula geral de boa-fé, já que, por meio de enumeração legal exaustiva, é impossível prever todas as hipóteses de condutas abusivas.⁸²⁷ O processo se caracteriza por ser uma relação jurídica, em que as partes se encontram em situações jurídicas ativas e passivas, possuindo poderes, faculdades, ônus e deveres.⁸²⁸ Quando as partes exercem seus poderes e faculdades de forma contrária à boa-fé objetiva, resta configurado o abuso do direito processual.

Nessa linha, assevera Fredie Didier Jr.:⁸²⁹

É fácil perceber que o princípio de atuação de acordo com a boa fé é a fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica do “abuso do direito” processual (desrespeito à boa fé objetiva), que se caracteriza independentemente de a atuação do sujeito processual estar fundada em má fé.

Teresa Arruda. *O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudos em homenagem ao professor, jurista e ministro Luiz Fux*. Vol. 1. Rio de Janeiro: LMJ, 2018, p. 74-79.

⁸²⁷ A propósito, aduz Michele Taruffo: “Por assim dizer, a lealdade do contexto processual pode ser assegurada por dois estratos de regras: regras específicas considerando casos particulares de ADP e cláusulas gerais – não necessariamente concernindo apenas a questões processuais – fornecendo padrões amplos de lealdade e correção” (TARUFFO, Michele. *Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual: relatório geral*. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 34, n. 177, p. 153-183, nov., 2009). No mesmo sentido, afirma Fredie Didier Jr.: “O princípio da boa-fé extrai-se de uma cláusula geral processual. A opção por uma cláusula geral de boa-fé é a mais correta. É que a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal” (DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Editora, 2010, p. 81-82).

⁸²⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 292. Para Cândido Rangel Dinamarco, “faculdade é a liberdade de conduta e de exercícios dos direitos segundo escolhas próprias e o interesse de cada um” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 359).

⁸²⁹ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 85.

Por seu turno, Antonio do Passo Cabral entende que o fundamento da boa-fé objetiva é o princípio do contraditório, que não pode ser visto apenas como direito de participação e de influência na formação da decisão, mas também como dever de colaboração com o exercício da jurisdição. Segundo o autor, a boa-fé objetiva, ou seja, o dever de atuação ética, limita o exercício do contraditório, impedindo seu exercício de forma abusiva.⁸³⁰

O abuso de direito se caracteriza quando o sujeito exerce uma posição jurídica ativa de forma contrária à finalidade prevista na norma ou quando a exerce de modo contrário à boa-fé objetiva.⁸³¹ Ao condicionar a mutação da demanda ao consentimento do réu, um dos objetivos da lei é evitar prejuízos ao contraditório e à ampla defesa.⁸³²

Assim, diante da discordância do réu em relação à alteração dos elementos objetivos da demanda, compete ao juiz analisar se essa rejeição caracteriza abuso de direito processual. Verificando (i) que a falta de anuência constitui conduta contrária ao dever ético de colaboração com o exercício da jurisdição e (ii) que não há prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, restará caracterizado o abuso do direito processual, de modo que o juiz deve flexibilizar a regra do inciso II do art. 329 do CPC, permitindo a alteração da demanda sem o consentimento do réu, para possibilitar a concretização do acesso à justiça, isto é, a adequada solução do litígio.

O direito do réu de não concordar com a alteração da demanda não pode ser considerado absoluto, assim como não são as demais situações jurídicas processuais. Nessa linha, Michele Taruffo adverte que o processo deve ser interpretado e analisado como uma sequência de escolhas feitas pelas partes, que possuem discricionariedade para praticar condutas. Se há discricionariedade, as condutas processuais não estão estritamente determinadas pela avaliação de sua legalidade ou ilegalidade, mas também pelo prisma da lealdade, da correção e da boa-fé. Abusividade e ilegalidade não coincidem. Logo, ainda que estejam previstas em lei como um poder, faculdade ou direito, as condutas processuais podem

⁸³⁰ “As plurais funções do princípio do contraditório não se esgotam na sua compreensão como direito de informação-reação. Além de representar uma garantia de manifestação no processo, o contraditório impõe deveres. Nota-se, no cotidiano forense, que a participação das partes presta relevante contributo para o labor jurisdicional. Sem embargo, a participação não só tem o escopo de garantir que cada um possa influenciar na decisão, mas também tem uma finalidade de colaboração com o exercício da jurisdição. [...]. O contraditório não pode ser exercido ilimitadamente. O Estado tem, portanto, o direito de exigir das partes retidão no manuseio do processo – instrumento público –, ao qual está relacionado o dever de atuação ética, de colaboração para a decisão final” (CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, vol. 126, p. 59-80, ago., 2005).

⁸³¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 669-670; RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 118-119.

⁸³² RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 69; ROQUE, André Vasconcelos. A estabilização da demanda no processo civil brasileiro: mais uma oportunidade perdida? *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 12, p. 14.192, 2013.

ser consideradas abusivas, se praticadas de forma contrária a finalidade da norma ou em desconformidade com o dever ético que decorre da boa-fé objetiva.⁸³³ Em outros termos, se exercida de modo contrário à boa-fé objetiva ou em dissonância com a finalidade da lei, a conduta processual deve ser considerada abusiva, mesmo que, abstratamente, o ordenamento autorize a sua prática.⁸³⁴

Portanto, a despeito de encontrar amparo no inciso II do art. 329 do CPC, a discordância do réu quanto à alteração da demanda pode configurar abuso do direito processual, especificamente quando, não havendo prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, a recusa constituir empecilho à adequada solução do litígio, frustrando, assim, a concretização do acesso à justiça. Nesse caso, deve ser superada a falta de anuência do réu, autorizando-se a modificação da causa de pedir ou do pedido, para permitir a prestação de tutela efetiva e adequada ao direito material, especialmente quando se tratar da proteção dos atributos essenciais da pessoa humana.

Entretanto, não só a conduta do réu deve ser analisada a partir da boa-fé objetiva, mas também o ato praticado pelo autor, isto é, a pretensão de mutação dos elementos objetivos da demanda. Nesse sentido, por exemplo, não se deve admitir a modificação da demanda, quando, tendo ciência de fato essencial no momento de sua propositura, o autor deixa para alegá-lo posteriormente, como uma “carta na manga”, para surpreender o réu ou prejudicar o contraditório e a ampla defesa.⁸³⁵ Essa conduta não se coaduna com a boa-fé, motivo pela qual não deve ser admitida.

⁸³³ TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual: relatório geral. *Revista de processo*, v. 34, n. 177, p. 153-183, nov., 2009.

⁸³⁴ Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro entende que a aplicação da boa-fé objetiva se dá por meio de dois subprincípios: (i) proteção da confiança, tutelando a legitimidade expectativa gerada por uma conduta, e (ii) prevalência da materialidade subjacente, segundo o qual, na aplicação das normas, deve-se levar em consideração as particularidades do caso concreto, repudiando-se o formalismo, que, na visão do autor, consiste na “submissão rígida dos casos a decidir às proposições legais tidas por aplicáveis”. Desse modo, a partir do subprincípio da prevalência da materialidade subjacente, é possível verificar, *in concreto*, se as condutas processuais estão de acordo com a boa-fé objetiva (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1.234-1.257). Na mesma linha, aduz Marco Antonio dos Santos Rodrigues: “[...] constata-se que a verificação da efetiva ocorrência da boa-fé não pode ser definida totalmente em abstrato. É preciso que, à luz das circunstâncias do caso concreto, seja avaliada a relação processual, a fim de verificar se houve a caracterização de alguma das condutas ofensivas da boa-fé, acima discutidas. Trata-se da aplicação do chamado princípio da primazia da materialidade subjacente, que impõe essa análise concreta, e com isso evita o recurso ao formalismo, à submissão rígida das hipóteses às previsões legais, sem margem de verificação real” (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014, p. 185).

⁸³⁴ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 185.

⁸³⁵ ROQUE, André Vasconcelos. A estabilização da demanda no processo civil brasileiro: mais uma oportunidade perdida? *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 12, p. 14.192, 2013; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 185-186.

Decorrendo do contraditório e da boa-fé objetiva, a cooperação também se relaciona com a alteração dos elementos objetivos da demanda. De acordo com o art. 6º do Código de Processo Civil: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Reinhard Greger explica o significado de cooperação para o juiz e para as partes. Quanto ao papel do juiz, a cooperação determina que ele deve interagir com as partes, para “alcançar o resultado do processo o mais fácil, rápida e completamente possível”, de modo que o juiz não deve ser passivo nem autoritário. Em relação às partes, a cooperação não significa que os litigantes devam agir com “companheirismo”, mas sim “que as partes – cada uma por si – discutam a adequada condução do processo pelo juiz e dela participem”.⁸³⁶

Entretanto, mesmo que não estejam obrigadas a cooperar entre si – por terem interesses antagônicos –, as partes devem atuar com boa-fé, sendo-lhes vedada a prática de atos que impeçam a adequada solução do litígio.

Destaca, nessa linha, Daniel Mitidiero:⁸³⁷

[...] a colaboração no processo não implica colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio. O máximo que se pode esperar é uma colaboração das partes para com o juiz no processo civil. [...]. Isso obviamente não dispensa as partes de agirem com boa-fé no processo.

Nesse sentido, a cooperação cria deveres para as partes e para o juiz. Durante todo o procedimento, os atores do processo devem dialogar para a produção das decisões.⁸³⁸ Nesse ambiente participativo⁸³⁹ ou cooperativo, o juiz assume dupla posição: é paritário na condução do processo, instalando o debate judicial e permitindo que as partes possam influir em seu convencimento; e assimétrico apenas na decisão, ato praticado em decorrência do exercício da jurisdição, não concedido às partes.⁸⁴⁰

⁸³⁶ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coords.). *Normas fundamentais. Coleção grandes temas do novo CPC*. Vol. 8. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 303-304.

⁸³⁷ MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. *Revista de Processo Comparado*. São Paulo, v. 2, p. 83-97, jul., 2015.

⁸³⁸ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, vol. 198, p. 213, ago., 2011.

⁸³⁹ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC. Fundamentos e Sistematização*. 3ª ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 87-101.

⁸⁴⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 102-103.

Quanto aos deveres criados para as partes, Fredie Didier Júnior cita os seguintes exemplos: (i) dever de esclarecimento: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia (art. 330, § 1º, II e IV, do CPC); (ii) dever de lealdade: as partes não podem litigar de má-fé (arts. 79 a 81 do CPC), além de terem que observar a boa-fé objetiva (art. 5º do CPC); e (iii) dever de proteção: a parte não pode causar danos à parte adversária (art. 77, VI, do CPC).⁸⁴¹

Com relação aos juízes, a literatura jurídica aponta que a cooperação lhes impõe quatro deveres: (i) de esclarecimento; (ii) de prevenção; (iii) de consulta; e (iv) de auxílio.⁸⁴²

Em decorrência do dever de esclarecimento, o juiz deve intimar a parte para esclarecer matérias de fato ou de direito que se mostrarem pertinentes, dando conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.⁸⁴³ O juiz deve, assim, sanar suas dúvidas a respeito das alegações e pedidos, a fim de evitar decisões equivocadas ou apressadas.⁸⁴⁴

Pelo dever de prevenção, cuja finalidade é assistencial, o juiz deve atuar “em todas as situações em que o êxito da ação ou da defesa possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo”.⁸⁴⁵ Esse dever se aplica em quatro áreas: “explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de certa atuação pela parte”.⁸⁴⁶ Dessa maneira, o dever de prevenção impõe que o juiz indique as deficiências das postulações das partes, possibilitando a correção de defeitos que impeçam a prestação de tutela adequada.⁸⁴⁷

Em razão do dever de consulta, o juiz não pode decidir questões de fato ou direito – ainda que cognoscíveis *ex officio* –, sem dar às partes a oportunidade de exercer previamente

⁸⁴¹ DIDIER JR., Fredie. Das normas fundamentais do processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 20.

⁸⁴² Nesse sentido: SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65; MITIDIERO, Daniel. *A colaboração como modelo e como princípio no processo civil*. *Revista de Processo Comparado*. São Paulo, v. 2, p. 83-97, jul., 2015; DIDIER JR., Fredie. Princípio da cooperação. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coords.). *Normas fundamentais. Coleção grandes temas do novo CPC*. Vol. 8. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 353-356; THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC. Fundamentos e Sistematização*. 3ª ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 82-92.

⁸⁴³ SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65.

⁸⁴⁴ DIDIER JR., Fredie. Princípio da cooperação. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coords.). *Normas fundamentais. Coleção grandes temas do novo CPC*. Vol. 8. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 353. No mesmo sentido: GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 6, p. 47-59, set., 2003.

⁸⁴⁵ SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 66.

⁸⁴⁶ SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 66.

⁸⁴⁷ “Tem o magistrado, ainda, o dever de apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas. Trata-se do chamado dever de prevenção, variante do dever de proteção” (DIDIER JR., Fredie. Princípio da cooperação. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coords.). *Normas fundamentais. Coleção grandes temas do novo CPC*. Vol. 8. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 355).

o contraditório. Esse dever tem a finalidade de evitar decisão surpresa, permitindo a participação das partes na formação do ato decisório.⁸⁴⁸ Nessa linha, assevera Daniel Mitidiero: “Em face do dever de diálogo, além da vedação à decisão-surpresa, é essencial que o pronunciamento jurisdicional contenha uma apreciação completa das razões levantadas pelas partes para solução da controvérsia (arts. 10 e 489, § 1.º, IV, CPC)”⁸⁴⁹

Por força do dever de auxílio, havendo dificuldades que inviabilizem o exercício de direitos e faculdades ou o cumprimento de deveres e ônus, o juiz deve auxiliar as partes na superação de tais obstáculos.⁸⁵⁰

Os deveres de cooperação estão previstos em diversos dispositivos do Código de Processo Civil.⁸⁵¹ Para os fins dessa pesquisa, no entanto, cumpre destacar os arts. 317 e 321:

Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.

[...]

Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

De acordo com tais dispositivos, se verificar algum vício em relação aos elementos da demanda, o juiz deve determinar que o autor, no prazo de quinze dias, emende a inicial e corrija os defeitos nela existentes, inclusive quanto à complementação de provas.

Assim, para que o processo atinja sua finalidade de prestar tutela adequada à solução do litígio, o juiz tem o dever de esclarecer e auxiliar o autor na correção de defeitos existentes em sua postulação, evitando-se, por conseguinte, o julgamento sem resolução de mérito, o que também decorre do dever de prevenção.⁸⁵² Portanto, em respeito ao princípio da primazia do

⁸⁴⁸ DIDIER JR., Fredie. Princípio da cooperação. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coords.). *Normas fundamentais. Coleção grandes temas do novo CPC*. Vol. 8. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 354.

⁸⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. *A colaboração como modelo e como princípio no processo civil*. *Revista de Processo Comparado*. São Paulo, v. 2, p. 83-97, jul., 2015.

⁸⁵⁰ SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 67.

⁸⁵¹ Por exemplo: *caput* do art. 76; inciso II do art. 772; parágrafo único do art. 932; § 3º do art. 1.024; e § 3º do art. 1.029.

⁸⁵² Nessa linha, aduz Fredie Didier Jr.: “O art. 321 é emblemático; ele garante ao demandante o direito de emendar a petição inicial, se o órgão jurisdicional considerar que lhe falta algum requisito; não é permitido o indeferimento da petição inicial sem que se dê a oportunidade de correção do defeito. Não cumprindo o autor a diligência que lhe fora ordenada, a petição inicial será indeferida (art. 330, CPC)” (DIDIER JR., Fredie. *Das normas fundamentais do processo civil*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 21).

juízo de mérito, a inicial só pode ser indeferida se, embora intimado, o autor deixar de suprir os vícios verificados em sua postulação.

Nesse sentido, posiciona-se Daniel Mitidiero:⁸⁵³

[...] só se legitima o indeferimento da petição inicial após o juiz ter dialogado com a parte a respeito do problema por ele verificado (dever de diálogo), determinando a emenda da petição inicial (art. 321 do CPC/2015), inclusive indicando precisamente o que deve ser esclarecido pela parte (dever de indicação e dever de esclarecimento). A paridade na condução do processo pelo juiz está justamente em que esse dialoga a respeito da sua visão do material do processo com o demandante antes de decidir assimetricamente.

Na mesma direção, dispõe o Enunciado nº 292 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “Antes de indeferir a petição inicial, o juiz deve aplicar o disposto no art. 321”.

Outro dispositivo que deve ser analisado é o § 3º do art. 357, segundo o qual é possível a designação de audiência para que o saneamento seja realizado em cooperação com as partes, oportunidade em que, se houver necessidade, o juiz deve solicitar às partes que integrem ou esclareçam suas alegações, visando à prestação de tutela adequada à resolução do litígio. É o que os autores chamam de saneamento “compartilhado”,⁸⁵⁴ “cooperativo”⁸⁵⁵ ou “em cooperação”.⁸⁵⁶

Embora o enunciado normativo preveja a designação da audiência de saneamento para as causas que apresentem questões (fáticas ou jurídicas) complexas, nada impede que, em prol da solução adequada do litígio, o juiz também realize essa audiência nas causas que não revelem complexidade.⁸⁵⁷ Nesse sentido, dispõe o Enunciado nº 298 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes poderá ocorrer independentemente de a causa ser complexa”. Esse

⁸⁵³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 109.

⁸⁵⁴ LIMA, Marcellus Polastri; DIAS, Luciano Souto. Reflexões e proposições sobre a audiência de saneamento compartilhado no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 268, p. 71-97, jun., 2017; WAMBIER, Luiz Rodrigues. A audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento “compartilhado” e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 118, p. 137-142, nov./dez., 2004.

