

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

GABRIEL PEREIRA GARCIA

**O *HABEAS CORPUS* COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DOS
DIREITOS DA PERSONALIDADE**

2020

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

GABRIEL PEREIRA GARCIA

**O *HABEAS CORPUS* COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DOS
DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Texto da Dissertação de Mestrado apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo para Exame.

Orientador: Prof. Dr. Gilberto Fachetti Silvestre.

Vitória, 2020

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

G216h Garcia, Gabriel Pereira, 1989-
O habeas corpus como instrumento de tutela dos direitos da
personalidade / Gabriel Pereira Garcia. - 2020.
185 f. : il.

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

1. Habeas-corpus. 2. Personalidade (Direito). 3. Direito
processual. 4. Efetividade da tutela judicial. I. Silvestre, Gilberto
Fachetti. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de
Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

GABRIEL PEREIRA GARCIA

**O *HABEAS CORPUS* COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DOS
DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Texto da Dissertação de Mestrado apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo.

Aprovada em 14 de abril de 2020.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Gilberto Fachetti Silvestre
Presidente – Orientador

Prof. Dr. Américo Bedê Freire Junior
Membro Externo – FDV

Prof. Dr. Francisco Vieira Lima Neto
Membro Interno – UFES

RESUMO

Essa pesquisa analisa o instituto jurídico do *habeas corpus* para tutela dos direitos da personalidade no processo brasileiro, em especial, para levantamento e validação das hipóteses em que o procedimento do *writ* mencionado pode ser utilizado na tutela da proteção dos direitos da personalidade, aqui entendidos como aqueles poderes que garantem a incolumidade física, moral e intelectual da pessoa humana.

A pesquisa é realizada com enfoque na aplicação do direito processual civil sob a ótica do Código de Processo Civil de 2015, por meio de pesquisa na literatura jurídica e decisões judiciais. Aborda a definição, procedimento e peculiaridades da ação de *habeas corpus*, o conceito de personalidade, direitos da personalidade, seus dispositivos normativos e formas de proteção jurídica ou tutela judicial diante de eventual ameaça ou lesão.

Identifica quais os prejuízos e danos decorrentes da afronta aos direitos da personalidade bem como quais os instrumentos jurídicos idôneos para entrega de uma prestação jurisdicional correta e efetiva, de acordo com os direitos e garantias processuais colocadas no ordenamento jurídico, tais como o devido acesso a justiça, devido processo legal, ampla defesa, contraditório, as liberdades dos sujeitos de direito, segurança jurídica.

Analisa o cabimento e adequação do instrumento jurídico do *habeas corpus* para a proteção dos aspectos essenciais e básicos dos sujeitos de direito, sua dignidade e personalidade enquanto atributos fundamentais da pessoa, com vistas a conferir maior efetividade e celeridade na tutela jurisdicional em situações excepcionais que demandam a satisfação do direito material de maneira urgente, sob pena de se perder o objeto do direito material caso o jurisdicionado aguarde o trâmite do procedimento comum, portanto, utilizado somente quando devidamente caracterizado a excepcionalidade da medida.

O trabalho enfrenta o problema da morosidade e da falta de efetividade na tutela processual comum. A partir do corte metodológico para delimitação da pesquisa sobre direitos da personalidade da pessoa natural, utilização do método qualitativo, com utilização de dialeticidade, exposição e refutação de posicionamentos, análise crítica da legislação, literatura jurídica e julgados dos tribunais referente ao tema, formula hipóteses e conclusão de que é possível a excepcional utilização do *habeas corpus* para resguardar direitos de ordem civil, devido as peculiaridades de seu procedimento e aplicação singular no direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Personalidade; *Habeas corpus*; Processo Civil; Efetividade da tutela judicial.

ABSTRACT

This research analyzes the legal institute of habeas corpus in the Brazilian civil process, in particular, to survey and validate the hypotheses in which the aforementioned writ procedure can be used in the protection of the protection of personality rights, understood here as those powers that guarantee the physical, moral and intellectual security of the human person.

The research is carried out with a focus on the application of civil procedural law from the perspective of the Civil Procedure Code of 2015, through research in the legal literature and judicial decisions. It addresses the definition, procedure and peculiarities of the action of habeas corpus, the concept of personality, personality rights, their normative provisions and forms of legal protection or judicial protection in the event of any threat or injury.

Identifies the damages resulting from the affront to the rights of the personality as well as the legal instruments suitable for delivering a correct and effective judicial provision, according to the procedural rights and guarantees placed in the legal system, such as due access to justice, due to legal process, wide defense, contradictory, the freedoms of the subjects of law, legal security.

It analyzes the appropriateness and adequacy of the habeas corpus legal instrument for the protection of the essential and basic aspects of the subjects of law, their dignity and personality as fundamental attributes of the person, with a view to confer greater effectiveness and speed in the judicial protection in exceptional situations that demand the satisfaction of substantive law as a matter of urgency, under penalty of losing the object of substantive law if the jurisdiction awaits the processing of the common procedure, therefore, used only when the exceptionality of the measure is properly characterized.

The work faces the problem of slowness and lack of effectiveness in the common procedural protection. Based on the methodological cut to delimit research on the personality rights of the natural person, use of the qualitative method, using dialecticity, exposure and refutation of positions, critical analysis of legislation, legal literature and court judgments on the subject, formulates hypotheses and conclusion that the exceptional use of habeas corpus to safeguard civil rights is possible, due to the peculiarities of its procedure and singular application in Brazilian law.

keywords: Personality Rights; Habeas corpus; Civil Procedure; Effectiveness of judicial protection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 01: O <i>HABEAS CORPUS</i> COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DA LIBERDADE.....	15
1.1. O surgimento do <i>habeas corpus</i>	16
1.2. O <i>habeas corpus</i> na legislação brasileira: classificação, natureza jurídica e cabimento nas prisões ilegais.....	21
1.3. O <i>habeas corpus</i> e os recursos criminais.....	28
1.4. O procedimento do <i>habeas corpus</i>	37
CAPÍTULO 02: A IMPETRAÇÃO DO <i>HABEAS CORPUS</i> EM MATÉRIA CIVIL.....	53
2.1. O <i>habeas corpus</i> como sucedâneo recursal.....	53
2.2. Outras matérias: violência, coação, ilegalidade, abuso de poder.....	58
2.3. Cabimento, adequação e procedimento do <i>habeas corpus</i>	65
CAPÍTULO 03: A TUTELA EXCEPCIONAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE POR MEIO DE <i>HABEAS CORPUS</i>	74
3.1. Os direitos da personalidade, sua lesão e ameaça de lesão.....	74
3.2. As diferentes tutelas processuais da personalidade.....	93
CAPÍTULO 04: HIPÓTESES DO CABIMENTO DO <i>HABEAS CORPUS</i> NA TUTELA PROCESSUAL DA PERSONALIDADE.....	125
4.1 Evolução histórica da tutela excepcional de direitos civis por meio de <i>habeas corpus</i> no Brasil.....	125
4.2 <i>Habeas corpus</i> para tutela dos direitos da personalidade do custodiado.....	131
4.3 <i>Habeas corpus</i> para tutela do direito à imagem e à honra.....	134
4.4 <i>Habeas corpus</i> para tutela dos direitos da personalidade de pessoas legalmente consideradas vulneráveis.....	136
4.5 <i>Habeas corpus</i> para tutela do direito ao regular convívio familiar e à visitação.....	140
4.6 <i>Habeas corpus</i> para tutela das relações familiares, adoção, guarda, tutela e obrigação de	

prestar alimentos.....	142
4.7 <i>Habeas corpus</i> para tutela do direito ao silêncio, livre manifestação de pensamento e crença, utilização de material biológico, intimidade, incolumidade e integridade física, psíquica e moral.....	149
4.8 O <i>habeas corpus</i> para tutela do direito de não ser réu e não suportar ilegalidades em processo administrativo ou judicial.....	154
4.9 O <i>habeas corpus</i> contra medidas coercitivas em procedimento de execução judicial.....	159
4.10 O <i>habeas corpus</i> para tutela da dignidade no exercício da profissão.....	161
4.11 O <i>habeas corpus</i> para tutela do direito à saúde e tratamento adequado.....	164
4.12 O <i>habeas corpus</i> para tutela da acessibilidade da pessoa com deficiência.....	166
CONCLUSÕES.....	172
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	176

INTRODUÇÃO

Essa pesquisa tem por objetivo analisar a tutela dos direitos da personalidade por meio do *habeas corpus*, seu cabimento na tutela do direito material civil em caráter excepcional relativa a alguns dos direitos da personalidade, em casos de lesão ou ameaça à incolumidade física, moral e intelectual da pessoa natural.

No Brasil a morosidade da justiça, muitas vezes, faz com que não se realize a devida tutela do direito material colocado como objeto ou objetivo final de um processo judicial. Daí a necessidade de pesquisar quais as hipóteses de impetração do *habeas corpus* para proteção de outros direitos da personalidade que não a liberdade de locomoção, enquanto técnica processual capaz de proporcionar uma resposta ao jurisdicionado de maneira mais célere, efetiva, justa e eficaz, de acordo com as decisões dos Tribunais.

Será analisada a extensão da utilização do *habeas corpus* a outros direitos da personalidade, não somente para o direito de ir e vir, liberdade de locomoção ou sua utilização como sucedâneo recursal, de acordo com a nova exegese processual, inclusive nos procedimentos administrativos, como meio de tutelar os direitos do réu ou do investigado.

Com efeito, realizar-se breve esboço histórico acerca do surgimento do instrumento processual do *habeas corpus*, sua conceituação e classificação do instituto na legislação brasileira. Averigua o uso do instrumento processual no Brasil para resguardar direitos que não a locomoção, como se dá sua impetração e desenvolve seu procedimento em matéria civil, devido às peculiaridades encontradas no que concerne à tutela excepcional dos direitos da personalidade por meio de *habeas corpus*.

A partir da premissa de que os direitos da personalidade são colocados e reconhecidos como imprescindíveis ao desenvolvimento digno da pessoa humana, enquanto realiza a tutela dos aspectos mais básicos e essenciais do sujeito de direitos e garante a harmonia em sua convivência em sociedade, busca-se validar as hipóteses de cabimento do *habeas corpus* como instrumento para efetiva proteção dessa categoria de direitos.

Ressalte-se que o ordenamento jurídico brasileiro realizou uma classificação dos direitos da personalidade em um rol não exaustivo ou exemplificativo, tendo em vista que a Constituição da República previu uma cláusula geral no inciso III, do art. 1º e inciso XLI, do art. 5º, da Constituição da República Federativa de 1988.

Já na normativa infraconstitucional, a Lei 10.406/2002 que instituiu o Código Civil expressamente previu nos artigos 11 e 12 a proteção especial aos direitos da personalidade, com reconhecido caráter de intransmissibilidade e irrenunciabilidade.

Tem-se, portanto, a proteção máxima da personalidade humana como garantia inerente aos direitos fundamentais e à dignidade humana, necessários a prover um mínimo existencial digno essencial às pessoas.

A Constituição da República Federativa do Brasil e o Código Civil não preveem de modo taxativo quais são todos os direitos da personalidade, havendo cláusula genérica e ampla decorrente da proteção à imagem, honra, liberdade, privacidade, integridade, incolumidade física, moral, ao sossego e à dignidade da pessoa humana, que merecem tutela específica hábil para sua proteção.

Diante da complexidade das relações jurídicas cotidianas e dos problemas a serem solucionados, ganha ainda mais importância a classificação e a tutela dos direitos da personalidade, que se dá por meio do direito desenvolvido e criado por seus operadores, pelos jurisdicionados e por aqueles que detêm o poder jurisdicional.

Apesar dos direitos formalmente estabelecidos na ordem jurídica, é percebida uma problemática no dia a dia forense, em que há direitos da personalidade cuja lesão ou risco não são satisfatoriamente tutelados pelo procedimento comum ordinário e pelo regramento da tutela provisória de urgência ou de evidência.

Assim, o trabalho investiga o cabimento do *habeas corpus* na tutela civil excepcional de alguns dos direitos da personalidade lesados ou ameaçados de sofrer lesão, enquanto uma tecnologia processual à devida tutela processual do direito material em juízo, principalmente diante da necessidade de mecanismos céleres para combater a morosidade da justiça, em hipóteses fáticas e situações jurídicas excepcionais.

A pesquisa busca, portanto, perquirir o uso do *habeas corpus* na área cível com exemplos que comprovem a utilização do instrumento fora do processo penal ou da jurisdição criminal que trata dos crimes e das contravenções previstas na Legislação. Por exemplo, ação de *habeas corpus* para que o jurisdicionado não seja réu em uma ação civil de improbidade administrativa e para salvaguarda de direitos extrapatrimoniais.

Analisar-se-á a devida tutela dos direitos da personalidade contra atos, provimentos judiciais ou administrativos que obrigue o indivíduo a realização de atos de disposição de seu corpo; violam sua intimidade, honra, incolumidade física ou moral, como no caso de realização de

prova pericial invasiva, exame de raio-x, teste de DNA, exame toxicológico, teste do etilômetro, obrigatoriedade de comparecimento em conduções coercitivas para colheita de depoimento pessoal, obtenção de tratamento médico adequado à saúde, intervenção nas relações de família como imposição de dever de coabitação ou afastamento do lar, regulamentação de visitação, guarda de filhos, entrega de menores a tutela institucional do Estado por meio de busca e apreensão ou internação compulsória em abrigos, eventual abuso de poder dos órgãos de apoio social como conselho tutelar, acolhimento institucional, abuso de autoridade no processamento de procedimento administrativo ou judicial, que lesa ou ameaça os direitos da personalidade.

Noutro lado, pode-se citar, ainda, a averiguação de hipótese de, por meio do *habeas corpus*, desconstituir sentenças contrárias aos direitos da personalidade do paciente ou impetrante, tendo em vista que, de acordo com a finalidade e o objetivo do remédio do *habeas corpus*, seu alcance não é limitado aos casos de prisão ou violação à liberdade de locomoção.

A pesquisa parte da premissa de que o *habeas corpus* no processo civil brasileiro tem seu escopo avantajado e pode ser instrumento destinado à tutela excepcional de urgência para direitos fora a locomoção, para enfretamento do problema da celeridade e adequação da tutela dos direitos da personalidade que podem perder seu objeto ou serem tutelados da maneira indevida em caso de espera ao provimento jurisdicional pelo procedimento comum.

Com isso, pode haver a utilização do instrumento de modo mais amplo, para atacar provimentos estatais como os atos administrativos, atos jurídicos privados, e judiciais, inclusive em face de sentença transitada em julgado que lesam ou ameaçam direitos extrapatrimoniais das pessoas.

Diante das tendências do processo civil para aplicação de normas fundamentais como eixos normativos de aplicação, estruturação e interpretação, com o viés contemporâneo de efetividade, cooperação, lealdade, boa-fé, celeridade e contraditório participativo. A aplicação do Código de Processo Civil de 2015, legislação que trouxe inovações relevantes no modo de se efetivar a justiça no Brasil e proporcionou prioridade máxima à tramitação dos *habeas corpus*, conforme proposição extraída de diversos dispositivos, como art. 980, §4º, do art. 1037, §9º, do art. 1035, e §2º, do art. 1038, do Código de Processo Civil de 2015.

Por sua vez, a Constituição da República Federativa do Brasil, elevou os direitos da personalidade ao patamar de direitos humanos, os quais devem ser objeto da melhor tutela processual admissível dentro das possibilidades conferidas pelo ordenamento jurídico ou

sistema normativo vigente.

Dessa forma, a pesquisa é importante para analisar a devida tutela dos direitos da personalidade de acordo com o caso concreto apresentado, por meio do instrumento processual do *habeas corpus*, visando aperfeiçoar a resolução de problemas nesta área.

Dito isso, procura-se averiguar o instrumento processual do *habeas corpus* no processo civil, sob uma nova vertente de aplicação prática como ação que serve à impugnação de atos jurídicos e decisões judiciais, utilizando-se de estudos pretéritos sob a matéria, ou seja, procedendo a uma revisão bibliográfica, análise dos posicionamentos jurídicos de autores e uma pesquisa documental quantitativa e qualitativa de julgados.

Uma investigação da literatura jurídica e apreciação dos julgados relacionados ao problema são os objetos da pesquisa que engloba as relações jurídicas de parentesco dentro da família moderna e, ainda, os direitos obrigacionais contratuais ou estatutários que envolvam a personalidade humana.

Outrossim, perquire-se o desenvolvimento teórico e prático dentro do ordenamento jurídico brasileiro, com a precisa identificação de situações excepcionais do direito civil, direito administrativo, proteção da pessoa e quais de seus direitos da personalidade e os mecanismos processuais efetivos para as tutelas do direito material.

Para tanto, realiza-se a pesquisa de julgados, investigação da literatura jurídica com revisão de posicionamento adotado por alguns autores. Destarte busca-se sistematizar a literatura jurídica e o entendimento dos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) e tribunais locais (Tribunal de Justiça do Espírito Santo e Tribunal Regional Federal da 2ª região) quanto ao cabimento do *habeas corpus* como ação autônoma ou sucedâneo recursal.

O foco é a efetivação da tutela processual dos direitos da personalidade, que, por serem *erga omnes*, gerais, extrapatrimoniais, indisponíveis, impenhoráveis e imprescritíveis, merecem tratamento processual excepcional, pois não podem esperar pelo provimento das tutelas processuais ordinárias, contra atos de particulares ou do Estado.

Para realização da pesquisa e abordagem do problema utiliza-se o estudo e a revisão de alguns dos trabalhos existentes acerca dos direitos da personalidade e sobre a aplicação do *habeas corpus* na jurisdição cível, seu conceito e aplicabilidade dentro da nova perspectiva de processo civil. Com este referencial teórico, sua análise terá impacto direto na pesquisa, no levantamento das hipóteses e na conclusão exarada.

Nesta esteira, a personalidade é percebida como um atributo inerente à existência digna do ser humano diante da elevação do grau de importância do indivíduo e sua posição na sociedade, por isso, há instrumentos de tutela processual para que a ameaça ou a lesão a tais direitos sejam devidamente resguardados.

Tais direitos não são suscetíveis de sofrer qualquer limitação voluntária, salvo previsão legal, tendo proteção material e processual garantida no ordenamento jurídico quando for percebida qualquer ameaça ou lesão quanto à incolumidade física e moral, à vida privada, ao nome, à honra, à dignidade do ser humano, dentre outros.

Daí o *habeas corpus* como instrumento adequado para entrega do bem jurídico almejado pelo jurisdicionado, compatível com o direito subjetivo que protege, de forma mais célere e efetiva, na prática dos efeitos da tutela no plano material.

O *habeas corpus* tem prioridade máxima de tramitação e julgamento, com isenção da obrigatoriedade do pagamento de custas. Devido à celeridade e praticidade da ação, alguns operadores do direito utilizam do remédio processual como meio de impugnação de decisões judiciais autônomo para ir até a instância superior de forma mais ágil.

Neste viés, ressalta-se que o *habeas corpus*, entendido em seu sentido de proteção mais amplo, consiste em fornecer um amparo maior aos direitos do ser humano, ainda que indiretamente violados.

Portanto, o instrumento jurídico, enquanto remédio processual atua como um prisma ou filtro de controle da legalidade no exercício de poder estatal e também das relações jurídicas entre os particulares no Estado Democrático de Direito Constitucional vivenciado.

Na presente pesquisa verificar-se-á em que estado d'arte se encontra a aplicação do instituto do *habeas corpus* na defesa dos direitos da personalidade sob o plano processual, teórico e prático com uma abordagem crítica e construtiva, visando a conjecturar e organizar as hipóteses de cabimento, inerente à proteção de direitos privados na tutela da personalidade a fim de aprimorar a efetividade da tutela processual dos direitos extrapatrimoniais.

Para tanto será realizado o levantamento dos instrumentos processuais hábeis para a tutela dos direitos da personalidade, em especial, do *habeas corpus* na esfera cível, com investigação dos conceitos já existentes através de pesquisa bibliográfica e dialeticidade com o *habeas corpus* do direito penal, baseado teoricamente em autores como Gustavo Badaró, Eugênio Pacelli, Aury Lopes Jr, dentre outros.

A pesquisa utiliza do método qualitativo, com análise de documentos, leis, decretos, livros e artigos, por meio de busca em bibliotecas de universidades, internet e banco de dados em sítios de tribunais. Também utilizar-se-á da dialeticidade, com exposição de ideias, argumentos e formulação de uma conclusão dentro do problema apresentado.

A investigação é realizada por meio de pesquisa comparativa entre os diferentes contextos históricos da sociedade desde o surgimento do instituto do *habeas corpus*, também no direito estrangeiro.

Serão formalizadas propostas de cabimento do instrumento do *habeas corpus* na tutela dos direitos da personalidade com efetividade prática diante da nova ótica de processo civil constitucional.

A pesquisa científica será realizada por meio de fontes de pesquisas bibliográficas e busca dos autores que discorrem e pesquisam o tema, além de documentos, livros, artigos, dissertações e teses para análise do atual estado da problemática pesquisada.

Repositórios de jurisprudência pátria de julgados relacionados à matéria também são analisados, pelos quais efetivaremos os levantamentos de dados quantitativos, estatísticos e qualitativos; a extração das ideias principais, conjuntura ou situação fática apresentada em juízo, conceitos, palavras-chaves relacionados à tutela dos direitos da personalidade e da aplicação do *habeas corpus* na área cível.

Noutro viés, a pesquisa realizará o estudo de casos emblemáticos nos quais foram percebidos o êxito na utilização do *habeas corpus* para a tutela dos direitos da personalidade e em quais hipóteses especiais pode ser utilizado com êxito.

Busca, portanto, ir diretamente para as características fáticas dos casos concretos com base na fundamentação e conclusão dos julgadores, para auferir uma conclusão de acordo com a realidade do direito material e processual apresentada.

Por fim, realiza-se uma ponderação de conteúdos com vistas a elucidar a utilização do *habeas corpus* na esfera civil, que permitirão a formação de conclusão para evoluir a tutela do direito material pelos juristas ao jurisdicionado e à sociedade.

CAPÍTULO 01

O *HABEAS CORPUS* COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DA LIBERDADE

1.1. O surgimento do *habeas corpus*

O *habeas corpus* é o sintagma do latim, o termo “*habeas*” em tradução literal significa “ter”, “haver” ou “tomar” e o termo “*corpus*” designa o corpo em seu aspecto físico, em referência à sentença proferida pelos magistrados anglo-saxões como comando normativo utilizado para que o preso lhe fosse apresentado.

No período romano clássico, concebido do ano 130 a.C. até o ano 250 d.C., as relações sociais não eram caracterizadas ou classificadas como um direito em sentido estrito, o que havia era a união das realizações literárias e da prática jurídica.

Os direitos abrangidos pela legislação daquela época eram tratados como interditos, em que o julgador intervia em caso de impasse ou desavenças. Como destaca Enio Nakamura Oku¹:

(...) diversos eram estes interesses: de direito público ou divino (como a proteção contra toda ofensa ou usurpação de coisas públicas ou sagradas, de templos, praças, estradas e rios), em matéria privada, relações estranhas ao patrimônio (como a proteção dos direitos do patrão sobre seus servos, do pai de família sobre seus filhos, submetidos a seu poder) e, ainda, certas relações relativas a bens, como as questões de posse.

Assim, os interditos, conforme explica José Carlos Moreira Alves² eram as expressões verbais pelas quais o governante ordenava ou proibia algo e o magistrado tutelava situações de fato alegadas pelo requerente, o autor da demanda à época. Neste ato jurisdicional já havia uma espécie de cognição sumária por parte do julgador sobre o objeto da demanda, por meio de técnica de julgamento enquanto uma espécie análoga à tutela provisória contemporaneamente compreendida.

Existia a previsão do interdito de exibição pública do homem de acordo com o nº 1 do Título 29, XLIII, do *Digesto*³, que tinha como escopo de livrar o indivíduo que suportava prisão considerada ilegal à época e ser exibido ao pretor fisicamente.

¹ OKU, Enio Nakamura. *Habeas corpus no Processo Civil Brasileiro*. Pressupostos de admissibilidade e limites para impetração – teoria e prática. São Paulo: JH Mizuno, 2007, p. 38.

² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Vol. I: história do direito romano; instituições do direito romano: A – parte geral; b – parte especial: direito das coisas. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.p. 235.

³ DIGESTO DE JUSTINIANO. Livro I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Contudo, a tutela era voltada somente para ações de particulares e não de agentes no exercício da função pública, mas já exprimia a vontade de garantia da liberdade.

Trata-se de um dos instrumentos mais antigos do Direito na história da civilização. Tem origem ainda no século XIII, já após a formalização do Reino da Inglaterra, conforme aduz André Ramos Tavares⁴, no ano de 1215, no Capítulo XXIX, da Carta Magna da Inglaterra, no reinado de João Sem Terra (*John Lackland*), sucedido por Henrique III (1216-1272), que confirmou a Magna Carta e a reafirmou como meio jurídico para garantia de direitos e liberdades contra atos arbitrários do Rei⁵.

A Magna Carta inglesa visa a, primordialmente, impedir àqueles que detinham poderes políticos na época, de realizar atos de privação da liberdade de forma a impor limites aos governantes.

O autor Paulo Lúcio Nogueira⁶ afirma que:

(...) os barões feudais, ameaçados nos seus direitos, compeliram o Rei João a assinar a Magna Carta, que lhes concedia garantias individuais, ficando estabelecido que ninguém poderia sofrer prisão injusta e que as pessoas livres só poderiam ser julgadas por seus pares. Surgiram então o *habeas corpus* e o Júri Popular.

Assim, buscou impor limites jurídicos a vontade do rei para com seus súditos. Outro importante documento histórico em que o *habeas corpus* foi objeto da legislação no reinado inglês foi o *Habeas corpus Act*, ou *Habeas Amendment Act*, também inglês, datado de 1679.

À época, tratou-se de instrumento normativo tinha um caráter muito mais repressivo e impeditivo no que se referia à liberdade de ir e vir e, inicialmente, era voltado aos indivíduos acusados de crimes.

Após tais leis, alguns fatos históricos e juridicamente relevantes ocorreram, dentre eles a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América em 1787 e a Revolução Francesa em 1789, ambas previram a liberdade como valor primordial, restando demonstrados o caráter universal ou uma tendência universalizante que a liberdade, de fato, passou a ocupar na civilização.

Em 1816, o *Habeas Amendment Act* foi ampliado para que viesse a se tornar instrumento jurídico hábil contrário a toda e qualquer prisão injusta, já com a aplicação do devido

⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 718.

⁵ MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do habeas corpus*, vol. 1. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2007, p. 42.

⁶ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Instrumentos de Tutela e Direitos Individuais*. São Paulo: Saraiva, 1994. p.1.

processo legal⁷, inclusive contra ameaça a direitos, conferindo um caráter mais preventivo ao instrumento.

Assim, o *habeas corpus* teve seu objeto jurídico tutelável abrangido, que criou o direito ao mandado, utilizado para proteger presos fora do âmbito criminal, ou seja, neste período já havia a preocupação da utilização do instrumento jurídico em matéria estranha à criminal. Portanto, afirma-se que, neste período histórico, houve abrangência da prisão civil ilegal devidamente tutelada pelo *habeas corpus*.⁸

Na América, para além dos marcos históricos acima delimitados, a Constituição Americana de 1789 instituiu o *Writ of habeas corpus*, com lastro claro no direito inglês ao se referir de maneira expressa à liberdade do corpo e ao devido processo legal – *due process of law*, constituindo garantias do cidadão.

Já em diplomas internacionais é previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, na Convenção Europeia de 1950 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969.

No Brasil, enquanto estava sob a vigência da legislação portuguesa não houve previsão do instituto do *habeas corpus*, conforme elucida Heráclito Mossin, ao afirmar que:⁹

(...) é certo assinalar que, quando incidia sobre a pátria brasileira, a legislação reinol em nenhum momento tratou do instituto do *habeas corpus*. Assim é que, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, embora posteriores ao ano de 1215, também não cuidaram deste importantíssimo instituto. Nas Filipinas, (...) existiam as cognominadas *Cartas de Seguro* que precariamente tinham funções do encimado *writ*. Pode-se afirmar, com segurança, que o momento legislativo a provocar o aparecimento do *habeas corpus* no Brasil foi o Decreto de 23 de maio de 1821, que sobreveio à partida de D. João VI para Portugal; esse Decreto foi referendado pelo Conde dos Arcos.

Em que pese à afirmação do autor, há discussão acerca da origem e surgimento do *habeas corpus* no Brasil: se o remédio foi instituído por meio do Decreto de 23 de maio de 1821 exarado por Dom João VI, ou se surgiu na Primeira Constituição do Brasil, de 1824.

O certo é que foi no ano de 1832 que o instituto passou a ser previsto no art. 340, do Código de Processo Criminal, o qual regulou o *habeas corpus* como um remédio repressivo com uso privativo por brasileiros:

⁷ DIMOULIS, Dimitri. *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional* 2ª ed. São Paulo, Saraiva. 2013. p.187

⁸ MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do habeas corpus*, vol. 1 – 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2007. p. 99.

⁹ MOSSIN, Heráclito. *habeas corpus*. São Paulo: Atlas, 1995. p.25.

Art. 340. Todo cidadão que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em, sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de – *habeas corpus* – em seu favor.”

Após, foi editada a Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, que conferiu o caráter preventivo existente até os dias de hoje.

A Constituição de 1891, ainda que não o tenha o classificado como um direito fundamental dispôs, em seu texto no parágrafo 22, do artigo 72:

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 22 - Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.

Portanto, sendo o *Habeas corpus* expressamente previsto enquanto ação constitucional em todas as Constituições subsequentes enquanto remédio processual.

Após a constituição de 1891, o debate sobre o instituto do *habeas corpus* cresceu no Brasil, conforme aduz Eduardo Appio¹⁰, foi o marco histórico da “doutrina brasileira do *habeas corpus*” em que Ruy Barbosa defendia uma aplicação ampliada do instrumento em decorrência da inexistência do mandado de segurança.

Com efeito, o autor defendia uma aplicação abrangente do remédio heroico, para tutelar outros direitos além da liberdade de ir e vir. Outros juristas realizaram interpretação mais restritiva e arraigados ao viés histórico que originou o instituto, defendiam sua utilização estritamente à tutela do direito de locomoção, como bem salienta Luiz Henrique Boselli de Souza¹¹, ao analisar historicamente a doutrina brasileira do *habeas corpus* com propriedade:

(...) o tempo e a prática judiciária evidenciaram a carência de instrumentos para defesa de inúmeros direitos. A consequência foi uma reinterpretação do instituto do *habeas corpus* decorrente dos esforços doutrinários e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dando origem à doutrina brasileira do *habeas corpus*, que conferiu, em nossa terra, ao antigo instrumento processual inglês, maior extensão. Segundo alguns, a maior do mundo.

¹⁰ APPIO, Eduardo. *Habeas corpus* no Cível. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2000. p. 27.

¹¹ SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. A doutrina brasileira do *habeas corpus* e a origem do mandado de segurança. Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 45 n. 177 jan./mar. 2008.

A razão disso estava na redação original do art. 72, § 22, da Constituição de 1891 que dizia, “dar-se-á habeas-corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Como se pode notar, o referido dispositivo não fazia nenhuma remissão ao direito de ir e vir, nem à liberdade de locomoção. Também não falava em prisão, constrangimento corporal, em liberdade física propriamente dita. Somando-se a isso a presença das expressões coação, ilegalidade e abuso de poder, construiu-se a tese da utilização desse writ em todas essas hipóteses, independentemente da presença de um constrangimento físico direto.

Essa tese, que ficou conhecida como a Doutrina Brasileira do *Habeas corpus*, encontrou em Ruy Barbosa ardoroso defensor.

(...)

Ruy defendia a utilização do *habeas corpus* em todas as hipóteses. Para ele, não se tratava de uma mera interpretação do texto constitucional. Antes, o legislador constituinte havia, de fato, agido intencionalmente, dando ao instituto do *habeas corpus* conotação ampla, tornando-o instrumento de defesa contra todos os abusos e ilegalidades.

Assim, há tempo já era percebida a defesa da ampliação do cabimento do instituto processual em contraposição aos juristas mais conservadores que tinham interpretação restritiva no sentido de que o *habeas corpus* somente serviria para tutela da liberdade de ir e vir, ao passo que o direito da liberdade de locomoção é condição necessária sem a qual não se pode exercer diversos outros direitos e que, por isso, devem ser tutelados pelo *habeas corpus*.

O supracitado autor, diserta sobre a peculiaridade do instrumento processual da ação de *habeas corpus* no Brasil, onde ganhou amplitude em seu alcance e proteção a outros direitos:

Othon Sidou (1969, p. 53), assim como Pontes de Miranda (1972), enxerga no *habeas corpus* da Constituição de 1891 uma criação típica nacional, visando à defesa dos direitos fundamentais. Para ele o equívoco foi mais na escolha do nome do instituto criado para defesa dos direitos individuais do que nele próprio. Segundo Sidou, “é tempo de atentar para que, em verdade, o que a primeira constituição republicana fez não foi elevar o *habeas corpus* da sua condição processual para dar-lhe guarida em seu bojo, porém batizar com o nome específico do *habeas corpus* a garantia genérica em preservação dos direitos pessoais. Criou-se um instituto que, potenciado em defesa dos direitos individuais, exigia curso célere, e nesse propósito, perseguindo a rapidez, deu-se-lhe o nome de *habeas corpus*, tomando de seu, apenas, essa característica, peculiar a todos os interditos, e de todas a mais impositiva”.

Houve, assim, sem dúvida, a criação de uma doutrina própria e autêntica do *habeas corpus* – a doutrina brasileira –, denominação justa em face de sua originalidade, que, apesar de ter partido do molde apresentado pelo antigo instrumento jurídico inglês, adquiriu contornos pátrios bem particulares. Alguns chegaram a dizer que o instituto brasileiro era o mais amplo do mundo. Outros o comparam com o direito de amparo previsto na Constituição do México de 1917.¹²

¹² SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. A doutrina brasileira do *habeas corpus* e a origem do mandado de segurança. Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal.

Após, as Constituições brasileiras previram o *habeas corpus* como remédio processual voltado à tutela do direito de locomoção. No entanto, com o a edição do Ato Institucional nº 05, denominado AI-5, em seu art. 10, houve a suspensão da garantia do *habeas corpus*:

Art. 10 - Fica suspensa a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Houve, portanto, o rompimento com a ordem constitucional então vigente. Somente vinte anos após, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é que a ordem foi completamente restabelecida, sendo o *habeas corpus* amplamente cabível, com vedação excepcional somente em relação às transgressões e punições de ordem disciplinar militar.

Resta evidente que o *habeas corpus* encontrou guarida constitucional ao longo da história do Brasil, tendo viés protetivo de direitos e garantias fundamentais.

Com efeito, após mais de vinte anos do estado de exceção concebido pelo regime de governo militar e com a redemocratização do país após a constituinte que promulgou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é que as decisões judiciais passaram a ter maior força coercitiva, com a finalidade de resgatar o direito ao devido processo legal dentro do Estado Democrático de Direito.

Hodiernamente o instituto tem previsão constitucional no inciso LXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal e aduz que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 45 n. 177 jan./mar. 2008. Ao citar SIDOU, J. M Othon. *Do mandado de segurança*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. e MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. 1 t.

Assim, muito em razão dos períodos autoritários que antecederam a Constituição, como reflexo dos diversos abusos e arbitrariedades perpetrados naquela época e com o escopo de proteger o cidadão, é que o cabimento e a utilização do *habeas corpus* foram sendo ampliadas pela prática judicial, em especial, no que se refere aos direitos de ordem civil, ainda que coligado à liberdade de locomoção, mas que proporcionam reflexos diretos e indiretos na dignidade da pessoa humana, em sua paz, seu sossego e outros direitos de ordem extrapatrimonial.

Passou-se a utilizar o *habeas corpus* de modo ampliado, tanto para atos de ameaça ou de lesão a direitos. Com efeito, houve considerável avanço na aplicabilidade do instrumento judicial, com muito mais razão ao considerar-se a revogação da prisão civil e suas subespécies no ordenamento jurídico brasileiro, salvo a prisão civil por débito alimentício.

Neste sentido, a ação de *habeas corpus*, o *mandamus*, o *writ* ou remédio heroico, como ficou conhecido devido a importância dos direitos que é capaz de tutelar, passou a ser uma via impugnativa de atos estatais abusivos ou ilegais.

De tal modo, a tutela preventiva geral ou juízo preventivo, hodiernamente, tem status de direito fundamental, sendo certo que a simples ameaça, por si, tem guarida e proteção constitucional, assim como a lesão aos direitos da personalidade ou a liberdade de locomoção (ir e vir).

1.2. O *habeas corpus* na legislação brasileira: classificação, natureza jurídica e cabimento nas as prisões ilegais.

No Estado de Direito brasileiro há tendência de positivizar normas jurídicas que garantam direitos fundamentais para que possibilite a sua tutela judicial. Neste mesmo sentido, o *Habeas corpus* não ficou à margem da legislação. Seguindo a concepção kelseniana na estrutura escalonada do ornamento jurídico e posicionado no topo hierárquico do ordenamento legal.

Como salientado, a Constituição da República Federativa do Brasil prevê, de forma expressa, o instrumento jurídico do *habeas corpus* em seu artigo 5º, LXVIII. Trata-se de uma ação judicial de ordem constitucional, ação autônoma de impugnação ou de prevenção, que tem como função preservar ou reestabelecer direitos de ordem fundamental que foram ilegalmente ameaçados ou violados, seja por parte do Estado, ou seja, por atos de particulares. É um verdadeiro remédio constitucional que traz a tutela preventiva geral ou juízo preventivo com

status de direito fundamental.

O *habeas corpus* não representa apenas um direito, mas uma garantia que está à disposição dos indivíduos que se encontram em situação jurídica prestes a serem constrangidos, ameaçados ou lesados em seus direitos.

Portanto, é instrumento apto a coibir de forma ágil os atos de constrição frente à ilegalidade ou ao abuso de poder, tendo sentido positivo para perquirir a finalidade de “ir e vir” ou negativo, de o indivíduo poder simplesmente “ficar” em determinada situação jurídica, sem que seja constrangido a modifica-la injustamente.

Assim, é verdadeiro remédio constitucional com tutela processual própria e prioridade máxima de tramitação em detrimento das demais ações processuais para tutela do direito material, enquanto norma constitucional prevista com supremacia formal e material em relação às demais ações processuais.

No Código de Processo Penal, o *habeas corpus* é tipificado topograficamente como um recurso, mas pode ter caráter de ação, a depender de sua utilização, no contexto jurídico em que está inserido, conforme aduz Lúcio Nogueira¹³ “realmente, o *habeas corpus* pode ser interposto contra uma decisão, quando apresenta a natureza de recurso, como pode ser impetrado contra possível ameaça de constrangimento ilegal, quando não passa de verdadeira ação.”

No Código de Processo Penal, é taxativamente previsto em diversos dispositivos, tanto como meio autônomo de impugnação, como um recurso em sentido estrito e como ação que dá início a um novo processo.

Assevera-se que, de acordo com o Código de Processo Penal, trata-se de ação com caráter constitucional voltada à tutela da liberdade de ambular, conforme as hipóteses normativas previstas no art. 648 do Código de Processo Penal:

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver justa causa;

II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

¹³ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Instrumentos de Tutela e Direitos Individuais*. São Paulo: Saraiva, 1994. p.08.

VI - quando o processo for manifestamente nulo;

VII - quando extinta a punibilidade.

Diante disso, pode-se afirmar que, a depender do caso concreto, é possível estar diante de uma ação de cunho declaratório, quando, por exemplo, a parte visa declarar extinta a punibilidade decorrente da prática de ilícito criminal.

Já quando o instrumento do *habeas corpus* é utilizado para anular uma sentença, após o seu trânsito em julgado, terá efeito ou caráter constitutivo de direito.

O *habeas corpus* pode, ainda, obter caráter condenatório, ao passo que poderá ser o meio processual hábil para a finalidade de que haja uma condenação ao pagamento de custas pela autoridade coatora que utilizou de abuso de poder ou agiu com má-fé e incorre em coação ilegal, conforme preceitua o art. 653 do Código de Processo Penal:

Art. 653. Ordenada a soltura do paciente em virtude de *habeas corpus*, será condenada nas custas a autoridade que, por má-fé ou evidente abuso de poder, tiver determinado a coação.

Parágrafo único. Neste caso, será remetida ao Ministério Público cópia das peças necessárias para ser promovida a responsabilidade da autoridade.

Na prática forense, é admitido o uso do *habeas corpus* como sucedâneo recursal. Explica-se: enquanto o processo tido como principal esta tramitando e ocorre a necessidade de impugnação de decisões que causam lesão ou ameaça a parte processual de forma urgente, este jurisdicionado, a par do manejo dos recursos expressamente cabíveis, impetra o *writ* para ter seu interesse jurídico material tutelado de forma mais célere.

Ademais, de acordo com Heráclito Mossin¹⁴, defende que não existe impedimento para utilização do *habeas corpus*, quando pendente a possibilidade de interposição de recurso, haja vista a diversidade da natureza jurídica dos institutos processuais: “Não existe conflito algum de ordem legal entre recurso e *habeas corpus*: sendo cabível aquele, tenha sido ou não interposto, o *writ* pode ser ajuizado. *In casu*, não há pertinência do princípio da unirrecorribilidade, porquanto ambos os institutos guardam natureza jurídica diversa, não se confundido”.

Tal tese deve ser a encampada pelos operadores do direito, pois, muitas vezes, em caso de ameaça ou lesão aos direitos da personalidade e à locomoção, há ausência de regramento legal

¹⁴ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas corpus (Antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição e jurisprudência atualizada)*. 9ª ed. Barueri: Manole, 2013. p. 260.

que seja capaz de coibir ou cessar a lesão com a efetividade do *habeas corpus*, que é mais célere e concebe a possibilidade de concessão de decisão liminar.

Quanto à sua classificação, o *habeas corpus* pode ser considerado como preventivo em que a concessão ou deferimento da ordem se traduz na expedição de um salvo conduto, em que a tutela processual se refere à ameaça à liberdade de locomoção ou direitos da personalidade de maneira prévia ao acontecimento da lesão de direitos.

Pode ter ainda, característica repressiva ou liberatória, em que é expedido um alvará pelo Juízo competente para que a lesão a tais direitos seja imediatamente cerceada e interrompida.

Há de se mencionar, ainda, a figura do *habeas corpus* profilático, em que a finalidade é conferir efeito suspensivo aos atos processuais para impugnar medidas capazes de lesar direitos de locomoção e da personalidade.

Na ação de *habeas corpus* tem-se como uma das partes o paciente, que nada mais é do que o indivíduo que sofre ameaça ou tem seus direitos constrangidos, àquele que se vê privado de sua liberdade de locomoção ou de alguns dos direitos da personalidade.

Diante de tais considerações, afirma-se que o *habeas corpus*, tem natureza jurídica de ação, tendo em vista que instaura uma nova relação processual posta em juízo e que o rol previsto no art. 648, do Código de Processo Penal, é meramente exemplificativo.¹⁵

A literatura clássica de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda filia-se a tese de que o *habeas corpus* é ação e não recurso, com pretensão jurídica processual própria e rito processual estabelecido pela Lei o qual expede “mandado de tribunal, endereçado a indivíduo, ou indivíduos, que tenham em seu poder, ou sob sua guarda alguma pessoa, a fim de que apresente ao mesmo tribunal, que decidirá, depois de ouvir as informações produzidas pelas partes, qual o destino a ser dado ao paciente”.¹⁶

Com a devida vênia, considera-se que o pleito realizado na petição inicial do *habeas corpus* é o pedido da prestação judicial ou jurisdicional, mas quando o pedido de *habeas corpus* é realizado em segunda instância, de caráter incidental a um processo em andamento, como forma de manifestação de indignação, insatisfação ou não aceitação da decisão judicial proferida em um processo em curso, tem-se o caráter recursal, ou melhor, a natureza jurídica de recurso, vez que é plenamente possível seu manejo contra decisões do juízo de primeira

¹⁵ APPIO, Eduardo. *Habeas corpus* no Cível. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2000. p. 33.

¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e Prática do habeas corpus*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955, p. 74-75.

instância, para que sejam revistas ou anuladas pelas instâncias judiciais superiores devido ao inconformismo da parte sucumbente ou não.

A característica da decisão proferida após a impetração do *habeas corpus* é a de mandamental. Nesse sentido, não há condenação ou constituição de nova situação jurídica, corrobora tal entendimento os dizeres de Eduardo Appio “Através do *habeas corpus*, o julgador emite ordem à autoridade coatora no sentido de que suspenda ou evite a prática do ato ilegal e/ou abusivo; não há, portanto, condenação, pendente de ulterior execução, como carga preponderante”.

Então, pode-se afirmar que o *habeas corpus* é, de forma principal, uma ação mandamental, ao passo que perfaz nova relação jurídica processual autônoma, em que pese à possibilidade de tramitar ao lado de um recurso interposto noutro processo ou contra ato de determinada autoridade administrativa de um agente na função pública, como exemplo, ato de delegado de polícia.

Tal afirmativa sobre a natureza jurídica do *habeas corpus* ganha relevo quando se está diante da hipótese fática de extinção ou perda do prazo recursal, ou, então, quando há desnecessidade de exaurir a via recursal nas instâncias ordinárias para alcançar as instâncias superiores.

Com efeito, o *habeas corpus*, enquanto uma garantia Constitucional deve ser arrolada como um direito fundamental do cidadão constituindo-se verdadeira tutela jurisdicional eficiente para salvaguardar direitos individuais expressos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Desse modo, passa a incidir na esfera do direito processual para que haja a devida tutela dos direitos individuais da liberdade de locomoção e, também, dos direitos fundamentais de ordem extrapatrimonial ou direitos da personalidade humana.

Corrobora tal entendimento, o autor Enio Nakamura Oku¹⁷:

(...) não se deve perder de vista, assim, que o *habeas corpus*, antes de constituir um instituto do direito processual, suscetível de regulamentação pelo legislador ordinário, deve ser considerado como remédio constitucional e, portanto, garantia, traduzindo-se como instrumento capaz de impor respeito e a exigibilidade do direito constitucional à liberdade. Inserindo-se como um referencial de segurança do direito à abstenção de atuação estatal, exerce uma função limitativa de atuação do poder público, presente quando as limitações e vedações não forem bastantes para impedir

¹⁷ OKU, Enio Nakamura. *Habeas corpus* no Processo Civil Brasileiro. Pressupostos de admissibilidade e limites para impetração - teoria e prática. São Paulo: JH Mizuno, 2007. p.66.

a prática de atos ilegais com excesso de poder ou abuso de autoridade. E, enquanto garantia constitucional, deverá ter presente os termos em que foi redigida a norma constitucional, sob pena de, enfocando apenas a legislação infraconstitucional, partir de uma perspectiva distorcida e chegar a conclusões igualmente equivocadas.

Assim, trata-se de garantia a ação constitucional enquanto instrumento de tutela dos direitos previstos na norma superior que tem por objeto o restabelecimento ou a reintegração de uma situação anterior à violação ou à remoção do ato ilícito e, ainda, à sua inibição, enquanto tutela preventiva conferida nos casos de ameaça.

Assim, todas essas tutelas processuais do direito material, quando na prestação jurisdicional, podem ser possíveis perante a correta utilização do *habeas corpus*, desde que respeitado seus pressupostos.

O *habeas corpus* é historicamente conhecido como instrumento hábil ao combate de prisões ilegais. O termo prisão é utilizado para denotar a restrição de liberdade das pessoas como um ato¹⁸ de penalização do estado em consequência da prática de um ilícito, normalmente, de ordem penal.

A prisão pode, também, emanar de ordem civil por conta de débito de pensão alimentícia, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro aboliu a prisão civil por dívida (fora a devida por débito em prestação de alimentos) e a prisão do depositário. Assim, é considerada prisão aquele ato de privação de liberdade de ambular decorrente de autoridade competente em caso de flagrante delito, sentença condenatória transitada em julgado ou mandado de prisão temporária.

Outro conceito é o aventado por Fernando da Costa Tourinho Filho¹⁹, que compreende como um ato enquanto “A supressão da liberdade individual, mediante a clausura. É a privação da liberdade individual de ir e vir, e, tendo em vista a prisão em regime aberto e a domiciliar, podemos definir a prisão como a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatoria”. Já Arnaldo Quirino²⁰ assevera de maneira mais sintetizada que a prisão é restrita à esfera criminal imposta pelo poder coercitivo do estado.

Não obstante os posicionamentos anteriores, imprescindível para a devida conceituação de prisões ilegais, mencionar as normativas previstas no art. 5º, inciso LXI, da Constituição da República Federativa do Brasil:

¹⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 297.

¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 3. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 429.

²⁰ ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. *Prisão ilegal e a responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Atlas, 1999. p.21 – 30.

Art. 5º (...).

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Já a Lei infraconstitucional do Código de Processo Penal, em seu art. 283, com redação conferida pela reforma processual introduzida pela Lei nº 12.403/2011, preceitua que:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Assim, por meio de interpretação sistemática, pode-se afirmar que a prisão é a privação da liberdade de ir e vir ou de locomoção, mediante clausura da pessoa dentro de um ambiente carcerário seja em virtude do cometimento de delito flagrante ou em cumprimento de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária.

Portanto, trata-se de medida extrema e excepcional contrária à liberdade individual de cada cidadão, só podendo advir de um devido processo legal transitado em julgado e por meio de decisão exarada pela autoridade competente que, quando efetivadas de maneira ilegal ou arbitrária, enseja o cabimento do *habeas corpus*.

Tendo em vista que a liberdade é um direito indisponível, qualquer ato ilegal que enseja o cerceamento da liberdade afronta diretamente a Constituição da República Federativa do Brasil, seus princípios e regras, de maneira expressa.

Nesta seara, toda e qualquer irregularidade percebida durante o procedimento que culminar com cerceamento do direito de ir e vir do indivíduo titular de direitos é considerada prisão ilegal ou abusiva, portanto, indevida e antijurídica.

A prisão de qualquer espécie somente é justificada quando em respeito ao ordenamento legal em vigor, sendo percebido, dentro deste sistema normativo, garantias de ordem constitucional contra a abusividade, ilegalidade e arbitrariedade de atos que ensejam prisão, dentre elas, o devido processo legal do Art. 5º, LIV, da Constituição da República, o contraditório e a ampla defesa contidos no Art. 5º, LV, a vinculação do órgão judicial à obrigatoriedade de fundamentação e motivação das decisões do Art. 5º, LXI e art. 93, inciso IX, e, ainda a

presunção de inocência, se corretamente interpretado o Art. 5º, inciso LVII, todos da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nos casos de prisão ilegal, perfeitamente possível e indicado a utilização do instrumento processual para tutela do direito material, por meio do *habeas corpus*, para obtenção da liberdade de forma rápida, seja a constrição efetivada por particular ou por atos de agentes do Estado.

Não obstante, também é cabível reparação de ordem civil para que as lesões suportadas pelo coagido, ameaçado ou preso, sejam devidamente restauradas e compensadas, bastando, de acordo com a teoria da responsabilidade civil objetiva adotada no Brasil, que haja nexos causal entre a conduta do agente público ou pessoa no exercício de função pública e a lesão sofrida pelo particular, devendo este ser devidamente indenizado.

A prisão ilegal, conforme ensina o autor Paulo Hamilton Siqueira Junior²¹ é aquela que deriva da não aplicação da Lei ou de conduta contrária a esta, ou seja, é a “(...) inobservância da Lei. É a desconformidade de atuação ou omissão em relação à Lei”.

A conduta ilegal também pode ser efetuada por meio de abuso de poder que ou pelo exercício irregular do poder, em atos que excedem demasiadamente as atribuições legais permitidas “implica no exercício irregular do poder. Exprime a prática de atos que excedem as atribuições legais configurando a arbitrariedade”.

Assim, pode-se dizer que a prisão ilegal é um gênero que abarca tanto a prisão realizada sem observância da estrita legalidade pela autoridade que pratica o ato de constrição da liberdade ou quando determinado por autoridade incompetente.

Há, ainda, a prisão ilegal que deriva de abuso de poder e culmina com a violência e coação ilegais, podendo atingir o indivíduo de forma física ou em sua moral, quando há a efetiva restrição ou o temor justificado de ter sua liberdade restringida, sendo o *habeas corpus* o a tutela processual cabível contra tais atos.

1.3. O *habeas corpus* e os recursos criminais

²¹ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 371-372.

No ordenamento jurídico brasileiro, o *habeas corpus* pode ser utilizado concomitantemente aos recursos do processo criminal, taxativamente previstos no Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941).

O *habeas corpus* não é caracterizado como uma espécie dos recursos, vez que estes são regidos pela taxatividade como forma de ataque à decisão judicial na mesma relação processual colocada juízo que, por sua vez, em que proferiu ato judicial que causa insatisfação a alguma das partes.

Outra característica que o diferencia dos recursos é a desnecessidade de o impetrante ser assistido por advogado com capacidade técnica postulatória. No *habeas corpus*, a capacidade de peticionar em juízo deriva do *jus postulandi* que nada mais é do que a possibilidade conferida por norma jurídica de que a parte processual ingresse em juízo com uma ação sem o patrocínio ou representação por advogado habilitado através de procuração e instrumento de mandato devidamente outorgado.

Tal espécie de postulado judicial é atrelada ao direito de acesso à justiça, garantido enquanto norma fundamental, na alínea “a” do inciso XXXIV e inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República Federativa de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

O fato é que há a possibilidade de peticionar em juízo sem assistência técnica de advogado, defensor público ou dativo, o que não é indicado, tendo em vista que o acompanhamento técnico por profissional habilitado é recomendado para que o melhor interesse do jurisdicionado seja efetivado.

Guilherme de Souza Nucci²², afirma que o *habeas corpus* é ação constitucional de conhecimento, com rito sumário ou especial e gratuito, conforme prescreve o inciso LXXVII, do art. 5º, da Constituição da República de 1988, com decisão de caráter mandamental ou, em caso de ameaça a direitos, de salvaguarda pela concessão do salvo conduto.

Nesse sentido, o autor acredita se tratar de uma ação autônoma de impugnação de atos judiciais, quando utilizados para a finalidade de reforma ou melhoria de uma situação jurídica decidida em juízo, ainda que proferido no mesmo processo, não tendo caráter de recurso.

Com efeito, o *habeas corpus* não possui tal tipificação expressa, sendo os recursos criminais regidos pelo princípio da taxatividade recursal, pelo qual para cada ato ou decisão judicial, é cabível a interposição de determinado recurso a fim de que haja de devida apreciação das razões da reforma ou anulação do *decisium*.

No Direito Processual Penal existem espécies de recursos taxativamente previstos na legislação, quais sejam: o recurso em sentido estrito, chamado de RESE, a apelação, os embargos de declaração, a carta testemunhável, os agravos, os embargos infringentes, a correção parcial, o recurso especial e o recurso extraordinário.

O recurso em sentido estrito tem como característica principal o fato de ser um recurso utilizado de forma incidental ao processo, cabível contra decisões judiciais proferidas no decorrer do trâmite processual. Tem previsão normativa e hipóteses taxativas de cabimento em rol contido no art. 581, do Código de Processo Penal:

Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

I - que não receber a denúncia ou a queixa;

II - que concluir pela incompetência do juízo;

III - que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição;

IV - que pronunciar o réu;

V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante;

(...)