⁸⁵⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Do saneamento e da organização do processo. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 563-564.

⁸⁵⁶ MENDES, Anderson Cortez. CAPIOTTO, Gabriele Mutti. Saneamento do processo no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 266, p. 79-97, abr., 2017.

⁸⁵⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. Do saneamento e da organização do processo. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 564.

entendimento se coaduna com o antigo princípio romano do *in de quod plus est semper inest et minus* (quem pode o mais, pode o menos).

Ao viabilizar a interação das partes e do juiz na fixação das questões controvertidas e dos fatos sobre os quais recairá a atividade probatória, o saneamento compartilhado viabiliza o pleno exercício do contraditório, aumentando, assim, as chances de que a tutela jurisdicional seja adequada à solução do conflito. Em última análise, o saneamento cooperativo se coaduna com a concretização do acesso à justiça, sendo imprescindível para a prestação de tutela eficiente, efetiva e adequada ao direito material.⁸⁵⁸

Por força dos deveres de cooperação, se houver vícios nas alegações ou postulações das partes, o juiz tem o dever instá-las à correção de tais defeitos, visando à prestação de tutela adequada e efetiva. Assim, verificando que a causa de pedir ou o pedido formulado pelas partes não são adequados ou suficientes à proteção dos direitos em jogo, o juiz tem o dever de solicitar esclarecimentos ou ajustes, inclusive durante a audiência de saneamento e organização do processo, ou em momento anterior, por meio de decisão escrita.

Se os esclarecimentos ou ajustes feitos pelo autor caracterizarem alteração dos elementos objetivos da demanda, o juiz deve ouvir o réu, permitindo o exercício do contraditório. Verificando a boa-fé do autor e a inexistência de prejuízo à defesa, e observando que a pretensão de modificação da demanda pode contribuir com a adequada resolução do litígio, o juiz deve deferi-la, mesmo sem o consentimento do réu. Nesse caso, o juiz deve permitir que o réu se defenda dos novos elementos da demanda, assegurando, assim, o contraditório e a ampla defesa.

Destarte, para viabilizar a adequada resolução do conflito e a efetiva proteção do direito material, é possível a modificação da demanda durante a audiência de saneamento ou em momento anterior, ainda que sem o consentimento do réu, desde que observados o contraditório, a ampla defesa e a boa-fé.

⁸⁵⁸ Em sentido semelhante: “Nesse viés, a técnica do saneamento em cooperação em audiência específica permite a participação ativa das partes na adaptação do procedimento às peculiaridades da causa e a prevalência da dialética, na perspectiva de se obter o consenso em relação às questões debatidas, sejam elas relacionadas às matérias de fato, de direito, ou, ainda, sobre as pendências de caráter meramente formal que devam ser solucionadas. A realização da audiência de saneamento compartilhado, além de garantir um tratamento proativo às partes e permitir a resolução das questões de saneamento em cooperação, evita a procrastinação do feito com a análise de questões e incidentes processuais que, muitas vezes, apresentam contornos meramente protelatórios. Ademais, a efetivação da prática de atos processuais em cooperação com as partes evitará a adoção de medidas processuais posteriores, especialmente a interposição de recursos tendentes a questionar as matérias que foram convencionadas, em respeito ao princípio da boa-fé processual (art. 5º, CPC/2015) e a proibição do *venire contra factum proprium non potest*. A participação efetiva das partes e do juiz, em contraditório, pode representar a chave para o enigma da razoável duração do processo e para a efetividade” (LIMA, Marcellus Polastri; DIAS, Luciano Souto. Reflexões e proposições sobre a audiência de saneamento compartilhado no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 268, p. 71-97, jun., 2017).

O exercício dos deveres de cooperação – durante a audiência de saneamento e organização ou em outro momento processual – é importante para a melhor delimitação da demanda, contribuindo para a concretização do acesso à justiça, sem que haja ofensa às demais garantias processuais.

Nessa direção, sustenta Marco Antonio dos Santos Rodrigues, ao analisar o art. 331 do Código de Processo Civil de 1973, que previa a realização de audiência preliminar.⁸⁵⁹

Nesse momento processual, caso respeitados o contraditório e a boa-fé processual, é possível que seja acrescido fato novo à demanda, ou alterado ou ampliado o fundamento jurídico ou o pedido imediato, em prol do direito invocado pelo autor, respondendo-se à sua pretensão da forma mais adequada, tendo em vista que seu objetivo é obter o direito buscado. [...] os fatos e o pedido imediato são apenas instrumentos para que se chegue ao direito em questão. Note-se que, sendo essa audiência destinada à conciliação ou ao preparo do processo para a restante instrução e o posterior julgamento, trata-se de momento propício para o diálogo humano entre as partes, mas também destas com o juiz. Assim, vislumbra-se uma ocasião própria para eventuais ajustes em prol de uma prestação jurisdicional mais efetiva. Por isso, parece admissível que, nessa audiência, haja uma modificação da demanda, observados o contraditório do réu e a boa-fé do autor. Ainda que o demandado não concorde com a modificação pretendida pelo demandante, caso não se verifique má-fé na conduta deste último, é admissível a mudança objetiva da demanda, pois aquele terá a oportunidade de se manifestar e influenciar no convencimento do juízo sobre o direito buscado.

Não se defende, contudo, que, no exercício do saneamento compartilhado ou em qualquer outro momento processual, o juiz possa alterar os elementos objetivos da demanda deduzidos pelo autor, o que representaria violação dos princípios dispositivo e da demanda.⁸⁶⁰ Sustenta-se que, a partir do exercício dos deveres de cooperação, o autor tome a iniciativa de alterar o pedido ou a causa de pedir, cabendo ao juiz, porém, avaliar essa pretensão a partir das garantias fundamentais do processo.

Nesse sentido, a alteração da demanda também se relaciona com a liberdade, direito fundamental previsto no *caput* do art. 5º da Constituição da República, do qual decorre a autonomia privada. No âmbito processual, a liberdade representa as faculdades conferidas às partes, que – nos limites da lei e desde o início ao fim do processo – podem atuar como e quando quiserem, formulando pretensões, alegações e requerimentos, ou simplesmente se omitindo, se assim desejarem, de acordo com seus interesses.⁸⁶¹

⁸⁵⁹ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 171.

⁸⁶⁰ GRECO, Leonardo. Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (Coords.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais: coleção grandes temas do NCPC*. Vol. 12. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 605.

⁸⁶¹ Esclarece, a propósito, Cândido Rangel Dinamarco: “O conteúdo dessa liberdade é representado pelo conjunto de faculdades de que as partes dispõem ao longo de todo o processo, qualquer que seja a espécie deste

Como observa Marco Antonio dos Santos Rodrigues, a autonomia privada no processo está relacionada com os princípios dispositivo e da demanda.^{862,863} Pelo princípio da demanda, o processo começa por iniciativa da parte, já que, em regra, a jurisdição é inerte.⁸⁶⁴ O ato de demandar, decorrente desse princípio, retira a atividade jurisdicional da inércia, relacionando-se, portanto, com a autonomia privada.⁸⁶⁵

Em decorrência do princípio dispositivo, o autor, ao ajuizar a demanda, estabelece os elementos que irão vincular a atuação jurisdicional. Proposta a demanda, o autor define o objeto litigioso do processo, limitando, pois, a atuação do juiz, que deverá se ater aos elementos indicados pelo autor.⁸⁶⁶ Se o juiz atua fora dos limites da demanda, profere julgamento *citra, extra* ou *ultra petita*, o que torna sua decisão passível de anulação (arts. 141, 490 e 492 do CPC).

Nesse sentido, analisando o princípio da correlação entre a demanda e a tutela jurisdicional, adverte José Roberto dos Santos Bedaque.⁸⁶⁷

O pedido formulado e os motivos apresentados pelo autor representam o âmbito de atuação do julgador. Não pode ele omitir-se quanto a alguma pretensão, conceder mais ou coisa diversa da pretendida, nem apresentar razões diferentes daquelas

ou o tipo de procedimento. Sua medida é a medida das outras garantias constitucionais do processo, cuja efetivação depende da livre atuação dos litigantes – porque a liberdade das partes outra coisa não é senão a faculdade de desfrutar dos benefícios oferecidos por aquelas. Respeitados os limites postos pela lei em harmonia com o sistema constitucional, cada uma das partes atuará como quiser e quando quiser, formulando pedidos e requerimentos na medida do que quiser e omitindo-se, se assim preferir, nos momentos em que entender de omitir-se. As manifestações da garantia constitucional da liberdade das partes transparecem ao longo de todo o processo, desde sua instauração e até que se extinga” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 356).

⁸⁶² RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 187-190.

⁸⁶³ José Carlos Barbosa Moreira aponta os sentidos em que a expressão “princípio dispositivo” é empregada: “Conheço poucas expressões tão equívocas em ciência jurídica como esta: princípio dispositivo. Ela é usada em diversíssimos contextos, ora para aludir à iniciativa da instauração do processo (diz-se que a parte é que deve tomar a iniciativa em razão do princípio dispositivo, porque, se ela não quer postular o seu direito, o problema é seu, e a sua atitude deve ser respeitada), ora para aludir à delimitação do objeto do processo e, portanto, do objeto do julgamento. Costuma dizer-se reunindo esses dois aspectos, que cabe à parte determinar o se e o sobre quê do processo. Cabe à parte resolver se vai haver processo e a respeito de que o processo vai versar. Mas também se fala em princípio dispositivo acerca, por exemplo, da iniciativa na produção de provas. E também se fala em princípio dispositivo no tocante à possibilidade de praticar atos de disposição do direito litigioso do feito, por exemplo, transação, renúncia, reconhecimento etc., como reflexo, acrescenta-se, da chamada autonomia da vontade. Se a parte podia renunciar ao direito fora do âmbito judicial, não há razão para supor que ela deixe de poder fazê-lo também em juízo” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Correlação entre o pedido e a sentença*. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 83, p. 207-215, jul./set., 1996).

⁸⁶⁴ Por exemplo, preveem exceções ao princípio da demanda: §3º do art. 485, e inciso II do 487, ambos do CPC/2015.

⁸⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 156;

⁸⁶⁶ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 188.

⁸⁶⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Elementos da demanda, correlação e contraditório. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, vol. 20, p. 149, jan./abr., 2018.

expostas. Se o fizer, dar-se-á o fenômeno do julgamento *citra, ultra* ou *extra petita*, o que poderá implicar a nulidade da respectiva sentença. Tais regras decorrem diretamente do princípio da demanda e da inércia da jurisdição. Se ao juiz fosse permitido conceder mais do que fora pedido ou fundamentar a decisão com razões diversas das deduzidas na inicial, estar-se-ia possibilitando a tutela jurisdicional de ofício. Tudo o que excede os limites objetivos da demanda implica atuação sem provocação.

Assim, como os elementos da demanda devem ser definidos pelo autor, o juiz não pode alterá-los *ex officio*, de modo que, por força do princípio dispositivo e da inércia da jurisdição, a mutação da causa de pedir e do pedido depende da vontade e da iniciativa do demandante.

Nessa linha, esclarece Marco Antonio dos Santos Rodrigues:⁸⁶⁸

[...] a liberdade está diretamente ligada aos princípios da demanda e dispositivo, tendo em vista que o demandante claramente exerce sua autonomia da vontade ao definir se vai propor a demanda, e quais serão os limites desta. O juiz fica, então, limitado pelos elementos da ação estabelecidos pelo autor em sua petição inicial. Diante disso, considerando que, com base nesse princípio, os elementos da demanda ofertada pelo autor limitam a atividade judicial, consequência direta é a impossibilidade de que o juiz possa, de ofício, alterá-los. É indispensável que uma modificação na causa de pedir ou no pedido seja fruto da vontade do demandante, sob pena de ofensa ao princípio dispositivo.

Ademais, a alteração dos elementos objetivos da demanda também está ligada ao princípio da eficiência, expressamente previsto no art. 8º do CPC/2015: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

A propósito, Leonardo Carneiro da Cunha ressalta a distinção entre eficácia, efetividade e eficiência: *eficácia* é a aptidão da norma ou do fato jurídico para produzir efeitos, tratando-se de um dos planos do fenômeno jurídico; *efetividade* é a concretização dos efeitos previstos no ordenamento jurídico, ou seja, se relaciona com o cumprimento das normas e das decisões por seus destinatários; e, por fim, *eficiência* se relaciona com o alcance das finalidades do processo e os meios empregados para tanto, de modo que “haverá eficiência se os meios adotados forem ótimos, gerando pouco esforço ou dispêndio, com o melhor resultado possível”.⁸⁶⁹

⁸⁶⁸ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 190.

⁸⁶⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio da eficiência no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coords.). *Normas fundamentais. Coleção grandes temas do novo CPC*. Vol. 8. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 367; CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio da

Por sua vez, Marco Antonio dos Santos Rodrigues e José Roberto Sotero de Mello Porto afirmam que o princípio da eficiência processual, em sentido estrito, pode ser entendido como “o máximo atingimento das finalidades (qualitativa e quantitativamente) com o menor esforço”, ou seja, “é a melhor maneira de se fazer as coisas para que se otimize o resultado pretendido – consubstanciado na fórmula produtividade + economicidade + qualidade + celeridade + presteza + desburocratização + flexibilidade”.⁸⁷⁰

Com base no entendimento de Michele Taruffo, Dierle Nunes aduz que a eficiência tem duas perspectivas ou aspectos. A primeira delas consiste no viés quantitativo da eficiência, de modo que o processo será eficiente se resolver os conflitos de maneira célere e com o mínimo de gastos possível. Por outro lado, o segundo viés é qualitativo, relacionando-se com a qualidade, correção, fundamentação e justiça das decisões, e com a adoção de técnicas adequadas.⁸⁷¹

De acordo com Leonardo Carneiro da Cunha, a eficiência quantitativa se confunde com os princípios da razoável duração do processo e da economia processual, na medida em que está ligada à celeridade do procedimento e à redução de custos, para se atingir o resultado em menor tempo possível.⁸⁷² Em sentido similar, Fredie Didier Júnior entende que a aplicação do princípio da eficiência é uma versão contemporânea e atualizada do princípio da economia processual.⁸⁷³

Na perspectiva quantitativa da eficiência, a flexibilização da regra do inciso II do art. 329 do CPC poderia representar afronta à razoável duração do processo, exigindo a instauração do contraditório, para assegurar a defesa do réu contra os novos elementos introduzidos na demanda.

Todavia, ao conceder tutela jurisdicional, o Judiciário presta um serviço público, de modo que o aspecto qualitativo da eficiência também deve ser considerado.⁸⁷⁴ No confronto e

eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 233, p. 65-84, jul., 2014.

⁸⁷⁰ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Princípio da eficiência processual e direito à boa jurisdição. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 275, p. 89-117, jan., 2018.

⁸⁷¹ NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização – paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 256-257.

⁸⁷² CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio da eficiência no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coords.). *Normas fundamentais. Coleção grandes temas do novo CPC*. Vol. 8. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 376.

⁸⁷³ DIDIER JR., Fredie. Das normas fundamentais do processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 33.

⁸⁷⁴ “Crucial, contudo, é ter em mente que o Judiciário não deixa de prestar um serviço público, ainda que o cidadão ostente posição mais rebuscada que a de mero consumidor, pois está agasalhado pelo contraditório participativo, com real poder de influência. Daí a importância de nunca se abandonar a preocupação com a

na ponderação entre eficiência qualitativa e razoável duração do processo, deve-se preferir a eficiência, retardando-se a celeridade, para que seja possível a prestação de tutela adequada à resolução do litígio, evitando-se, assim, futuras demandas.

Nessa linha, adverte Leonardo Carneiro da Cunha:⁸⁷⁵

Na verdade, há um conflito, nesse caso, entre o princípio da economia processual (ou da duração razoável do processo) e o da eficiência. Ponderando-os, opta-se pelo retardamento em prol de uma decisão mais eficiente, que soluciona o litígio de maneira mais global, evitando novas demandas futuras ou sucessivas. A atividade jurisdicional estrutura-se de modo a acarretar uma decisão mais completa, mais abrangente, a evitar sucessivas demandas.

A celeridade, portanto, não pode ser considerada o valor mais importante do processo. O que deve ser priorizado é a prestação de uma tutela eficiente, efetiva e adequada ao direito material, visando à concretização do acesso à justiça, com a observância das demais garantias processuais. Nesse sentido, Marco Antonio dos Santos Rodrigues assevera que a duração razoável (art. 5º, LXXVIII, da CRFB) significa que o processo deve tramitar sem dilações indevidas, mesmo que necessite de uma duração considerável.⁸⁷⁶

Logo, para se buscar a adequada solução do conflito e concretizar o acesso à justiça, é possível flexibilizar a regra do inciso II do art. 329 do Código de Processo Civil, permitindo a alteração da demanda após a citação e sem o consentimento do réu, desde que observados o contraditório, a ampla defesa, a boa-fé e a autonomia privada, sem que isso configure ofensa à razoável duração do processo.⁸⁷⁷

Haverá, por conseguinte, a necessidade de se flexibilizar também a preclusão, entendida como técnica para garantir o desenvolvimento célere e seguro da relação processual, evitando dilações indevidas, retorno às fases que já foram superadas e surpresas para as partes.⁸⁷⁸

Na literatura jurídica, é comum dividir a preclusão em três modalidades ou espécies: (i) temporal, que consiste na perda da faculdade de praticar um ato processual em decorrência

qualidade da eficiência. Eficiência sim, mas não a qualquer (baixo) custo” (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Princípio da eficiência processual e direito à boa jurisdição. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 275, p. 89-117, jan., 2018).