VII - que julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor;

VIII - que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade;

IX - que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade;

X - que conceder ou negar a ordem de *habeas corpus*;

²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

- XI - que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena;
- XII - que conceder, negar ou revogar livramento condicional;
- XIII - que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte;
- XIV - que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir;
- XV - que denegar a apelação ou a julgar deserta;
- XVI - que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial;
- XVII - que decidir sobre a unificação de penas;
- XVIII - que decidir o incidente de falsidade;
- XIX - que decretar medida de segurança, depois de transitar a sentença em julgado;
- XX - que impuser medida de segurança por transgressão de outra;
- XXI - que mantiver ou substituir a medida de segurança, nos casos do art. 774;
- XXII - que revogar a medida de segurança;
- XXIII - que deixar de revogar a medida de segurança, nos casos em que a lei admita a revogação;
- XXIV - que converter a multa em detenção ou em prisão simples.

O recurso em sentido estrito tem prazo de 05 (cinco) dias para sua interposição e 02 (dois) dias para arrazoar, tendo seu processamento, em regra, por instrumento endereçado ao Tribunal competente.

Já o recurso de apelação, visa levar a matéria debatida no primeiro grau de jurisdição pelo juízo *a quo* aos Tribunais, direcionado aos desembargadores que realizam o juízo *ad quem*.

Pelo princípio da adstrição, os julgadores ficam limitados ao conteúdo debatido e argumentado no recurso. Tal recurso visa à declaração de nulidade ou reforma, ainda que parcial, da sentença, pelo qual é possibilitada à parte insatisfeita que haja uma reapreciação dos fatos e provas colhidas, bem como análise de nulidades processuais ou materiais do processo penal.

A apelação criminal tem previsão legal no art. 593, do Código de Processo Penal, também tem prazo de 05 (cinco) dias para interposição, com mais 08 (oito) dias para apresentação de razões recursais que serão apreciadas pelo Tribunal e, após seu julgamento, retornam ao juízo de origem para início da execução.

Não obstante, em caso de condenação em primeiro grau ou instancia de julgamento o réu que se sentir injustiçado ou insatisfeito com a sentença condenatória proferida em seu desfavor pode, ao mesmo tempo, interpor defesa técnica por meio de recurso de apelação criminal e impetrar *habeas corpus* simultaneamente. Devido à prioridade máxima em sua tramitação, o

habeas corpus pode corrigir eventual injustiça da sentença condenatória para que seja declarada a nulidade da mesma.

Não obstante tal possibilidade jurídica, questão sempre debatida na literatura jurídica e nas decisões judiciais diz respeito à interposição sucessiva e reiterada do *habeas corpus* no tramite do processo penal principal, o entendimento que prevalece no Superior Tribunal de Justiça é o pela possibilidade de interposição de sucessivos *habeas corpus*.

Nesta pesquisa, entende-se pela possibilidade da interposição reiterada do *habeas corpus* que tem por objeto a cessação do constrangimento ou ameaça que motivou a impetração anterior, desde que os fundamentos do novo *writ* não sejam idênticos aos já julgados.

O recurso de embargos de declaração, do mesmo modo de que é utilizado no processo civil, visa sanar a decisão ou a sentença eivada de vício de ambiguidade, obscuridade, omissão ou contradição.

Tal recurso é altamente utilizado na prática forense tem previsão legal no art. 382, 619 e seguintes, todos do Código de Processo Penal:

Art. 382. Qualquer das partes poderá, no prazo de 2 (dois) dias, pedir ao juiz que declare a sentença, sempre que nela houver obscuridade, ambigüidade, contradição ou omissão.

(...)

Art. 619. Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contados da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão.

Art. 620. Os embargos de declaração serão deduzidos em requerimento de que constem os pontos em que o acórdão é ambíguo, obscuro, contraditório ou omissão.

§ 1º O requerimento será apresentado pelo relator e julgado, independentemente de revisão, na primeira sessão.

§ 2º Se não preenchidas as condições enumeradas neste artigo, o relator indeferirá desde logo o requerimento.

São cabíveis contra decisões proferidas em sede de primeira instância e também contra acórdãos proferidos pelos Tribunais, é endereçado diretamente ao Juiz que proferiu a sentença ou Desembargador relator, visando aclarar o julgado, mas podendo ter efeitos modificativos ou extintivos.

Como outra espécie recursal, cita-se o pouco conhecido recurso de carta testemunhável, lastreado pelos artigos 639 a 646, do Código de Processo Penal:

Art. 639. Dar-se-á carta testemunhável:

I - da decisão que denegar o recurso;

II - da que, admitindo embora o recurso, obstar à sua expedição e seguimento para o juízo ad quem.

Art. 640. A carta testemunhável será requerida ao escrivão, ou ao secretário do tribunal, conforme o caso, nas quarenta e oito horas seguintes ao despacho que denegar o recurso, indicando o requerente as peças do processo que deverão ser trasladadas.

Art. 641. O escrivão, ou o secretário do tribunal, dará recibo da petição à parte e, no prazo máximo de cinco dias, no caso de recurso no sentido estrito, ou de sessenta dias, no caso de recurso extraordinário, fará entrega da carta, devidamente conferida e concertada.

Art. 642. O escrivão, ou o secretário do tribunal, que se negar a dar o recibo, ou deixar de entregar, sob qualquer pretexto, o instrumento, será suspenso por trinta dias. O juiz, ou o presidente do Tribunal de Apelação, em face de representação do testemunhante, imporá a pena e mandará que seja extraído o instrumento, sob a mesma sanção, pelo substituto do escrivão ou do secretário do tribunal. Se o testemunhante não for atendido, poderá reclamar ao presidente do tribunal ad quem, que avocará os autos, para o efeito do julgamento do recurso e imposição da pena.

Art. 643. Extraído e autuado o instrumento, observar-se-á o disposto nos arts. 588 a 592, no caso de recurso em sentido estrito, ou o processo estabelecido para o recurso extraordinário, se deste se tratar.

Art. 644. O tribunal, câmara ou turma a que competir o julgamento da carta, se desta tomar conhecimento, mandará processar o recurso, ou, se estiver suficientemente instruída, decidirá logo, de meritis.

Art. 645. O processo da carta testemunhável na instância superior seguirá o processo do recurso denegado.

Art. 646. A carta testemunhável não terá efeito suspensivo.

Este tipo de recursal tem a finalidade de impugnar decisões de não recebimento dos recursos de agravo na execução penal e o recurso em sentido estrito, sendo modalidade excepcional, cabível quando não há mais o cabimento legal expresso de outra modalidade recursal, para que o juízo *ad quem* conheça do recurso preteritamente interposto.

Quanto ao recurso de agravo no processo penal, previsto no art. 197, da Lei de Execuções Penais, nº 7.210/1984, sendo cabível contra as decisões proferidas em sede de Execução Penal:

Art. 197. Das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo.

No processo penal, como recurso criminal taxativamente previsto, têm-se os embargos infringentes, previsto no art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal:

Art. 609. Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos Tribunais de Justiça, câmaras ou turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária.

Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.

Percebe-se que tem cabimento contra acórdão proferido por tribunal, desde que por meio de decisão não unanime haja ao menos 01 (hum) voto favorável ao réu.

No processo penal, há previsão expressa de utilização do recurso extraordinário (quando há violação a norma ou preceito constitucional) e recurso especial (quando a matéria impugnada se refere à legislação infraconstitucional federal).

Deve-se citar, ainda, o recurso de correição parcial, o qual é utilizado contra decisões incidentais que tumultuarem o processo. O exemplo clássico da utilização de tal instrumento é o caso de indeferimento de oitiva de testemunha devidamente arrolada, sendo meio excepcional de impugnação das decisões judiciais.

A utilização de qualquer dos recursos criminais em espécie e taxativamente elencados no Código de Processo Penal, não obsta a utilização do instrumento processual do *Habeas corpus*.

Este instrumento, por sua vez, pode ser impetrado enquanto ação autônoma de impugnação que cria nova relação processual em que há triangulação de atores judiciais diversos da instalada no processo principal objeto da decisão judicial impugnada.

Ademais, segundo Nelson Nery Júnior²³, o *Habeas corpus* não está taxativamente previsto como recurso na legislação, logo, carece do pressuposto de existência inerentes aos recursos, que, em decorrência do princípio da taxatividade recursal, devem ser expressamente previstos.

²³ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Assim, ante a ausência de previsão do *habeas corpus* como espécie de recurso apto para atacar determinado provimento judicial, o citado autor a classifica como ação autônoma que estabelece nova relação jurídica e processual.

Neste entendimento, classificar o *Habeas corpus* como um recurso em espécie vai de encontro aos princípios recursais da unirecorribilidade e da taxatividade, ao passo que se origina uma relação processual diversa da já posta em juízo, em que a lide ou a causa de pedir seria a própria decisão atacada que dá ensejo a uma ameaça ou a uma lesão de direitos, como aduz José Afonso da Silva²⁴.

Com efeito, o *habeas corpus* enquanto instrumento que visa a desconstituir o julgado, com causa de pedir própria derivada da justa causa. Esta justa causa é compreendida como a ameaça ou a lesão às liberdades e aos direitos da personalidade, portanto, diferente da causa de pedir da ação em que foi proferido o ato judicial combatido.

Há de se mencionar, ainda, que os recursos são interpostos antes do trânsito em julgado da decisão impugnada e da formação de coisa julgada formal e material, conquanto o trânsito em julgado não seja fato processual impeditivo da impetração de *habeas corpus*, o qual, por sua vez, tem o condão de desconstituir a coisa julgada.

Nesse contexto, o *habeas corpus* tem aplicação ampliada no direito brasileiro em variadas áreas do direito, não só restringidos ao campo penal ou criminal. Pode-se utilizar o instrumento processual nas esferas do direito do trabalho, civil e de família, desde que haja a justa causa compreendida como uma ameaça ou lesão à liberdade de locomoção ou aos direitos da personalidade, com causa de pedir e pedidos próprios.

O saudoso professor Dr. Marcellus Pollastri Lima, em aulas ministradas no programa de pós graduação do Mestrado da Universidade Federal do Espírito Santo, costumava mencionar a seguinte expressão ao se referir sobre as classificações do *Habeas corpus* “que tem uma alma de recurso em um corpo de ação”, uma vez que é impetrado como uma ação autônoma para que haja oposição a uma decisão exarada em outro processo.

Quanto ao efeito da impetração do *habeas corpus* em substituição ao recurso taxativamente previsto, a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Dra. Rosa Webber, exerceu a relatoria do *habeas corpus* nº 11.909/SP²⁵, em que aferiu que:

²⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Habeas-corpus* nº 111.909, da 1ª Turma, Brasília, DF, 4 de setembro de 2012. Disponível em:

(...) passou-se a admiti-lo como substitutivo de recursos no processo penal, por vezes até mesmo sem qualquer prisão vigente ou sem ameaça senão remota de prisão. (...) o desvirtuamento do *habeas corpus* também tornou sem sentido o princípio da exaustividade dos recursos no processo legal.

Segundo a Ministra, de nada adianta primar pela celeridade processual e limitar o cabimento dos recursos contra decisões judiciais interlocutórias, antecipatórias ou finais e satisfativas, e, por outro lado, alargar o cabimento do instituto do *habeas corpus* para que substitua o recurso cabível.

Não há efeito substitutivo da ação de *habeas corpus* em face de eventual recurso contra o mesmo ato judicial, já que o *habeas corpus* exige a formação de material probatório previamente constituído de forma pretérita a sua impetração em juízo, como uma via processual mais estreita em relação ao efeito devolutivo da matéria para o órgão julgador *ad quem*, propiciado pela maioria dos recursos.

Corroborando a tese de que o *habeas corpus* não deve substituir o recurso cabível, o voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, relator do HC 109.956/PR²⁶, em relação à utilização do *habeas corpus* como substituto do Recurso Ordinário:

O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer-se de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é sistemática. O *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea 'a', e 105, inciso II, alínea 'a', tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo *Habeas*, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição.

Cumpra implementar — visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o *Habeas* substitutivo, mas o recurso ordinário — a correção de rumos. Consigno que, no tocante a *Habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.

<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=2842081&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%20111909>>. Acesso em: 22 de julho de 2019.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Habeas-corpus* nº 109.956/PR, da 1ª Turma, Brasília, DF, Data de Julgamento: 07/08/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22379023/habeas-corpus-hc-109956-pr-stf/inteiro-teor-110663951?ref=juris-tabs>>. Acesso em 22 de julho 2019.

O julgado foi objeto de publicação do informativo do Supremo Tribunal Federal, de nº 674, de que aduziu ser:

(...) inadmissível impetração de *habeas corpus* quando cabível recurso ordinário constitucional. Com base nessa orientação e na linha do voto proferido pelo ministro Marco Aurélio no caso acima, a 1ª Turma, por maioria, reputou inadequada a via do *habeas corpus* como substitutivo de recurso. Vencido o ministro Dias Toffoli, que se alinhava à jurisprudência até então prevalecente na 1ª Turma e ainda dominante na 2ª Turma, no sentido da viabilidade do *writ*. HC 109956/PR, rel. ministro Marco Aurélio, 7.8.2012.

A utilização do *habeas corpus* em substituição aos recursos pelos operadores do direito, defensores e advogados assiste razão, haja vista que a impetração do *writ* de maneira originária e substitutiva não tem prazo preclusivo e é encaminhado diretamente para processamento pelo relator da causa, portanto, tramita de forma mais célere e viabiliza a apreciação do pedido liminar, o que deixa o momento da impugnação da decisão judicial, por meio de *habeas corpus*, de acordo com a conveniência e oportunidade do impetrante, sem a limitação imposta pela preclusão temporal afeta aos recursos.

A propósito, deve-se ter em mente a necessidade de prezar pela unicidade e racionalização do sistema processual na prática jurisdicional, a fim de garantir a segurança jurídica e pacificação social, tendo em vista que o *habeas corpus* pode ser utilizado para trancar inquéritos policiais, administrativos e judiciais, sendo muito mais amplo o seu cabimento do que meramente na substituição de recursos criminais e para a tutela da liberdade de locomoção direta ou indiretamente afetada.

1.4. O procedimento do *habeas corpus*.

Preliminarmente, no que se refere aos aspetos procedimentais do *habeas corpus*, deve-se delimitar as regras de competência. Para fixá-las, conforme assinala Enio Nakamura Oku²⁷, utilizam-se dos critérios territoriais e hierárquicos, deve, também, perquirir quem é a autoridade coatora que comete ato administrativo, prolate decisão ou ato judicial que enseja em coação ilegal e quem é o paciente, o sujeito de direitos que é ameaçado ou lesado em suas liberdades.

²⁷ OKU, Enio Nakamura. *Habeas corpus no Processo Civil Brasileiro*. Pressupostos de admissibilidade e limites para impetração - teoria e prática. São Paulo: JH Mizuno, 2007. p. 115.

Em regra, será competente para processamento do *habeas corpus* o órgão jurisdicional imediatamente superior pertence o emissor da decisão atacada, ou seja, no geral, a competência para julgamento do *habeas corpus* é delimitada em decorrência da autoridade que praticou o ato coator, compreendido como o agente público ou privado no exercício de função pública.

Caso a autoridade coatora seja agente público de outros poderes que não o poder judiciário, como exemplo, delegado de polícia, ou, até mesmo, um particular, o Juízo de primeiro grau será o competente, ressalvados os casos em que há prerrogativa de foro por exercício de função pública.

Em suma, podem-se esquematizar as regras de competência da seguinte forma: caso a ordem judicial tida como ato coator seja proferida por Juiz do trabalho, por se tratar de um órgão judicial federal, o *habeas corpus* deve ser impetrado no Tribunal Regional Federal de sua região, e não no Tribunal Regional do Trabalho, tendo em vista a competência material para julgamentos que não envolvam matéria trabalhista.

Se juiz autor da ameaça ou coação é vinculado aos Juizados Especiais, o *habeas corpus* deve ser impetrado na Turma Recursal dos Juizados Especiais. Caso a Turma recursal ou um de seus membros cometa a coação ou ameaça a restrição de direitos, o *habeas corpus* deve ser interposto no Tribunal de Justiça ou no Tribunal Regional Federal ao qual a turma ou colegiado que proferiu o acórdão é vinculada.

Importante frisar que a Súmula nº 690 do Supremo Tribunal Federal reconhecia a competência do STF para processamento de *habeas corpus* contra ato de Turma Recursal de Juizado Especial com o seguinte enunciado:

Súmula nº 690 – Compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de “*habeas corpus*” contra decisão de Turma Recursal de Juizados Especiais Criminais.

Ocorre que tal entendimento foi superado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento de agravo regimental, sendo certo que há competência do Tribunal de Justiça Estadual para processar e julgar *habeas corpus* contra decisão de Turma Recursal²⁸:

²⁸ STF - HC-AgR: 89378 RJ, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 28/11/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 15-12-2006.

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TURMA RECURSAL. COMPETÊNCIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 690 DESTA CORTE. I - Compete ao Tribunal de Justiça do Estado processar e julgar *habeas corpus* impetrado contra ato emanado de Turma Recursal. II - Com o entendimento firmado no julgamento do HC 86.834/SP, fica superada a Súmula 690 desta Corte. III - Agravo regimental desprovido.

Já quando a autoridade coatora for vinculada ao juízo de direito de 1º grau, o *habeas corpus* deve ser impetrado no respectivo Tribunal de Justiça; caso seja proveniente de juízo federal de 1º grau, o *habeas corpus* é processado no Tribunal Regional Federal; se o ato coator for realizado por Desembargador de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal, estes são as autoridades coadoras, sendo cabível *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça; se o ato coator é emanado de ato de Ministros ou Turmas de Tribunal Superior, o *habeas corpus* deve ser processado no Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, a competência pode ser delimitada em função do paciente que suporta lesão ou ameaça ao direito de locomoção e, ainda, à determinados direitos da personalidade. Tem-se o processamento no Supremo Tribunal Federal em caso do paciente ser Presidente da República; Vice-Presidente; Ministros de Estado; Comandantes das Forças Armadas; integrantes do poder legislativo do Congresso Nacional, os Deputados e Senadores; Procurador Geral da República; Ministros membros dos Tribunais superiores e, ainda, os conselheiros do Tribunal de Contas da União.

Já o Superior Tribunal de Justiça, julga originariamente o *habeas corpus* de autoridades coadoras ou pacientes quando se tratar de Governador de Estado ou do Distrito Federal; Desembargador de Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais; Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais Regionais do Trabalho; Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e Distrito Federal; dos Tribunais de Contas dos Municípios; membros do Ministério Público da União que oficiam nos Tribunais.

Tendo em vista se tratar de ação autônoma de impugnação com cognição sumária e de rito especial, segue procedimento próprio. Conforme aduzem Rodrigo Reis Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves²⁹ acerca da diferenciação entre processo e procedimento, este último deve ser compreendido enquanto sequência de atos concatenados que, quando materializados, dão forma ao processo em autos físicos ou eletrônicos devidamente autuados, ou seja, é a maneira de se desenvolver a relação processual ao longo do tempo. Este elemento é essencial

²⁹ GONÇALVES, Tiago Figueiredo; MAZZEI, Rodrigo Reis. Visão geral dos procedimentos especiais no novo Código de Processo Civil. In: BUENO, Cassio Scarpinella. (Org.). PRODIREITO: *Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito*: Ciclo 1. Vol. 2. Porto Alegre: Artmed, 2015, p. 97-128.

ao processo, do qual resulta a complexidade de atos ordenados e logicamente praticados com ações, reações e decisões exaradas de maneira formal e sistematicamente organizadas.

Dito isso, o *habeas corpus*, enquanto ação de natureza constitucional para proteção da liberdade e demais direitos da personalidade, clama por maior celeridade em sua tramitação e julgamento para que haja a efetiva tutela do direito material objeto do processo. Assim, o procedimento em sede de ação de *habeas corpus*, conforme explica Enio Nakamura Oku³⁰:

(...) estrutura-se de maneira sumária, desenvolvendo-se por intermédio de atos processuais concentrados, da qual também decorre a eficácia imediata e auto-executoriedade da sentença nele proferida. A legislação não fixa prazos em dias nem permite, em regra, a abertura de dilação probatória. Dota-o, ainda, de preferência de conhecimento e de julgamento em relação às demais formas de provocação da atividade judicante do Estado-juiz, gerando a celeridade na tramitação do *writ*. Aliás, a primazia da ação constitucional em apreço é evidenciada no art. 17 da Lei 1.533 de 31 de dezembro de 1951 (Lei do Mandado de Segurança – LMS), do qual se deflui que os processos de *Habeas corpus* terão prioridade sobre todos os atos judiciais, inclusive sobre o mandado de segurança.

Deste modo, demonstra-se a importância do instituto processual do *habeas corpus* enquanto instrumento célere, hábil e efetivo para que haja a devida tutela dos direitos extrapatrimoniais dos jurisdicionados.

O rigor formal reduzido em sua tramitação e seu processamento pode ser percebido facilmente, a começar pela possibilidade de redação da petição inicial de forma simplificada, podendo, ainda, ser assinada por quem sequer possui capacidade postulatória para atuar em juízo.

Por fim, para ratificar a ampliação do uso do *habeas corpus*, o *writ* pode ser impetrado por telegrama, correios e fax direcionado ao juízo competente.

Importante mencionar decisão histórica proferida pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence³¹ que, desde o ano de 2003, admitiu o uso do remédio heroico fora da matéria penal, conforme trecho seguinte:

(...) o âmbito normativo da disciplina do *habeas corpus* pelo Código de Processo Penal e legislação complementar compreende toda e qualquer impetração do remédio constitucional, independente de ser ou não penal a questão de fundo a

³⁰ OKU, Enio Nakamura. *Habeas corpus no Processo Civil Brasileiro*. Pressupostos de admissibilidade e limites para impetração - teoria e prática. São Paulo: JH Mizuno, 2007. p. 129

³¹ STF, AI nº 423277/SC AgRg/SC, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 18/02/2003, publicado em 11.04.2003.

deslindar na verificação da legalidade ou não do constrangimento ventilado à liberdade de locomoção do paciente.

O regime jurídico do procedimento do *habeas corpus* está previsto nos art. 647 e ss., do Código de Processo Penal.

Como se observa, a legislação processual penal traz regramento específico para apreciação do *habeas corpus*, com os requisitos mínimos para a exordial, a configuração da coação ilegal, da prioridade na tramitação, das regras de competência, dentre outros.

Outro tema referente ao procedimento do *habeas corpus* é remanescente à dilação probatória e à cognição realizada em seu processamento. É sabido que as técnicas processuais são idealizadas para que haja a devida congruência entre o direito material tutelado e direito processual enquanto instrumento para devolver a matéria ou o objeto litigioso ao mundo dos fatos após a devida apreciação.

A cognição, enquanto ato de inteligência consiste no ato do sujeito em realizar uma análise e apreciar o caso, formando-se um juízo de valor jurídico com os argumentos e provas trazidos pelo judicante.

Pode-se afirmar que a cognição é uma relação intangível entre um sujeito cognoscente e o objeto cognoscível. Neste sentido, Marcelo Abelha Rodrigues³² afirma que:

A cognição é uma palavra transitiva que pressupõe uma relação existente entre um sujeito (cognoscente) e um determinado objeto (cognoscível). Dependendo do grau de intensidade (em relação à verticalidade), ou de amplitude (horizontal), a cognição pode assumir diferentes denominações. A cognição admite, basicamente, dois planos de conhecimento jurisdicionais: 1. A cognição horizontal, indelevelmente enraizada na extensão desse 'relacionamento' entre cognoscente e cognoscível, dividindo-se em plena e parcial. 2. A cognição vertical, intimamente ligada à profundidade e à intensidade do relacionamento entre o juiz (cognoscente) e o objeto litigioso (cognoscível). Esta biparte-se em exauriente e sumária.

Pode-se complementar o conceito acima formulado com o elaborado por Kazuo Watanabe, ao afirmar que a cognição³³:

(...) é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o

³² RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de direito processual civil. 6. ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 390.

³³ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, p.58 e 59.

fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.

A cognição é a atividade exercida no momento em que a demanda judicial é apreciada, quando o julgador afere as alegações de fato, o direito e as provas produzidas durante a instrução do processo judicial, para que, então, seja emitido um juízo de valor.

A atividade cognitiva pode ter sentido horizontal, no sentido da amplitude alcançada, sendo plena ou parcial ou ter sentido vertical, ligada a profundidade do exame do mérito da demanda posta, podendo ser exauriente quando resolve a questão jurídica da maneira mais pormenorizada possível em relação ao objeto, ou sumária, em que se exerce um juízo de probabilidade sobre o objeto, seja pelo momento processual da apreciação, ou pela carga valorativa que possa se extrair das alegações e provas produzidas.

No procedimento do *habeas corpus*, por tratar de uma ação processual de conhecimento, preventiva, repressiva ou liberatória, via de regra, aplica-se a cognição vertical exauriente e plena sobre o objeto judicial, para que haja a devida comprovação da ameaça ou lesão, enquanto causa de pedir que lastreie o *habeas corpus*.

Não obstante, quando requerida tutela antecipatória em sede de *habeas corpus*, para sua apreciação e deferimento do pleito, basta a cognição sumária e eventual levando em conta o direito ali vindicado e o ônus processual do tempo, o qual pode fulminar com o objeto litigioso. Ainda que seja proferida decisão em sede liminar com cognição sumária, em determinado momento processual, deverá ser dada uma decisão ulterior lastreada em cognição plena sobre o objeto litigioso.

Quanto à cognição, em seu plano horizontal, há quem defenda a tese de que, em sede de julgamento de *habeas corpus*, esta pode ser mais restringida, conforme aduz Enio Nakamura Oku³⁴:

A limitação mais significativa ocorre no plano horizontal da cognição. No âmbito restrito do *habeas corpus*, não se pode examinar de forma apurada qualquer espécie de questão. Tal como sucede na esfera criminal, nos estreitos limites do *writ* só se permite investigar a questão sob o aspecto da legalidade; por exemplo, se a prisão foi decretada por autoridade competente, se foi respeitado o devido processo legal, se o decreto prisional está suficientemente fundamentado etc. O *habeas corpus* não é meio hábil para ingresso no mérito da decisão que decreta a prisão civil. Os critérios de conveniência e oportunidade da medida extrema só podem ser revisados e dirimidos pelos Tribunais por via de recurso próprio.

³⁴ OKU, Enio Nakamura. *Habeas corpus no Processo Civil Brasileiro*. Pressupostos de admissibilidade e limites para impetração – teoria e prática. São Paulo: JH Mizuno, 2007.

Contudo, na realidade, esta não parece ser a melhor opção adotada, muito em razão de o *habeas corpus* ser uma ação constitucional para defesa de direitos ligados à liberdade de ir e vir, de ordem extrapatrimonial. Deve, portanto, ter seu alcance estendido também ao mérito da ordem ou da decisão judicial que ameaça ou lesa tais direitos.

Nesse sentido a cognição horizontal não pode e nem deve ser restrita à legalidade ou a aspectos formais que performaram o ato judicial, ato administrativo ou ato advindo de particular a ser combatido pelo *writ*.

A ausência de instrução processual probatória no procedimento do *habeas corpus*, de maneira alguma, se confunde com impossibilidade de persecução da verdade real dos fatos e da causa de pedir que lastreiem o pleito realizado.

Nesse ponto, a sumarização do procedimento de *habeas corpus* leva à técnica de redutibilidade da extensão cognitiva judicial sobre o objeto processual. Desse modo, a prova de produção complexa ou que demore a ser realizada no decorrer do processo é de produção vedada com vistas a conferir, justamente, maior celeridade e efetividade à aplicação da devida tutela de direito material por meio do *writ*.