⁸⁷⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 233, p. 65-84, jul., 2014.

⁸⁷⁶ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 209.

⁸⁷⁷ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 208-210.

⁸⁷⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 128.

do transcurso do prazo para exercê-la (art. 223 do CPC/2015); (ii) consumativa, consubstanciada na perda de uma faculdade processual em razão de já ter sido anteriormente exercida; e (iii) lógica, caracterizada pela perda da faculdade processual em decorrência de ato anteriormente praticado, incompatível com a faculdade posteriormente exercida.⁸⁷⁹

A preclusão se relaciona com a eficiência (quantitativa), a duração razoável do processo e a segurança jurídica, permitindo o desenvolvimento rápido do processo, evitando dilações indevidas e garantindo previsibilidade quanto ao procedimento a ser seguido.⁸⁸⁰

Nessa perspectiva, considerando que o autor deve expor a causa de pedir e o pedido na petição inicial (art. 319, III e IV, do CPC), afirma-se que a alteração da demanda fora dos limites legais configura preclusão ou ofensa à regra da eventualidade.⁸⁸¹

Contudo, a despeito de sua importância para o regular desenvolvimento do processo, a preclusão pode ser afastada em situações excepcionais, especificamente quando seu reconhecimento impossibilitar a adequada resolução do conflito e a concretização do acesso à justiça, ou seja, a prestação de tutela eficiente, efetiva e adequada ao direito material.

A propósito, Cândido Rangel Dinamarco defende a possibilidade de mitigação da preclusão, quando sua aplicação constituir óbice à prestação de tutela jurisdicional justa:⁸⁸²

Legitima-se essa mitigação porque a extremada rigidez seria fator de inevitável burocratização do processo, minimizando as faculdades das partes, apequenando o poder de direção processual inerente às funções do juiz no processo e, conseqüentemente, afastando este de seu primordial de fazer justiça (*processo justo e equo*).

⁸⁷⁹ RUBIN, Fernando. *A preclusão dinâmica no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, 98-141; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 743-744; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 429-432.

⁸⁸⁰ Heitor Vitor Mendonça Sica explica a importância da preclusão para se garantir segurança jurídica no processo: “[...] tem-se a segurança jurídica com outro valor relevante e digno de tutela no sistema. Afinal, outra finalidade precípua do instituto objeto do presente trabalho, em suas duas facetas já analisadas, é permitir que o processo caminhe com a certeza de que os incidentes e questões já superados não serão revistos. Vedando à parte a prática de um ato depois da oportunidade estipulada na lei processual, assegura-se que o processo caminhará à fase seguinte, com a certeza de que aqueles direitos processuais extintos pelo advento da preclusão não poderão mais ser exercidos. Impedido o juiz de voltar atrás acerca de algo que tiver incidentalmente decidido, respeita-se a justa expectativa jurídica das partes que daquela decisão emerge (vale dizer, a prolação de uma decisão e conseqüente transcurso do prazo para recurso de uma das partes geram à parte adversa um direito subjetivo que não pode ser ignorado)” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 306). Em sentido semelhante: RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 203.

⁸⁸¹ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 50; RUBIN, Fernando. *A preclusão dinâmica no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, 244.

⁸⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 534.

Em sentido similar, José Roberto dos Santos Bedaque aduz que, se o reconhecimento da preclusão for incompatível com o resultado desejado no plano do direito material, o juiz deve afastá-la.⁸⁸³ Portanto, embora seja importante para garantir celeridade e segurança jurídica, a preclusão também deve ser interpretada de acordo com as demais garantias processuais, como a eficiência (qualitativa) e a efetividade,⁸⁸⁴ para viabilizar a prestação de tutela adequada ao direito material.

Assim, se constituir óbice à concretização do acesso à justiça, a preclusão prevista nos incisos I e II do art. 329 do CPC deve ser afastada, permitindo-se a alteração da demanda após a citação e sem o consentimento do réu, desde que assegurado o contraditório e a ampla defesa. Nessa perspectiva, a mitigação da preclusão viabiliza a prestação de tutela justa e adequada à solução do conflito, podendo, ainda, evitar futuras demandas, o que prestigia o princípio da economia processual.

Nessa direção, adverte Marco Antonio dos Santos Rodrigues, analisando o art. 264 do CPC/1973:⁸⁸⁵

Assim, por se tratar de exigência que não se revela absoluta, é possível admitir que, em certas situações, quando a aplicação de preclusão instituída no artigo 264 afrontar claramente as garantias constitucionais do acesso à justiça e do devido processo legal, seja ela afastada, evitando a prolação de decisão manifestamente injusta. [...]. Dessa forma, é cabível excepcionalmente a atenuação da preclusão, em favor, sobretudo, das garantias do acesso à justiça, a fim de se conceder uma prestação jurisdicional justa e efetiva, e do devido processo legal – quanto a esta última, evita-se, assim, uma interpretação de norma que desvie o processo de seus escopos basilares. Nesse sentido, pode-se afirmar que as fases do processo não são

⁸⁸³ “Preclusão constitui a perda, pela parte, da possibilidade de praticar os atos correspondentes a uma dessas posições subjetivas – o que ocorre sempre que o legislador estabelece regras impondo essa consequência. Se, em razão da preclusão, uma das partes não puder mais adotar alguma atitude no processo, essa perda implica situação de vantagem em favor da outra. É o aspecto positivo do fenômeno. Trata-se, porém, de solução atinente à técnica processual. Não me parece deva esse valor prevalecer se incompatível com o resultado desejado no plano substancial. Melhor explicando, se for possível verificar que o reconhecimento da preclusão em determinado caso concreto, além de não favorecer a celeridade do processo, irá proporcionar tutela jurisdicional a quem não tem direito a ela, deverá o juiz afastá-la. Mais uma vez, deve o intérprete levar em conta os interesses em jogo. Segurança e celeridade não podem ser considerados os valores mais importantes do processo, a ponto de preterirem outros, tão ou mais relevantes. A justiça das decisões, representada pela solução juridicamente adequada à situação concreta, é o fim último e a razão de ser da atividade jurisdicional” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 129).

⁸⁸⁴ É nesse sentido a ponderação de Heitor Vitor Mendonça Sica: “A preclusão (em suas duas facetas) acabará naturalmente por revelar-se instituto que, a exemplo da coisa julgada, volta-se precipuamente a garantir celeridade processual e segurança jurídica às partes. Como esses não são os únicos valores dignos de proteção no sistema (também o é o valor da justiça das decisões), convém realmente que o tema seja revisitado, com vistas a adaptar sua interpretação de acordo com a garantia da efetividade do processo e da jurisdição que decorre do art. 5º, XXXV, da Constituição da República” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 4).

⁸⁸⁵ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 204-205.

totalmente rígidas, mas dotadas de flexibilidade, evitando que a incidência irrestrita das preclusões contrarie as próprias finalidades da jurisdição.

É importante ressaltar, aliás, que o próprio legislador previu exceções ao regime de preclusões. Por exemplo, os incisos I a III do art. 342 do CPC admitem que réu deduza novas alegações após a contestação, especificamente quando: (i) relativas a direito ou a fato superveniente; (ii) competir ao juiz conhecer delas de ofício; e (iii) por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e grau de jurisdição. Já o art. 1.014 do CPC permite que as questões de fato não alegadas no juízo inferior sejam suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.⁸⁸⁶ Por sua vez, o inciso VI do art. 139 autoriza que, em atenção às necessidades do conflito, o juiz amplie os prazos processuais, a fim de conferir maior efetividade à tutela do direito.⁸⁸⁷

Especificamente no que se refere à alteração da demanda, o art. 493 relativiza as regras preclusivas dos arts. 319, III, e 329, I e II, dispondo que, de ofício ou a requerimento, o juiz deve levar em consideração fatos que, ocorridos após a propositura da demanda, sejam capazes de influir no julgamento do mérito. Essa mitigação da estabilização objetiva da demanda justifica-se para permitir a prestação de tutela eficiente, efetiva e adequada à resolução do litígio, além de evitar a propositura de futura demanda – destinada à alegação dos fatos supervenientes e da respectiva pretensão que deles possa advir.⁸⁸⁸ A sentença, portanto, deve ser atual, refletindo o momento em que é proferida, e não uma situação que não mais existe.⁸⁸⁹

Entretanto, para aplicar o art. 493 do CPC, o juiz deve observar o contraditório, possibilitando que as partes se manifestem previamente sobre os fatos supervenientes, ainda

⁸⁸⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 412.

⁸⁸⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os procedimentos simplificados e flexibilizados no Novo CPC. In: DIDIER JR. Fredie; MACEDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Novo CPC. Doutrina Seleccionada. Procedimento comum*. Vol. 1. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 679.

⁸⁸⁸ Analisando o art. 462 do CPC/1973, destaca Marco Antonio dos Santos Rodrigues: “Em matéria de modificação da demanda, também é possível encontrar expressas superações da preclusão consagrada no artigo 264 do diploma processual. É o caso do artigo 462 do Código de Processo Civil, que estabelece que fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do suposto direito do autor, supervenientes à propositura da demanda, devem ser tomados em consideração pelo julgador. Verifica-se, nesse último dispositivo, uma evidente ponderação entre a estabilidade decorrente da preclusão, de um lado, e o acesso à justiça e a efetividade da decisão final, do outro, tendo o legislador optado por prestigiar estes últimos, ao permitir que a sentença observe a realidade existente quando do julgamento da ação, e não um estado fático já inexistente” (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 206).

⁸⁸⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Capítulo XIII. Da sentença e da coisa julgada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. em e-book baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s./p.).

que se trate de questão cognoscível de ofício (art. 141 do CPC), a fim de que seja assegurado o direito de influência na formação do ato decisório e a ampla defesa, sendo-lhe vedado, portanto, proferir decisão surpresa (arts. 7º, 9º e 10 do CPC).⁸⁹⁰

É preciso, então, diferenciar os fatos supervenientes dos fatos novos. Como esclarece José Rogério Cruz e Tucci, os fatos supervenientes são aqueles que ocorreram após a propositura da demanda e que, por óbvio, não foram alegados na petição inicial; diversamente, os fatos novos são aqueles que, embora preexistentes à propositura da demanda, não foram deduzidos na petição inicial, seja porque o autor os desconhecia, seja porque, à época da propositura da demanda, o autor os considerou irrelevantes para a resolução do conflito.⁸⁹¹

O art. 493 do CPC refere-se expressamente aos fatos supervenientes, permitindo ao juiz tomá-los em consideração, *ex officio* ou a requerimento das partes, no momento de proferir a decisão. Os fatos novos, por não terem sido contemplados pelo legislador nesse dispositivo, se submetem às regras dos incisos I e II do art. 329 do CPC.⁸⁹²

No entanto, para viabilizar a prestação de tutela eficiente, efetiva e adequada ao direito material – sobretudo quando se tratar da proteção dos atributos fundamentais da pessoa humana –, é possível admitir a introdução de fatos supervenientes e de fatos novos à demanda, desde que sejam relacionados com o fato que deu ensejo à relação processual e que haja observância do contraditório, da ampla defesa e da boa-fé objetiva. Dessa maneira, além de se permitir a adequada resolução do conflito, prestigia-se o princípio da economia processual, evitando-se o ajuizamento de nova demanda para a discussão de fatos supervenientes e preexistentes, conforme sustenta Marco Antonio dos Santos Rodrigues.⁸⁹³

⁸⁹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Elementos da demanda, correlação e contraditório. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, vol. 20, p. 148-163, jan./abr., 2018; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 297; TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 264.

⁸⁹¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 165; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 295.

⁸⁹² Nesse sentido, afirma Marco Antonio dos Santos Rodrigues ao analisar o art. 264 do CPC/1973 (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 300).

⁸⁹³ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 300-306. Em sentido contrário, Marcelo Pacheco Machado não admite a introdução de fatos novos à demanda, além de estabelecer dois critérios para a inserção de fatos supervenientes à causa de pedir: o fato deve ser apto a produzir os mesmos efeitos jurídicos já pleiteados e o juiz deve instaurar previamente o contraditório antes de decidir com base em fato superveniente (MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 229).

Assim, a partir das garantias processuais abordadas, é possível sistematizar o que se defende da seguinte maneira: para possibilitar a concretização do acesso à justiça e a prestação de tutela eficiente, efetiva e adequada ao direito material, deve-se admitir, entre a citação e o saneamento, a alteração da causa de pedir e do pedido, independentemente do consentimento do réu, desde que observados o contraditório, a ampla defesa, a boa-fé e a autonomia privada.⁸⁹⁴

Nesse sentido, a flexibilização da regra do inciso II do art. 329 do CPC pode contribuir para a ampla proteção dos direitos da personalidade, viabilizando a prestação de tutela específica, que restará caracterizada quando o processo atingir resultado coincidente ou próximo ao que existia antes da lesão ao bem jurídico.

Exemplificando: o autor, profissional liberal, alega que o réu publicou, em rede social, informação lesiva à sua honra, o que teria provocado a redução de sua clientela. Em decorrência desse fato, o autor postula a concessão das seguintes tutelas: *inibitória*, para que o ofensor se abstenha de repetir e de propagar o ilícito; *reintegratória*, determinando-se a remoção do conteúdo publicado; *ressarcitória-indenizatória*, destinada à reparação pecuniária dos danos patrimoniais (lucros cessantes); e *ressarcitória-compensatória*, consubstanciada em quantia pecuniária, para a amenização de danos extrapatrimoniais.

Citado, o réu oferece contestação, na qual questiona a ilicitude do ato e a ocorrência dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Após a apresentação da defesa, o autor, por iniciativa própria, ou a partir do exercício dos deveres de cooperação pelo juiz, postula o acréscimo de um pedido, qual seja: a concessão de tutela restauratória (ressarcitória na forma específica), consistente em retratação pública. Se verificar a boa-fé do autor e desde que não haja prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, o juiz deve admitir a alteração do pedido, mesmo sem o consentimento do réu.

Nesse caso, justifica-se a flexibilização do inciso II do art. 329 do CPC, já que a tutela restauratória é capaz de permitir a recomposição do bem jurídico violado (honra), que não pode ser plenamente reparado apenas com pecúnia, em razão de seu caráter extrapatrimonial. Mostra-se necessária, portanto, a mitigação da regra procedimental, para viabilizar a prestação de tutela eficiente, efetiva e adequada aos direitos da personalidade, ou seja, a concessão de tutela específica.

Ademais, na hipótese suscitada, a relativização da regra legal contribui para a concretização do princípio da economia processual, pois evita que o autor ajuíze nova

⁸⁹⁴ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 207-217.

demanda com a mesma causa de pedir, postulando a concessão de retratação pública, pedido não formulado no “primeiro” ato de postulação. Inclusive, por apresentarem a mesma causa de pedir (ocorrência de ato danoso a direito da personalidade), as demandas seriam reunidas em virtude da conexão (art. 55, *caput* e § 1º, do CPC),⁸⁹⁵ a fim de se evitar decisões conflitantes.

Nesse caso, portanto, resta corroborada a necessidade de mitigação da regra do inciso II do art. 329, para que sejam concretizadas as garantias do acesso à justiça, da economia processual, da eficiência e da segurança jurídica, garantindo-se ampla proteção aos direitos da personalidade, por meio da concessão de tutela específica.

Nessa linha, Marco Antonio dos Santos Rodrigues afirma que, havendo um processo em curso, nada impede que o autor amplie o pedido, inserindo outro que se baseie na mesma causa de pedir (ou apenas na mesma relação jurídica), ainda que se trate de pedido que caracterize cumulação simples, caso sua resolução possa conflitar com a do pedido originário.⁸⁹⁶

Portanto, a concretização e o equilíbrio entre as garantias processuais permitem a mitigação do art. 329, II, do CPC/2015, tornando possível, mesmo sem o consentimento do réu, a alteração da causa de pedir e do pedido (entre a citação e o saneamento), para que a tutela jurisdicional seja justa e adequada à resolução do conflito, sobretudo quando se tratar da proteção dos aspectos fundamentais da pessoa humana.

O que se disse até aqui se refere à modificação dos elementos objetivos da demanda entre a citação e o saneamento, sem o consentimento do réu. Resta investigar, então, se é possível a alteração da demanda após o saneamento do processo.

Entende-se que, depois do saneamento, ocorre a estabilização dos elementos objetivos da demanda, passando-se à fase seguinte do procedimento, destinada à produção de provas,

⁸⁹⁵ Segundo Paulo Henrique dos Santos Lucon, há conexão pela relação de semelhança entre duas ou mais demandas que tenham um ou mais elementos constitutivos em comum, sem serem todos iguais. O autor classifica a conexão em própria e imprópria. A conexão própria (objetiva) é aquela que leva em consideração a identidade parcial em relação aos elementos identificadores da demanda – causa de pedir e/ou pedido –, como previsto no *caput* do art. 55 do CPC. De outro lado, a conexão imprópria leva em conta o modo como uma ou mais demandas podem se relacionar, ou seja, decorre do vínculo que se estabelece entre relações jurídicas litigiosas, nos termos do § 3º do art. 55 do CPC (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. 2ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 83). Nesse sentido, analisando o § 3º do art. 55 do CPC, Fredie Didier Jr. entende que haverá conexão quando: (i) a mesma relação jurídica estiver sendo discutida em duas demandas, como ocorre, por exemplo, com uma ação de despejo por falta de pagamento e uma ação de consignação em pagamento dos aluguéis; e (ii) diversas relações jurídicas estiverem sendo debatidas em mais de uma demanda e houver entre elas um vínculo de prejudicialidade ou preliminaridade, como, por exemplo, na ação de investigação de paternidade com a ação de alimentos (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 232-233).

⁸⁹⁶ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 281.

para posterior julgamento. Logo, a alteração da demanda após o saneamento pode comprometer a estratégia da defesa e gerar a necessidade de repetição de atos, tais como: novo saneamento, realização de outra audiência de instrução *etc.*, podendo caracterizar prejuízo à ampla defesa, à segurança jurídica e à razoável duração do processo.⁸⁹⁷

Ao analisar os incisos II e IV do art. 357 do Código de Processo Civil, Leonardo Greco adverte que a estabilidade da decisão de saneamento só deve ser flexibilizada excepcionalmente, desde que observados os seguintes pressupostos: (i) justificar-se em fundamentos explícitos relevantes; (ii) se comprovada a boa-fé da parte que a requereu ou a quem beneficia a alteração da demanda; (iii) respeito ao contraditório prévio; e (iv) inexistência de prejuízo à paridade de armas e ao exercício da ampla defesa, sendo imprescindível garantir às partes a proposição de alegações e a produção de provas em relação à nova questão.⁸⁹⁸

Após o saneamento, portanto, é mais difícil admitir a mutação da causa de pedir e do pedido. Não se pode afirmar, todavia, que nunca será possível alterar os elementos objetivos da demanda depois do saneamento, na medida em que a finalidade última do processo é a prestação de tutela jurisdicional justa. A necessidade de concretização do acesso à justiça pode justificar a flexibilização das regras do procedimento, sem que haja ofensa às demais garantias fundamentais do processo.⁸⁹⁹

A propósito, Fredie Didier Jr. defende que a alteração dos elementos objetivos da demanda após o saneamento pode ser admitida nas seguintes hipóteses: (i) formulação de pedido conexo ao originário, já que, se deduzido em demanda autônoma, haveria reunião dos processos em virtude da conexão (art. 55, § 1º, do CPC); (ii) autocomposição que amplie o objeto litigioso do processo (art. 515, § 2º, do CPC); (iii) por negócio jurídico processual (art. 190 do CPC); (iv) pela instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica na instância recursal, com a ampliação do objeto litigioso do processo (art. 134 do CPC); e (v) por fato constitutivo superveniente, provocando alteração da causa de pedir remota (art. 493

⁸⁹⁷ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 174.

⁸⁹⁸ GRECO, Leonardo. Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes (Orgs.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 425.

⁸⁹⁹ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 175.

do CPC).⁹⁰⁰ Esses dispositivos, portanto, relativizam da regra de que o objeto litigioso fica estabilizado depois do saneamento.

Especificamente no que diz respeito ao negócio jurídico processual, Fredie Didier Jr. o define como “fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento”.⁹⁰¹

Existem negócios jurídicos processuais típicos e atípicos. Os negócios típicos são aqueles previstos em lei, permitindo que a vontade das partes produza efeitos para o processo, como, por exemplo, a eleição negocial do foro (art. 63 do CPC), o acordo para suspensão do processo (art. 313, III, do CPC), a organização e o saneamento consensual do processo (art. 357, § 2º, do CPC), a convenção sobre o ônus da prova (art. 373, § 3º e § 4º, do CPC),⁹⁰² a escolha consensual do perito (art. 471 do CPC), a escolha do executado como depositário do bem penhorado (art. 840, § 2º, do CPC), a suspensão negocial da execução (arts. 313, II, 921, I, e 922 do CPC) *etc.*⁹⁰³

Por outro lado, os negócios atípicos não estão expressamente previstos em lei. Neles, a vontade das partes promove o autorregramento de situações processuais, com a negociação sobre ônus, poderes, faculdades e deveres, além de permitir a alteração e a flexibilização do procedimento, adequando-o às peculiaridades do caso, em busca de se obter maior eficiência processual.⁹⁰⁴ Assim, o negócio jurídico processual tem por objeto as situações jurídicas processuais ou determinado ato processual que, de algum modo, possa interferir no desenvolvimento da relação jurídica processual, alterando o procedimento.⁹⁰⁵ O negócio

⁹⁰⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 585-586. No mesmo sentido, ainda na vigência do Código de Processo de 1973, Marco Antonio Rodrigues sustentou a possibilidade de flexibilização do parágrafo único do art. 264, admitindo, em alguns casos, a alteração dos elementos objetivos da demanda após o saneamento, como, por exemplo, na hipótese do art. 475-N, III, do código revogado (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 199 e 213-215).

⁹⁰¹ DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. São Paulo, vol. 1, p. 60, abr./jun., 2016.

⁹⁰² MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 241, p. 463-487, mar., 2015.

⁹⁰³ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 275, p. 193-228, jan., 2018.

⁹⁰⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Dos atos em geral: arts. 188 a 192. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 318-319.

⁹⁰⁵ DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. São Paulo, vol. 1, p. 65, abr./jun., 2016.

jurídico processual não versa sobre o direito discutido, mas sim sobre as regras do processo, alterando as normas processuais ou as situações jurídicas.⁹⁰⁶

Dispõe, a propósito, o Enunciado nº 257 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”. No mesmo sentido, prevê o Enunciado nº 258 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “As partes podem convençionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa”.

O art. 190 do Código de Processo Civil é uma cláusula geral da qual se extrai a atipicidade da negociação processual, servindo à concretização do princípio do respeito ao autorregramento da vontade,⁹⁰⁷ segundo o qual o processo deve ser um ambiente em que o direito fundamental de se autorregular possa ser exercido sem limitações injustificadas, tornando-o um espaço propício para o exercício da liberdade.^{908,909}

Para os fins dessa pesquisa, cumpre investigar se é possível a alteração da demanda após o saneamento, por meio de negócio jurídico processual. Se, após a citação e antes do saneamento, o réu concorda com a alteração da causa de pedir ou do pedido, há celebração de negócio processual típico, previsto no inciso II do art. 329 do Código de Processo Civil.⁹¹⁰

A audiência de saneamento e organização do processo é um momento propício para a celebração de acordos processuais, sendo possível que, nesse ato, as partes convençionem a alteração ou ampliação da causa de pedir e/ou do pedido, modificando o objeto litigioso do processo.⁹¹¹ Durante essa audiência, as partes podem requerer a alteração e a delimitação

⁹⁰⁶ Nesse sentido, destacam Gilberto Fachetti Silvestre e Guilherme Valli de Moraes Neves: “A grande peculiaridade deste novo tipo de negócio que surge no cenário nacional é que ele não visa solucionar o conflito em si, isto é, não versa sobre o direito substantivo das partes. Ao contrário, esse acordo negocial visa, tão somente, por meio da autonomia posta à disposição das partes e devidamente reconhecida pela cláusula geral do novo artigo 190 do CPC/15, regulamentar o próprio método de solução daquele conflito, ou seja, os moldes em que será exercida a jurisdição” (SILVESTRE, Gilberto Fachetti; NEVES; Guilherme Valli de Moraes. Negócio jurídico: um conceito histórico relativizado pelo novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, vol. 75, p-81-113, mar., 2017).

⁹⁰⁷ DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. São Paulo, vol. 1, p. 64-65, abr./jun., 2016.

⁹⁰⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 135.

⁹⁰⁹ Na vigência do CPC/1973, José Carlos Barbosa Moreira já defendia a possibilidade de celebração de convenções processuais não previstas em lei: “Nada impede, v.g., em nossa opinião, que o autor e réu se comprometam validamente a não indicar assistentes técnicos, deixando ao exclusivo encargo do perito a realização da diligencia” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 33, p. 182-191, jan./mar., 1984).

⁹¹⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed em e-book baseada na 5ª ed. Imprensa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, s./p.; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 587.

⁹¹¹ DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. São Paulo, vol. 1, p. 69, abr./jun., 2016.

consensual das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, bem como das questões de direito relevantes para a decisão do mérito. Uma vez homologado, esse negócio processual vincula as partes e o juiz (art. 357, II e IV, § 2º, do CPC). Se até o saneamento as partes podem, consensualmente, alterar o pedido ou a causa de pedir, deve ser permitido, por conseguinte, introduzir ao processo novos fatos e questões para embasar as alterações e postulações consensualmente promovidas.⁹¹² Nessa linha, prevê o Enunciado nº 472 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A proposta de saneamento consensual feita pelas partes pode agregar questões de fato até então não deduzidas”.

Resta examinar, então, se é possível que, após o saneamento, autor e réu alterem os elementos objetivos da demanda, por meio de negócio processual *atípico*. Com efeito, o art. 190 do Código de Processo Civil dispõe que, se o litígio versar sobre direitos que admitam autocomposição, as partes, desde que capazes, podem celebrar convenções sobre situações processuais (ônus, poderes, faculdades e deveres) e/ou sobre mudanças no procedimento, a fim de adaptá-lo e adequá-lo às peculiaridades do caso.

Além disso, tratando-se de um negócio jurídico, as convenções processuais estão sujeitas aos requisitos de validade previstos nos arts. 104, 166 e 167 do Código Civil: (i) a declaração de vontade deve resultar de agente capaz, exteriorizada conscientemente e de forma livre e desembaraçada; (ii) o objeto deve lícito, possível, determinado ou determinável; e (iii) a forma deve ser prevista ou não proibida por lei.⁹¹³

De acordo com o parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil, o juiz deve controlar a validade das convenções processuais, recusando-lhes aplicação em caso de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão ou quando uma das partes se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade. Analisando esse enunciado normativo, Antonio do Passo Cabral afirma que o Estado-juiz deve se limitar ao controle de validade das convenções processuais, não tendo o poder de avaliar a conveniência de sua celebração, de modo que, se forem válidos, os negócios processuais devem ser homologados pelo juiz, vinculando-o. Logo, o juiz se vincula aos negócios processuais, desde que sejam válidos.⁹¹⁴

Entretanto, só haverá decretação de invalidade do negócio processual se houver prejuízo a uma das partes.⁹¹⁵ Inexiste nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*).⁹¹⁶

⁹¹² GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2018, p. 197.

⁹¹³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 436.

⁹¹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 227-229.

⁹¹⁵ DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. São Paulo, vol. 1, p. 70, abr./jun., 2016.

Nessa linha, dispõe o Enunciado nº 16 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo”.

Além disso, antes de decretar a invalidade do negócio processual, o juiz deve instaurar o contraditório prévio, permitindo que as partes possam influir na decisão (arts. 7º, 9º e 10 do CPC). É nesse sentido o Enunciado nº 259 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A decisão referida no parágrafo único do art. 190 depende de contraditório prévio”.

O Código de Processo Civil de 2015, portanto, ampliou os poderes de disposição das partes sobre as situações jurídicas processuais e o procedimento, protegendo o exercício da autonomia privada no processo, desde que observados os ditames legais.⁹¹⁷

Antes mesmo do Código de Processo Civil de 2015, Leonardo Greco propôs três parâmetros ou limites para a celebração de convenções processuais atípicas: (i) disponibilidade do próprio direito material posto em juízo; (ii) respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas; e (iii) observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito.⁹¹⁸

Esses parâmetros se coadunam com as garantias fundamentais previstas na Parte Geral do Código de Processo Civil de 2015 – como o contraditório, a ampla defesa, a boa-fé, a cooperação, a efetividade, a eficiência, a simetria entre as partes *etc.* –, de modo que continuam sendo úteis para verificar se as convenções processuais atípicas devem ser admitidas após o saneamento do processo. Em outras palavras, embora tenham sido propostos durante vigência do Código de Processo Civil de 1973, tais parâmetros podem auxiliar o juiz no preenchimento da cláusula geral do art. 190 do CPC/2015, ou seja, no controle de validade das convenções processuais atípicas.

O primeiro parâmetro – disponibilidade do direito material discutido – se relaciona com o requisito do *caput do art. 190*, segundo o qual as convenções processuais atípicas só podem ser celebradas quando envolverem direitos que admitam autocomposição. O objeto do

⁹¹⁶ “Não há nulidade se os fins de justiça do processo foram alcançados; não há nulidade se realizada a finalidade do ato processual; não há invalidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*). O sistema do Código de Processo Civil em tema de nulidades foi pensado e construído para que não se decretem invalidades” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 372).

⁹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 526.

⁹¹⁸ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, vol. 1, p. 10-12, out./dez., 2007.

negócio processual não é o direito litigioso, mas sim as situações jurídicas processuais e os atos do procedimento.⁹¹⁹ Porém, o negócio processual pode dificultar a proteção do direito perseguido, motivo pelo qual se justifica a proibição de celebração de convenções em processos nos quais se discuta direito que não admite autocomposição.⁹²⁰

Ocorre que, mesmo sendo indisponível, o direito em litígio pode admitir autocomposição, permitindo atos de disposição pelo seu titular,⁹²¹ como, por exemplo, o direito a alimentos⁹²² e os direitos da personalidade. Nessa direção, dispõe o Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.

O que não deve ser permitido é que as convenções processuais prejudiquem ou dificultem a tutela de direitos indisponíveis.⁹²³ A convenção processual que modifica os elementos objetivos da demanda não representa renúncia ao direito indisponível, mas apenas uma mudança no procedimento destinado à sua proteção. Assim, a indisponibilidade do direito material não impede a celebração de convenções processuais que tenham por objeto a modificação da causa de pedir e/ou do pedido, inclusive após o saneamento.

Nesse sentido, assevera Marco Antonio dos Santos Rodrigues:⁹²⁴

[...] a alteração da causa de pedir ou do pedido, por si só, não representa abrir mão de determinado direito, mas uma mudança na busca da sua tutela. [...]. Diante disso, pode-se afirmar que, em princípio, a convenção que modifique objetivamente a ação não esbarra no critério de impossibilidade de disposição sobre direitos indisponíveis.

O segundo parâmetro – respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas – está previsto no parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil, que veda a celebração de convenções processuais atípicas em caso de vulnerabilidade de uma das partes. Fernanda Tartuce define a vulnerabilidade processual como “a suscetibilidade do litigante que

⁹¹⁹ SILVESTRE, Gilberto Fachetti; NEVES; Guilherme Valli de Moraes. Negócio jurídico: um conceito histórico relativizado pelo novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, vol. 75, p-81-113, mar., 2017

⁹²⁰ DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. São Paulo, vol. 1, p. 74, abr./jun., 2016.

⁹²¹ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, vol. 1, p. 11, out./dez., 2007.

⁹²² DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. São Paulo, vol. 1, p. 74, abr./jun., 2016.

⁹²³ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, vol. 1, p. 10-11, out./dez., 2007.

⁹²⁴ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 196.

o impede de praticar os atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária ensejada por fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório”.⁹²⁵

Todavia, como observa Marco Antonio dos Santos Rodrigues, compete ao juiz verificar, diante do caso concreto, se uma das partes está em situação de fragilidade processual em relação à outra, não sendo possível afirmar, aprioristicamente, que a convenção que altera os elementos objetivos da demanda traz, necessariamente, prejuízos à igualdade entre os litigantes.⁹²⁶

Por fim, o terceiro parâmetro é o respeito às garantidas fundamentais do processo, previstas na Parte Geral do Código de Processo Civil. Nesse sentido, são inválidos os acordos que violem os direitos fundamentais processuais, devendo o juiz assegurar a boa-fé e a simetria entre as partes.⁹²⁷

Dessa forma, desde que observados o contraditório, a ampla defesa, a boa-fé, a cooperação,⁹²⁸ a igualdade *etc.*, é possível que, mesmo após o saneamento, as partes celebrem negócio processual para a alteração dos elementos objetivos da demanda, a fim de se permitir a adequada resolução da controvérsia e a concretização do acesso à justiça e da economia processual, evitando-se, por exemplo, novas demandas baseadas na mesma causa de pedir e com a formulação de pedidos conexos.⁹²⁹

Nessa linha, analisando os arts. 190 e 329 do CPC, Cândido Rangel Dinamarco admite a celebração de negócio processual para a ampliação da causa de pedir ou do pedido, seja após a citação do réu ou depois de saneado o processo, desde que assegurado o contraditório.⁹³⁰

⁹²⁵ TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. São Paulo: Método, 2012, p. 184. A propósito, o Enunciado nº 18 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) dispõe que “há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”.

⁹²⁶ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 196.

⁹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 320-321.

⁹²⁸ Nessa direção, prevê o Enunciado nº 6 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC): “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”.

⁹²⁹ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 197-200.

⁹³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 554. Em sentido similar, defende Junior Alexandre Moreira Pinto: “Uma outra alternativa ao aprimoramento do tema diz respeito à introdução de nova causa de pedir, e até mesmo de novo pedido, em fase ulterior à permitida, com concordância das partes, mesmo que realizada de forma tácita. Diante de tal hipótese, desde que o contraditório tenha se verificado, de forma ampla e efetiva, deveria o juiz se utilizar deste novo objeto quando da prolação da sentença” (PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 133).

Em sentido semelhante, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart defendem que é possível a modificação dos elementos objetivos da demanda após o saneamento, por meio de convenção processual:⁹³¹

No direito anterior, porém, dizia-se que em “nenhuma hipótese” seria admitida modificação da causa de pedir e do pedido depois do saneamento da causa. O direito vigente não repetiu semelhante vedação e, por isso, abre a brecha para que outra solução seja buscada. Um dos casos em que isso pode ocorrer será, evidentemente, a hipótese de modificação convencional. Assim, versando a causa sobre direitos disponíveis e sendo as partes capazes, nada obsta à “modificação acordada” da causa de pedir e do pedido (art. 190).