Inerente ao tema, as regras de distribuição do ônus da prova em sede procedimental do *habeas corpus*, previstas no art. 373 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Tais dispositivos trazem regramento aplicável também ao *writ*, cabendo ao impetrante arcar com seu ônus probatório inicial e fornecer todos os elementos indispensáveis que evidenciem a probabilidade de seu direito, para que, de plano, possa haver o deferimento do pedido, ainda que concedido em sede de cognição sumária e em tutela processual temporária.

Assim, trata-se de ação constitucional que requer prova pré-constituída do direito vindicado, ou seja, a lesão ou ameaça à liberdade ou a direitos extrapatrimoniais devem ser demonstradas de plano na exordial da ação de *habeas corpus*, sendo indicado instruir o processo com todos os documentos que comprovem o ato coator ou ameaçador.

Constata-se, portanto, que a cognição é limitada ou reduzida em razão da celeridade e prioridade máxima de tramitação do processo de *habeas corpus*, marcado pela agilidade da resposta ao jurisdicionado e da entrega efetiva da prestação jurisdicional. Sendo apreciada a prova documental colaciona nos autos que, caso forem produzidas de forma insuficiente pela parte autora, geram a extinção do feito sem resolução do mérito.

De acordo com Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³⁵, com o advento da Constituição de 1988, o valor efetividade passou a incorporar o ordenamento jurídico brasileiro, daí a importância ainda maior do instituto do *habeas corpus* para devida tutela do direito material.

É certo que para que haja um provimento judicial seguro é necessário despender certo tempo na formação da cognição plena sobre o objeto do processo. No entanto, nem sempre a cognição exauriente é a técnica processual mais adequada à tutela dos direitos.

Consoante Marcelo Abelha Rodrigues³⁶, para combater os males deletérios do tempo do processo que podem aniquilar o direito material, deve-se utilizar as técnicas antecipatórias com cognição sumária.

Durante muito tempo a literatura jurídica debateu o tema das tutelas de urgência antecipatórias cautelares e satisfativas. O Código de Processo Civil de 1973 trazia o processo cautelar como um instituto processual autônomo, marcado eminentemente pelo formalismo da técnica processual exagerada, que, por muitas vezes, prejudicavam a devida tutela do direito material da relação jurídica em juízo, ao passo que o processo cautelar tinha o viés assecuratório, sem antecipar, desde logo, os efeitos do direito material vindicado pela parte.

Com o advento da Constituição de 1988, passou a garantir a devida tutela jurisdicional como

³⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Perfil dogmático da tutela de urgência. In: *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 70, ano XXIV, jul. 1997. p.218.

³⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela provisória no NCPC. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 18, n. 97, p. 15-61, maio/jun.- 2016. p.16.

direito de ordem fundamental, enquanto tutela eficaz aplicada em tempo razoável, significando a Constituição o fundamento maior das tutelas de urgência.

Após, no ano de 2002, houve reformas processuais do Código de Processo Civil de 1973, que passou a prever a tutela antecipada de natureza satisfativa ao lado do processo autônomo de natureza cautelar, que causou divergência nos operadores do direito e na aplicação prática dos institutos, culminando com uma indesejada insegurança jurídica, ainda que posteriormente tenha sido instituída a fungibilidade entre as tutelas com a reforma processual do ano de 2002.

Assim, temos dois valores processuais garantidos em nossa Constituição que devem coexistir no ordenamento jurídico: a efetividade da tutela processual e a segurança jurídica. Isso porque, quanto mais tempo demora a tramitação de um processo, mais tempo perdura a situação jurídica de injustiça e incerteza, que são concebidos como danos indesejáveis à jurisdição e ao jurisdicionado.

É certo que para que haja um provimento judicial totalmente seguro é necessário despender certo tempo na formação da cognição plena e exauriente sobre o objeto do processo. No entanto, conforme salientado, nem sempre a cognição exauriente é a técnica processual que melhor tutela direitos. Por isso, utilizam-se as técnicas antecipatórias com cognição sumária.

O Código de Processo Civil de 2015 buscou sistematizar a tutela de urgência como gênero que se divide em espécies cautelar e antecipatória satisfativa para fomentar a efetividade do processo e distribuir o ônus do tempo para quem demonstra ter o direito. Visa, assim, evitar a perda de tempo, de oportunidades, de expectativas, do próprio objeto do processo e de gozo do bem da vida de direito material tutelado juridicamente.

Como assevera Daniel Mitidiero³⁷, a técnica antecipatória deve servir para adequar o processo às especificidades do direito material posto em juízo, para satisfazer ou assegurar os interesses jurídicos ali colocados, sendo estruturada pela cognição sumária que enseja um provimento provisório e num momento anterior ao provimento final.

Há quem diga que a tutela cautelar e a antecipatória de caráter satisfativo não teriam autonomia relevante entre si, neste sentido elucida José Roberto dos Santos Bedaque³⁸, sob o fundamento de que ambas visam assegurar a efetividade da tutela definitiva. Outro argumento utilizado por quem defende tal posição é de que os requisitos de concessão foram

³⁷ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2017.

³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

sistematizados e unificados em probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Com efeito, apesar das semelhanças entre os requisitos autorizadores de sua concessão, o correto entendimento é o de que há autonomia entre as tutelas provisórias de natureza cautelar e as satisfativas.

Ambas são dotadas de sumariedade de cognição, temporariedade, revogabilidade e provisoriedade quando comparadas com o provimento final, podem, também, ser requeridas de forma antecedente ou incidentalmente ao processo.

Inobstante, haverá sempre um toque ou grau de satisfação do direito em ambas as tutelas antecipatórias de urgência, pois permitem atos de execução desde a sua concessão ou garantem eventual execução futura da tutela jurisdicional, ainda que, por vezes, em sede de execução provisória.

Por exemplo, no caso de deferimento de pedido de arresto de bens, conquanto não seja antecipado o direito material e o pedido principal do processo em si, há satisfação do jurisdicionado de ver uma futura execução garantida pelos bens arrestados.

Diferente é o grau de satisfação do direito que ocorre com a decisão liminar de concessão da ordem de *habeas corpus* que já antecipa o que é requerido de forma satisfativa pelo impetrante ao paciente. Assim, a depender da relação jurídica de direito material posta pode ser observada se a tutela tem natureza cautelar ou satisfativa.

Estar-se-á diante de uma tutela de urgência de natureza antecipatória cautelar quando há o viés assecuratório ou conservatório ligado ao resultado do possível provimento final e principal da demanda judicial.

Por outro lado, estar-se-á diante de uma tutela de urgência de natureza satisfativa quando, de fato, os efeitos do provimento final são antecipados. Portanto, a tutela de natureza cautelar tem o escopo de resguardar, assegurar e garantir o resultado útil do provimento final, sem, contudo, adiantar o próprio resultado final do processo, por isso a opção do legislador em não conferir estabilidade aos seus efeitos como previsto para tutela antecipatória de natureza satisfativa.

A tutela de natureza cautelar se origina do receio da inutilidade do processo caso aguarde o provimento final. Consequentemente, prepondera a natureza conservativa e assecuratória com uma medida que faz referência ao provimento final, num viés de resguardo ao interesse

público de que o processo seja efetivo em sua totalidade e não sobrevenha uma sentença ou decisão judicial inócua.

Nesta espécie, busca-se a devida preservação do status quo, para que seja possível uma futura execução ou adimplemento no mundo dos fatos de determinada decisão jurídica. O que se visa é a incolumidade de determinada prova e o cumprimento da decisão judicial futura.

Já a tutela antecipada satisfativa tem como finalidade a eliminação da situação de perigo ou de injustiça com a antecipação dos efeitos da tutela de mérito requerida na exordial. Há um grau de satisfatividade bem mais elevado do que a concedida em caráter cautelar, tendo em vista que antecipa o próprio objeto principal da questão jurídica discutida no processo, logo, visa a prevenir o dano ou remover seus efeitos, caso já praticados.

Com isso, podemos afirmar que a tutela de urgência de natureza antecipada satisfativa visa a conferir o adiantamento dos efeitos do provimento final, que deve ser reversível.

Portanto, há diferença tanto na origem das tutelas, quanto em suas finalidades e objetos jurídicos tutelados, devendo ser identificadas de acordo com a natureza do dano, do ilícito e da relação de direito material, para serem tratadas como antecipatórias cautelares ou satisfativas em que pese à mencionada divergência na literatura jurídica.

Sem embargos, há de se compatibilizar ambos os postulados de efetividade e segurança, objetivando interesse público de fazer justiça, sem sacrifício do postulado preterido, de acordo com a relação de direito material posta, com a devida técnica processual enquanto meio de se chegar ao resultado pretendido.

Em suma, a tutela provisória é um gênero, que se divide em tutela de evidência, quando há elevado grau de certeza ou incontroversa sobre o direito alegado e na tutela de urgência, a qual se subdivide, ainda, nas espécies antecipatória de caráter cautelar e antecipatória de caráter satisfativo, podendo também ser classificadas de acordo com o momento em que é formulada, em sede antecedente à demanda principal ou incidentalmente ao processo já em andamento.

As tutelas antecipatórias de evidência e urgência, satisfativas ou cautelares foram idealizadas para fomentar a efetividade do processo, distribuir o ônus do tempo do processo, de modo a evitar perda de oportunidades, tempo, expectativas, do próprio direito e do bem da vida tutelados enquanto objetos principais do processo.

Conforme aludido nas linhas acima, em decorrência do direito material tutelado em *habeas*

corpus, há grande utilização de pedido liminar por parte dos impetrantes em seu procedimento. Mesmo porque, de que adiantaria a previsão constitucional de instrumentos jurídicos para tutela de direitos fundamentais ligados à personalidade e à dignidade do ser humano em sua forma mais evidente se, no plano dos fatos, carecer de eficácia e eficiência na tutela do direito material pleiteado.

Com efeito, em que pese à constatação de que o *habeas corpus* tramita de forma sumaríssima e com prioridade máxima em detrimento dos demais procedimentos judiciais. Muitas vezes seu processamento integral para prolação de decisão final de cunho satisfativo demanda ônus temporal dilatado devido à necessidade de requisição de informações à autoridade coatora, manifestação do Ministério Público, dentre outros trâmites que podem tornar sem efeito ou inócuo o provimento exarado em decisão final, ainda que favorável ao impetrante, paciente lesado ou ameaçado.

Tais verificações conferem ainda maior importância à liminar no procedimento do *habeas corpus* com vistas à efetivação do acesso à justiça e da adequação da tutela. Para que haja concessão e deferimento da ordem requerida em sede liminar é necessário à indicação precisa da ilegalidade ou da ameaça suportada para formação da probabilidade do direito alegado e, outrossim, do perigo da demora na espera da decisão final.

Como assevera Daniel Mitidiero³⁹, a técnica antecipatória deve servir para adequar o processo às especificidades do direito material posto em juízo, para satisfazer ou assegurar os interesses jurídicos ali colocados, sendo estruturada pela técnica de cognição sumária que enseja um provimento provisório proferido em momento anterior ao provimento final, como também ocorre no julgamento do pleito liminar no *habeas corpus*.

Apesar da sistematização concebida pelo Código de Processo Civil de 2015, há discussão na literatura jurídica se a tutela liminar tem caráter cautelar ou satisfativo em referência ao provimento final. É verdade que as tutelas antecipatórias de caráter cautelar ou satisfativa são dotadas de sumariedade de cognição, revogabilidade e provisoriedade, podendo ser requeridas de forma antecedente ou incidentalmente ao processo.

Haverá sempre um grau de cumprimento ou garantia do direito nas tutelas antecipatórias de urgência, pois permitem atos de execução desde sua concessão, com início da fase executiva do provimento jurisdicional concedido.

³⁹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.69.

Como salientado, a tutela de natureza cautelar tem o escopo de resguardar o resultado útil do provimento final, sem, contudo, adiantar seus efeitos, por isso a opção do legislador em não conferir estabilidade à tutela cautelar.

Já a tutela antecipada satisfativa tem como finalidade a eliminação da situação de perigo ou de injustiça, de prevenção ou remoção do dano e do ilícito, com a antecipação de um ou de todos os efeitos da tutela final requerida na exordial. Há, aqui, um grau de satisfatividade bem mais elevado, sendo esta a natureza jurídica concebida quase que na totalidade das tutelas liminares requeridas em *habeas corpus*.

Ratifica esse entendimento o autor Nelson Nery Júnior⁴⁰, ao aferir que a liminar do procedimento de *habeas corpus*, bem como das demais ações constitucionais antecipa os efeitos executivos do eventual provimento judicial de mérito na demanda.

Na esfera civil, a concessão da liminar no *habeas corpus* corresponde a uma antecipação dos efeitos da decisão final que se traduz na invalidação ou na retirada do ato impugnado do mundo dos fatos, o que pode ser concebido mediante a suspensão dos efeitos do ato coator, em sede liminar.

O *habeas corpus* tem seu procedimento sistematizado no Código de Processo Penal de 1941, previsto no Livro III, Título II, Capítulo X: Dos Recursos. Sua topologia é tida como um erro legislativo crasso e inescusável, enquanto o entendimento majoritário na literatura e nos Tribunais é o de que o *habeas corpus* é ação autônoma ou, como aludido por Eduardo Texeira Farah, uma ação *sui generis*.

O autor, em apontamentos sobre o *habeas corpus*, afirma que “a natureza jurídica deste instituto trata-se de espécie de ação *sui generis*, cuja forma abreviada requer a aplicabilidade dos princípios inerentes ao direito de petição, quanto aos pressupostos, e os de ação quanto aos restantes”.⁴¹

Assim, enquanto ação autônoma de caráter constitucional deve respeito aos princípios da legalidade, ampla defesa, contraditório, *in dubio pro reo*, além de seguir os requisitos das condições da ação, pressupostos processuais, interesse de agir, adequação, possibilidade jurídica do pedido e legitimidade da tutela perante a causa ou ao objeto jurídico.

Nesse contexto, pelo escopo do instituto jurídico, a petição inicial deverá ser imediatamente

⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson. Procedimento e tutela antecipatória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.p.381.

⁴¹ FARAH, Eduardo Texeira. Apontamentos sobre o *Habeas corpus*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. - São Paulo, Ano 12, n. 23 – Jan-jun/2009. p 73 – 95.

distribuída, processada e apreciada com total preferência pelo órgão estatal julgador em relação aos demais procedimentos em trâmite no juízo.

O impetrante pode ser qualquer pessoa física, podendo postular em causa própria ou em favor de terceiros, ainda que não tenha capacidade técnica como advogado, detém a capacidade postulatória para a demanda de *habeas corpus*. Evidente que o Ministério Público também é legítimo para impetração da ação constitucional.

Por oportuno, a nomenclatura jurídica impetrar está tecnicamente ligada ao início de uma demanda judicial inerente às ações constitucionais referentes a tutela dos direitos fundamentais, chamadas também de ações mandamentais, enquadrando-se o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança e o mandado de injunção, que tecnicamente são impetradas, por meio de protocolização de uma petição inicial perante o poder judiciário.

Já o paciente é o sujeito lesado ou ameaçado de sofrer lesão, com possibilidade de tutela de qualquer indivíduo, inclusive menor e pessoa estrangeira, tendo como requisito da jurisdição, se encontrar em território nacional brasileiro.

Aqui, o termo indivíduo empregado na Constituição da República fica adstrito às pessoas físicas; portanto, as pessoas jurídicas, como sociedades empresariais, associações e fundações de direito público ou privado não tem legitimidade para figurar como pacientes em sede de *habeas corpus*.

As pessoas jurídicas podem ser impetrantes para proteção de direitos de outro indivíduo que seja pessoa física, como exemplo, pode-se imaginar o caso em que uma pessoa jurídica de direito privado constituída como sociedade empresarial impetra *habeas corpus* para tutela de direito de seu sócio administrador (pessoa física). Outrossim, também são pessoas protegidas pelos direitos da personalidade, naquilo que lhe é cabível. tendo direitos da personalidade, logo podem ser pacientes em medidas excepcionais e se beneficiar do *habeas corpus*.

Não bastasse, o próprio juiz da causa pode conceder a ordem de *habeas corpus* de ofício, ainda que seja a autoridade coatora que tenha expedido e determinado a prisão ou o ato judicial que constrinja direitos à liberdade e outros conexos, sem que haja manifestação formal do paciente.

Isso porque, diante da constatação da ilegalidade ou ameaça em seu próprio ato, por ser medida mais célere e efetiva à tutela do direito e matéria de ordem pública, não se faz necessário aguardar a manifestação da instância superior à qual o seu juízo está vinculado.

Quanto à possibilidade de impetrar *habeas corpus* contra ato de promotor de justiça, quando este oferece denúncia, esta deve ser rechaçada, ao passo que, no exercício de sua função o promotor apenas realiza pedido ao juízo, sendo este a autoridade competente para figurar como legitimado passivo no *habeas corpus*, não obstante a possibilidade de a denúncia formulada ser totalmente indevida ou ilegal. Ainda há discussão sobre o promotor figurar como autoridade coatora quando requer instauração de inquérito, sendo ilegítimo para figurar como tal⁴².

A participação ou a intervenção do Ministério Público não era obrigatória na tramitação do *habeas corpus*, embora, em decorrência natural do exercício de sua função, poderia obter acesso e vista dos autos. Porém, houve a revogação do art. 611, do Código de Processo Penal, pelo Decreto-lei nº 552/1969, sendo obrigatória a vista do *Parquet* aos autos processuais da ação *habeas corpus*, podendo intervir no feito em seu processamento na origem ou em instâncias superiores.

O interesse de agir para o *writ* excepcional está ligado à ideia de justa causa. O impetrante deve informar detidamente qual a ameaça ou a lesão que enseja coação ilegal de direitos ao paciente ou, em outras palavras, o que gerou o constrangimento ou receio de eventualmente ser constrangido para que se faça necessário o manejo do *habeas corpus*.

Deve-se frisar que a simples recepção de ação judicial ou da denúncia formalizada e recebida pelo magistrado não o torna autoridade coatora, haja vista a possibilidade de concessão do *habeas corpus ex officio* em decisão judicial.

Uma das características formais peculiares ao procedimento do *habeas corpus* é a apresentação do paciente em caso de o jurisdicionado estar preso, de acordo com os artigos 656 e 657 do Código de Processo Penal:

Art. 656. Recebida a petição de *habeas corpus*, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar.

Parágrafo único. Em caso de desobediência, será expedido mandado de prisão contra o detentor, que será processado na forma da lei, e o juiz providenciará para que o paciente seja tirado da prisão e apresentado em juízo.

⁴² Neste sentido, ao abordar o tema do membro do Ministério público figurar como autoridade coatora quando da propositura de requisição de instauração de inquérito, Pedro Henrique Dermician e Jorge Assaf Maluly, afirmam que “ não se pode considerar coator o promotor que requer ou solicita à autoridade policial instauração de inquérito, já que não se cogita expedição de ordem legal, mas simples pedido”. DERMICIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Habeas corpus*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p.26.

Art. 657. Se o paciente estiver preso, nenhum motivo escusará a sua apresentação, salvo:

I - grave enfermidade do paciente;

II - não estar ele sob a guarda da pessoa a quem se atribui a detenção;

III - se o comparecimento não tiver sido determinado pelo juiz ou pelo tribunal.

Parágrafo único. O juiz poderá ir ao local em que o paciente se encontrar, se este não puder ser apresentado por motivo de doença.

Trata-se, portanto, de um direito do paciente, salvo as exceções contidas na legislação alhures mencionada, dentre elas, por motivo de doença grave e indicação equivocada do órgão detentor do paciente no requerimento formulado pelo impetrante, ou seja, o paciente não está sob a guarda de quem fora indicado ou se encontra em lugar diverso do apontado na exordial do *habeas corpus*. No entanto, na prática, a apresentação do paciente ao juízo não é comumente realizada.

Efetuada esses atos procedimentais e interrogado o paciente, como condições e atos judiciais necessários à instrução do processo, o juízo deverá decidir sobre o pleito nos termos dos artigos 658 e 660 do Código de Processo Penal, em até 24 (vinte e quatro) horas, conforme prescrição legal.

Em caso de decisão favorável ao paciente, este deverá ser colocado em liberdade desde logo, mediante expedição de alvará judicial e o juiz determinará que cesse o constrangimento ilegal ou, em caso de ameaça ao paciente, expedirá salvo-conduto preventivo.

Em regra, a decisão não tem eficácia de colocar termo ao processo principal, salvo se o juízo expressamente decidir nesse sentido. Se for expedido em decorrência de nulidade do processo que ensejou a coação ilegal, o processo deve ser renovado, conforme preconiza o art. 652, do Código de Processo Penal.

Com isso, pode-se concluir que a decisão judicial proferida em *habeas corpus* não fará coisa julgada, não impede a ocorrência de atos processuais ou futuro pronunciamento e condenação do paciente autor da ação.

O *habeas corpus* serve também para combater atos administrativos que tem por finalidade a proteção do interesse público primária, sendo viável e, até mesmo, desejável que se aplique a teoria da invalidade dos atos administrativos no processamento do *habeas corpus*, de acordo com o art. 53 da Lei nº 9.784/1999:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Assim, dado a ampliação do alcance do instituto, mormente em matéria civil e envolvendo o direito público, fora da esfera criminal, quando o ato combatido se distancia dos requisitos de validade e civil a própria finalidade ensejam a abusividade do ato que pode vir a violar o bem da vida relacionado à liberdade, sem a qual o exercício de outros direitos, inclusive o da personalidade, ficam obstados.

CAPÍTULO 02

A IMPETRAÇÃO DO *HABEAS CORPUS* EM MATÉRIA CIVIL

2.1. O *habeas corpus* como sucedâneo recursal.

Para conceituar os sucedâneos recursais, por distinção, deve-se diferenciar das ações ou demandas autônomas de impugnação, classificadas como aquelas em que sempre será observada a origem de um novo processo judicial diverso do que foi exarada a decisão atacada, como exemplo temos a ação rescisória, o mandado de segurança, os embargos de terceiro, dentre outras demandas judiciais autônomas que servem para impugnar decisões judiciais.

Noutro lado, temos os recursos que são regidos pelo princípio da taxatividade, em que somente se pode considerar um recurso quando expressamente previsto na legislação, assim não dão ensejo à abertura de novo processo, mantendo a relação jurídica processual estabelecida pela decisão atacada.

Já os instrumentos processuais caracterizados como sucedâneos recusais são aqueles que, por exclusão, não se enquadram nem como ações autônomas de impugnação, tampouco como recursos.

Com efeito, os sucedâneos não originam novo processo, tampouco são tratados pela Lei como recursos, portanto, carecem da tipicidade e taxatividade inerente a estes. Como exemplo pode ser citados a remessa necessária em processos que a fazenda pública resta sucumbente em primeiro grau de jurisdição e o pedido de reconsideração.

Por sua vez, sobre o tema, Humberto Theodoro Junior afirma que “recurso em direito processual pode ser definido como o meio ou remédio impugnativo apto para provocar, dentro de uma relação processual ainda em curso, o reexame de decisão judicial”.⁴³

Dentre as características inerentes ao recurso, destaca-se a voluntariedade, a previsibilidade expressa em lei federal, a continuidade do desenvolvimento do processo em tramite no qual a decisão atacada foi publicada e tem a finalidade de reforma, anulação, invalidação, integração ou esclarecimento da decisão impugnada.

Assim, recurso é o instrumento derivado do inconformismo das partes processuais com o provimento jurisdicional e enseja o conseqüente reexame da matéria de fato ou de direito julgada pelo Tribunal formado por desembargadores, Colegiado ou Turma Recursal composta por magistrados competentes.

Necessário observar que a interposição do recurso se dá nos autos do mesmo processo perdurando a pendência da mesma lide processual, de modo a não ensejar a propositura de nova ação. Neste sentido, manifestam-se Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier⁴⁴:

O recurso prolonga o estado de litispendência, não instaura processo novo. É por isso que estão fora do conceito de recurso as ações autônomas de impugnação, que dão origem a processo novo para impugnar uma decisão judicial (ação rescisória, mandado de segurança contra ato judicial, reclamação, embargos de terceiro etc).

Realizada tal digressão, infere-se que o recurso é instituto processual que torna possível um novo exame da sentença em segundo grau de jurisdição devido à indignação provocada num

⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. III. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁴⁴ DIDIER Jr., Fredie, *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal* / Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha — 13. ed. reformn. — Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. v. 3. 720 p. Versão digital.

primeiro posicionamento jurisdicional exarado em sentença.

Trata-se, aqui, de uma condição de eficácia da sentença, sem a qual não há produção dos efeitos jurídicos do posicionamento jurisdicional contrário à fazenda pública, haja vista que sem a reanálise da decisão não há o trânsito em julgado formal, sendo inviável também o manejo de uma ação rescisória, conforme alude Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier Jr.⁴⁵:

O reexame necessário condiciona a eficácia da sentença à sua reapreciação pelo tribunal ao qual está vinculado o juiz que a proferiu. Enquanto não for procedida à reanálise da sentença, esta não transita em julgado, não contendo plena eficácia. Desse modo, não havendo o reexame e, conseqüentemente, não transitando em julgado a sentença, será incabível a ação rescisória.

Outro exemplo a ser mencionado é o pedido de reconsideração direcionado ao mesmo juízo que expediu a decisão, tendo como finalidade que o mesmo reveja seu posicionamento e modifique a decisão atacada, sem que seja considerado interposto um recurso em sentido estrito.

Já o instrumento processual da correição parcial é considerado um meio de impugnação contrário aos provimentos jurisdicionais lastreados por erro quanto aos atos e forma procedimental, bem como quando há abuso por parte do juízo, sendo cabível de maneira excepcional quando não há recurso específico previsto na Lei, mas cause prejuízo às partes processuais, por exemplo, quando o procedimento adotado é contraditório com o entendimento esposado pelos tribunais superiores em sede de julgamento de recursos repetitivos ou precedentes forte afetados com efeito vinculante.

Há de se falar, ainda, da reclamação, prevista originariamente no art. 13, da Lei 8.038/1990, o qual foi revogado pelo art. 988, em capítulo IX, do Código de Processo Civil de 2015, topograficamente localizado logo antes do Título II do diploma legal que cuida dos recursos cíveis.

Assim, cabível a reclamação para preservação da competência do órgão julgador ou tribunal, garantia da autoridade da decisão judicial proferida por tribunal; preservar os enunciados sumulados de maneira vinculante, garantir o respeito às decisões exaradas em sede de controle concentrado de constitucionalidade e a observância de entendimento formulado em acórdão proferido no julgamento de demandas repetitivas.

⁴⁵ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 7ª ed. Salvador/BA: Juspodivm, 2009, v. 3.

Parcela da literatura jurídica entende que todos os meios de impugnação de decisões judiciais que não são taxativamente previstos como recursos se enquadrariam como sucedâneo recursal, portanto, quando o *habeas corpus* for utilizado para atacar decisões judiciais advindas de outro processo, deveria ser enquadrado enquanto sucedâneos de um recurso taxativamente previsto.

No entanto, predomina o entendimento nos tribunais brasileiros, que não se pode manejar *Habeas corpus* para utilização como uma espécie de sucedâneo recursal quando há recurso típico expressamente previsto.

Um caso julgado neste sentido ocorreu quando impetrou *Habeas corpus* com vistas a análise de progressão de regime determinado em sentença penal condenatória, quando a via correta era a interposição de recurso de agravo.⁴⁶

Já o Superior Tribunal de Justiça, ficou entendido em sede de julgamento do HC 104.273, da 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça, a ministra relatora, com clareza, afirmou que "O HC não pode ser utilizado como 'super' recurso, que não tem prazo nem requisitos específicos, devendo se conformar ao propósito para o qual foi historicamente instituído." conferindo aplicação restritiva ao Writ que não pode ser manejado como sucedâneo de recurso com previsão legal, para garantir também a segurança jurídica e a estabilidade dos provimentos jurisdicionais.