Por sua vez, Fredie Didier Jr. critica o rigor preclusivo do inciso II do art. 329 do CPC, afirmando que “não há, em tese, qualquer prejuízo a uma alteração objetiva do processo com a concordância das partes, até mesmo após o saneamento. Se existir, o prejuízo deverá ser verificado *in concreto* e não presumido pelo legislador”.⁹³²

Assim, mesmo após o saneamento, é possível a celebração de negócio processual para alteração da causa de pedir e/ou do pedido, a fim de se garantir a adequada resolução da controvérsia, sobretudo nos casos em que envolvam a proteção dos aspectos fundamentais da pessoa humana. Nesse caso, a convenção processual deve observar: (i) os requisitos de validade dos arts. 104, 166 e 167 do Código Civil; (ii) os requisitos do *caput* e do parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil; e (iii) as garantias fundamentais do processo.

O juiz só pode negar validade ao negócio processual se não estiverem preenchidos os requisitos legais ou se houver violação de alguma garantia fundamental, não lhe sendo permitido avaliar a conveniência da celebração do acordo.⁹³³

⁹³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 294 ao 333. Vol. IV. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ed. em e-book baseada na ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s./p. Em sentido similar, entende José Miguel Garcia Medina: “Não há vedação expressa, no CPC/2015, a que se altere ou adite o pedido ou a causa de pedir após o saneamento do feito (diversamente, o art. 264, parágrafo único do CPC/1973, estabelecia que ‘a alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo’). Nada impede que, no caso, haja negócio jurídico processual entre as partes e o órgão jurisdicional, a fim de que haja alteração do pedido ou da causa de pedir após o saneamento. Incide, no caso, o disposto no art. 190 do CPC/2015” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed. em e-book baseada na 5ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, s./p).

⁹³² DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 588.

⁹³³ Nessa linha, aduzem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “Importa notar, ainda, que o direito brasileiro não submeteu a validade do acordo processual sobre a modificação da causa de pedir e do pedido pelas partes à perspectiva judicial de sua utilidade em termos procedimentais – e nem mesmo permitiu a modificação do objeto litigioso do processo por força de requerimento do demandante e à percepção judicial da sua utilidade (como no direito alemão, § 263, ZPO). Em outras palavras, não deferiu ao órgão judicial qualquer juízo de valor a respeito da conveniência ou não da realização do acordo processual sobre a modificação da causa de pedir e do pedido. Assim, o juiz só poderá negar validade a acordo dessa ordem nos casos expressamente mencionados no art. 190, parágrafo único, ou quando isso possa violar garantia fundamental” (MARINONI, Luiz Guilherme;

Portanto, tratando-se da proteção dos aspectos essenciais da pessoa (psicossomático, espiritual ou moral e intelectual) e, conseqüentemente, da dignidade humana, as regras procedimentais podem ser flexibilizadas, sempre que constituírem empecilho à concretização do acesso à justiça e desde que respeitadas as demais garantias do processo.

5.6. O princípio da congruência e a alteração do pedido

Por força do inciso IV do art. 319 do CPC/2015, o autor deve deduzir, na petição inicial, o pedido com as suas especificações. Em razão do princípio da congruência, o juiz está vinculado ao pedido formulado pelo autor. A sentença, portanto, deve guardar relação com os elementos objetivos da demanda, expostos na inicial ou oportunamente alterados.⁹³⁴

O juiz, por conseguinte, deve apreciar toda a demanda proposta, não podendo conceder mais nem menos do que foi, tampouco conceder bem jurídico diverso do que foi postulado. Fala-se, assim, que o princípio ou regra da correlação tem dois aspectos (negativo e positivo), na medida em que proíbe excessos e exige inteireza na prestação da tutela jurisdicional.⁹³⁵ Não pode o juiz proferir sentença de forma *extra, ultra, infra* ou *citra petita*.

Andrea Boari Caraciola demonstra a ausência de uniformidade terminológica para a designação desse princípio, sendo denominado como “congruência, simetria, correspondência, correlação ou adstrição”.⁹³⁶

José Carlos Barbosa Moreira explica que o princípio da congruência é importante tanto para o autor quanto para o réu. Na perspectiva do demandante, o princípio é relevante por dois motivos: impõe o ônus de deduzir o pedido de forma completa, o que está em consonância com a economia processual, evitando-se novas demandas para a formulação de outros pedidos, além de impor ao juiz o dever de apreciar totalmente a postulação. Na

ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 294 ao 333. Vol. IV. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ed. em e-book baseada na ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s./p.

⁹³⁴ “Entre as regras técnicas adotadas no sistema processual civil brasileiro, uma das mais relevantes é a da correlação, adstrição ou congruência, segundo o qual a sentença deve ater-se aos elementos objetivos da demanda, tal como deduzidos na inicial ou acrescentados oportunamente (arts. 319, 321 e 329)” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Elementos da demanda, correlação e contraditório. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, vol. 20, p. 148-163, jan./abr., 2018).

⁹³⁵ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5ª ed. Napoli: Jovene, 2006, p. 198; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 165.

⁹³⁶ CARACIOLA, Andrea Boari. *Princípio da congruência no Código de Processo Civil*. São Paulo: LTr, 2010, p. 69-75.

perspectiva do réu, o princípio assegura o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.⁹³⁷

Na literatura jurídica, alguns autores relacionam a congruência com os seguintes princípios e garantias processuais: (i) princípio da demanda e inércia da jurisdição, proibindo que o juiz fique aquém ou vá além do pedido, o que significa limitação à atuação judicial;⁹³⁸ (ii) princípio dispositivo, vedando que o juiz aprecie fatos ou pedidos não deduzidos pelo autor, o que prestigia a autonomia privada no processo;⁹³⁹ (iii) imparcialidade, impedindo que o juiz aprecie causa de pedir ou pedido que não consta na demanda, o que impõe neutralidade à atuação judicial;⁹⁴⁰ (iv) segurança jurídica, garantindo ao autor que sua demanda será apreciada nos limites em que foi proposta e trazendo previsibilidade para o réu, seja em relação ao conteúdo de sua defesa, seja quanto ao conteúdo de uma sentença eventualmente desfavorável (isto é, previsibilidade quanto ao resultado do processo);⁹⁴¹ (v) contraditório e ampla defesa, pois o juiz deve se ater aos limites da demanda definidos pelo autor, o que permite que o réu delimite sua defesa e participe da formação da decisão;⁹⁴² e (vi) acesso à justiça, já que obriga o juiz a apreciar a demanda em sua inteireza, o que contribui para que a decisão seja eficiente, efetiva e adequada do direito material.⁹⁴³

⁹³⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correlação entre o pedido e a sentença. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 83, p. 207-215, jul./set., 1996.

⁹³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 37; CÂMARA, Alexandre Freitas. Princípio da correlação entre demanda e sentença. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 233-234; BRUSCHI, Gilberto Gomes. O princípio da congruência entre o pedido e a sentença, os vícios decorrentes de sua não observância e seu saneamento pelo Tribunal (art. 515, parágrafo 4º, do CPC). 2014. *Revista dialética de direito processual*. São Paulo, n. 130, p. 25-42, jan., 2014.

⁹³⁹ CARACIOLA, Andrea Boari. *Princípio da congruência no Código de Processo Civil*. São Paulo: LTr, 2010, p. 109-112.

⁹⁴⁰ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 226;

⁹⁴¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correlação entre o pedido e a sentença. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 83, p. 207-215, jul./set., 1996; CÂMARA, Alexandre Freitas. Princípio da correlação entre demanda e sentença. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 233.

⁹⁴² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correlação entre o pedido e a sentença. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 83, p. 207-215, jul./set., 1996; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Elementos da demanda, correlação e contraditório. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, vol. 20, p. 148-163, jan./abr., 2018; CARACIOLA, Andrea Boari. *Princípio da congruência no Código de Processo Civil*. São Paulo: LTr, 2010, p. 112-123; CÂMARA, Alexandre Freitas. Princípio da correlação entre demanda e sentença. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 233-234.

⁹⁴³ MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 196. Nesse sentido, embora não mencione o princípio do acesso à justiça, José Carlos Barbosa Moreira afirma que o vício *citra petita* é tão grave quanto o julgamento *ultra* ou *citra petita*: “Ao juiz é proibido exceder o pedido ou julgar fora do pedido, mas não nos esqueçamos de que há o dever, para o juiz, de pronunciar-se sobre todo o pedido; nada além do pedido, mas todo o pedido. O vício de

No Código de Processo Civil de 2015, o princípio da correlação está previsto nos arts. 141, 490 e 492, pelos quais o juiz não pode deixar de apreciar algum pedido, deferir mais do que foi pedido, conceder bem diverso do que foi postulado e decidir questões não alegadas pelas partes. Se o juiz descumprir esses deveres, haverá decisão *citra, infra, ultra* ou *extra petita*, passível de anulação.⁹⁴⁴

O pedido se divide em imediato e mediato.⁹⁴⁵ Enquanto o pedido imediato consiste na técnica processual requerida ou na providência jurisdicional solicitada (declaratória, constitutiva ou condenatória),⁹⁴⁶ o mediato é o bem jurídico que se almeja proteger por meio da providência solicitada, ou seja, é o resultado que se espera a partir do emprego da técnica processual requerida.⁹⁴⁷ O pedido mediato é a transformação que o autor espera obter na realidade concreta ou social, a partir da utilização da técnica processual.⁹⁴⁸

uma sentença que não julga o pedido por inteiro é tão grave quanto o vício de uma sentença que extravasa os limites do pedido. O chamado vício do julgamento *citra petita* é tão grave quanto o do julgamento *ultra* ou *extra petita*. Há exemplos muito óbvios, como o de ações cumuladas, inclusive no caso de ação primitiva e reconvenção porventura oferecida pelo réu. Se a sentença esquece uma das ações e só julga a outra, ou as outras, essa sentença padece do vício *citra petita* e é tão defeituosa quanto a sentença que julgasse *ultra petita* ou que julgasse *extra petita*” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correlação entre o pedido e a sentença. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 83, p 207-215, jul./set., 1996).

⁹⁴⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Elementos da demanda, correlação e contraditório. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, vol. 20, p. 148-163, jan./abr., 2018; CÂMARA, Alexandre Freitas. Princípio da correlação entre demanda e sentença. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 234-236. No mesmo sentido, aduz Marcelo Pacheco Machado: “A congruência é tradicionalmente estabelecida pela comparação de dois atos processuais; a demanda e a sentença, sendo normalmente usada para fundamentar a nulidade dos atos decisórios do juiz que (i) decidem menos do que foi demandado (sentença *infra petita*); (ii) decidem mais do que foi demandado (sentença *ultra petita*); e (iii) decidem algo distinto do que foi demandado (sentença *extra petita*)” (MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 196).

⁹⁴⁵ Na literatura jurídica brasileira, é comum essa divisão do pedido. Por exemplo: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 142-144; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 886-887; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 18ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 574-575; ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 465; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 155-158; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 59-61; MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no Processo Civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 68-76; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 39; COSTA, Susana Henriques da. Título I. Do procedimento comum. Capítulo I. Disposições gerais. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 506.

⁹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 155-156.

⁹⁴⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 574.

⁹⁴⁸ Em sentido parcialmente similar: MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 77.

A distinção entre pedido mediato e imediato tem consequências jurídicas e relevância prática. A regra ou princípio da congruência aplica-se somente ao pedido mediato, não incidindo sobre o imediato.⁹⁴⁹ Apenas o pedido mediato é capaz de satisfazer o direito material, permitindo a fruição do bem da vida almejado pelo autor.

Por outro lado, o pedido imediato, ou seja, a técnica processual, deve ser capaz de proteger adequadamente o direito material. Assim, se o autor postula técnica inadequada à proteção do bem jurídico, o juiz, para garantir a efetiva proteção do direito em jogo, pode empregar técnica diversa, de modo que o princípio da correlação não se aplica ao pedido imediato.⁹⁵⁰

Por conseguinte, o pedido imediato não serve à caracterização da demanda, motivo pelo qual sua alteração não está sujeita às regras do art. 329, II, do CPC/2015.⁹⁵¹ Em outras palavras, a modificação do pedido imediato não configura alteração da demanda, de forma que as regras do dispositivo citado se aplicam somente ao pedido mediato, e não ao imediato.

Por exemplo, se o autor requer tutela declaratória para evitar a violação do seu direito de imagem, o juiz, verificando a inadequação da técnica postulada, pode conceder tutela condenatória, determinando que o réu se abstenha de praticar determinado ato, visando à prestação de tutela eficiente, efetiva e adequada ao direito material. Todavia, em decorrência do princípio dispositivo, do contraditório e da cooperação, o juiz, antes de assim proceder, deve ouvir o autor e o réu, respeitando a autonomia privada no processo, permitindo que as partes possam influenciar na decisão e garantindo previsibilidade.⁹⁵²

O legislador previu diversas hipóteses em que o princípio da congruência pode ser relativizado.⁹⁵³ Para os fins dessa pesquisa, entretanto, é importante analisar as regras que

⁹⁴⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 574.

⁹⁵⁰ MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 70-74.

⁹⁵¹ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 232; MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 75.

⁹⁵² RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 243-244 e 267-270; MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 210-214.

⁹⁵³ Por exemplo: o art. 7º da Lei nº 8.560/1992 permite que, se reconhecida a paternidade, o juiz pode condenar o réu ao pagamento de alimentos (CÂMARA, Alexandre Freitas. Princípio da correlação entre demanda e sentença. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 239). Já o art. 554 do CPC/2015 prevê a fungibilidade entre as demandas possessórias, de modo que, se o autor, por exemplo, postula a concessão de interdito proibitório, o juiz pode conceder a reintegração de posse, isto é, providência diversa daquela solicitada (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Vol. 5. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 242-244).

versam sobre tutela específica e resultado prático equivalente, por terem relação com a proteção dos direitos da personalidade.

Nos termos dos arts. 497, 498 e 499 do CPC, para assegurar o efetivo cumprimento das obrigações de fazer, de não fazer e de dar coisa, o juiz deve priorizar a concessão de tutela específica ou determinar providências que assegurem a obtenção de resultado prático equivalente, ou seja, próximo ou igual ao que existia antes da violação do direito.

O legislador conferiu primazia à tutela específica, admitindo sua conversão em perdas e danos em situações excepcionais: na hipótese de impossibilidade de sua concessão ou de obtenção do resultado prático equivalente, ou se o credor optar pela conversão em pecúnia.⁹⁵⁴

Convém lembrar, então, a diferença entre tutela específica e resultado prático equivalente. Na tutela específica, o próprio obrigado realiza a prestação, isto é, o resultado é alcançado por conduta prestada por aquele que praticou o ato ilícito, ao passo que, no resultado prático equivalente, atinge-se o mesmo resultado, mas em decorrência de conduta praticada por terceiro ou por agente estatal.^{955,956} Por exemplo, se o autor requer que determinada empresa se abstenha de praticar atividades poluidoras do meio ambiente, o juiz pode determinar que um terceiro realize a instalação de filtros para cessar a poluição, às expensas do réu.⁹⁵⁷

Percebe-se, assim, que o resultado prático equivalente pode gerar a modificação da prestação devida. No exemplo citado, o autor pediu uma prestação de não fazer e o juiz concedeu uma obrigação de fazer, em que há a necessidade de pagamento das despesas havidas pelo terceiro. Logo, pela concessão do resultado prático equivalente, pode haver uma transformação na realidade distinta da originariamente pleiteada, implicando a flexibilização da congruência quanto ao pedido mediato.⁹⁵⁸

⁹⁵⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. Vol. 5. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 584.

⁹⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 815; Na mesma linha: TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 291.

⁹⁵⁶ Em sentido divergente, Marcelo Abelha entende que o resultado prático equivalente não é tutela específica, “pois o resultado no plano do direito material não é coincidente com aquele que se teria caso fosse espontaneamente cumprida a obrigação ou o dever legal” (ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 232).

⁹⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*. Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 79.

⁹⁵⁸ MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 206-210. Em sentido semelhante, ao analisar o art. 461 do CPC/1973, Marco Antonio dos Santos Rodrigues afirma que, nas demandas em que se busca o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, pode haver mitigação à congruência tanto em relação ao pedido imediato quanto ao mediato (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 241-242)

Na fase de execução das obrigações de fazer e não fazer, os arts. 536, *caput* e § 1º, e 537, do CPC, autorizam que o juiz defira medida executiva distinta daquela que foi pleiteada pela parte, desde que seja necessária e adequada à realização dos direitos da personalidade, observada, ainda, a proporcionalidade, da qual decorre a exigência de que a execução seja realizada com o menor sacrifício possível para o executado (art. 805 do CPC).⁹⁵⁹ Sendo possível a aplicação de medidas executivas não postuladas pelo exequente, pode-se afirmar que, na execução, o princípio da correlação fica relativizado, para que seja possível a prestação de tutela específica ou a obtenção de resultado prático equivalente.⁹⁶⁰ Por exemplo, se o exequente, atleta profissional, pede a imposição de multa para que o executado cesse a comercialização de sua imagem em um álbum de figurinhas, o juiz pode determinar a busca e apreensão do material que está sendo vendido.

Aliás, a técnica do resultado prático equivalente também pode ser aplicada nas execuções das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa que sejam fundadas em títulos extrajudiciais. É que, nos termos do arts. 513, *caput*, e 771, parágrafo único, do CPC, há subsidiariedade (ou simbiose) entre os meios executivos previstos para as modalidades de cumprimento de sentença e as medidas executivas dispostas para as execuções de títulos extrajudiciais.⁹⁶¹

Resta investigar, então, se a técnica do resultado prático equivalente também pode ser aplicada à fase cognitiva, ou seja, quando da prolação da sentença. O art. 497 do CPC preceitua que, “se procedente o pedido”, o juiz deve conceder tutela específica ou assegurar o resultado prático equivalente. Nesse sentido, poder-se-ia dizer que, ao condicionar a concessão do resultado prático equivalente à procedência do pedido, a técnica do resultado prático equivalente seria aplicável somente na fase de cumprimento de sentença, não podendo ser empregada na fase de cognição.

É imprescindível observar, contudo, que a técnica do resultado prático equivalente está inserida na seção que trata do “Do Julgamento das Ações Relativas às Prestações de Fazer, de Não Fazer e de Entregar Coisa”. Assim, em razão da utilização do verbo “julgar”, pode-se afirmar que a técnica do resultado prático equivalente pode ser aplicada tanto na fase de

⁹⁵⁹ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 244. Também defendendo a aplicação do princípio da proporcionalidade na execução: CARACIOLA, Andrea Boari. *Princípio da congruência no Código de Processo Civil*. São Paulo: LTr, 2010, p. 219

⁹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção. Art. 497, parágrafo único, CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 236-238; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 244.

⁹⁶¹ ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 70.

conhecimento quanto na fase de cumprimento de sentença das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa.

Além disso, deve-se notar que, para assegurar o efetivo cumprimento das tutelas provisórias, o parágrafo único do art. 297 do CPC autoriza o emprego da técnica do resultado prático equivalente, permitindo a aplicação da medida que seja necessária e adequada à proteção do direito material. Se a técnica é permitida para garantir a eficiência e a efetividade das tutelas provisórias, também se deve admiti-la na prolação da sentença, ou seja, no julgamento de mérito.⁹⁶² Dessa forma, se a prestação pleiteada é incapaz de proteger o direito material em jogo, o juiz pode empregar a técnica do resultado prático equivalente durante a fase de conhecimento, visando à prestação de tutela eficiente, efetiva e adequada à eliminação do conflito.

Entretanto, seja na fase de conhecimento, seja na fase executiva, é imprescindível que as partes possam exercer o contraditório acerca da aplicação da técnica do resultado prático equivalente, assegurando-se, assim, o respeito à autonomia privada no processo, a possibilidade de influir na decisão e a previsibilidade quanto aos rumos do procedimento.⁹⁶³

Portanto, a utilização da técnica do resultado prático equivalente pode configurar alteração da demanda, flexibilizando a congruência entre o pedido mediato e a sentença, desde que observadas as garantias do devido processo legal.⁹⁶⁴

Ademais, há outros casos que também podem justificar a relativização do princípio da correlação entre o pedido e a sentença, especialmente para se concretizar o acesso à justiça, com a prestação de tutela eficiente, efetiva e adequada à proteção dos direitos da personalidade.

Exemplificando: se o autor postula que o réu se abstenha de divulgar propaganda comercial em que sua imagem será indevidamente utilizada (prestação de não fazer), o juiz pode determinar que, antes de divulgar a publicidade, o réu promova a exclusão das partes da propaganda na qual a imagem é retratada (prestação de fazer), desde que observado o contraditório e a autonomia privada.

Outro exemplo: o autor alega que o réu publicou notícia ofensiva à sua honra em uma rede social, razão pela qual postula a remoção do conteúdo do ambiente virtual (tutela de

⁹⁶² No mesmo sentido, mas referindo-se ao art. 461 do CPC/1973: MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 214-215

⁹⁶³ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 243-244 e 267-270; MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 210-215.

⁹⁶⁴ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 241-246.

remoção do ilícito), além de compensação pecuniária por danos morais (tutela ressarcitória). Nesse caso, é possível conceder tutela restauratória, consubstanciada em retratação pública, para permitir a recomposição do bem jurídico violado, assegurando-se, assim, a prestação de tutela específica dos direitos da personalidade. É imprescindível, todavia, que o juiz instaure o contraditório prévio, observando a autonomia privada (a vontade do autor) e possibilitando que as partes tenham condições de influir na decisão.⁹⁶⁵

Nessa hipótese, a prévia oitiva do autor é essencial, pois ele pode entender que a retratação pública irá propagar ainda mais a ofensa praticada ou transgredir sua intimidade, aumentando, assim, a extensão do dano extrapatrimonial.⁹⁶⁶ Em relação ao réu, o contraditório prévio é fundamental para permitir que ele se defenda dos novos elementos que poderão ser introduzidos na demanda, assegurando-lhe, ainda, previsibilidade em relação ao desenrolar do procedimento.

Assim, para a ampla proteção dos direitos da personalidade e a concretização do acesso à justiça, é possível mitigar a regra de alteração dos elementos objetivos da demanda e, também, relativizar o princípio da congruência, desde que observadas as garantias decorrentes do devido processo legal.

5.7. A sobreposição da tutela específica em relação à tutela pelo equivalente pecuniário

Embora desde 1994 o legislador tenha instituído a primazia da tutela específica, o que se pode observar, na prática forense, é que os operadores do direito continuam a privilegiar a tutela ressarcitória-pecuniária dos danos extrapatrimoniais – insuficiente, por si só, para a realização dos direitos da personalidade, em razão de seu caráter não econômico.

A concessão apenas de tutela ressarcitória-pecuniária pode mercantilizar o ser humano, pois a entrega de uma soma em dinheiro não é suficiente para a realização dos interesses existenciais da pessoa humana, considerando que a lesão atinge bens insuscetíveis de mensuração financeira.⁹⁶⁷ Enquanto não se buscar prioritariamente a tutela específica dos

⁹⁶⁵ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 246.

⁹⁶⁶ Nessa direção, adverte Anderson Schreiber: “A retratação pública não é, contudo, compatível com todas as espécies de lesão existencial. Sua efetividade é elevada na reparação de lesões à honra, mas o mesmo não se pode dizer de lesões à intimidade, quando a vítima prefere, no mais das vezes, manter o sigilo em conflito, de modo a evitar chamar ainda maior atenção para o fato integrante da sua vida privada” (SCHREIBER, Anderson. *Reparação não pecuniária dos danos morais*. In: SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 212).

⁹⁶⁷ SCHREIBER, Anderson. *Reparação não pecuniária dos danos morais*. In: PAULA, Fernanda Pessoa Chauhy de; MENEZES, Iure Pedroza; CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa (Coords.). *Direitos das obrigações: reflexos no direito material e processual: obra em homenagem a “Jones Figueiredo Alves”*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 48. Na mesma linha: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Critérios de valoração da indenização*,

direitos da personalidade, persistirão as práticas lesivas cometidas por aqueles que possuem patrimônio suficiente para pagar indenizações pecuniárias. A propósito, adverte Anderson Schreiber: “ninguém nega que a indenização em pecúnia é resposta insuficiente. Ninguém se empenha, contudo, em buscar novos meios de reparação”.⁹⁶⁸

De acordo com Galeno Lacerda, o processo retrata a civilização e a cultura de um povo, esta última (cultura) considerada como o conjunto de vivências de ordem moral e material que caracterizam determinada sociedade, os princípios éticos, os hábitos sociais e políticos, o grau de evolução científica *etc.* Tudo isso é refletido no processo, em formas, ritos e juízos.⁹⁶⁹

Portanto, nas demandas que visam à tutela dos direitos da personalidade, é imprescindível implementar a primazia da tutela específica como uma política judiciária. Por exemplo, poder-se-ia discutir se a vítima realmente faz jus à compensação pecuniária por dano moral, quando deixa a lesão acontecer. Trata-se daquela hipótese em que a vítima poderia ter se utilizado de meios para impedir que o dano ocorresse, mas não o fez. Não se trata de excludente de ilicitude, de responsabilidade civil decorrente de consentimento da vítima, de injusta provocação do ofendido, nem de culpa concorrente/exclusiva da vítima; fala-se, aqui, da situação em que o lesado poderia ter obtido tutela de inibição para evitar o ato ilícito e o dano, mas ficou inerte.

De igual maneira, é importante questionar se a compensação pecuniária cumpre efetivamente com seu papel pedagógico-dissuasório, que, apesar de secundário, é relevante. Será que a obrigatoriedade de prestar tutelar restauratória, por meio do direito de resposta ou de retratação, não promoveria essa função com mais efetividade e adequação à proteção dos direitos extrapatrimoniais? É que a tutela restauratória (ou ressarcitória na forma específica) tem o condão de humanizar a resignação do agente lesivo, efeito que a contraprestação pecuniária nem sempre é capaz de promover. (Na realidade, não promove: o rico não sentirá prejuízo no bolso, e o pobre não paga).

obrigação indeterminada e substituição do valor da indenização. In: RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA; Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 607-608.

⁹⁶⁸ SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. In: PAULA, Fernanda Pessoa Chauhy de; MENEZES, Iure Pedroza; e CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa (Coords.). *Direitos das obrigações: reflexos no direito material e processual: obra em homenagem a “Jones Figueiredo Alves”*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 47.

⁹⁶⁹ LACERDA, Galeno. Processo e Cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 2, n. 3, p. 74-86, jul./dez. 1961.

Com o Código de Processo Civil de 2015, é possível criar uma cultura de ampla proteção dos direitos da personalidade, com a concessão de tutelas eficientes, efetivas e adequadas, e não apenas por meio de insuficientes contraprestações pecuniárias.

A tutela ressarcitória-pecuniária, por si só, não é capaz de proteger adequadamente os direitos da personalidade, insuscetíveis de mensuração econômica. Nessa medida, observadas as garantias fundamentais do processo, deve-se privilegiar a concessão das tutelas inibitória, reintegratória e restauratória. Se o ilícito ainda não ocorreu ou se há ameaça de sua repetição ou propagação, deve-se priorizar a tutela inibitória. Por outro lado, uma vez ocorrido o ilícito e verificada a existência de danos extrapatrimoniais, revelam-se adequadas as tutelas reintegratória e restauratória dos direitos da personalidade, por serem capazes de restabelecer o *status quo ante* e a integridade do bem jurídico violado, com o emprego das técnicas previstas nos arts. 497, 499 e 536 do CPC.

A propósito, Luiz Guilherme Marinoni afirma que esses dispositivos estão precipuamente voltados aos direitos extrapatrimoniais, ressaltando a inadequação da tutela ressarcitória-pecuniária para a efetiva proteção de tais direitos:⁹⁷⁰

Quando se pensa nos direitos de conteúdo não patrimonial, há de se admitir que a impossibilidade de concessão da tutela inibitória significa a aceitação da expropriação desses direitos, transformando-se o direito ao bem em direito ao ressarcimento ou, em outras palavras, em simples pecúnia. Isso, como é óbvio, está muito distante das Constituições fundadas na dignidade do homem e preocupadas em propiciar a sua inserção em uma sociedade justa. [...]. Os artigos 497 e 536 do CPC e 84 do CDC constituem resposta à necessidade de efetiva tutela dos direitos. [...]. Tais artigos estão muito mais preocupados com os direitos não patrimoniais do que com os direitos patrimoniais. [...]. Admitir a tutela ressarcitória, no caso de direitos não patrimoniais, é o mesmo que aceitar que o processo, em vez de servir à efetiva tutela do direito, somente pode condenar o violador a pagar por algo que não tem preço. Portanto, a ideia de que a tutela efetiva e adequada dos direitos não pode ser trocada pela tutela ressarcitória deve ser compreendida principalmente em face dos direitos não patrimoniais, aos quais, aliás, a própria Constituição Federal reservou uma posição de destaque.

Na mesma linha, aduz Eduardo Talamini:⁹⁷¹

Como regra geral, é da essência da imposição de um dever o correlato direito ao exato bem de vida que seria concretizado com o cumprimento adequado e oportuno. [...]. Se tal lição é válida no campo dos direitos das obrigações – as quais, normalmente, apresentam preponderante conteúdo econômico –, impõe-se com ainda mais vigor para deveres jurídicos de outra natureza. Entre os deveres de cunho não obrigacional, exceção feita aos decorrentes dos direitos reais, prevalece o caráter não patrimonial, reiteradamente destacado pela doutrina. Vale dizer: não apresentam

⁹⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 82-84.

⁹⁷¹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 35-37.

razoável equivalência em dinheiro. Encará-los como meros geradores de direito à indenização pecuniária, caso violados, seria fazê-los letra morta.

Não se defende, contudo, a eliminação da tutela ressarcitória-pecuniária, ou seja, da tutela pelo equivalente monetário. Para a ampla proteção dos direitos da personalidade, a tutela ressarcitória-pecuniária deve ser buscada quando não for possível a concessão de tutela específica (ou de resultado prático equivalente) e quando o ato lesivo tiver causado danos suscetíveis de avaliação econômica (patrimoniais). Nessa linha, sustenta Anderson Schreiber: “a indenização pecuniária desempenhará um papel importante, somando-se às possíveis medidas de tutela específica para assegurar a reparação mais ampla possível do dano moral sofrido”.⁹⁷² No campo dos direitos da personalidade, portanto, a tutela ressarcitória-compensatória deve ser vista em caráter secundário e complementar às tutelas inibitória, reintegratória e restauratória, mais adequadas à proteção dos interesses existenciais da pessoa humana.⁹⁷³

Com isso, tem-se uma verdadeira interferência do direito processual no direito material: a reconfiguração do sistema de responsabilidade civil, que não mais se destina somente ao ressarcimento pecuniário de prejuízos, buscando, também, a prevenção de danos e sua reparação na forma específica.

De qualquer modo, é possível, em diversas situações, a cumulação das tutelas inibitória, cessatória, reintegratória, restauratória, indenizatória, compensatória e de exclusão do lucro da intervenção, a fim de se permitir o retorno ao *status quo ante* e a recomposição do bem jurídico lesado, isto é, a concessão de tutela específica.

Imagine-se, por exemplo, que uma empresa divulga, sem autorização, a imagem de um atleta em campanha destinada à venda de um produto para a melhora de desempenho

⁹⁷² SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. In: PAULA, Fernanda Pessoa Chauhy de; MENEZES, Iure Pedroza; CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa (Coords.). *Direitos das obrigações: reflexos no direito material e processual: obra em homenagem a “Jones Figueiredo Alves”*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 54.

⁹⁷³ Em sentido semelhante, defende Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “[...] a própria normativa mais contemporânea se dirige à busca da execução específica da obrigação em geral, independentemente da sua natureza – obrigação de dar, fazer ou não fazer –, como são exemplos as alterações empreendidas no Código de Processo Civil, notadamente aquelas da primeira década do século XXI. A noção deve ser a de que a obrigação de reparar os danos, no âmbito da responsabilidade civil, somente deverá ser convertida em perdas e danos quando não for possível a tutela específica, ou quando não se conseguir adotar providências para o alcance do resultado prático equivalente. [...]. Chega-se à conclusão de priorizar a substituição da indenização pecuniária por outros modos e métodos de reparação dos danos à vítima, notadamente em razão do reconhecimento dos valores e princípios constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana e a tutela da personalidade como cláusula geral no sistema jurídico brasileiro” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Critérios de valoração da indenização, obrigação indeterminada e substituição do valor da indenização. In: RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA; Maria Vital da (Coords). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvia de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 608).

físico. Na campanha divulgada nas redes sociais, há a informação de que o atleta utiliza o produto e confirma sua eficácia. Por meio da campanha publicitária, a empresa obteve proveito econômico expressivo, superior ao valor que teria que pagar para a contratação do esportista.

Nessa hipótese, para que seja concretizada a prestação de tutela específica, é possível a cumulação das seguintes tutelas: (i) tutela inibitória-cessatória, para que o ofensor cesse a divulgação da propaganda e se abstenha de realizar novas veiculações, sob pena de *astreintes*; (ii) tutela reintegratória, determinando-se a remoção da campanha das redes sociais; (iii) tutela restauratória, impondo-se a retratação pública, para que a empresa esclareça que o atleta não usou o produto, além de não confirmar sua eficácia; (iv) tutela ressarcitória-indenizatória, destinada à reparação pecuniária de dano patrimonial, consubstanciado no “preço do consentimento”; (v) tutela ressarcitória-compensatória, com a concessão de quantia pecuniária para mitigar a lesão ao direito à imagem; e (vi) tutela de exclusão do lucro da intervenção, objetivando que se retire do patrimônio do ofensor o lucro superior ao dano.

Assim, a cumulação das tutelas jurisdicionais dos direitos da personalidade pode garantir a concessão de tutela específica, com a recomposição do bem jurídico lesado e o restabelecimento da situação que existia antes da violação da norma.

Nesse sentido, a flexibilização do inciso II do art. 329 do Código de Processo Civil pode contribuir para a concretização do acesso à justiça, permitindo a introdução de novos elementos na demanda fora das hipóteses legais, com o objetivo de se garantir a prestação de tutela eficiente, efetiva e adequada aos direitos da personalidade, desde que observadas as garantias inerentes ao devido processo legal.

Da mesma maneira, sem perder de vista a necessidade de se respeitar as garantias fundamentais do processo, a relativização do princípio da congruência também pode viabilizar a prestação de tutela específica dos direitos da personalidade, permitindo a apreciação de pedidos não deduzidos originariamente na demanda, a fim de se garantir a adequada resolução do litígio.

Portanto, a concessão de tutelas adequadas e a flexibilização das regras procedimentais podem contribuir para que o processo seja um instrumento de ampla proteção dos atributos fundamentais da pessoa humana, o que pode ser atingido por meio da sobreposição da tutela específica dos direitos da personalidade.

CONCLUSÃO

Os direitos da personalidade surgem da necessidade, sobretudo após a segunda metade do século XX, de se proteger a pessoa humana contra os arbítrios do poder. A personalidade deixa de ser vista apenas como a aptidão formal para titularizar relações e situações jurídicas, para ser considerada, também, o valor jurídico que consubstancia os aspectos fundamentais da pessoa humana: psicossomático, espiritual ou moral e intelectual. Trata-se do novo paradigma da filosofia e das ciências: *o personalismo ético*.