O caso tratou-se de julgamento de um homicídio em que o réu foi pronunciado, havendo meio próprio para impugnação da decisão com interposição de um recurso em sentido estrito, o RESE já citado neste trabalho.

A ministra defendeu o caráter e fundamento histórico do *Habeas corpus*, ao afirmar que:

Não há nada a reparar no julgado em xeque, pois, de fato, o *habeas corpus* não é panaceia para todos os males e deve se conformar ao propósito, histórico, diga-se de passagem, para o qual foi instituído, ainda na Idade Média, destinado a coibir violação ao direito de ir e vir das pessoas, em caso de flagrante ilegalidade, demonstrada por inequívoca prova pré-constituída.

⁴⁶ Como exemplo trazemos entendimento do Tribunal de Justiça do estado do Espírito Santo, vejamos: "HABEAS CORPUS - NÃO CONHECIDO - SUCEDÂNEO RECURSAL - PROGRESSÃO PARA O REGIME ABERTO - ANÁLISE DA PROGRESSÃO INDEPENDENTE DO LAUDO. Não se conhece do *habeas corpus*, por ser nítida a intenção do paciente em utilizá-lo como sucedâneo recursal, valendo-se da estreita via constitucional como substitutivo do agravo em execução penal. (TJ-ES - HC: 00023821120168080000, Relator: NEY BATISTA COUTINHO, Data de Julgamento: 27/04/2016, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 05/05/2016)"

Neste sentir, no que se refere ao uso do *Habeas corpus* como sucedâneo recursal, o Supremo Tribunal Federal entende incabível realizar uso deste writ quando não há constrangimento direto a liberdade de locomoção por abuso de poder ou ilegalidade.

O Tribunal Supremo também não vem admitindo uso do *habeas corpus* em substituição do recurso da revisão criminal e do recurso ordinário constitucional, previsto no art. 102, II, alínea a e b, da Constituição.

Ocorre que, após o trânsito em julgado da demanda principal em que houve a suposta ameaça ou coação ilegal, discute-se o cabimento do instrumento do *habeas corpus* para tutela dos direitos do indivíduo lesado. Há uma percepção nítida da ampliação e alargamento da utilização do writ com a finalidade de modificar os efeitos práticos e jurídicos da decisão impugnada.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a impetração do *habeas corpus* deve ser realizada sem que haja a necessidade de revolvimento da matéria fática e acerca das provas produzidas nos autos processuais em que a decisão fora proferida.⁴⁷

Com efeito, os tribunais superiores ratificam a importância do *habeas corpus* enquanto um dos remédios e instrumento processual previsto constitucionalmente de elevado valor na tutela dos direitos fundamentais extrapatrimoniais.

Contudo, não se pode subverter a lógica processual dos recursos e todo um sistema recursal construído com a utilização irrestrita do writ, sob pena de haver a banalização do uso do próprio *habeas corpus*.

A jurisprudência é pacífica ao entender ser inidôneo o manejo do *habeas corpus* com escopo de desconstituir decisão condenatória transitada em julgado quando o pleito envolver a

⁴⁷ Neste sentido menciona-se o trecho do julgado: “Conquanto o uso do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis – ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo – crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas corpus*. II. Condenação que transitou em julgado e a Defesa não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal na dosimetria da pena em sede de recurso especial - questões que também demandariam o revolvimento do contexto fático-probatório -, preferindo a utilização do writ, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico. [...]” “Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n. 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da “inadequação da via do *habeas corpus* para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal” .” no EDcl no *HABEAS CORPUS* Nº 191.624 - SP (2010/0219648-5), disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/468068048/edcl-no-habeas-corpus-edcl-no-hc-191624-sp-2010-0219648-5/decisao-monocratica-468068058?ref=serp>, acesso em 22/04/2019.

necessária reapreciação de fatos e provas, sendo cabível, em tal hipótese, a revisão criminal para concretização do objeto processual de desconstituição da decisão condenatória com trânsito em julgado certificado.

A contrário senso, de acordo com o entendimento dos Tribunais superiores, poderá ser utilizado o writ constitucional do *habeas corpus* quando a ilegalidade for manifesta e o seu pleito prescindir de reapreciação de fatos e das provas produzidas nos autos em que a decisão exarada for impugnada.

Neste sentir, verifica-se que o entendimento predominante nos tribunais superiores é o de que a utilização do *habeas corpus* deve ser racional e respeitar a ótica da lógica da teoria dos recursos e do sistema jurídico recursal vigente, sob pena de poder incorrer em alteração da finalidade e do uso do *habeas corpus* com objetivos diversos de sua previsão constitucional e legal enquanto via de utilização restrita.⁴⁸

Uma das preocupações é a de que haja um melhor enquadramento da normatização do *Habeas corpus* tendo em vista que grande parcela dos recursos interpostos nos tribunais superiores é realizada por meio da impetração de *Habeas corpus*, dotado de prioridade máxima na tramitação e julgamento, os quais, por muitas vezes, acabam por preterir o julgamento dos demais recursos taxativamente previstos na legislação que aguardam anos por uma decisão, cominando, portanto, com a causa de maior morosidade da prestação jurisdicional.

Logo, deve-se delimitar a hipótese de impetração do writ de acordo com o caso concreto e da violação ou ameaça percebida ao direito, observar a finalidade do objeto processual a ser tutelado e a estratégia a ser adotada pelas partes.

2.2. Outras matérias: violência, coação, ilegalidade, abuso de poder.

Neste ponto, se faz necessário qualificar e conceituar quais as matérias que possibilitam a

⁴⁸ Tal posição ficou evidente no voto da relatora do julgamento do *HABEAS CORPUS* Nº 148.451 - PE (2009/0186390-8), que merece ser citado, veja-se: “Reforce-se a necessidade e urgência de se cumprir as regras do sistema recursal vigente. O *habeas corpus* não foi criado para a finalidade aqui empregada. A prevalecer tal postura, o recurso especial tornar-se-á totalmente inócuo. Certamente não foi essa a intenção do legislador constituinte ao prever o *habeas corpus* no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e, em seu art. 105, III, definir as hipóteses de cabimento do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça. Considerando o âmbito restrito do *mandamus*, cumpre analisar apenas se existe manifesta ilegalidade que implique em coação à liberdade de locomoção da paciente, o que não se verifica na hipótese.

O excessivo uso do *habeas corpus* tem se tornado um problema cada vez maior, exigindo, inclusive, medidas legais para sua redução.”

utilização e dão cabimento ao manejo do *Habeas corpus*.

A violência significa a realização de uma ação comissiva, de forma intencional e em excesso aos limites do uso normal da força que pode ou não ser enquadrada como uma atitude contrária ou lesiva ao direito. Tem a finalidade ou como resultado a lesão de direito alheio, pois fere de pronto a integridade física, mental e psicossomática, ou até o sossego e a moral de um sujeito titular de direitos.

A violência pode se manifestar em variadas formas, seja por ato individual de particular, ato do Estado – Administração Pública –, atentados de grupos ou organizações criminosas, atos de terrorismo, incorrência em crimes tipificados no Código Penal, guerras, prática de tortura, de discriminação de qualquer espécie, preconceito, violência de gênero, sexo ou cor, fome, dentre outros, praticados contra as mulheres, idosos, a de conotação sexual, urbana, rural, verbal ou física.

A palavra violência é derivativa do latim *violentia* de origem no termo *violare* que traduz violação do que ultrapassa o liame tido como prudente e legal, portanto, daquilo que é permitido na esfera do outro indivíduo lesado.

Pesquisadores como Maria Cecília de Souza Minayo⁴⁹, lastreada em pesquisa científica bibliográfica, classifica em três classes as formas de violência: a primeira é a violência estrutural que deriva da institucionalização dos sistemas sociais e econômicos, oriundas da pobreza e da não concretização de direitos humanos. A segunda é a de resistência enquanto formas de respostas dos indivíduos ou grupos de mesma classe vítimas da violência estrutural. A terceira é classificada como a violência da delinquência, percebida por meio dos atos ilícitos, incorrendo em condutas tipificadas na legislação como ilícitas.

Já quando se refere aos direitos dos homens e à direitos da personalidade a violência engloba todos os atos de violação a direitos civis, como a liberdade em suas variadas dimensões, a privacidade, a intimidade, a paz e a igualdade.

Ainda se refere à violação de direitos de ordem social, àqueles ligados a saúde, educação, segurança e habitação. Além disso, congloba os direitos ao emprego digno, ao salário, ao exercício de livre manifestação cultural e política, de participação, de sufrágio na ordem democrática.

Noutro lado, a Organização Mundial da Saúde - OMS – classifica a violência como um ato

⁴⁹ MINAYO, Maria Cecília de Souza. A Inclusão da Violência na Agenda da Saúde. *Ciência e Saúde Coletiva* 2007 Supl. 11; 1259-1267.

impositivo de dor ou sofrimento a outrem que poderiam ser evitados⁵⁰.

Pode-se concluir que qualquer ato ou omissão com uso de força vis, vigor físico ou moral, contra sujeitos de direitos ou entes que resulte ou ameça resultar em dano ou lesão a um indivíduo, deve ser considerado violência para os fins do uso da proteção por meio do instrumento processual do *Habeas corpus*.

A violência é proveniente do instinto humano como também é observada nos outros animais irracionais. Ocorre que, o homem é dotado de racionalidade e, por meio da linguagem, criou o direito que, em seu aspecto finalístico, atua enquanto instrumento de pacificação social, de regulamento de condutas e solução de conflitos surgidos com o longo processo de socialização e civilização da espécie humana.

Assim, em determinadas sociedades regidas por um ordenamento jurídico formalmente e materialmente válido, foi concebido um padrão de civilização mínimo, como condutas aceitas dentro de limites que não impliquem em violência ao direito de outros cidadãos ou entidades com personalidade jurídica própria, capaz de sofrer lesão a direitos.

Aqueles que fugirem da convivência harmônica para com seus pares incorre em ato ilícito civil, administrativo ou penal que pode ser considerado violência ao direito alheio perpetrada por força física ou intimidação moral.

Com isso, pode-se afirmar que a violência é um tema de grande preocupação na sociedade contemporânea, seja nas mais diversas acepções do convívio social, desde as relações entre vizinhos, até as relações de família e a práticas de crimes.

Isso porque invade de maneira indevida a esfera extrapatrimonial juridicamente protegida de outro indivíduo, sua vida, sua autonomia, integridade física e psicológica, seu bem estar e seu sossego, bens da vida juridicamente protegidos que merecem a devida tutela quando suportam violência, enquanto ato abusivo ou injusto de um poder sobre a esfera jurídica alheia.

No que tange a coação ilegal, tal matéria também combatida em sede de *habeas corpus*, sendo imprescindível realizar sua conceituação para que haja a devida delimitação do tema.

A coação é oriunda do ato de coagir, é um resultado da prática da ação de coagir alguém à

⁵⁰ A Organização Mundial da Saúde - World Health Organization, World Report on Violence and Health World Health Organization, aduz como violência “a imposição de um grau significativo de dor e sofrimento evitáveis, o uso intencional de força física ou poder, real ou como ameaça, contra si mesmo, outra pessoa, ou contra um grupo ou comunidade, que resulte em, ou resultou, ou tem uma alta probabilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, mau desenvolvimento ou privação”. disponível em http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-18122010000300011&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt acesso em 30 de abril de 2019.”

realização de uma ação ou omissão contrária a sua vontade espontânea, tendo acepções de ordem civil e criminal previstas em nossa legislação.

Pode-se afirmar que a coação é o agir, com exercício de pressão ou violência abusiva, de caráter físico ou moral em face de outro indivíduo com nítido escopo de fazer com que aquela pessoa, haja ou se omita em agir de acordo com sua própria autonomia e interesse, ou seja, o coator infere-se na ordem jurídica do coagido para que este pratique ato ou deixe de praticar ação que, por vontade própria, realizaria ou não.

O coator visa, por meio do coagido, alcançar finalidade ou tutelar seus próprios interesses, contrários à vontade habitual do indivíduo coagido. Por isso, a coação fere também a esfera extrapatrimonial daquele que a suporta, ao passo que lesa sua liberdade e sua autonomia da vontade devido ao temor de dano iminente, seja em decorrência de aplicação da força física ou verbal, de cunho moral, em que o coagido não tem alternativa, senão praticar ou deixar de praticar ato de acordo com sua consciência.

Na área cível, o art. 151, do Código Civil de 2002, prevê expressamente a coação como um dos defeitos do negócio jurídico que causam anulabilidade daquele instrumento jurídico celebrado por meio de coação de uma das partes:

Seção III

Da Coação

Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

Parágrafo único. Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação.

Art. 152. No apreciar a coação, ter-se-ão em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela.

Art. 153. Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial.

Art. 154. Vicia o negócio jurídico a coação exercida por terceiro, se dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a que aproveite, e esta responderá solidariamente com aquele por perdas e danos.

Art. 155. Subsistirá o negócio jurídico, se a coação decorrer de terceiro, sem que a parte a que aproveite dela tivesse ou devesse ter conhecimento; mas o autor da coação responderá por todas as perdas e danos que houver causado ao coacto.

Nesse ponto, também são avaliadas as condições sociais e individuais dos envolvidos para que o Juiz determine se houve ou não a coação que enseja anulação do negócio jurídico viciado.

Tamanha a importância do instituto que, na esfera criminal, a coação tem previsão expressa no art. 22, do Código Penal Brasileiro, como excludente de ilicitude para os crimes praticados sob coação física absoluta, em que o ato ilícito somente foi praticado devido à coação suportada pelo autor da ofensa ao bem jurídico.

A par da previsão normativa alhures citada, ainda há no Código Penal a tipificação do delito de constrangimento ilegal, o qual é exercido por meio de coação mediante uso de violência ou grave ameaça, previsto no art. 146, do diploma criminal, com pena prevista de 03 (três) meses a 01 (um) ano ou multa.

O termo coação tem como sinônimos a intimidação, a ameaça de suportar uma consequência lesiva em caso de não cumprimento da ordem por parte do coagido que gera tortura e sofrimento. É, portanto, o vício da vontade de quem pratica o ato ou se omite em praticá-lo, sem realmente ter aquela intensão.

Fixadas estas premissas, de acordo com o art. 647, do Código de Processo Penal, o instrumento processual do *Habeas corpus* é idôneo para fazer cessar a coação ilegal que cerceia ou afeta a liberdade do indivíduo.

Com efeito, a coação, enquanto constrangimento verificado é o fato material que leva à ilegalidade contra a liberdade do indivíduo. Neste sentido, Lúcio Santoro⁵¹ afirma que:

A ilegalidade contra a liberdade de locomoção da pessoa humana é o fundamento primordial para o cabimento do *Habeas corpus*. E, quando se diz sobre ilegalidade, se está a tratar do constrangimento ilegal ou risco de constrangimento ilegal.

Com isso, a ameaça ou a violência eventualmente efetivadas são aptas a ensejar ilegalidade por meio do constrangimento à liberdade ou ao risco de o constrangimento se efetuar, os quais são idôneos a gerar a justa causa para ação de *Habeas corpus*.

Por sua vez, a justa causa nada mais é do que o motivo legal que fundamenta o cabimento do *writ*. Trata-se da demonstração inequívoca e forte, de que houve a ilegalidade perpetrada por meio do constrangimento ilegal ou ameaça concreta, devidamente comprovada pela prova pré-constituída que instrumentaliza a ação do *habeas corpus*, se provada a ameaça, teremos o *writ* em sua forma profilática, se já efetuado o constrangimento ilegal, a impetração do *Habeas corpus* em sua modalidade liberatória ou repressiva.

⁵¹ O *Habeas corpus* como garantia contra o risco de constrangimento ilegal. Revista Síntese, Direito Penal e Processual Penal. Ano XVI, nº 92, Jun-Jul. Ano 2015. p. 146.

Adiante, temos, ainda, a figura do abuso de poder emanado daquela autoridade pública ou particular em exercício da função pública que exerce atos administrativos. Como salienta respeitada parte de autores, lastreados nos ensinamentos do publicista Hely Lopes Meireles⁵², o ato administrativo deve ter como finalidade a proteção ao interesse público.

Com isso, se faz obrigatória a digressão sobre o abuso de poder que leva a ilegalidade ou constrangimento por meio da coação e também atua como justa causa para o processo de *habeas corpus* contrário aos atos administrativo, sendo viável e desejável que se aplique a teoria da invalidade dos atos administrativos no processo de *Habeas corpus*, dado a ampliação do instituto, mormente em matéria civil e de direito público, fora da área criminal, quando o ato combatido se distancia dos requisitos de validade e viciam sua finalidade, dão ensejo a ato abusivo que pode violar o bem da vida “liberdade” e todos outros diretamente ligados a esta, sem a qual não é possível seu exercício pleno.

Conforme alude Eduardo Appio⁵³, referente a prisão civil “(...) que o ato judicial constritivo da liberdade se submete a requisitos externos de capital importância para a validade do ato.” Sendo ilegal, caso violem a Constituição da República Federativa do Brasil e a finalidade do ato que decreta a constrição da liberdade, que deve ser exarada por ordem escrita e minuciosamente fundamentada, respeitadas a competência e a forma do ato.

Conforme leciona a literatura jurídica clássica de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁴ acerca do ato administrativo:

é perfeito quando esgotadas todas as fases necessárias à sua produção. Portanto, ato perfeito é o que completou o ciclo necessário à sua formação. (...) é válido quando foi expedido em absoluta conformidade com as exigências do sistema normativo. Vale dizer, quando se encontra adequado aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica. Validade, por isso, é a adequação do ato às exigências normativas. (...) é eficaz quando está disponível para a produção de seus efeitos próprios; ou seja, quando o desencadear de seus efeitos típicos não se encontra dependente de qualquer evento posterior, como uma condição suspensiva, termo inicial ou ato controlador a cargo de outra autoridade.

Assim, uma vez desatendido qualquer dos requisitos essenciais dos atos administrativos, resta

⁵² Neste sentido o autor salienta “em última análise, os fins da administração consubstanciam-se na defesa do interesse público, assim entendidas aqueles aspirações ou vantagens licitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros. O ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público configura desvio de finalidade.” em MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 19ª ed. São Paulo, Malheiros. 1994, p. 83.

⁵³ APPIO, Eduardo. *Habeas corpus* no Cível. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2000. p. 53.

⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

condenada a eficácia do ato praticado que pode ser anulado pela própria administração pública, pelo poder judiciário ou por particular interessado.

Tema delicado quando se trata de administração pública e os agentes públicos ou privados que exercem esta função. Na literatura clássica brasileira, o administrativista Hely Lopes Meireles afirma que o “abuso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites das suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas.”

O abuso de poder será percebido quando a autoridade seja competente para realização de determinado ato administrativo, extrapola de suas atribuições e age ou se omite com desvio de finalidade ou em desconformidade para com o interesse público primário ou secundário. Assim, tem-se o abuso de poder tanto por atitude comissiva ou omissiva por parte do agente que exerce função pública.

Há que diferenciar o agente incompetente daquele que abusa do poder que lhe fora legalmente conferido. Luciana Machado Milton Maciel⁵⁵ o faz com clareza em artigo de sua autoria ao afirmar que:

a diferença entre o agente incompetente e o agente que abusa do poder que lhe foi conferido. No primeiro, inexistente possibilidade legal para a atuação, visto que a autoridade não possui autorização legal para atuar naquela hipótese; enquanto que no segundo, a autoridade possui permissão legal para agir, mas o faz de maneira que extrapole os limites que lhe foram impostos ou desviando-se das finalidades administrativas.

Com isso, temos mais uma hipótese ou matéria apta a ensejar o cabimento do *habeas corpus* que decorre da ilegalidade percebida em ato administrativo eivado de vício por manifesto abuso de poder, se o agente é competente ou não.

Acerca das espécies de abuso de poder, interessante observar a lição de José Cretella Junior que trata da confusão entre os termos excesso, abuso e desvio de poder na literatura jurídica brasileira e universal, ao passo que alguns autores não realizam a devida distinção:

Não só no direito universal como no direito brasileiro, os doutrinadores empregam as expressões ‘excesso de poder’, ‘abuso de poder’, ‘desvio de poder’ ou ‘desvio de finalidade’ como expressões sinônimas. Observe-se que a expressão ‘abuso de poder’ é constituída de dois termos diferentes, ‘abuso’ e ‘poder’, ligados pelo

⁵⁵ MACIEL, Luciana Machado Milton. Abuso de Poder do Ministério Público. *Revista da Faculdade de Direito*. Pelotas, Rev. Fac. Dir., V. 40, n. 16, p.1 -506. Julho/1999.

conectivo preposicional e ambos com sentido técnico que é preciso esclarecer. O vocábulo 'abuso' é a primeira parte da expressão, aliás bastante precisa: ultrapassagem, passagem além do uso, uso abusivo. Nesse caso, o agente 'abusa do poder' que lhe foi dado. A segunda parte da expressão é 'poder', completando, assim, o substantivo 'abuso', assim explicado pelos autores: o poder administrativo exerceu-se ultrapassando os fins visados pela lei. 'Abuso de poder' é, assim, o uso imoderado da sua competência. Para alguns autores as três expressões 'desvio de poder', 'excesso de poder' e 'abuso de poder' são absolutamente sinônimas, ao passo que, para outros, 'desvio de poder' é a simples modalidade do 'excesso de poder' ou 'abuso do poder'.

De acordo com a teoria dos atos administrativos, para que o exercício da função pública e do poder conferido pelo estado ao agente ser considerado idôneo, o mesmo deve ser legítimo. Para tanto, deve seguir de forma estrita todos os princípios informadores previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, dentre eles os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, para que seja cumprida a função pública sem vícios que possam eivar o ato de anulabilidade, nulidade e possibilitem a sua impugnação pelas vias judiciais.

Na literatura contemporânea, o abuso de poder é classificado como gênero do qual decorre as espécies excesso de poder e o desvio de poder ou de finalidade do ato administrativo. Caso o agente no exercício de função pública atue para além dos limites de sua competência legal, o mesmo incorre em excesso de poder.

Já quando o agente agir em sentido contrário ao interesse público há claro desvio de finalidade, tendo em vista a vinculação de todo ato administrativo a sua finalidade de proteção e tutela do interesse público primário.

O ato ilegal praticado com abuso de poder, inclusive o abuso de autoridade, é tipificado como ilícito de ordem penal e civil, conforme a Lei nº 4.898 de 1965, chamada de Lei do Abuso de Autoridade. Esta legislação prevê expressamente a responsabilização na esfera civil, penal e administrativa, não obstante a possível cumulação e incoerência também em ato de improbidade administrativa previsto na Lei nº 8.429, de 1992.

Neste ponto, os atos praticados com abuso de poder que ferirem ou ameçarem lesar direitos extrapatrimoniais dos cidadãos, serão tidos como espécie de constrangimento eivado de ilegalidade, portanto, poderão ser combatidos por meio de *Habeas corpus*.

2.3 Cabimento, adequação e procedimento do *habeas corpus*.

Conforme asseverado e defendido alhures muito embora o Código de Processo Penal inclu

topograficamente o *habeas corpus* dentre os recursos, o instituto é corretamente processualmente classificado como uma ação autônoma de impugnação para proteger o ser humano contra qualquer espécie de agressão a sua liberdade de locomoção e direitos decorrentes desta liberdade, enquanto garantia constitucional na defesa dos direitos fundamentais.

Trata-se, portanto, de tutela processual dos direitos materiais mais ínsitos ao homem, um direito básico sem o qual diversos outros não são concretizados. Como ação judicial que é o *writ* é dotado de legitimidade, interesse e possibilidade jurídica, sendo inclusive, intimamente ligado à ideia de temporariedade, ao passo que deve ser interposto enquanto perdurar a ilegalidade permeada pelo constrangimento ilegal, sendo certo que não há prazo determinado para sua impetração.

Portanto, como assevera Gustavo Badaró⁵⁶, “predomina o entendimento de que se trata de ação constitucional, que tem por objeto a proteção do direito de liberdade de locomoção”, sendo amplo o seu cabimento.

Trata-se, portanto, de tutela processual dos direitos materiais mais ínsitos ao homem, um direito básico sem o qual diversos outros não são concretizados por atos de violência (força física abusiva ou ilegal) ou coação (ação que influencia na vontade de alguém).

A partir do Código de Processo Civil de 2015, o conceito da possibilidade jurídica do pedido que era tida como elemento das condições da ação foi extinto, como bem salienta Gustavo Badaró:

(...) tendo sido abandonada a categoria da possibilidade jurídica do pedido pelo CPC/2015, que a ela não mais se refere entre as condições da ação, prefere-se tratar, do ponto de vista terminológico, tal situação como falta de interesse de agir, por inadequação do writ, diante da vedação legal. Substancialmente, contudo, a análise pouco se altera, considerar que o pedido é juridicamente impossível, por ser vedada a sua formulação, ou enquadrar tal impossibilidade na falta de interesse de agir, como hipóteses de inadequação da tutela jurisdicional pleiteada, leva ao mesmo resultado prático: carência da ação, com extinção do processo sem resolução do mérito.

Assim, o interesse de agir se consolida no binômio da adequação e na necessidade da medida judicial proposta em juízo. A propósito, a impetração do *habeas corpus* está intimamente ligado a ideia de temporariedade, ao passo que deve ser interposto enquanto perdurar a

⁵⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. 3.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais. 2018.

ilegalidade permeada pelo constrangimento ilegal, sendo certo que não há prazo determinada para sua impetração.

Neste sentido, basta o impetrante comprovar que a situação de fato esteja ocorrendo e demonstrar a justa causa necessária para o seu ajuizamento, vez que a liberdade é direito fundamental que não pode sucumbir ao formalismo e a prescrição temporal, uma vez que se trata de direito imprescritível.

Com as modificações no Código de Processo Penal trazidas pela Lei nº 12.403/2011, deve-se salientar que o *habeas corpus* é meio adequado para atacar a ilegalidade das medidas cautelares aplicadas de forma alternativa à prisão. Com efeito, o fato de não estar diante de privação de liberdade ou de prisão, não retira o cabimento do instrumento processual do *habeas corpus*. Como assevera Badaró⁵⁷:

Muito antes da Lei 12.403/2011, a jurisprudência já era rica em casos de concessão de *habeas corpus* em favor de pessoas que, embora não estivessem presas, encontravam-se ilegalmente internadas em asilos,⁵⁸ em clínica para tratamento de dependentes químicos,⁵⁹ ou fossem impedidas de deixar o hospital, por não pagarem as despesas hospitalares.⁶⁰ Até mesmo no caso de colonos que eram impedidos de deixar a fazenda, por estarem em débito com o empregador, foi concedido *habeas corpus*.⁶¹ Concedeu-se o writ, inclusive, para assegurar a liberdade de locomoção da proprietária de um apartamento, que estava sendo impedida de entrar no aludido edifício pelo fato de existir débito condominial sobre a referida unidade.⁶² E, mesmo no campo específico das novas medidas, já se concedeu *habeas corpus* contra decisão que determinou que o acusado obtivesse, sempre que precisasse viajar, prévia autorização judicial,⁶³ ou da determinação de retenção de passaporte,⁶⁴ ou da decisão que determinou o afastamento cautelar do cargo de funcionário público que responde a processo criminal.⁶⁵ Também já se analisou, em *habeas corpus*, a medida de proibição de contato com a vítima, do art. 22, III, a, da Lei Maria da Penha.⁶⁶

⁵⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. 3.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais. 2018.

⁵⁸ TJSP, HC 22.786-3, Recurso ex officio, 5.^a C. Crim., rel. Des. Cunha Bueno, j. 16.08.1983, v.u., RT 577/329.

⁵⁹ Nesse sentido: TJSP, Recurso ex officio 437.414.3/2.

⁶⁰ Nesse sentido: TJPR, HC 72/70, Cam. Crim. Reun., rel. Des. Silva e Albuquerque, j. 30.07.1970, m.v., RT 418/301; TJPR, HC 30/76, Câ. Crim. Reun., rel. Des. Ribeiro de Campos, j. 16.06.1976, v.u., RT 489/389; TJMS, HC 63/75, Cam. Crim. Conj., rel. Des. Oscar Cesar Ribeiro Travassos, j. 01.10.1975, v.u., RT 484/349.

⁶¹ Extinto TASP, Recurso de ofício 2.029, Câ. Conj. Crim., rel. Des. Júlio Cesar da Silveira, j. 24.06.1941, v.u. RT 138/517.

⁶² STJ, RHC 4.120-0/RJ, 6.^a T., rel. Min. Anselmo Santiago, j. 29.04.1996, m.v.

⁶³ Nesse sentido: STJ, HC 103.896/RJ, 6.^a T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 01.03.2011, v.u.; STJ, HC 85.412/RJ, 5.^a T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 22.04.2008, v.u.

⁶⁴ Nesse sentido: STJ, HC 128.938/SP, 6.^a T., rel. Min. convocado Celso Limongi, j. 04.08.2009, v.u., RSTJ 215/793; STJ, HC 103.394/RN, 6.^a T., rel. Min. Og Fernandes, j. 21.10.2008, v.u.; STJ, HC 106.839/AM, 5.^a T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 21.10.2008, empate.

⁶⁵ STJ, HC 128.599/PR, 6.^a T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 07.12.2010, v.u.

⁶⁶ TJRS, HC 70013760863, 8 C. Crim., Rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 22.02.2006.

O Código de Processo Penal traz os requisitos para impetração da ação de *habeas corpus* para a defesa de direitos fundamentais ao cidadão, quem pode atuar em causa própria ou em favor de terceiro coagido ou ameaçado, bem como ser impetrado pelo Ministério Público competente:

Art. 654. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

§ 1º A petição de *habeas corpus* conterá:

- a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;
- b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;
- c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

§ 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

A petição inicial pode ser redigida de forma simples, contendo a descrição dos fatos de forma precisa para que fique demonstrada a justa causa da ação e qual a espécie de constrangimento ou ameaça suportado, a qualificação do impetrante e seu endereço, sendo clara a possibilidade da concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício pelo juízo, posição incontroversa na jurisprudência.

Para que haja o interesse de agir, o mesmo deve ser comprovado por meio de prova idônea pré-constituída devido à impossibilidade de produção probatória, para confirmar que há efetiva ameaça ou lesão à liberdade individual, caso contrário, estar-se-á diante da hipótese de inadequação da via eleita, haja vista ser cabível o instrumento processual da ação de mandado de segurança e não de *habeas corpus*.

Interessante a passagem de Celso Ribeiro Bastos⁶⁷, ao defender o cabimento do *habeas corpus* como um pressuposto ao exercício dos demais direitos e garantias que decorrem da liberdade, o qual transcreve-se:

O habeas corpus é inegavelmente a mais destacada entre as medidas destinadas a garantir a liberdade pessoal. Protege esta no que ela tem de preliminar ao exercício de todos os demais direitos e liberdades. Defende-a na sua manifestação física, isto é, no direito de o indivíduo não poder sofrer constrição na sua liberdade de se

⁶⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 312

locomover em razão de violência ou coação ilegal.

Noutro lado, parcela respeitável de autores da literatura jurídica afirma não ser cabível a tutela de direitos ligados à liberdade de locomoção, ainda que esta atue enquanto condição sem a qual o exercício dos demais direitos restariam obstados em seu exercício.

Nesta hipótese a impetração do *habeas corpus* estaria pendente de interesse de agir devido à suposta falta de adequação da tutela processual ao direito material vindicado. Neste sentido, aduz Ada Pelegrini e outros⁶⁸:

Assim, deve ser negado o interesse de agir, por falta da adequação, sempre que se pedir o *habeas corpus* para remediar situações de ilegalidade contra outros direitos, mesmo aqueles que têm na liberdade de locomoção condição de seu exercício. (...) Para tais hipóteses adequado, em tese, o mandado de segurança, previsto na Constituição justamente para a proteção de 'direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

Respeitável o entendimento desta parcela de juristas, no entanto, há de se enfatizar que, quando se realiza a devida interpretação sistemática do ordenamento jurídico, deve ser compreendido que o cabimento do *habeas corpus* deve ser ampliado, haja vista a tutela de direitos basilares que engloba à sua tutela material, incluído os derivados do direito de locomoção, sem a qual restariam inócuos e sem efetividade.

Como asseverado, no procedimento inerente ao *habeas corpus* a dilação probatória é vedada na instrução do processo com a finalidade de cumprir com sua máxima celeridade e prioridade na tramitação, fazendo-se necessário a pré-constituição da prova documental para que haja a procedência do pleito, sem que demais formalidades sejam adotadas.

Deve-se ter a noção de prevalência do direito material ali tutelado, devido à sua importância enquanto imprescindível aos exercícios dos direitos básicos ligados à dignidade e à personalidade tidas como características do ser humano.

O art. 648, do Código de Processo Penal em vigor prevê rol *numerus apertus*, não exaustivo ou meramente exemplificativo ao elencar algumas das hipóteses de cabimento do *writ*:

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

⁶⁸GRINOVER, Ada Pelegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P.352.

- I - quando não houver justa causa;
- II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;
- III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;
- IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;
- V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;
- VI - quando o processo for manifestamente nulo;
- VII - quando extinta a punibilidade.

Assim, o rol é tratado como exemplificativo e tal opção é correta, ao passo que existem diversas outras situações jurídicas hábeis ao cabimento do *habeas corpus* que estão fora destas previsões expressas, portanto tem os pressupostos de cabimento mais abertos e o conhecimento do *habeas corpus*, por se tratar de “ação popular”, sendo proposta por qualquer pessoa, inclusive, sem advogado, haja vista a exclusão expressa pelo Estatuto da Advocacia da impetração do *habeas corpus* como atividade privativa do advogado, não sendo exigido sequer capacidade civil plena, considerando que o sujeito de direito impetrante expresse sua vontade de realizar o ato processual, conforme ensina Badaró ao citar Espínola Filho⁶⁹:

Justamente por tal característica que amplia ao máximo a possibilidade de utilização do remédio heroico, devido à relevância da tutela da liberdade de locomoção, não teria sentido exigir que somente advogados pudessem impetrá-los. No caso de *habeas corpus* não exige que o impetrante tenha capacidade postulatória. O Estatuto da Advocacia exclui, expressamente, a impetração de *habeas corpus* das atividades privativas da advocacia (Lei 8.906/1994, art. 1.º, § 1.º).

O instrumento é de tão amplo acesso que nem mesmo a capacidade civil é exigida, podendo ser reconhecida a qualidade de impetrante aos menores e pessoas portadoras de deficiência. Com isso, desde que haja a pré-constituição da prova do direito alegado, e a parte demonstre, de maneira inequívoca, a pretensão deduzida provando o constrangimento ilegal, há cabimento da ação, desde que o pedido seja formulado por escrito em língua portuguesa.

Isso porque, o *habeas corpus* é ação de cognição sumária, com rito processual célere e não se presta a analisar alegações que demandem a reanálise e o revolvimento de provas.

O dispositivo mencionado traz em seu inciso I o termo “justa causa”, como uma condição jurídica sem a qual não haveria a admissibilidade da ação processual do *habeas corpus*. O termo traduz a necessidade do estrito cumprimento da legalidade, enquanto requisito formal e

⁶⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. 3.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais. 2018.

não meritório da demanda.

O juízo competente para o processamento do *writ* é que analisará a ocorrência ou não de justa causa de acordo com os elementos materiais e formais para admissibilidade e julgamento do processo de *habeas corpus*. Inobstante, já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal que o exame preliminar da petição de *habeas corpus* deve ser realizada de maneira relativizada em prol do bem jurídico ali tutelado:

“(…) no exame de petição inicial de *habeas corpus*, há de proceder-se sem a visão ortodoxa, estritamente técnica, imposta pela legislação instrumental no tocante à peça primeira de outras ações. A premissa mais se robustece quando a inicial é da autoria do próprio paciente, mostrando-se este leigo relativamente à ciência do Direito. Esforços devem ser empregados objetivando o aproveitamento do que redigido”.⁷⁰

Tal entendimento é tido como correto, haja vista que esta pesquisa tem como hipótese justamente a ampliação do objeto proposto em sede de procedimento de ação de *habeas corpus* e a abrangência de seu alcance, ao passo que quase que a totalidade dos direitos da personalidade, de alguma forma envolvem a liberdade, ainda que como pressuposto de seu exercício pleno. Logo, pode-se afirmar que, muitas vezes, os direitos da personalidade estão atrelados a liberdade.

O inciso II, do art. 648 do Código de Processo Penal, traduz a hipótese de cabimento da referida ação quando qualquer indivíduo estiver preso por tempo maior do que a legislação determina, situação em que a pessoa presa ou o paciente da ação de *habeas corpus* se encontra privado de sua liberdade por lapso temporal maior do que o prazo legal.

Trata-se, portanto, de hipóteses de excesso de prazo na privação de liberdade do paciente, desde que o prazo seja determinado na Lei, como nos casos de prisão temporária, regulamentada pela Lei 7.960/89, a qual tem prazo estipulado de 05 (cinco) dias em caso de indiciado por crime comum, prorrogável por mais 05 (cinco) ou de 30 (trinta) dias em caso de prática de crime tipificado como hediondo, prorrogável pelo mesmo período, desde que haja comprovação da necessidade.

Assim, qualquer que seja o prazo de prisão estabelecido pela legislação, uma vez ultrapassado, dá ensejo ao cabimento do *habeas corpus* para que a ilegalidade seja cessada e haja o relaxamento ou a revogação da prisão com excesso de prazo.

⁷⁰ STF, HC 80.145-5/MG, 2.ª T., rel. Min. Marco Aurélio, j. 20.06.2000, v.u.

Já o inciso III, do mesmo artigo 648, do Código de Processo Penal traz a hipótese de cabimento por incompetência da autoridade coatora, uma vez que a prisão somente pode ser determinada por decisão devidamente fundamentada de autoridade judiciária competente, restando a salvo o caso de prisão em flagrante.

Ocorre que, muitas vezes os agentes públicos integrantes das forças policiais determinam a prisão fora das hipóteses de flagrante cometimento de delito e incorre em constrangimento ilegal ante a falta de competência para o ato.

O inciso IV tipifica a hipótese em que houver cessado os fatos jurídicos que fundamentaram a decisão autorizativa para coação da liberdade, em que o indivíduo deve ser imediatamente liberado, uma vez que, sem motivo o ato estatal, obrigatoriamente este perde sua eficácia no plano material, enseja, portanto, o cabimento do *habeas corpus*.

Interessante é a previsão trazida no inciso V, que aduz: “quando não for alguém admitido a prestar fiança nos casos em que a lei a autoriza”, ou seja, quando a Lei autorizar a aplicação do pagamento de fiança para que o indivíduo seja libertado e a autoridade policial não o faz, mesmo diante dos requisitos autorizadores, será plenamente cabível o *writ* para que haja a soltura do preso.

Adiante, no que concerne ao inciso VI versa sobre o cabimento do *habeas corpus* em caso de nulidade manifesta do processo, ou seja, quando no decorrer do procedimento e na concatenação da sequência de atos que formalizam os autos, devido à solenidade e legalidade a serem respeitadas pelo devido processo legal, qualquer vício formal ou substancial capaz de gerar eventual nulidade, da qual resultará a liberdade daquele acusado, desde que haja nexo causal entre a prisão tida como ilegal e a nulidade percebida no processo. Aqui deve-se salientar que o vício que enseja a referida nulidade deve ser insanável ou, quando sanável, é expressamente ventilada pela parte lesada, mas não acolhida pelo juízo.

O último inciso do rol exemplificativo do art. 648 é o IV, que prevê o cabimento expresso da ação de *habeas corpus* quando a punibilidade é extinta, conforme previsão do art. 107, do Código Penal Brasileiro, também com rol não exaustivo.

Por outro lado, a legislação constitucional e processual penal previu de forma expressa, em contrariedade às hipóteses de cabimento, ou seja, casos em que não é possível a utilização do *habeas corpus*, conforme preceitua o art. 142, §2º, da Constituição Federal da República:

Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 1º Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

§ 2º Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.

Assim, traz vedação à utilização do *habeas corpus* para as punições disciplinares militares, o que também se estende as Polícias Militares por força do art. 144, §5º, também da Constituição, e, na legislação infraconstitucional, no art. 647, do Código de Processo Penal, em que a utilização do *writ* é excepcionada:

Art. 647. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

Com isso, pode-se concluir que, por conta de expressa previsão legal, em casos de punição disciplinares, mesmo que haja restrição de liberdade de ir e vir, não será cabível a utilização do *habeas corpus*.

Tradicionalmente, fora das hipóteses estritas de aplicação de pena privativa de liberdade no direito penal devido à prática de ilícito de ordem criminal, tem-se a possibilidade de prisão administrativa, a prisão disciplinar suportada pelos militares em corporações ou organizações fundamentadas na hierarquia e a prisão civil.

O *habeas corpus* vem sendo utilizado na esfera cível para impugnar a prisão civil por débito alimentício ou alimentar, única hipótese atualmente admitida de prisão civil no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto exceção à regra, compreendida no inciso LXVII, da Constituição de 1988:

Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Com efeito, esta pesquisa, pelo corte metodológico realizado, compreende a utilização do *habeas corpus* na tutela de direitos civis, com aplicação das peculiaridades inerentes ao processo civil no processamento do *writ*.

CAPÍTULO 03:
A TUTELA EXCEPCIONAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE
POR MEIO DE *HABEAS CORPUS*

3.1. Os direitos da personalidade, sua lesão e ameaça de lesão.

Com a proteção concedida aos direitos fundamentais da pessoa humana ou da pessoa natural em seus aspectos fundamentais, passou-se a resguardar os direitos da personalidade dos indivíduos e suas vertentes psicossomáticas, em que estão englobadas a proteção física e mental ou psicológica.

Imprescindível alertar que o direito da personalidade é diferente do instituto jurídico da personalidade, como ensina Rosa Maria de Andrade Nery⁷¹:

“Direito de personalidade”, como se disse, é matéria tratada no sistema brasileiro nos arts. 11 a 21 do CC/2002, mas não se confunde com o instituto da “personalidade”.

⁷¹ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade em *Distinção entre "Personalidade" e "Direito Geral de Personalidade"* Uma Disciplina Própria. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 8, ano 2015, p. 473 – 478, Ago/2015.

O instituto da “personalidade” é definido em direito por Kohler, Vicente Ráo, Ferrara, entre outros, com grande precisão, e nada tem com a disciplina denominada “direito geral de personalidade”.

Personalidade é aptidão para ser pessoa, ou – o que é equivalente – aptidão para ser sujeito de direitos e de obrigações na ordem jurídica.⁷²

Direito de personalidade é outra coisa.

O direito de personalidade é uma das disciplinas que compõem o direito civil, que cuida de uma temática ampla, que comportaria sua alocação num livro próprio, com nomenclatura própria, como disciplina própria, ao lado do direito de família, de sucessões, de obrigações, de contrato, de empresa, de coisas etc.

Como está no nosso sistema jurídico, tratado na teoria geral do direito privado, no livro geral, a disciplina se confunde com o instituto da personalidade, este sim de teoria geral.

Assim, a personalidade está intimamente ligada à capacidade de o ser humano se tornar pessoa sujeita de direito, portanto, é aquilo que torna possível ser um ente jurídico de direito privado idôneo a ser titular de direitos e obrigações dentro de um sistema normativo.

Já os direitos da personalidade é tema inerente ao direito civil, objeto da ciência do direito específico, com sujeito e objeto próprios que estão na natureza humana, nos bens da vida e são analisados sobre a ciência jurídica.

Como idealizam Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano⁷²:

(...) a previsão legal dos direitos da personalidade dignifica o homem (...) reconhecidamente tutelada pela ordem jurídica uma série indeterminada de valores não redutíveis pecuniariamente, como a vida, a integridade física, a intimidade, a honra, entre outros.

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos do ser humano para que possa tutelar àquilo inerente a sua dignidade, a sua existência, dentre eles, a sua liberdade, a locomoção, a sua sociabilidade, capacidade de se relacionar, dentre outros que constituem a própria personalidade do autor, nos aspectos físicos, espirituais, morais e intelectuais, todos inatos à natureza do ser humano sujeito de direitos e essenciais para proteção da pessoa humana.

Sobre o tema, ainda incipiente à época, Pontes de Miranda⁷³ asseverou que “com a teoria dos direitos de personalidade começou, para o mundo, nova manhã do Direito. (...) alcança-se um dos cimos da dimensão jurídica. A princípio, obscura, esgarçando-se em direitos sem nitidez,

⁷² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Vol. 1. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p 143.

⁷³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. tomo VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 2.

com certa construtividade de protoplasma”.

O autor deixa claro que, a partir do reconhecimento da personalidade humana e sua proteção jurisdicional, um novo paradigma no direito foi celebrado após um longo caminho percorrido até que, de fato, houvesse o reconhecimento de tais direitos.

Há a tutela da proteção moral ou espiritual em proteger as íntimas convicções, os pensamentos, as convicções e a intimidade. A personalidade engloba também o patrimônio intangível da pessoa, sua inteligência, intelecto e criatividade, dentre outros.

O autor Carlos Alberto Bittar⁷⁴ delimita quais objetos abarcados pelos direitos da personalidade, ao afirmar que:

(...) os bens jurídicos que ingressam como objetos no cenário dos direitos da personalidade são de várias ordens, divididos em: a) físicos, como: a vida, o corpo (próprio e alheio); as partes do corpo; o físico, a efígie (ou imagem); a voz; o cadáver; a locomoção; b) psíquicos, como: as liberdades (de expressão; de culto ou de credo); a higidez psíquica; a intimidade; os segredos (pessoais e profissionais) e c) morais, como o nome (e outros elementos de identificação); a reputação (ou boa fama); a dignidade pessoal; o direito moral de autor (ou de inventor); o sepulcro; as lembranças de família e outros.

Com isso, se pode afirmar que os direitos da personalidade tutelam o aspecto físico, moral e intelectual, enquanto direitos subjetivos da pessoa humana que, na verdade, correspondem a um dever geral de incolumidade derivado da proteção jurídica aos direitos da personalidade.

Aqui, trata-se de um poder de exigência, uma faculdade de que outrem adote um comportamento que não ameace, lese ou gere dano a outrem, portanto, todos devem agir para que tais direitos sejam protegidos e tutelados na vida em sociedade.

Para Rubens Limongi França⁷⁵, corroborando o entendimento exposto, aduz que tais categorias de direitos ligados à personalidade envolvem “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem como seus prolongamentos e projeções”. Para este autor os direitos da personalidade fundamentam-se no direito natural.

Já para Francisco Amaral⁷⁶ em obra literária introdutória ao direito civil, salienta que os direitos da personalidade têm natureza de direito subjetivo e tem como objeto a própria pessoa

⁷⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p.59.

⁷⁵ FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade coordenadas fundamentais. In: *Revista do Advogado*, n. 38, ano 1992. p. 5.

⁷⁶ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 285.

humana ligada ao sujeito titular de direitos:

Embora se reconheça nos direitos da personalidade uma certa imprecisão, o que torna difícil integrá-los nas categorias dogmáticamente estabelecidas, é de consenso considerá-los direito subjetivo que tem, como particularidade inata e original, um objeto inerente ao titular, que é a sua própria pessoa, considerada, nos seus aspectos essenciais e constitutivos, pertinente à sua integridade física, moral e intelectual.

Nesse sentido, a proteção jurídica dos direitos da personalidade se aplica tanto nas relações eminentemente privadas, bem como nas relações junto à administração pública. Tem caráter absoluto e eficácia *erga omnes*, contra terceiros e oponível a todos. Com isso, o indivíduo que ameaçar ou causar lesão só será conhecido após a violação ou cometimento de ameaça ao direito de outrem.

Os direitos da personalidade o próprio Código Civil de 1916 continha dispositivos que admitiam, de forma não expressa, os direitos da personalidade, os quais, hodiernamente, são previstos em capítulo próprio, contidos do art. 11 ao art. 21, do Código Civil de 2002.

Neste sentido, destaca-se a importância da consagração expressa dos direitos da personalidade no sistema jurídico brasileiro, que rompeu com a estrutura tradicional das relações jurídicas essencialmente negociais e comerciais. Passou-se, portanto, a valorar de forma mais central o ser humano, também instaurada e sedimentada na Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 5.º (...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X - 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; (...) XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.

Da interpretação dos dispositivos extrai-se norma jurídica que confere proteção aos direitos ao corpo, ao nome, à imagem, à privacidade, à honra e às liberdades civis dos jurisdicionados.

Imperioso destacar que os direitos da personalidade são tidos como uma cláusula geral de proteção da pessoa lastreada pela dignidade humana prevista no art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Por este motivo, o rol de direitos da personalidade é meramente exemplificativo, contendo previsão de direitos de modo não exaustivo ou, ainda, *numerus apertus*. Logo, há proteção de direitos fora dos que estão expressamente previstos no Código Civil de 2002 e na Constituição da República de 1988, uma vez que são essenciais e fundamentais a proteção humana.

Nesta seara, merece citação o enunciado de nº 274 do Conselho da Justiça Federal, expedido durante a IV jornada de Direito Civil:

Número 274

Enunciado: 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.

Destaca-se que a dignidade da pessoa humana é um valor axiológico do sistema jurídico do qual decorrem direitos e deveres aos indivíduos, não é um valor em abstrato com cláusulas gerais e conceito indeterminado dotado de vagueza.

A dignidade cria regras de proteção à personalidade humana enquanto um atributo essencial, básico para proteção de direitos mínimos inerentes à vida digna em sociedade, portanto, abarca, além dos direitos já consagrados e protegidos de forma expressa pelo ordenamento, tais como: a vida, a integridade física, a saúde, a integridade dos órgãos e tecidos, a recusa a tratamento médico arriscado, a liberdade de locomoção, a liberdade de expressão, a liberdade de pensamento, a liberdade de informação, os direitos autorais, os direitos da propriedade intelectual e propriedade industrial, o direito à proteção do nome, da imagem, da honra, da privacidade, do sossego, da liberdade de crença e de religião.

Com isso, o termo “direito da personalidade” tem diversos significados dentro do sistema jurídico, inclusive, alcançando àqueles direitos que não estão expressos na legislação. Sobre o

tema adverte o autor Gustavo Tepedino⁷⁷:

A personalidade deve ser considerada antes de tudo como um valor jurídico, insuscetível, pois, de redução a uma situação jurídica-tipo ou um elenco de direitos subjetivos típicos, de modo a se proteger eficaz e efetivamente as múltiplas e renovadas situações em que a pessoa venha a se encontrar, envolta em suas próprias e variadas circunstâncias.

Posto isso, os direitos da personalidade corretamente compreendidos, também colocam a devida proteção aos “novos” direitos, os quais surgem de acordo com o desenvolvimento e a complexidade das relações jurídicas alinhavadas entre os entes de direito, tais como: a proteção de dados, a segurança da informação pessoal, a integridade psicológica, a proteção ao *bullying*, ao meio ambiente salubre, a igualdade das pessoas portadoras de diferenças e deficiências mentais ou físicas, a acessibilidade, a perda de tempo útil, o reconhecimento de identidade pessoal, opção sexual, de gênero, e, até mesmo, proteção e tutela jurídica oriunda de textos publicados nas redes sociais e a divulgação de *fake news*.

Evidencia-se uma íntima relação entre os direitos da personalidade, as liberdades civis e públicas, os direitos fundamentais e os direitos humanos, ao passo que designam bem e valores tutelados para proteção da pessoa natural, inerentes à natureza do ser humano e derivados da cultura instalada ao longo dos anos, que se modifica de acordo com o desenvolvimento das relações sociais.

Com efeito, sobre o tema, em que pese à íntima relação entre os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, é importante diferenciá-los.

Os direitos humanos estão previstos em Declarações Universais assinadas pelos Estados soberanos, inerente ao ramo do direito internacional público, como exemplo, cabe mencionar a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1950; a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948; os tratados da Organização das Nações Unidas, de 1966, dentre outros documentos, acordos e tratados internacionais dos quais grupos de Países formalmente constituídos são membros ou signatários e absorvem a normativa internacional em seu sistema jurídico interno.

Já os direitos fundamentais são aqueles previstos nas Constituições dos Estados soberanos, países organizados juridicamente pela hierarquia das normas em que os direitos fundamentais estão alocados no topo do ordenamento jurídico escalonado, são previstos no plano interno,

⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.24.

nacional e derivam da relação entre o Estado, a administração pública e os jurisdicionados ou administrados dentro de um espaço físico territorial delimitado em que há jurisdição estatal. Logo, são aqueles empregados e protegidos contra a ação do estado.

Por último, os direitos da personalidade são a proteção do ser humano em sua esfera privada, tem previsão em norma infraconstitucionais, muitas vezes nos códigos ou legislações civis dos Países, estão ligados a um mínimo existencial digno do ser humano para que possa conviver pacificamente em sociedade, portanto, ligados ao escopo maior do Direito.

A diferença entre os direitos da personalidade e os direitos humanos fundamentais de primeira geração pode ser realizada pela análise subjetiva de quem é o sujeito de direitos da relação jurídica de direito material. Os direitos humanos fundamentais estão ligados à pessoa humana em relação à ação estatal e os direitos da personalidade empregados nas relações privadas.

Há, ainda, quem estabeleça diferenciação entre as Garantias Fundamentais e os Direitos Fundamentais, como assevera Paulo Hamilton Siqueira Junior⁷⁸, “Segundo a concepção clássica constitucional, direitos e garantias individuais têm conceitos diferentes. Direitos são as disposições declaratórias, ao passo que garantias são os elementos assecuratórios-sistema de defesa, sistema de proteção.”

Destarte, pode-se afirmar que o instrumento de tutela processual da ação de *habeas corpus* é garantia individual do jurisdicionado para assegurar seus direitos.

A propósito, acerca da diferença dos conceitos jurídicos, o autor português Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto⁷⁹ registra que os direitos da personalidade são essenciais, tendo em vista que:

(...) a própria personalidade humana quedaria descaracterizada se a proteção que eles concedem não fosse reconhecida pela ordem jurídica (...) a essencialidade explica que os direitos de personalidade sejam em regra considerados direitos fundamentais.

(...) são, neste sentido, o correspondente privatístico para a tutela de certos bens da personalidade pela Constituição, tutela que, como se sabe, não opera só no confronto de entidades públicas, mas também de terceiros particulares.

Por oportuno, vale o registro de que os direitos da personalidade são ligados não só ao direito civil, mas permeia a interdisciplinaridade do direito, distribuído no direito privado, público,

⁷⁸ SIQUEIRA Jr., Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*. 7º ed. São Paulo. Saraiva: 2017. p. 353-354.

⁷⁹ PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. *Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau*. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 76, Coimbra, 2000.

constitucional, administrativo e penal, devido à natureza do objeto tutelado.⁸⁰

Nestes termos, a autora Rosa Maria de Andrade Nery⁸¹, *apud* Hubmann⁸², afirma que a personalidade se opõe ao Estado como uma das consequências do direito privado, de exercer os direitos inerentes à condição humana:

Diz Hubmann que a ideia de “personalidade total” é parte da moderna consciência jurídica: a) deu entrada na CF como direito subjetivo público em face do Estado (direito fundamental);¹³ b) encontra classificação como direito subjetivo privado, com efeitos absolutos com relação a terceiros;¹⁴ c) vela pelo direito de todos;¹⁵ d) sofre limitações que decorrem da própria natureza do bem de personalidade, tratado em virtude das exigências da vida em comum, da ponderação dos interesses no caso concreto e do consentimento do lesado.¹⁶ Essa visão ampla permite alocar a expressão “direito de personalidade” (das Recht der Persönlichkeit) para significar o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos,¹⁷ bem como antever três outros momentos de incidência lógico-jurídica do conceito:

a) direito ao desenvolvimento da personalidade (das Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit). A expressão refere-se à possibilidade de proteção da dinâmica criadora da personalidade e de sua aspiração a valores;

b) direito sobre a personalidade (das Recht an der Persönlichkeit). A expressão refere-se ao reconhecimento e à defesa, no ser, da possibilidade de um exterior e interior círculo de vida com certo recheio de forças, de valores e de relação;

c) direito sobre a individualidade (das Recht auf Individualität). A expressão refere-se à ratificação do caráter original de cada homem.