Com as transformações da sociedade, os direitos da personalidade passaram a proteger os interesses existenciais da pessoa humana não só contra o Estado, mas também em suas relações intersubjetivas.

Atualmente, na complexidade das relações sociais, os direitos da personalidade ganham especial importância, resguardando a pessoa humana nos espaços virtuais, no âmbito das pesquisas científicas e tecnológicas, nas relações massificadas de consumo de bens e serviços, na veiculação de notícias e informações *etc.* São múltiplos, portanto, os campos em que os direitos da personalidade atuam para assegurar a incolumidade dos atributos essenciais à pessoa humana.

Protegendo os interesses existenciais do ser humano, os direitos da personalidade integram o substrato material do princípio da dignidade, de modo que há uma simbiose entre ambos. O princípio da dignidade da pessoa humana aglutina todos os direitos da personalidade. Assim, quando se protege os direitos da personalidade, o que se tutela, em última *ratio*, é a dignidade humana.

Os direitos da personalidade também se relacionam com a tutela da cidadania, visando à plena realização dos interesses existenciais, e a proteção das pessoas em situações de vulnerabilidade, assegurando os interesses da parte mais frágil da relação jurídica, tendo por consectário, nesse caso, *o favor deboli*.

Por estarem relacionados à proteção dos interesses existenciais da pessoa humana, como a dignidade, a cidadania e a debilidade, os direitos da personalidade merecem especial tutela do direito processual. É que, havendo lesão aos atributos fundamentais da pessoa humana, podem surgir prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Nesse sentido, essa pesquisa verificou que, levando-se em consideração o critério da finalidade, o Código Civil e o Código de Processo Civil dispõem de sete modalidades de tutelas para a proteção dos aspectos fundamentais da pessoa humana: *tutela inibitória*, destinada a evitar a prática do ato ilícito; *tutela cessatória*, cujo objetivo é impedir a repetição

ou a continuação do ato ilícito; *tutela reintegratória* ou *de remoção do ilícito*, direcionada à eliminação da conduta ilícita da realidade concreta; *tutela restauratória* ou *ressarcitória na forma específica*, cujo objetivo é a recomposição do bem jurídico violado e o retorno ao *status quo ante*, com a aplicação de medidas não pecuniárias; *tutela ressarcitória-indenizatória*, voltada à reparação pecuniária de prejuízos patrimoniais; *tutela ressarcitória-compensatória*, destinada à amenização de prejuízos extrapatrimoniais, por meio de quantia pecuniária, que atua como um lenitivo para a vítima; e *tutela de exclusão do lucro da intervenção*, permitindo que se retire do patrimônio do ofensor o lucro obtido em decorrência da violação dos direitos da personalidade.

Todavia, constatou-se que, a despeito da ampla utilização da tutela ressarcitória-compensatória no foro, as tutelas inibitória, reintegratória (ou de remoção do ilícito) e restauratória (ou ressarcitória na forma específica) são mais adequadas à proteção dos direitos da personalidade, uma vez que permitem a realização das potencialidades plenas dos aspectos fundamentais da pessoa.

Não se pode tutelar apenas com pecúnia aquilo que, *prima facie*, é insuscetível de precificação. Na proteção dos direitos da personalidade, a entrega de quantia monetária, por si só, não é suficiente para a recomposição do bem jurídico violado, impossível de ser economicamente mensurado. É preciso, portanto, despatrimonializar as formas de reparação dos danos extrapatrimoniais advindos do ato lesivo à personalidade humana.

Nesse sentido, é possível verificar que o Código Civil e o Código de Processo Civil oferecem instrumentos capazes de evitar a lesão aos direitos da personalidade, garantindo sua incolumidade (tutela inibitória), e também de restabelecer o *status quo ante*, cessando a reiteração ou a propagação do ilícito (tutela cessatória), eliminando a conduta ilícita da realidade (tutela de remoção) e restabelecendo o bem jurídico violado, por meio de medidas não pecuniárias (tutela restauratória ou ressarcitória na forma específica).

A partir dos resultados dessa pesquisa, é possível afirmar que, na proteção dos direitos da personalidade, as tutelas inibitória, reintegratória e restauratória podem caracterizar a prestação de tutela específica, afastando a ameaça de lesão, com o que se garante a incolumidade do direito, ou, no caso de lesão, permitindo a recomposição do direito violado e o retorno à situação que existia antes do dano.

Em outras palavras, a concessão de tais tutelas pode permitir que o processo atinja resultado igual ou próximo ao que existia antes da violação do dever de incolumidade, recompondo o bem jurídico lesado, o que caracteriza a prestação de tutela específica dos direitos da personalidade.

Nesse sentido, a pesquisa verificou que, em atenção às necessidades do direito material, o Código de Processo Civil estabelece a primazia da tutela específica na proteção dos direitos da personalidade, evitando sua conversão em perdas e danos. E o avanço da pesquisa revelou que essa percepção hipotética se confirma na literatura jurídica.

Assim, as tutelas inibitória, reintegratória e restauratória só podem ser convertidas em tutela pelo equivalente pecuniário se for impossível a prestação da tutela específica ou do resultado prático equivalente, ou se o credor optar por sua conversão em pecúnia. O que se concluiu, portanto, é que a tutela específica é um direito do titular dos direitos da personalidade.

A propósito, considerando que os direitos da personalidade são essenciais para a proteção da dignidade humana – valor supremo do ordenamento jurídico –, pode-se afirmar que o juiz, coordenador de um processo que hoje se quer justo, tem o poder-dever de buscar a concessão de tutela específica, por meio da concretização dos valores fundamentais do ser humano e das garantias do processo. Por exemplo, se o autor postula uma retratação pública, o juiz só pode conceder tutela pecuniária se for impossível a prestação de tutela específica (ou de resultado prático equivalente por meio do qual seja possível satisfazer o bem jurídico), ou se o autor requerer a conversão da obrigação em perdas e danos.

No entanto, constatou-se que, a despeito da primazia das tutelas inibitória, de remoção do ilícito e restauratória na proteção dos direitos da personalidade, a tutela ressarcitória-pecuniária (indenizatória de danos patrimoniais e compensatória de danos extrapatrimoniais) não deve ser eliminada.

A tutela ressarcitória-pecuniária se mostra adequada quando não for possível a concessão de tutela específica ou de resultado prático equivalente, ou quando o ato lesivo tiver causado danos suscetíveis de avaliação econômica (patrimoniais). Assim, tratando-se de direitos existenciais, insuscetíveis de apreciação econômica, a tutela pelo equivalente pecuniário deve atuar em caráter secundário e complementar às tutelas inibitória, reintegratória e restauratória.

De qualquer modo, a pesquisa também revelou que, em algumas situações, é possível e necessária a cumulação das tutelas dos direitos da personalidade, para que se concretize a prestação de tutela específica dos atributos essenciais à pessoa humana. A cumulação das modalidades de tutelas jurisdicionais dos direitos da personalidade pode se revelar necessária para se alcançar a prestação de tutela específica, com a cessação do ato ilícito, a recomposição do bem jurídico lesado e o retorno ao *status quo ante*.

Nessa perspectiva, esse trabalho detectou uma ampliação do conceito clássico – ou tradicional – de responsabilidade civil, que não mais se destina somente ao ressarcimento pecuniário de prejuízos, buscando, também, a prevenção de danos e sua reparação na forma específica.

Ainda no que se refere à essa transformação científica, prática e metodológica da responsabilidade civil, é importante destacar que se está diante de um verdadeiro exemplo de interferência do direito processual sobre o direito material: foi a tutela processual, construída ao longo de anos, que levou a essa alteração de extrema importância para o momento histórico vivenciado hodiernamente. Observa-se, portanto, um impacto do Código de Processo Civil sobre o ordenamento jurídico civil, um “Desafio do Processo” estudado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo.

Portanto, esse trabalho, como resultado da pesquisa no âmbito do Mestrado em Direito Processual da UFES, confirmou os novos paradigmas da responsabilidade civil no Brasil, o que, sem dúvidas, gera impactos relevantes no dia a dia forense.

Nesse contexto, constatou-se que a identificação e a aplicação das técnicas processuais adequadas à proteção dos direitos da personalidade permitem a prestação de tutela jurisdicional efetiva e eficiente, debelando o conflito de forma justa e adequada.

Nessa medida, o processo deve ser visto como instrumento de plena realização do direito material, produzindo decisões capazes de solucionar o conflito de forma adequada e definitiva. O processo deve, portanto, ser um meio para a realização da justiça no plano do direito material, objetivando a pacificação social.

Para tanto, deve ser abandonado o formalismo excessivo, mas sem perder de vista a necessidade de se observar as garantias fundamentais do processo, para que a decisão possa eliminar a controvérsia adequadamente, permitindo que as partes fiquem satisfeitas com o resultado do exercício da jurisdição, ainda que lhes seja desfavorável.

Assim, com base no entendimento de Marco Antonio dos Santos Rodrigues e a partir de outros argumentos jurídicos, ficou constatado que, a partir da concretização das garantias do acesso à justiça, do devido processo legal, da efetividade, do contraditório, da ampla defesa, da boa-fé objetiva, da cooperação, da liberdade, da eficiência, da segurança jurídica e da razoável duração do processo, é possível mitigar a regra do inciso II do art. 329 do Código de Processo Civil, para permitir a alteração dos elementos objetivos da demanda: *(i)* entre a citação e o saneamento, independentemente do consentimento do réu; e *(ii)* depois do saneamento, em situações excepcionais – também sem a concordância do réu –, ou por meio de negócios jurídicos processuais.

Além disso, também se verificou que, para garantir a concretização do acesso à justiça e a adequada proteção dos direitos da personalidade, é possível flexibilizar o princípio da congruência entre o pedido e a sentença, desde que observados o contraditório, a ampla defesa, a boa-fé, autonomia privada e a segurança jurídica.

Dessa maneira, a pesquisa concluiu que, com vistas à concretização do acesso à justiça e à ampla proteção dos atributos fundamentais da pessoa humana, é possível flexibilizar o inciso II do art. 329 do Código de Processo Civil e o princípio da correlação, desde que observadas as demais garantias fundamentais do processo.

O que se conclui, portanto, é que as regras procedimentais não podem ser consideradas absolutas, ou seja, como um fim em si mesmo. O processo deve mirar os resultados que, através dele, serão produzidos no plano do direito material, preocupando-se, primordialmente, com a adequada resolução do litígio.

Assim, a utilização das tutelas jurisdicionais adequadas e a flexibilização das regras procedimentais podem contribuir para que o processo seja um instrumento de proteção adequada, eficiente e efetiva dos atributos fundamentais da pessoa humana.

Ademais, é preciso que – sem perder de vista a necessidade de observância das garantias processuais – juízes e partes estejam (pré)dispostos a fazer com que o processo exista para satisfazer o direito material, mediante a prestação de tutela efetiva e eficiente. Com essa consciência, torna-se possível solucionar o conflito de forma adequada, permitindo a realização da pessoa humana, por meio da eficácia concreta dos direitos da personalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALPA, Guido. Dignità personale e diritti fondamentali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, anno LXV, n. 1, p. 21-36, mar., 2011.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 30, n. 90, p. 55-84, jun., 2003.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 15, p. 7-20, 1998.
- ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- AMARAL, Francisco. O Direito Civil na Pós-Modernidade. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro, vol. 18, n. 21, p. 45-57, 2002.
- ARAÚJO, Luciano Vianna. Do julgamento das ações relativas às prestações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 746-751.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- AUFIERO, Mario Vitor M. A extensão da coisa julgada a causas de pedir não propostas. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 257, p. 33-50, jul., 2016.
- ÁVILA, Humberto. O que é o devido processo legal? *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 163, p. 50-59, set., 2008.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 33, p. 182-191, jan./mar., 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela específica do credor nas obrigações negativas. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Rio de Janeiro, Vol. 20, p. 61-79, out./dez., 1979.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, vol. 19, p. 117-126, abr./jun., 1979.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correlação entre o pedido e a sentença. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 83, p. 207-215, jul./set., 1996.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Reconhecimento e inclusão das pessoas com deficiência. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, vol. 13, p. 17-37, jul./set., 2017.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 41-55.

BARRETO, Wanderlei de Paula Barreto. Comentários aos arts. 1º a 39 do Código Civil Brasileiro. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Orgs.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro: Parte Geral*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, vol. 16, p. 59-102, out./dez., 2003

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 13-52.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Capítulo XIII. Da sentença e da coisa julgada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. em e-book baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s./p..

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Elementos da demanda, correlação e contraditório. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, vol. 20, p. 148-163, jan./abr., 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Elementos da demanda, correlação e contraditório. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, vol. 20, p. 148-163, jan./abr., 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes (Orgs.) *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 161-191.

BELLELLI, Alessandra. L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito. *Rivista di Diritto Civile*. Padova, anno L, n. 5, p. 601-624, lug./ago., 2004.

BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. Devido processo legal. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Forense: Rio de Janeiro, 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BONA, Marco. Danno alla persona. *Rivista de Diritto Civile*. Milano, anno XLV, n. 2, p. 313-340, mar./apr., 1999.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Do procedimento comum: arts. 318 ao 329. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et. al.* (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. em e-book baseada na 3ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s./p.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ADJAFRE, Karine Cysne Frota. Tutela contra o ilícito: em busca de contornos conceituais. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César; THIBAU, Vinícius Lott (Coords.). *O direito privado e o novo Código de Processo Civil: repercussões, diálogos e tendências*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 137-168.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. O princípio da congruência entre o pedido e a sentença, os vícios decorrentes de sua não observância e seu saneamento pelo Tribunal (art. 515, parágrafo 4º, do CPC). 2014. *Revista dialética de direito processual*. São Paulo, n. 130, p. 25-42, jan., 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do Direito Processual Civil e parte geral do Código de Processo Civil*. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. Do saneamento e da organização do processo. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 554-565.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUFULIN, Augusto Passamani; SOUSA, Diego Crevelin. Tutela dos direitos patrimoniais mediante tutela de evidência. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte, ano 26, v. 1117-151, p. 140, abr./jun., 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, anno 60, n. 2, p. 449-463, apr./giu., 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, vol. 126, p. 59-81, ago., 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. Princípio do contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 193-211.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CABRAL, Marcelo Malizia. A colisão entre os direitos de personalidade e o direito de informação. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Coords.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Princípio da correlação entre demanda e sentença. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Orgs.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 232-243.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. São Paulo, v. 1, p. 17-33, jan./jun., 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas; PEDRON, Flávio Quinaud; TOLENTINO, Fernando Lage. Tutelas provisórias no CPC 1973 e no CPC 2015: o quanto o novo tem de inovador. *Revistas de Processo*. São Paulo, v. 262, p. 155-184, dez., 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E. M.; GAIO JR., Antonio Pereira. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2017.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

CARACIOLA, Andrea Boari. *Princípio da congruência no Código de Processo Civil*. São Paulo: LTr, 2010.

CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no Código Civil de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 423-444.

CARVALHO NETO, Inácio. *Abuso do direito*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

CARVALHO, Carlos Eduardo Neves de. *Antecipação dos efeitos da tutela específica para a proteção dos direitos autorais*. São Paulo: LTr, 2011.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CHIARLONI, Sergio. Su taluni aspetti processual del risarcimento del danno per lesione dei diritti dela personalità. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, anno XLIX, n. 4, p. 1.175-1.187, dec., 1995.

CHIARLONI, Sergio. Riflessioni minime sulla tutela giuridica dei diritti dei deboli. *Rivista de Diritto Processuale*. Bologna, anno LIII, n. 4, out./dez., p. 958-967, 1998.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Comentários aos arts. 1º ao 21. In: MACHADO, Antonio Cláudio da Costa (Org.). *Código Civil interpretado*. Barueri: Manole, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CNJ. *Justiça em Números: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luis Edson (Org.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 31-56.

COSTA, Nelson Nery. Do Direito de Resposta. In: CRETELLA NETO, José (Coord.). *Comentários à Lei de Imprensa*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, Susana Henriques da. Título I. Do procedimento comum. Capítulo I. Disposições gerais. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 501-528.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 233, p. 65-84, jul., 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Dos atos em geral: arts. 188 a 192. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 308-329.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio da eficiência no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coords.). *Normas fundamentais. Coleção grandes temas do novo CPC*. Vol. 8. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 366-384.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*. Parte especial (arts. 121 ao 361). Volume único. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004.

DESSAUNE, Marcos. *Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor. O prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. Vitória: Edição do autor, 2017.

DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Editora, 2010.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, vol. 198, p. 213-225, ago., 2011.

DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. São Paulo, vol. 1, p. 59-84, abr./jun., 2016.

DIDIER JR., Fredie. Das normas fundamentais do processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1-41.

DIDIER JR., Fredie. Princípio da cooperação. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coords.). *Normas fundamentais. Coleção grandes temas do novo CPC*. Vol. 8. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 345-356.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo: essa desconhecida*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. Vol. 5. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º CPC. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 267, p. 227-272, mai., 2017.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 275, p. 193-228, jan., 2018.

DIÉZ-PICAZO, Luis Ponce de.Léon y. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Vol. I. 6ª ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria geral do Direito civil. Vol. 1. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. Comentários ao novo Código Civil, vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 3ª ed. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015.

DONNINI, Rogério. Fundamento legal da função punitiva da responsabilidade civil. In: DONNINI, Rogério; ZANETTI, Andrea Cristina (Coords.) *Risco, dano e responsabilidade civil*. Salvador: JusPodivm, 2018., p. 1-32.

FACHIN, Luis Edson. Direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). *Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método, 2006, p. 625-643.