Tais direitos são caracterizados, em regra, pela intransmissibilidade, indisponibilidade, inalienabilidade, e irrenunciabilidade, pondo a salvo àqueles que, por previsão legal, são possíveis de serem cedidos ou alienados, tais como ocorre com a cessão de direitos de imagem e à renúncia à privacidade que podem ser negociados mediante autonomia da vontade das partes.

Acerca das características dos direitos da personalidade, aduz Silmara Juny de Abreu Chinellato⁸³:

(...) além das características mencionadas no artigo, os direitos da personalidade são, ainda, inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis, (...) o exercício de alguns direitos, como o direito à imagem (reprodução física da pessoa, no todo ou em parte)

⁸⁰ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.. p. 285.

⁸¹ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade em *DISTINÇÃO ENTRE "PERSONALIDADE" E "DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE" UMA DISCIPLINA PRÓPRIA*. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 8, ano 2015, p. 473 – 478, Ago / 2015. RT.

⁸² HUBMANN, Heinrich. *Das persönlichkeitsrecht*. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967. p. 61-62.

⁸³ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Comentários à parte geral - Artigos 1.º a 21 do Código Civil*. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MACHADO, Antonio Cláudio da Costa (Orgs.). *Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 5ª ed. Barueri: Manole, 2012.. p. 42.

e à voz, pode ser cedido, por contrato expresso, como o de licença de uso, (...) o próprio direito é inextinguível, como decorrência da inalienabilidade.

(...)

Em regra, o exercício dos direitos não pode sofrer limitação voluntária pelo próprio titular. Essa é a regra que comporta exceções: como a referente ao direito à imagem, à voz, ao nome, ao corpo. Diante da regra, com maior razão o exercício dos direitos da personalidade não poderá sofrer limitação involuntária, por ato de terceiros, considerando-se que uma de suas características é ser 'personalíssimo', pertencente, com exclusividade, ao próprio titular. Assim, só se admite o exercício por terceiros de alguns direitos da personalidade, que o comportem, com o consentimento expresso do titular, o qual não se presume.

Os direitos da personalidade são dotados de caráter extrapatrimonial, normalmente intangíveis haja vista a ausência de precificação ou avaliação pecuniária, uma vez que, em regra, são colocados como fora do comércio.

Outrossim, em regra, são direitos imprescritíveis, tendo em vista a ausência de prazo para exercê-los, ou seja, a pretensão de exercício do direito não tem termo final pelo seu não uso durante o decurso do tempo, excetuado o prazo prescricional para indenização judicial por dano moral decorrente de violação de algum direito da personalidade para a reparação civil da lesão, como informa o inciso V, §3º, do art. 206, do Código Civil de 2002:

Art. 206. Prescreve:

(...)

§ 3º Em três anos:

(...)

V - a pretensão de reparação civil;

Ademais, como frisado, os direitos da personalidade podem vir a sofrer limitações, desde que seja de caráter voluntário, proveniente da autonomia da vontade daquele que dispõe, não seja realizada em caráter geral ou de forma permanente, bem como, não prejudique ou ameace direitos de terceiros.

Portanto, são direitos passíveis de restrições, desde que transitória, com duração temporal limitada e específica, voltada para uma finalidade determinada. Este é o entendimento contido no enunciado nº 4, expedido pelo Conselho de Justiça Federal:

Enunciado Número 4:

O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.

A partir do reconhecimento da importância dos direitos da personalidade e o grau de proteção dos mesmos em nosso ordenamento jurídico que consagra a dignidade da pessoa humana como valor central, cabe delimitar a devida tutela de tais direitos no processo civil brasileiro, para que se possa coibir, de forma ágil e efetiva a ameaça ou a lesão aos direitos da personalidade, sem que haja distorção ou inconsistências na devida tutela de tal gama de direitos essenciais à dignidade humana, de forma que não seja invocada de forma inadvertida por aqueles que operam o direito.

No que tange a ameaça ou lesão aos direitos da personalidade, estas podem ser compreendidas enquanto um dano que gera redução de valor do bem jurídico tutelado, um dos atributos de um sujeito de direitos ou às suas coisas.

De acordo com o ensinamento de Immanuel Kant⁸⁴, foi reconhecido que ao homem não se pode aferir um valor ou preço, uma vez que o homem e a vida tem dignidade, já as coisas tem preço ou valor econômico no mercado. Para o autor, a dignidade humana é justamente o valor atribuído àqueles bens jurídicos que não têm preço e às coisas são atribuídos preço, em pecúnia, ao aduzir:

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?

Com isso, a lesão pode ser conceituada enquanto uma violação de direito proveniente do dever geral de incolumidade que gera um dano, que pode ser um prejuízo patrimonial, subdividido este em dano emergente pela perda imediata de dinheiro ou coisa para a qual possa atribuir valor econômico e em lucro cessante, conglobado enquanto aquilo que efetivamente a vítima deixou de ganhar, um valor economicamente mensurável que a pessoa iria auferir no futuro não fosse o resultado do evento danoso que suportou.

Sobre o dano, o autor Gilberto Fachetti Silvestre⁸⁵ explica de maneira didática que “dano é a

⁸⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

⁸⁵ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 229-230.

lesão a um bem jurídico com redução do seu valor”, já a lesão é a infração ao dever de abstenção em face da incolumidade decorrente de um dever legal ou contratual, o bem jurídico, por sua vez, é o direito a ser protegido, compreendido como o patrimônio material ou moral para tutela das pessoas e das coisas. O valor é aquele socialmente percebido que pode ser atingido por meio de uma lesão que possa ferir as pessoas e sua dignidade ou danificar as coisas e reduzir o seu preço. A Redução é a diminuição de valor que causa empobrecimento patrimonial da pessoa ou na dignidade do sujeito de direito, atingindo sua personalidade.

Ocorre que, o dano quando perpetrado a uma coisa pode causar prejuízo extrapatrimonial de forma direta ou reflexa, além do dano patrimonial em si, quando, por exemplo, a coisa tem um valor sentimental junto àquele indivíduo sujeito de direitos que a possui.

Do mesmo modo, um dano à pessoa humana pode causar prejuízo de ordem patrimonial, como as despesas provenientes de tratamento médico ou com medicamentos decorrentes do sofrimento de uma lesão, se a qual a pessoa não teoria que arcar com tais despesas. Outro exemplo é um caso de acidente grave que inabilita a pessoa para seu labor, hipóteses em que há, também, o lucro cessante, concebido enquanto àquilo que a pessoas efetivamente deixou de perceber em decorrência do ato lesivo.

Acerca do dano, o autor Fernando Noronha⁸⁶ elucida com propriedade que o:

(...) dano pode ser caracterizado simplesmente como sendo o prejuízo resultante de uma lesão antijurídica de bem alheio. Numa noção mais esclarecedora, será o prejuízo, econômico ou não-econômico, de natureza individual ou coletiva, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada.

Na caracterização do dano, é conveniente distinguir dano, bem lesado e interesse lesado. Bens são coisas do mundo externo, corpóreas ou incorpóreas, e são ainda qualidades internas das pessoas, de natureza biológica, espiritual ou afetiva. Interesse é a relação que liga uma pessoa aos bens, a qual pode estar ligada a objetivos econômicos (isto é, patrimoniais), mas pode também ser de natureza ideal; num caso ou no outro, é preciso que o interesse seja considerado legítimo, como veremos daqui a pouco. O dano é o prejuízo gerado num bem, isto é, numa coisa, ou no corpo ou alma de uma pessoa.

Assim, a par do prejuízo economicamente apreciável, tem-se, ainda, o dano extrapatrimonial, idealizado como lesão à direitos intangíveis derivados do dano a própria pessoa, ao seu interior, seus pensamentos, seu corpo ou integridade psíquica, seus aspectos físicos e

⁸⁶ NORONHA, Fernando. Os Danos à Pessoa, Corporais (Ou Biológicos) e Anímicos (Ou Morais Em Sentido Estrito), e suas relações com os Danos Patrimoniais e Extrapatrimoniais. In: *Revista de Direito Privado*, vol. 22, Abr-Jun/2005, p. 83-95.

estéticos.

Tal lesão proveniente de um ato ou fato antijurídico gera o dano injusto, pode ensejar consequências civis, administrativas e criminais. Consequentemente, quando estar-se-á diante de uma situação jurídica que viola legítimos interesses ou bens juridicamente tuteláveis, se faz necessário que o direito e seus operadores consigam propiciar a devida tutela processual do direito almejado para a correta apreciação e prestação da jurisdição pelo Estado, na forma e limites impostos pelo processo judicial solene.

Com efeito, o dano extrapatrimonial é a lesão perpetrada contra os aspectos fundamentais da pessoa natural e passou a ser tutelado no ordenamento brasileiro a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, anteriormente à promulgação da Carta Constitucional, o ordenamento jurídico brasileiro não admitia a tutela indenizatória em decorrência do dano extrapatrimonial suportado. Somente o dano material encontrava proteção passível de indenização.

Com a entrada da Constituição da República Federativa do Brasil até a publicação e entrada em vigência do Código Civil de 2002, era passível a tutela dos direitos extrapatrimoniais ou morais por meio da compensação pecuniária, período em que o dano moral foi compreendido em uma indenização que visava aferir o preço da dor causada ao sujeito de direitos lesado, chamada de *pretiumdoloris*.

Nesse quadro, a vítima lesada teria que provar o sofrimento suportado, ocorre que, muitas vezes tal prova é de difícil percepção ou impossível de ser produzida e realizada pelo sujeito lesado, conhecida como prova diabólica ou *devilsproof*, uma prova judicial de difícil ou impossível produção em decorrência das circunstâncias em que a lesão se deu.

Em janeiro de 2003, após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, para que houvesse a compensação pelo dano extrapatrimonial, bastava comprovar a lesão para constituição do dano *ipso jure*, de pleno direito ou até o dano moral presumido, chamado de *in re ipsa*, com a comprovação do fato lesivo. Aqui a lesão era tratada de forma objetiva, sem análise das subjetividades e peculiaridades de cada caso.

Adiante, em decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, a partir do ano de 2012, para a tutela indenizatória por lesão que enseja dano de ordem moral, os casos de presunção do dano foram restritos e para lograr êxito na tutela compensatória pelo dano moral, em que, via de regra, há de se comprovar o sofrimento por meio das provas admitidas no direito.

O Enunciado nº 445 do Conselho da Justiça Federal⁸⁷, exarado na “V Jornada de Direito Civil” aduz que: “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”. Logo, ficou entendido que para o reconhecimento pelo direito do dano extrapatrimonial, o sujeito lesado não necessita realizar a prova de que sofreu com sentimentos ruins ou lesivos decorrente do ilícito suportado, até mesmo por se tratar, muitas vezes, de uma prova impossível de ser produzida ou de difícil concepção.

Com entendimento em sentido contrário ao dano moral presumido que gera a reparação em pecúnia, Antonio Junqueira de Azeredo afirma 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”⁸⁸, portanto coaduna com a ideia de que o dano moral deve ser percebido e provado por àquele sujeito que busca a reparação.

Alguns danos que poderiam estar sob a categoria que pode ser auferida em dinheiro, tais como dores, limitações temporárias e permanentes na atividade laboral, potencial encurtamento da vida, apresentação de quadro depressivo, cicatrizes, perda do sossego ou da paz, suportar intimidação por prática de bullying, dentre outros.

Sobre o dano aos direitos da personalidade e a configuração do dano de ordem moral, Anderson Schreiber⁸⁹ percebe que “a lesão a qualquer dos direitos da personalidade, sejam expressamente reconhecidos ou não pelo Código Civil, configura dano moral”, isto é o dano extrapatrimonial percebido sempre que há um dano ou lesão aos direitos da personalidade.

Assim, a dor ou o sofrimento, tido como dano moral em sentido estrito ou próprio, passou a ser chamado de *pretium doloris* quando passa a ser monetizado ou quantificado. Como a vida não tem preço, o valor do dano moral deve ser fixado com o fito de propiciar ao lesado uma satisfação que amenize o sofrimento impingido e que, ao mesmo tempo, intimide o ofensor para que fatos análogos não se repitam.

A indenização não pode ser inexpressiva, mas também não pode converter o sofrimento em móvel de captação de lucro ou enriquecimento sem causa.

A valoração pecuniária dos danos extrapatrimoniais é, por si só, subjetiva, porém, há critérios que devem ser observados por quem opera o direito, dentre eles: a extensão do dano à pessoa,

⁸⁷ Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/366>>, acesso em 14 de setembro de 2019.

⁸⁸ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 292.

⁸⁹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 16.

em que o julgador deve avaliar qual a real extensão do dano para fixação de uma indenização capaz de repará-lo, compensá-lo ou, ao menos, amenizá-lo.

Para tanto, deve-se avaliar de forma pormenorizada todas as provas colacionadas e produzidas no processo, é necessário investigar a intimidade das pessoas, o seu nível social, o seu grau de sensibilidade, suas aptidões, o seu grau de relacionamento em um ambiente social, familiar e de trabalho.

Com isso, perquire-se o próprio espírito social da pessoa lesada para aferir quais os padrões comportamentais e sociais que sejam capazes de identificar o perfil sensitivo do ofendido ou do sujeito de direitos lesado.

Esses fatores são importantes, à medida que constituem indicativos da extensão do dano a partir dos quais, será possível estabelecer valores compatíveis com a realidade vivenciada pela vítima em face da agressão aos seus valores mais íntimos.

Deste modo, a mensuração da *pretium doloris* está vinculada à análise de fatores diversos que concorreram para a diminuição da utilidade e da dignidade da vida que a pessoa levava habitualmente.

Noutro viés, para a correta quantificação se faz obrigatória a análise da intensidade e duração do sofrimento, da angústia suportada pela vítima. É necessário avaliar as condições particulares de cada vítima, em conjunto, para que se verifique qual o grau de importância que o direito da personalidade violado corresponde no bem da vida da parte lesada.

As condições pessoais da vítima são aquelas características peculiares e individuais que definem a unicidade de cada ser humano titular de direitos. Com isso, são as condições ligadas ao estilo e modo de vida que a pessoa leva no seu trabalho, às funções diárias que desempenha, quais suas atividades de lazer, características físicas e psicológicas de cada indivíduo.

Assim, analisa-se o sexo, a idade, qual quadro de saúde, doenças crônicas, distúrbios de ordem mental, qual o porte físico, enfim, todo e qualquer elemento capaz de realizar distinção, em especial, ao lesado que guarda relação com o evento danoso de forma negativa em seu âmago, portanto, amplia à medida da extensão do dano.

Ihering⁹⁰, alude à condição de trabalho da pessoa lesada, e se refere a diferenciar três profissões, a de camponês ou fazendeiro que valora mais sua propriedade, o empresário ou

⁹⁰ IHERING, Rudolf von. *A Luta Pelo Direito*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

comerciante valora mais seu direito ao crédito. Já um médico ou um advogado, dentre outros profissionais liberais que prezam muito mais pela sua honra, reputação e imagem.

O juiz ciente e conhecendo das condições peculiares da vítima, avaliará a extensão do dano e suas repercussões na vida e rotina do ofendido, neste sentido o citado autor comenta, ao fazer alusão as profissões e o grau de importância de cada bem da vida para o exercício delas:

(...) ninguém que saiba cuidar do seu interesse e guardar o que possui com tanto empenho como o camponês; (...) o espírito da emulação do camponês nada mais é senão o sentimento de propriedade temperado pela desconfiança.

(...) Aquilo que a honra é para o oficial e a propriedade para o camponês, para o comerciante é representado pelo crédito.

Com tais exemplos, Rudolf von Ihering informa que o sentimento de justiça depende não só da posição social que a vítima ou o indivíduo lesado ocupa, mas sim, do dever da jurisdição em defender o direito nas questões que, efetivamente, representam as condições existenciais da pessoa humana e o desenvolvimento de uma vida digna. Assim é que a personalidade é delineada, com traços únicos que cada indivíduo tem e como os exercem perante a sociedade, e, sobre o tema, Rudolf von Ihering corrobora:

(...) esse sentimento não é determinado, como qualquer outro fenômeno psíquico, unicamente pelos fatores individuais do temperamento e do caráter; nele também concorre um fator social, que é o sentimento da necessidade de qualquer instituto jurídico para as condições de vida de certa profissão.

Ihering faz uma observação em que valoriza o sentimento de propriedade das pessoas como fruto do seu trabalho e reforça a necessária tutela enquanto uma proteção idônea contra qualquer ameaça a direito capaz de ensejar prejuízo ao patrimônio e ao seu titular, tendo em vista que a lesão aos frutos do trabalho da vítima também macula os direitos da personalidade.

Outros danos capazes de afetar os direitos inerentes à personalidade são os danos físicos e os estéticos, que pode reduzir à imagem da pessoa, sua beleza, seu sentimento de bem-estar e auto estima e, até mesmo, causar limitações motoras ao sujeito lesado.

Sobre o dano estético, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenthal⁹¹ afirmam que a mera ofensa à aparência externa da pessoa não configuraria o

⁹¹ FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 480.

dano estético indenizável. Para o deferimento da devida tutela do dano estético passível de indenização a lesão deve corresponder a uma transformação duradoura no corpo do ser humano, sob pena de incentivar a arbitrariedade e subjetividade do juízo ao poder definir a existência ou não da lesão estética de acordo com o padrão de beleza que lhe convir.

Portanto, tal dano deve gerar “uma permanente mitigação da pessoa de se servir de seu corpo de forma eficiente (...) uma degradação permanente da integridade física da vítima”⁹².

Já em sentido contrário, em interpretação ampliativa do conceito de lesão estética, aduz Teresa Ancona Lopez⁹³, que este pode ser compreendido como o resultado de uma “ofensa à integridade física da pessoa humana, especialmente na sua aparência externa”, não havendo necessidade de ser uma lesão de caráter permanente.

Tal posicionamento é o que mais se adequa ao sistema de direito atual, ao passo que ainda que esteja diante de uma lesão transitória, temporária, ou que pode ser corrigida por meio de uma cirurgia plástica, por exemplo, há a configuração do dano estético, com o lapso temporal delimitado, sendo essa questão elemento objeto de quantificação de eventual tutela compensatória em pecúnia pelo dano transitório suportado.

Como exemplo, menciona-se o fato jurídico de uma modelo que perde um membro físico ao utilizar um produto na qualidade de consumidora, em que o referido produto apresentou vício e causou o grave acidente, em que obteve o resultado danoso para a modelo profissional perdeu um braço.

No caso hipotético, o consumidor era uma modelo profissional, comparativamente, a perda do membro será responsável por sofrimento físico e psicológico ainda mais forte, tendo em vista que ficará prejudicada em sua imagem, demonstrado, ainda, grande perda de sua capacidade laboral, o que gera dano patrimonial grave à modelo vítima do infortúnio.

Assim, um fato jurídico infeliz tido como o resultado que sucede ao dano, deve ser integralmente reparado pelo direito, desse modo, uma condição pessoal e especial da vítima deve, obrigatoriamente, ser considerada para a majoração do *quantum* fixado para o valor da indenização.

Não é só, deve ser ponderada a duração do sofrimento experimentado pela vítima, ou seja, o operador jurídico deve realizar uma análise cronológica para balizar o transcurso de tempo,

⁹² FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. Novo tratado de responsabilidade civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 480.

⁹³ LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 21.

com um termo inicial no início que o ato lesivo começa a produzir efeitos e um termo final quando cessado o dano.

Há de se mencionar a hipótese de os efeitos do ato lesivo se perpetuarem no tempo, por exemplo, no caso de uma lesão definitiva decorrente da violação do direito da personalidade. Neste caso, o dano definitivo deverá ser reparado de forma mais abrangente do que a reparação de um dano transitório ou passageiro, ou daquele em que pode haver a devida correção de forma integral.

Também deve ser analisado o grau de culpa das partes envolvidas, no entanto, atualmente, as decisões judiciais tendem ao entendimento de que a reparação do dano é necessária, mesmo não havendo culpa do agente causador da lesão, devido a aplicação da responsabilidade objetiva.

Não obstante, não rara às vezes em que, visando o lucro a qualquer custo, os sujeitos de direito criam uma situação ruim ou minimamente danosa e tentam aumentar um suposto sofrimento, para serem indenizadas e enriquecerem sem causa. Há alguns casos em que o sujeito até mesmo concorre para que o resultado danoso seja suportado com a finalidade de poder vir a auferir uma indevida reparação, o que deve ser reprovado, coibido e punido pela jurisdição, com a devida condenação em litigância de má-fé, sem prejuízo da aplicação da multa processual por atentado à dignidade, lastreados nos artigos 77 a 81 do Código de Processo Civil de 2015.

Logo, aquela parte processual que pratica o ato com vistas a suportar um dano e pretender ser indenizada em juízo, deve ser penalizada com sanções punitivas previstas na legislação processual, com muito mais razão quando distorce e manipula os fatos de forma premeditada para levar o caso para apreciação judicial.

Isso porque, a exegese processual em vigor consagrou à condição de suas normas fundamentais de processo civil o dever de lealdade, a boa-fé processual e a cooperação, de forma que os atos contrários à verdade, às legítimas expectativas das partes e do próprio juízo enquanto órgão julgador, devem ser coibidos.

Com isso as medidas punitivas e coercitivas podem ser utilizadas em favor da jurisdição para que possa ser prestado o acesso à justiça e prestada a devida tutela do direito às partes. Sendo consagrado o modelo de processo cooperativo por meio dos artigos supramencionados, inclusive o juiz deve advertir a parte processual de que a sua conduta é desleal e poderá restar configurado o ato atentatório a dignidade da justiça passível de aplicação de multa e execução

do débito, conforme ensina Marcelo Abelha Rodrigues⁹⁴ ao esclarecer sobre a cumulatividade das multas processuais e as astreintes previstas do Código de Processo Civil de 2015:

(...) é punitiva de uma conduta processual ímproba, caracterizando-se como *contempt of court* e aplicável a qualquer sujeito do processo. Ela não se confunde com as *astreintes* impostas ao réu como categoricamente prescreve o § 4.º do art. 77. Nesse dispositivo o objeto tutelado é a dignidade da justiça e essa multa não se baralha com a *astreinte*, cujo papel coercitivo é precípua e o sujeito processual por ela atingido é sempre o requerido em desfavor de quem é efetivada a tutela. A cumulatividade das duas multas processuais é absolutamente possível de acontecer como claramente estabelece o NCPC.

Assim, para que haja a necessária tutela do dano suportado, deve o juízo detalhar o caso concreto ao máximo e utilizar de critérios lastreados na proporcionalidade, na razoabilidade, na equidade, e, ainda, utilizar de seu prudente arbítrio, pela experiência na atuação na função de magistrado para analisar se a indenização realmente é devida, se é o caso de enriquecimento ilícito e, ainda, qual o valor a ser fixado.

Para tanto, o juízo, ao apreciar o caso posto em litígio, deve usar da relação de adequação dos meios aos fins, ou seja, deve analisar a necessidade e adequação da tutela jurisdicional de acordo com caso concreto e à finalidade da indenização compensatória, sem enriquecer a parte credora.

Imperioso destacar que, a partir do Código de Processo Civil de 2015, o dano moral com o *pretium doloris*, por sua incomensurabilidade, deve ser fixado pelas partes e seus patronos na petição inicial ou na reconvenção, por exigência do inciso V, art. 292, do Código de Processo Civil de 2015, que preconiza que o valor pretendido a título de indenização por dano moral deve ser liquidado pelas partes e seus patronos no início da demanda judicial.

Em que pese a fixação e arbitramento pelas partes, a decisão final, evidentemente, fica a critério do juiz do caso, que decide sobre o respectivo valor de acordo com o seu prudente arbítrio, ponderando os elementos probatórios e as circunstâncias do caso concreto.

Tal dispositivo em muito influencia no momento de parametrizar e precificar o *quantum* a ser pleiteado pela parte que suportou a lesão, tendo em vista a possibilidade de que, em caso de provimento parcial do pleito ou improcedência da demanda, a parte pode suportar os efeitos financeiros dos ônus da sucumbência, com o conseqüente pagamento de custas ao poder judiciário e honorários sucumbenciais ao advogado da outra parte.

⁹⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Execução Civil. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 67-68.

Por exemplo, cabe mencionar o caso em que a parte que suportou determinada lesão de ordem extrapatrimonial, ingressa em juízo para obter a tutela compensatória em que pleiteia R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) de indenização pelo dano extrapatrimonial. O juiz, após realizada a instrução do processo, entende cabível a indenização de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e não o total do valor atribuído pela parte representada por seu patrono.

Neste caso, haverá uma sucumbência parcial de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) que servirá de base de cálculo em eventual condenação em honorários advocatícios de sucumbência devidos ao advogado que patrocinou a defesa do causador da lesão, em regra, arbitrado de 10% (dez por cento) a 20% (vinte por cento) sobre o valor que parte não obteve êxito, o que, obrigatoriamente, deve ser devidamente informado por aquele que detém capacidade postulatória e realiza a representação da parte em juízo.

Hodiernamente, vivencia-se uma sociedade contemporânea complexa, afetada e cingida por todos os tipos de violência, com agilidade na troca de informações que aumentam a velocidade das relações jurídicas e sociais.

Daí há o surgimento de novos danos, na medida em que o homem se transforma e evolui histórica, tecnológica e biologicamente, ao passo que novos direitos e deveres emergem das próprias relações estabelecidas e, por conseguinte, com o aparecimento de novos tipos de lesão. Deste modo, tem-se a importância de classificar os direitos da personalidade em um rol não exaustivo, exemplificativo, tendo em vista a possibilidade do surgimento de novos danos e novas tutelas a serem exercidas em juízo.

O grau de subjetividade que cada sujeito de direito percebe de uma situação danosa, gera dificuldade para que haja a precisa identificação da lesão, tendo em vista que o dano suportado é estabelecido em uma dimensão subjetiva devido às peculiaridades de cada sujeito de direitos enquanto pessoa natural, uma pessoa pode se sentir muito prejudicada em decorrência de um dano à sua imagem, devido à colocação ou posição social que ocupa.

Já outra pessoa pode não se importar tanto com eventual dano perpetrado à sua imagem, de forma a não se sentir lesada quando suporta a mesma consequência de um fato suportado por àquele que detém uma posição social “elevada” perante a sociedade.

Por isso, a extensão do dano é de difícil delimitação por aquele que analisa a situação de maneira extrínseca, sendo muito mais palpável e mensurável àquele sujeito que, de fato, suportou a lesão em seu direito.

Isso não significa dizer que não se possa ou deva buscar uma definição que alcança a

reparabilidade do dano subjetivo suportado, posto que a própria Constituição da República de 1988 garante a devida tutela das lesões e ameaças ao direito.

Assim, a parametrização utilizada para quantificação do valor deve ser idealizada de maneira independente, tornando-o consistente de forma a afastar a ameaça ou a lesão, reduzindo às capacidades e às potencialidades que o resultado da lesão ou da ameaça podem ser percebidos.