FACHIN, Luis Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Vol. 35, p. 101-119, jun./set., 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Parte Geral e LINDB*. Vol. 1. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Vol. 5. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. 8ª ed. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Consumidor e cidadania: agente político e econômico. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, Vol. 40, p. 261-265, out./dez., 2001.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Liberdade de expressão e direito de resposta na sociedade de informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Vol. 1. Parte Geral. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAIO JR. Antônio Pereira. Apontamentos para a tutela provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 254, p. 195-223, abr., 2016.

GAIO JR., Antônio Pereira. Apontamentos para a tutela específica no novo Código de Processo Civil. *Revista Magister de Direito Civil e de Processo Civil*. Porto Alegre, Vol. 70, p. 61-83, jan./fev., 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os procedimentos simplificados e flexibilizados no Novo CPC. In: DIDIER JR. Fredie; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Novo CPC. Doutrina Selecionada. Procedimento comum*. Vol. 1. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 659-681.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2018.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Critérios de valoração da indenização, obrigação indeterminada e substituição do valor da indenização. In: RODRIGUES JR., Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 600-609.

GERMANO, Luiz Paulo Rosek. *Direito de reposta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GHERSI, Carlos Alberto. *Teoría general de la reparación de daños*. 3ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2003.

GODINHO, Robson Renault. Da tutela provisória. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 456-488.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Comentários aos arts. 927 ao 954. In: PELUZO, Cezar. *Código Civil comentado*. 11ª ed. Barueri: Manole, 2017, p. 882-923.

GOMES, Orlando. Direitos da personalidade e responsabilidade civil. In: GOMES, Orlando. *Novos temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 14ª ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Jr. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Vol. 3. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 6, p. 47-59, set., 2003.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, vol. 1, p. 7-28, out./dez., 2007.

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JR. Fredie; MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Novo CPC. Doutrina Seleccionada. Procedimentos especiais, tutelas provisórias e direito transitório*. Vol. 4. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 185-208.

GRECO, Leonardo. Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (Coords.). *Cosa julgada e outras estabilidades processuais: coleção grandes temas do NCPC*. Vol. 12. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 579-632.

GREGGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coords.). *Normas fundamentais. Coleção grandes temas do novo CPC*. Vol. 8. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 301-310.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. O dano temporal e sua reparabilidade: aspectos doutrinários e visão dos tribunais. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, vol. 99, p. 125-156, mai./jun., 2015.

GUIBOURG, Ricardo; GUIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo. *Introducción al Conocimiento Científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1985.

HIBNER, Davi Amaral; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A tutela dos direitos da personalidade no Brasil e na Itália: questões materiais e processuais. In: II Congresso de

Processo Civil Internacional, 2017, Vitória. *Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional*. Vitória: UFES, 2017, v. 1, p. 11-26.

HIBNER, Davi Amaral; SILVESTRE, Gilberto Fachetti; RAMALHO, Camila Villa Nova. *Acessibilidade e direitos da personalidade: questões materiais e processuais*. Moldova: Novas Edições Acadêmicas, 2018.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. A caracterização da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, vol. 97, p. 107-125, jan./dez., 2002.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Cadastros de restrição ao crédito. Conceito de dano moral. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil. Em favor de uma ética biocêntrica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 103, jan./dez., 2008.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. A aplicação do lucro da intervenção (*disgorgement of profits*) no Direito Civil brasileiro: um novo dano no campo da responsabilidade civil ou uma categoria de enriquecimento sem causa? In: TEPEDINO, Gustavo Tepedino; MENEZES, Joyceane Bezerra (Org.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 559-586.

KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, vol. 13, ano 4, p. 231-248, out./dez., 2017.

LACERDA, Galeno. Processo e Cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 2, n. 3, p. 74-86, jul./dez. 1961.

LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. Tradução de Miguel Izquierdo y Macias-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro. *Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*. Brasília, n. 25, p. 24-33, 2004.

LEITE DE CAMPOS, Diogo. O enriquecimento sem causa em direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, vol. 23, p. 3-21, 2002.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.

LIMA NETO, Francisco Vieira. Ensaio sobre o Direito à Segurança e a Medida de Não-Aproximação. *Novos Estudos Jurídicos* [Online], v. 14, p. 84-98, 2009.

LIMA, Marcellus Polastri; DIAS, Luciano Souto. Reflexões e proposições sobre a audiência de saneamento compartilhado no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 268, p. 71-97, jun., 2017.

LINS, Thiago. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LIXINSKI, Lucas. Considerações acerca da inserção dos direitos da personalidade no ordenamento privado brasileiro. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, vol. 27, p. 201-222, jul./set., 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, vol. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar., 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Vol. 6, p. 85, abr./jun., 2001.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOURO, Arthur Souza; HIBNER, Davi Amaral; SILVESTRE, Gilberto Fachetti . A proteção jurídico-processual do registro civil do transexual no Brasil. *Revista jurídica luso-brasileira*. Lisboa, v. 6, p. 1075-1109, nov./dez., 2017.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. 2ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

MACÊDO, Lucas Buril de. A concretização direta da cláusula geral no devido processo legal processual no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 216, p. 377-398, fev., 2013.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 241, p. 463-487, mar., 2015.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no Processo Civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: JusPodivm, 2015.

MAIA, Maurilio Casas. O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro – é dignidade e liberdade. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, vol. 92, p.161-176, mar./ abr., 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. A consagração da tutela antecipatória na reforma do CPC. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 113-128.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. Ed. em e-book baseada na 12ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela contra o ilícito (art. 497, parágrafo único, do CPC/2015). *Revista de Processo*. São Paulo, Vol. 245, p. 313-329, jul., 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção. Art. 497, parágrafo único, CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. 2ª ed. em e-book baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 294 ao 333. Vol. IV. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ed. em e-book baseada na ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, e MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza de sua reparação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, vol. 19, p. 181-207, mar., 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 57-95.

MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coords.). *Livro em homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 289-322.

MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo. Direito restituitório. Pagamento indevido e enriquecimento sem causa. Erro invalidante e erro elemento do pagamento indevido. Prescrição. Interrupção e *dies a quo*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 956, p. 257-295, jun., 2015.

MATOS, Eneas de Oliveira. *Dano moral e dano estético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Processo civil moderno*. Vol. 3. Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed. em e-book baseada na 5ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código Civil comentado*. Ed. em e-book baseada na 1ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro: a nova sistemática estabelecida pelo CPC/2015 comparada às previsões do CPC/1973. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 257, p. 153-178, jul., 2016.

MENDES, Anderson Cortez. CAPIOTTO, Gabriele Mutti. Saneamento do processo no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 266, p. 79-97, abr., 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, vol. 31, n. 122, p. 297-301, 2004.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2007.

MESQUITA, José Ignácio Botelho. A “causa petendi” nas ações reivindicatórias. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, ano III, vol. 6, p. 197, 1962.

MICHELON JR., Cláudio. *Direito restituitório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MINAMI, Marcos Youji. Uma justificativa às medidas executivas atípicas – da vedação ao *non factibile*. In: DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). *Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Vol. 11. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 59-74.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. *Revista de processo comparado*. São Paulo, vol. 2, p. 83-97, jul./dez., 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. 3ª ed. em e-book baseada na 3ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIÉRO, Daniel. Da tutela provisória: arts. 294 ao 311. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Fredie; DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. em e-book baseada na 3ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, s./p.

MOARES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MOARES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 1-60.

MOARES, Walter. Concepção tomista da pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, Vol. 2, p. 187-204, abr./jun., 2000.

MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, vol. 31, p. 49-96, jan./jun., 2013.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: proteção e promoção da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2016.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem Causa*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NERY, Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade. Distinção entre “personalidade” e “direito geral de personalidade”. Uma disciplina própria. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, Vol. 60, p. 127-132, out./dez., 2014.

NERY, Rosa Maria de Andrade, NERY JR., Nelson. *Instituições de Direito Civil*. Vol. VII. Direito da personalidade (Direito de Humanidade). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JR., Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 2ª ed. em e-book baseada na 12ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed em e-book baseada na 17ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NERY JR., Nelson Nery. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 2ª ed. em e-book baseada na 12ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Contraditório efetivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes (Orgs.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 33-49.

NEVES, José Roberto de Castro. O enriquecimento sem causa como fonte de obrigações. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 843, p. 97-112, jan., 2006.

NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1085-1222.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013;

NUNES, Dierle José Nunes; BAHIA, Alexandre Melo Franco; HORTA, André Frederico; SILVA, Natanael Lud Santos e. Contraditório como garantia de influencia e não supressa no CPC-2015. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre (Coords.). *Normas fundamentais. Coleção grandes temas do novo CPC*. Vol. 8. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 213-240.

NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização – paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, vol. 93, p. 13-28, mai./jun., 2014.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os direitos da personalidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Doutrinas essenciais. obrigações e contratos*. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1005-1024.

PENTEADO, Luciano Camargo de. O direito à vida, o direito ao corpo e às partes do corpo, o direito ao nome, à imagem, e outros relativos à identidade e à figura social, inclusive intimidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, vol. 49, p. 73-109, jan./mar., 2012.

PEREIRA, Fabio Queiroz. Danos estéticos: uma análise à luz da função social da responsabilidade civil e da dignidade humana. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, vol. 50, p. 205-226, abr./jun., 2012.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERRI, Cláudia Haidamus; CASCALDI, Luís de Carvalho. Os desafios da reponsabilidade civil frente às novas espécies de ou exemplos de dano. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, vol. 73, p. 83-103, jul./ago., 2016.

PINTO, Edson Antônio Sousa; FARIA, Daniela Lopes de. A tutela inibitória e seus fundamentos no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, Vol. 252, p. 303-318, fev., 2016.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5ª ed. Napoli: Jovene, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo VII. Direito de personalidade. Direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo LIII. Direitos das Obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PROTO PISANI, Andrea Proto. La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela. *Il Foro Italiano*, vol. 113, p. 1-20, 1990.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5ª ed. Napoli: Jovene, 2006.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. Indenização e Delitos contra a Honra. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMADE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (Coords.). *Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 697-766.

RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o devedor é um cafajeste. Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? In: DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). *Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Vol. 11. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 75-92.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; RANGEL, Rafael Calmon. A tutela da evidência como técnica de atuação judicial. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 271, p. 257-276, set., 2017.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Princípio da eficiência processual e direito à boa jurisdição. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 275, p. 89-117, jan., 2018.

ROQUE, André Vasconcelos. A estabilização da demanda no processo civil brasileiro: mais uma oportunidade perdida? *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 12, p. 14189-14232, 2013.

ROQUE, André Vasconcelos. A estabilização da demanda no novo CPC: uma oportunidade perdida? In: DIDIER JR. Fredie; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Novo CPC. Doutrina Seleccionada. Procedimento comum*. Vol. 2. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 299-332.

ROQUE, André Vasconcelos. Em busca dos limites para os meios executivos atípicos: até onde pode ir o art. 139, IV do CPC/2015? In: DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). *Medidas executivas atípicas*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Vol. 11. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 733-752.

ROSENVALD, Nelson. *O Direito Civil em movimento*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

ROSENVALD, Nelson. O fato jurídico da transexualidade. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 3-30.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. 2ª ed. Buenos Aires: Eudeba, 1997.

RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RUBIN, Fernando. Efetividade *versus* segurança jurídica: cenários de concretização dos dois macroprincípios processuais no Novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Novo CPC. Doutrina Seleccionada. Procedimento comum*. Vol. 1. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 573-594.

SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 13, p. 31-47, jan./mar., 1979.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. Belo Horizonte, n. 9, p. 361-388, jan./jun., 2007.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. In: PAULA, Fernanda Pessoa Chauhy de; MENEZES, Iure Pedroza; e CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa (Coord.). *Direitos das obrigações: reflexos no direito material e processual: obra em homenagem a “Jones Figueiredo Alves”*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 45-59.

SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, vol. 48, p. 3-26, out./dez., 2011.

SCHREIBER, Anderson. Direito e mídia. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, Vol. 10, p. 22-23, out./dez., 2016.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords). *Direito & internet III: Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014)*. t. II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 277-305.

SCHREIBER, Anderson. Boa-fé objetiva no novo Código de Processo Civil. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; ALVIM, Teresa Arruda (Coords). *O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudos em homenagem ao professor, jurista e ministro Luiz Fux*. Vol. 1. Rio de Janeiro: LMJ, 2018, p. 73-84.

SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade civil por violação do direito ao esquecimento. In: ERHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coords.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 529-543.

SCOGNAMIGLIO, Renato. Il dano morale mezzo secolo dopo. *Rivista de Diritto Civile*. Milano, anno LVI, n. 5, p. 609-634, set./out., 2010, 609-634.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 2008.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: YARSHELL, Flavio Luiz; ZUFELATO, Camilo. (Orgs.). *Quarenta anos da teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 430-466.

SILVA FILHO, Artur Marques da. A responsabilidade civil e o dano estético. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 689, p. 38-49, mar., 1993.

SILVA NETO, Orlando Celso da. Responsabilidade civil pela perda do tempo útil: tempo é um ativo indenizável. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, vol. 4, p. 139-162, jul./set., 2015.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. Parte Geral do Código Civil brasileiro: princípios, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e questões polêmicas. In: BATISTA, Alexandre Jamal (Org.). *Princípios, Cláusulas Gerais e Conceitos Jurídicos Indeterminados nos Institutos de Direito Privado: homenagem ao Professor Doutor Francisco José Cahali*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2017, p. 95-188.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; NEVES; Guilherme Valli de Moraes. Negócio jurídico: um conceito histórico relativizado pelo novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, vol. 75, p-81-113, mar., 2017.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; HIBNER, Davi Amaral; RAMALHO, Camila Villa Nova. A responsabilidade civil da empresa pela inacessibilidade da pessoa com deficiência ao estabelecimento empresarial: questões materiais e processuais. *Revista Argumentum*. Marília, vol. 18, n. 3, p. 731-758, set./dez., 2017.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; RAMALHO, Camila Villa Nova; HIBNER, Davi Amaral. La accesibilidad como un nuevo derecho de la personalidad en Brasil: el Estatuto de la Persona con Discapacidad (ley 13.146/2015) y el daño moral que surge de la inaccesibilidad. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, v. 80, p. 9-31, jun./nov., 2018.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; RAMALHO, Camila Villa Nova; HIBNER, Davi Amaral. *Acessibilidade e direitos da personalidade: questões materiais e processuais*. Moldova: Novas Edições Acadêmicas, 2018.

SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação prevista no art. 461 do CPC*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STOLZE, Pablo Stolze. Responsabilidade civil pela perda do tempo. *Revista Jurisvox*. Patos de Minas, n. 14, vol. 1, p. 42-47, jul., 2013.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução. In: DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). *Medidas executivas atípicas. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Vol. 11. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 27-57.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. São Paulo: Método, 2012.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume Único. 7ª ed. São Paulo: Método, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Manual de responsabilidade civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual: relatório geral. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 34, n. 177, p. 153-183, nov., 2009.

TEFFÉ, Antonia Chiara Sapaccini. Direito à imagem na internet: estudo sobre o tratamento do Marco Civil da Internet para os casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, vol. 15, p. 93-127, abr./jun., 2018.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. 1. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. O direito à liberdade de expressão à luz do texto constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, vol. 48, p. 219-240, out./dez., 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 1-18.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)*. Rio de Janeiro, v. 28, p. 1-24, dez., 2015.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. A repersonalização do direito civil e suas repercussões na responsabilidade civil. In: ERHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coords.). *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 473-494.

THEODORO JR. Humberto. Comentários ao novo Código Civil, vol. III, t. II: dos atos jurídicos lícitos, dos atos jurídicos ilícitos, da prescrição e da decadência. 3ª ed. In:

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, vol. 168, p. 107-142, fev., 2009.

THEODORO JR., Humberto Theodoro. Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 244, p. 195-204, jun., 2015.

THEODORO JR., Humberto. *Dano moral*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC. Fundamentos e Sistematização*. 3ª ed. São Paulo: Forense, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 68, p. 271-281, out./dez., 1992.

TUCCI, José Rogério Cruz. Tutela jurisdicional da personalidade *post mortem*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 845, p. 11-21, mar., 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VII (arts. 318 a 368). In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, José Francisco Naves da (Coords). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VIII. Artigos 485 ao 538. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ed. em e-book baseada na ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VIEIRA, Christian Garcia. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC: natureza, procedimentos e temas polêmicos*. Salvador: JusPodivm, 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A audiência preliminar como fator de otimização do processo. O saneamento “compartilhado” e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 118, p. 137-142, nov./dez., 2004.

WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: DPJ, 2006.

YARSHELL, Luiz Flávio; PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio; RODRIGUES, Viviane Siqueira. Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 334 ao 368. Vol. V. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ed. em e-book baseada na ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JR., Hermes. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. XIV. Artigos 824 ao 925. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Ed. em e-book baseada na ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva; LIMA, Rafael de Oliveira. A tutela específica contra o ilícito (art. 479, parágrafo único, CPC/2015) nas ações coletivas em defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, Vol. 110, p. 389-422, mar./abr., 2017.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Responsabilidade civil dos provedores de Internet e a proteção da imagem. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 80, out. 2017. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao080/Leonardo_Zanini.html. Acesso em: 10 fev. 2019.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba, Juruá, 2018.

ZARONI, Bruno Marzullo; PEREIRA, Paula Pessoa. Tutela inibitória no novo CPC. In: DIDIER JR. Fredie; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; e FREIRE, Alexandre (Org.). *Novo CPC. Doutrina Seleccionada. Execução*. Vol. 5. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 241-270.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e obrigações de fazer e não fazer. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, vol. 2, n. 4, p. 111-124, 1997.