Nesse sentido, quando um sujeito realiza um ato que diminui a qualidade de vida de uma pessoa comprometida com o social, lastreada no princípio da solidariedade, a responsabilização civil do causador da lesão se revela como um dever jurídico e ético de quem detém o poder jurisdicional, para que cumpra a efetivação de uma prestação de ressarcimento e reparabilidade integral do dano.⁹⁵

São diversos os possíveis danos a serem perpetrados contra os direitos da personalidade, os quais merecem e devem ser tratados de acordo com o conflito de interesses postos e a lesão efetivada. Por isso, o ordenamento jurídico brasileiro permite uma tutela processual do direito material de acordo com a lesão verificada para a melhor tutela do direito posto.

3.2. As diferentes tutelas processuais da personalidade

O texto legal devidamente interpretado gera uma proposição ao destinatário. Tal proposição é que confere sentido a norma jurídica dentro do sistema no que está inserida. Dito isso, a norma jurídica necessariamente deve servir aos juristas para tutelar os direitos da personalidade, visando não só a pacificação social almejada, mas, principalmente, conferir dignidade à vida de todas as pessoas naturais e sujeitos de direito, bem como proteger o mínimo necessário para que o direito do próximo seja respeitado de forma isonômica.

O sistema positivo de direito, por meio de uma proteção ou cláusula geral de tutela da personalidade humana permite, dentro do ordenamento jurídico, a criação e utilização de novos pensamentos e teses, bem como o desenvolvimento de novos instrumentos para que haja a devida tutela do direito material.

Com efeito, de acordo com o problema da vida levado ao poder judiciário por meio do acesso à justiça, àquele que detém o poder jurisdicional deve realizar o devido tratamento do conflito de interesses respondendo de forma idônea a provocação do jurisdicionado.

⁹⁵ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 602.

Assim, o conflito quando judicializado deve retornar ao mundo dos fatos devidamente solucionado, ou, na impossibilidade de solução, devidamente tratado, compensado ou reparado, por meio de um provimento jurisdicional efetivo.

Imprescindível conceituar o termo jurídico tutela jurisdicional, que segundo Cândido Rangel Dinamarco é⁹⁶:

(...) o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em processo. Ela consiste na melhoria da situação de uma pessoa, pessoas ou grupo de pessoas, em relação ao bem pretendido ou à situação imaterial desejada ou indesejada (...) a tutela jurisdicional não é necessariamente tutela de direitos, mas tutela a pessoas ou a grupos de pessoas.

Para concretizar a sua finalidade constitucional, a jurisdição, por meio do estado-juiz, deve proporcionar uma tutela efetiva que, de fato, garanta o exercício e o gozo de direitos, ou seja, é dar efetividade ao processo com vistas a proporcionar um resultado no mundo fenomênico, é a técnica processual para obtenção do bem da vida ou para assegurar o seu resguardo.

A tutela não é só a decisão proferida por um juiz, mas todos os meios disponíveis aos atores do processo colocadas à disposição da jurisdição e do jurisdicionado. No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni⁹⁷ afirma que a:

(...) tutela 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, o conjunto de medidas adequadas à proteção do bem da vida buscado pelo jurisdicionado no processo.

Noutro lado, ao se manifestar sobre o conceito de tutela jurisdicional, Flávio Luiz Yarshell⁹⁸, interpreta que o termo não se refere somente ao resultado do processo judicial no mundo dos fatos com a vitória de uma parte e a derrota de outra, mas sim, engloba todos os instrumentos dispostos no ordenamento jurídico, os atos processuais e os procedimentos para se alcançar a finalidade pretendida, de acordo com as garantias estampadas pelo devido processo legal:

⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V, I. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 212 – 214.

⁹⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Coords.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. – (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.1).

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.

Com isso, a partir da sistematização do tema e dos referenciais teóricos alhures colacionados, o termo tutela pode ser corretamente interpretado como os resultados percebido pelos jurisdicionados no mundo fenomênico, no mundo dos fatos após a instauração da demanda judicial, bem como refere-se aos meios permitidos pelo direito para que os resultados sejam efetivados na prática, bem como que a proteção dos direitos da personalidade sejam oportunizadas, como forma de resguardar, na prática, os atributos da pessoa humana e sua dignidade.

Não se pode confundir o termo tutela como uma decisão ou sentença que põe fim ao processo, estas podem ser concebidas enquanto técnicas processuais colocadas no ordenamento jurídico para que a devida tutela possa ser prestada, portanto, o termo tutela jurisdicional é muito mais abrangente do que uma decisão exarada pelo estado por meio do juízo, a qual pode sim conter uma ou mais tutelas para dar eficácia ao direito material.⁹⁹

A propósito, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁰⁰ resumem as principais formas de tutelas dos direitos da personalidade ao interpretarem a proposição extraída do art. 12 do Código Civil de 2002:

Para tanto, afirma o art. 12 do Diploma Substantivo que a tutela (proteção) jurídica dos direitos da personalidade, em sede civil (sem prejuízo da tutela penal), consubstanciar-se-á por meio de medidas repressivas – da chamada tutela clássica da personalidade – e, por igual, de medidas preventivas – a chamada tutela específica (que pode ser individual ou coletiva, reguladas, respectivamente, pelos arts. 497 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor).

[...] Vale dizer, além da tutela preventiva e da tutela ressarcitória dos direitos da personalidade, sobreleva a pontuar a possibilidade de tutela reintegratória, na forma

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 100-103.

¹⁰⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral e LINDB. Vol. 1. 15ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2017. P. 221-223.

específica, cujo objeto é reconstituir naturalmente a situação anterior ao ilícito já consumado, sem que o ofendido necessite se utilizar do mecanismo de reparação.

Historicamente, no direito sempre se afirmou que o titular de um direito somente poderia buscar sua proteção e guarida judicial após suportar a lesão. Ocorre que, contemporaneamente, diante de uma ameaça ou de um dano aos direitos da personalidade, a tutela jurisdicional pode ser compreendida enquanto o conjunto de medidas processuais destinadas à proteção do direito material, é um meio de exercício do direito dentro do processo judicial derivada da exigência garantida pelo próprio direito de acesso à justiça para todos os indivíduos, sem distinções, conforme aduz o art. 12 do Código Civil de 2002:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

A tutela específica, bem como a adoção de providencias ou medidas que assegurem à tutela efetiva também é prescrita no parágrafo único, do art. 497, do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

O dispositivo normativo deixa claro as diversas possíveis tutelas processuais do direito material, de acordo com o problema fático posto em juízo e os interesses das partes juridicamente relacionadas transformadas em processo judicial por meio do ingresso em juízo, portanto se pode arguir a existência de uma tutela preventiva para resguardar o direito ameaçado e uma tutela repressiva para reparar o dano ao direito, portanto, voltada para um fato já percebido, neste sentido informa Cássio Scarpinella Bueno¹⁰¹:

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.

¹⁰¹ 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.

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.

Assim, a formalização da relação jurídica processual se dá com a elaboração, protocolização, distribuição de uma petição inicial e integração do réu ou requerido ao processo por meio de uma citação válida. Assim se dá a retirada do poder judiciário da inércia tendo em vista que, em regra, o judiciário é passivo, sendo ativado por meio de uma provocação formal, respeitado o procedimento e a concatenação dos atos processuais.

Neste ponto, a pesquisa trata do princípio do dispositivo, o qual constrange o juiz ao respeito a uma obrigação de não fazer, no sentido de não proferir decisões de ofício em sua jurisdição contenciosa, agindo, tão somente, em cumprimento a provocação da parte processual voltada para que o Estado, por meio de um juízo titularizado por um juiz de direito, preste atividade jurisdicional de forma reativa, cumprindo ao interessado o exercício do seu direito público de ação, por meio de exordial ou através de um pedido contraposto, e, ainda, pela reconvenção, que rompem com o estado de inércia do poder judiciário.¹⁰²

O autor Cássio Scarpinella Bueno¹⁰³ ao discorrer sobre o tema, afirma que “A petição inicial é peça de fundamental importância para o direito processual civil, porque a jurisdição é inerte e depende, em nosso sistema, de provocação específica de interessado para atuar.” Evidente que matérias do direito concebidas como de ordem pública pode ser despachadas de ofício pelo juízo, sem que a parte alegue de forma expressa no processo judicial.

Portanto, a petição inicial se apresenta no sistema jurídico brasileiro como o principal meio de provocação da atividade judicial para que a parte almeje a tutela jurisdicional de seu direito. De acordo com as peculiaridades e particularidades de cada relação jurídica ocorrida no mundo dos fatos, afeta a elaboração da estratégia processual e da petição inicial que poderá se dar de diversas maneiras, devendo, sempre, ser respeitado o procedimento e os atos processuais delimitados na legislação.

No que se refere ao trâmite da demanda judicial, não se pode olvidar de realizar a necessária

¹⁰² CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. III. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989

¹⁰³ BUENO, Cássio 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.

distinção entre procedimento e processo. Acerca das diferenças entre os termos e sua aplicação prática, com precisão, afirma Tiago Figueiredo Gonçalves e Rodrigo Reis Mazzei¹⁰⁴ em artigo científico, que até a fase procedimentalista as terminologias eram utilizadas pelos juristas como se fossem sinônimos. Contudo, a partir da autonomia científica conferida a ciência processual ou ao Direito Processual Civil, ocorrida a partir da segunda metade do século XIX, o processo passou a ser entendido como uma relação jurídica própria com um ramo científico peculiar do direito, e informam que:

Passamos, a partir de então, a enxergar no processo um vínculo entre os sujeitos que o integram, Esse vínculo, por produzir efeitos no mundo do Direito – criando direitos, obrigações, deveres e ônus para os sujeitos que dele participam -, é jurídico. Temos, então, no processo, uma relação jurídica processual.

(...)

A relação jurídica processual, como todo e qualquer liame jurídico, encontra-se em plano imaterial ou de abstração. A materialização da relação processual acontece por meio da prática, por seus sujeitos, de uma série de atos processuais que se sucedem no tempo.

Esses atos, que materializam ou concretizam a relação processual, são instrumentalizados em atos documentados que vão compor o que denominados de atos do processo. Essa série ordenada e lógica de atos, que dita o modo de ser da relação processual, consiste exatamente no procedimento.

Nesse sentido, o procedimento é a ordem com que os atos processuais se sucedem, de forma lógica, cronológica e ordenada, é a própria concatenação, a organização do processo e como se desenvolve a relação processual ao longo do tempo.

Trata-se, desse modo, da indicação dos atos e a forma sequencial de como devem ser efetivados na prática, seu local, sua competência, e estrutura do desencadeamento do processo judicial.

O processo então passou a ser identificado como a complexidade de atos dos quais resulta o procedimento, com produções de efeitos, ações e reações possibilitadas as partes por meio do contraditório amplo ao qual o processo contemporâneo está adstrito.

A preclusão é tida como a espinha dorsal do processo, que impulsiona as partes e ao juízo darem andamento ao feito, está vinculada a ideia de andamento do processo, como apresentação da petição inicial, da contestação, da réplica, realização de audiências, instrução processual, colheita das provas, prolação de sentença ou decisão com provimento

¹⁰⁴ GONÇALVES, Tiago Figueiredo; MAZZEI, Rodrigo Reis. Visão geral dos procedimentos especiais no novo Código de Processo Civil. In: BUENO, Cassio Scarpinella. (Org.). *PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 1. Vol. 2.* Porto Alegre: Artmed, 2015, p. 97-128.

jurisdicional, interposição de recursos, dentre outros atos inerentes ao processo, com respeito aos prazos, formas e procedimentos previstos na Lei.

São três as espécies de preclusão, a temporal inerente aos prazos a serem cumpridos dentro do procedimento que uma vez exaurido não podem ser reabertos. Já a preclusão consumativa está ligada à ideia de produção do ato processual de uma só vez, ou seja, em regra, um ato já formalizado e realizado não poderá ser repetido, salvo quando permitida sua complementação ou correção elencadas de forma excepcional na legislação processual. Por último, há a preclusão lógica, em que não é permitido o uso de comportamentos contraditórios, contrários ao próprio ato já entabulado pelas partes.

Portanto, o desenvolvimento processual é marcado pela ótica preclusiva, tendo em vista a necessidade de alcance da finalidade do processo e da produção de uma decisão judicial de mérito que, efetivamente, produza efeitos no direito material e no plano dos fatos por meio da devida tutela processual do direito.

No que se refere as tutelas judiciais dos direitos da personalidade, em decorrência da diversidade de danos, da complexidade das relações jurídicas contemporâneas, bem como do atual sistema normativo vigente no Brasil que prima pela técnica de proteção aos direitos do homem.

Com efeito, foi ultrapassado o esquema tradicional de reparação de danos em que uma vez ocorrida a lesão à direitos, deveria ensejar, obrigatoriamente, uma sanção àquele que deu causa ao dano, encampada sob o binômio lesão-sanção decorrente de uma visão estritamente patrimonialista e ultrapassada do direito.

Tal esquema de reparação, na maioria das demandas, não proporciona a devida tutela dos direitos da personalidade, tendo em vista que a proteção de tais direitos deve ser, geralmente, realizada por meio de uma tutela específica e não pela via estreita do pagamento de pecúnia à vítima do dano.

Como salientado, os direitos da personalidade são de difícil precificação e aferição econômica e a parte lesada não se sentirá satisfeita com a tutela de seu direito em dinheiro. Com isso, possível afirmar que a tutela jurídica dos direitos da personalidade recebeu uma nova forma de tratamento dentro do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive no que tange a ameaça a tais direitos.

A tutela inibitória, portanto, destina-se unicamente à prevenção da lesão e não à reparação do dano em si uma vez que o que se pretende, é justamente a sua não ocorrência. Para Eduardo

Talamini¹⁰⁵, "a transgressão não é o pressuposto de incidência das sanções preventivas", de acordo com o entendimento do autor, as sanções preventivas têm o viés de obrigação de não fazer. Já as sanções positivas "subordinam-se à possibilidade de influenciar o sancionado na escolha de uma conduta 'mais desejada' pelo ordenamento". A própria ameaça enseja a ilicitude capaz de possibilitar o sujeito de direito à provocação da jurisdição.

Destarte, resta necessária a digressão acerca de cada tutela judicial cabível aos direitos da personalidade, os quais, conforme o art. 12 do Código Civil brasileiro deixa claro, a ameaça a tais categorias de direitos possa ser tutelada, pondo a salvo outros tipos de tutela e de sanções cabíveis.

O dispositivo legal deixa evidente que a proteção aos direitos da personalidade pode, inclusive ser preventiva, quando o que se pretende é evitar a ocorrência do ilícito e do dano decorrente de um fato praticado por outrem, portanto, neste caso, estaremos diante de uma tutela inibitória, que pode também ser concedida através do *habeas corpus* preventivo para evitar a ocorrência da violência ou coação¹⁰⁶.

Em semelhante sentido, Cândido Rangel Dinamarco¹⁰⁷ afirma que:

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.

Outra classificação dos direitos da personalidade e suas possíveis tutelas é quanto ao momento de sua concessão se de forma inicial ao processo ou com o mesmo em andamento, ou seja, de modo incidental ao processo em trâmite.

Ainda se faz necessário a classificação das tutelas no sistema processual vigente que podem

¹⁰⁵ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001.

¹⁰⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. 3.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais. 2018.

¹⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 247-248.

carecer de definitividade, ser declarada de forma provisória, temporária ou necessitar de confirmação em caráter satisfativo eventual e futuro.

Sobre as tutelas antecipatórias provisórias, debateu-se sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 sobre as tutelas de urgência antecipatórias, as cautelares e as tutelas antecipadas satisfativas, uma vez que àquele diploma processual tratava o processo cautelar como um instituto do direito processual em apartado, inclusive a cautelar era topograficamente localizada em livro próprio do processo cautelar.

Naquela época o processo civil era marcado pelo formalismo excessivo e do rigorismo da técnica processual, por vezes exagerada, que chegava, em algumas situações, a prejudicar a própria tutela ou exercício do direito material debatido.

Sobre o tema, Daniel Mitidiero¹⁰⁸ assevera o conceito de tutela sumária enquanto técnica processual:

Embora muito se discuta a respeito do conceito de tutela cautelar, e no Brasil seja particularmente intenso o debate sobre o assunto, certo é que as teorizações existentes são em grande parte insatisfatórias, seja porque (a) confundem tutela cautelar com tutela satisfativa ou (b) contrapõem equivocadamente tutela cautelar à tutela antecipatória. Além do mais, normalmente não levam em consideração que a tutela antecipatória, que pode tanto prestar tutela satisfativa quanto tutela cautelar, é suscetível de concessão seja para fazer frente a situações de urgência – perigo de ilícito ou perigo de dano –, seja para evitar que um direito desde logo evidente enfrente dilação indevida na sua realização judicial, constitui simples técnica processual e, como tal, nada diz por si só a respeito da tutela jurisdicional e da tutela do direito que será antecipada sumariamente. As raízes desses equívocos, no entanto, podem ser rastreadas com relativa facilidade pelas veredas da história.

Com a Constituição de 1988, o valor efetividade passou a incorporar o sistema normativo brasileiro¹⁰⁹. No entanto, para um provimento efetivo e seguro é necessário que a jurisdição despenda tempo para aferir a cognição plena sob o objeto litigioso do processo, mas nem sempre a utilização técnica da cognição exauriente serve para a melhor tutela dos direitos colocados pelas partes.

De acordo com o autor Marcelo Abelha Rodrigues¹¹⁰, há necessidade de se combater os males que o tempo pode causar ao processo e ao direito material vindicado, para tanto deve-se alterar o momento de concessão das tutelas jurisdicionais de acordo com a demanda posta e as

¹⁰⁸ MITIDIERO, Daniel. Tendências Em Matéria De Tutela Sumária: Da Tutela Cautelar À Técnica Antecipatória. In: *Revista de Processo*. vol. 197/2011. Jul / 2011. p. 27 – 65.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Perfil dogmático da tutela de urgência. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 70, ano XXIV, 1997, jul. p.219.

¹¹⁰ RODRIGUES, Marcelo ABELHA. Tutela provisória no NCPC. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 18, n. 97, maio/jun.- 2016. p. 15-61.

provas produzidas.

Daí pode-se afirmar que, por vezes, a tutela aos direitos da personalidade necessita de serem concedidas de forma célere sob pena de perda do objeto ou mesmo de não realização do direito material da parte, que suporta o ônus da demora dos processos para que e possa conceber uma cognição exauriente que proporciona um grau de certeza e segurança maior para concessão das tutelas.

Com isso, foi permitido a utilização da técnica processual antecipatória com cognição sumária sobre o objeto jurídico, podendo os direitos da personalidade serem tutelados de forma incipiente, no início do processo e, até mesmo, sem que seja oportunizada a oitiva da parte contrária, seja por meio de uma ação judicial ordinária com pedido de tutela antecipatória provisória, ou, ainda por meio de um *habeas corpus* com pedido liminar e prioridade máxima na tramitação.

O Código de Processo Civil de 2015 visou sistematizar a tutela de urgência como um gênero, sendo a tutela de caráter cautelar ou de caráter satisfativa as suas espécies visando a evitar a perda de oportunidades, expectativas e do próprio direito em si pelo decurso do tempo até que haja a concessão de uma tutela final, após a fase de instrução, apresentação de recursos e do trânsito em julgado da decisão judicial.

De acordo com o processualista Daniel Mitidiero¹¹¹ a técnica antecipatória serve para que o processo civil se adeque as especificidades do direito material colocado em juízo para assegurar (tutela cautelar) ou satisfazer (tutela satisfativa) os bens da vida e interesses jurídicos debatidos, de modo que o provimento jurisdicional é proferido antes do provimento final, o que se aplica perfeitamente aos direitos da personalidade, uma vez que tratam de direito básicos ligados à dignidade e aos aspectos essenciais para a pessoa humana.

De maneira diversa pensa José Roberto dos Santos Bedaque¹¹², que afirma não haver autonomia relevante entre a tutela antecipatória cautelar e a satisfativa, sob o fundamento de que ambas têm o escopo de garantir a efetividade de uma tutela definitiva sobre o direito.

Outro argumento utilizado por quem defende tal posição é de que os requisitos de concessão foram sistematizados e unificados em probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

¹¹¹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

¹¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

No entanto, apesar das semelhanças quanto aos requisitos processuais que autorizam a concessão das tutelas de natureza cautelar e as satisfativas, ambas podem ser requeridas de forma antecedente ou incidentalmente ao processo e, ainda, serem dotadas de temporariedade, provisoriedade, bem como sumariedade de cognição, entende-se melhor a posição que defende a autonomia entre as espécies de tutelas provisórias.

Evidentemente que em sempre haverá um grau de satisfação do direito vindicado, ainda que de forma assecuratória como ocorre em uma medida cautelar de arresto de bens para garantir uma futura, eventual, mas provável cumprimento de sentença, há no jurisdicionado um grau de satisfação em, ao menos, idealizar uma futura execução de seu direito assegurada pelos bens arrestados.

Situação diferente é aquela em que há antecipação daquele que seria o provimento jurisdicional final, por exemplo, quando o juízo defere o pleito e concede alimentos provisórios em sede de decisão antecipatória e efetivamente antecipa de forma satisfativa o objeto principal do processo.

Por isso, pode-se afirmar que há diferença entre as tutelas antecipatórias cautelares e as satisfativas, pois, a depender da relação jurídica de direito material e processual posta em juízo, é que se perceberá se está diante de uma tutela na espécie cautelar ou satisfativa.

Destarte, estar-se-á diante de uma tutela de urgência de natureza antecipatória cautelar quando há o viés de assegurar ou conservar o resultado do eventual provimento jurisdicional final e objeto principal da demanda judicial, ou, então, estar-se-á diante de uma tutela de urgência de natureza satisfativa, quando, de fato, os efeitos de um provimento final é que são deferidos no processo e abreviados no mundo dos fatos.

Logo, é perceptível a que a diferença maior entre as tutelas guarda relação com a finalidade de cada uma, tendo em vista que a tutela da espécie cautelar tem o fito de assegurar, resguardar e garantir o resultado útil do futuro e incerto provimento final, sem, contudo, adiantar o próprio resultado do processo.

Já a tutela antecipatória da espécie satisfativa tem a finalidade de eliminar a situação de perigo decorrente da demora do processo e já antecipa, mesmo que parcialmente e de forma precária, o provimento final requerido referente ao bem da vida em si com a antecipação dos efeitos de uma tutela de mérito requerida na petição inicial, com um grau de satisfação muito mais elevado.

Outro argumento importante para defesa da tese de que há autonomia entre as tutelas

cautelares e as tutelas satisfativas é que o Código de Processo Civil de 2015, nos artigos 303 a 310, conferiu a possibilidade de estabilização dos efeitos da tutela antecipada conferida em caráter antecedente somente para as tutelas satisfativas e não para às cautelares, bem como delimitou dois procedimentos distintos para a tutela antecipada satisfativa requerida em caráter antecedente e a tutela cautelar requerida em caráter antecedente.

Com efeito, resta claro a dicotomia entre as espécies de tutelas provisórias antecipatórias da espécie cautelar e satisfativa, em que a primeira tem origem no receio da inutilidade do processo caso seja necessário aguardar o seu provimento final, num viés muito mais conservativo e assecuratório do direito objeto principal da demanda, portanto, resguarda o interesse público de que o processo seja eficaz e não seja prolatada uma decisão cujo objeto de cumprimento tenha se perdido com o decurso do tempo.

Visa à tutela de natureza cautelar a prevenir que seja proferida um provimento jurisdicional final inócuo, preservando determinada prova, garantindo uma futura execução do provimento e conservando um *status quo* que permita o cumprimento material da decisão judicial futura.

Noutro escopo, a tutela de urgência de natureza satisfativa pretende adiantar os exatos efeitos do provimento final, que, neste caso, obrigatoriamente deve ser reversível. Portanto, há diferença no fundamento das tutelas de urgência, bem como em suas finalidades e nos objetos jurídicos tutelados, podendo serem especificadas de acordo com a natureza da relação jurídica de direito material posta e do dano suportado.

Para devida operação e sistematização da tutela antecipatória há de compatibilizar os postulados de segurança jurídica, da eficácia e efetividade do provimento judicial, lastreado no interesse público de fazer justiça e garantir o escopo processual, sem, contudo, sacrificar o postulado preterido, utilizando-se da devida técnica processual enquanto meio de se alcançar o resultado pretendido e promover a devida tutela dos direitos.

Outra inovação concebida pelo Código de Processo Civil de 2015 foi a possibilidade da tutela antecipatória satisfativa de caráter antecedente, decorrente da aplicação da técnica processual monitoria em que se tornou possível a estabilização da tutela concedida em juízo antecedente à demanda principal em caso de inércia do demandado, que o ordenamento processual passou a interpretar como aceitação da tutela concedida.

A previsão é positiva, se corretamente utilizada, traz benefícios à uma tutela jurisdicional mais efetiva ante a satisfação antecipada do direito vindicado ou de parte dele, com previsão legal e sistematização nos artigos 303 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015.

Com a devida interpretação da norma jurídica, caso seja concedida a tutela antecipada requerida de forma antecedente à demanda principal e o réu que suportar os efeitos da tutela não apresentar o recurso de agravo de instrumento, haverá a estabilização dos efeitos materiais da tutela antecipada com a consequente extinção do processo sem formação de coisa julgada.

Enquanto a decisão concessiva não for reformada, invalidada ou reformada por uma decisão de mérito em ação autônoma ajuíza pelas partes para que haja a impugnação da medida após sua estabilização, a medida conserva seus efeitos.

Daniel Mitidiero¹¹³, ao escrever sobre o tema, adverte que a estabilização da demanda antecipatória é derivada do direito material que integra o próprio direito de ação fundada no devido processo legal e efetivo como consagra a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Com efeito, pode-se afirmar que estabiliza os efeitos da tutela concedida por meio de cognição sumária e incipiente para abreviação do processo e de seu resultado útil e prático em decorrência da inércia da parte ré.

Com isso a cognição exauriente somente ocorrerá caso o réu demandado e juízo apresenta o recurso idôneo contra a medida antecipatória e contestação no processo principal. Portanto, trata-se de cognição exauriente eventual, diferida e condicionada à reação do réu.

Em sentido semelhante, Eduardo Talamini¹¹⁴ aduz que a estabilização é uma técnica monitoria, tendo em vista que engloba todos elementos e requisitos desta: há juízo de cognição sumária para abreviar a produção dos resultados no mundo dos fatos; há força preclusiva de acordo com a inércia do réu, para que a tutela se estabilize; há distribuição do ônus para o réu em realizar a propositura de um processo com cognição exauriente, caso tenha quedado inerte quando da concessão da tutela antecipatória satisfativa contrária ao mesmo e não há coisa julgada material, apenas estabilização material dos efeitos práticos da tutela antecedente satisfativa.

Nos dispositivos normativos dos artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil de 2015 possibilita ao poder jurisdicional que, por uma decisão fundada em cognição sumária, a tutela provisória pudesse alcançar a estabilidade para conservação dos efeitos no plano material com

¹¹³ MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil. In: *Revista Magister*, ano XI, n. 63, nov./dez-2014.

¹¹⁴ TALAMINI, Eduardo. *Tutela de urgência no Projeto do Novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro*. Revista de processo, vol. 209, p. 13-34, jul-2012. p. 24.

a consequente extinção do processo.

Assim, com a estabilização da tutela enfrenta-se o mal que o tempo pode causar ao processo e aos interesses jurídicos postos, ao retirar o ônus do tempo para que se chegue a um provimento final efetivo, sem que seja necessário caminhar por todos os atos do procedimento comum, por vezes, sequer almejado pelos litigantes que podem se satisfazer com a tutela antecipatória, reduzindo o lapso de tramitação cronológica do feito e diminuindo custos de oportunidade e econômico para os jurisdicionados, ao passos que a normativa valoriza e direciona o poder da inércia dos litigantes.

Os direitos da personalidade, para serem resguardados, na maioria dos casos implicam em um dever de abstenção da prática de atos que para com eles são incompatíveis, por exemplo, não expor a imagem de outrem sem autorização do titular, não violar a privacidade ou a intimidade de outras pessoas, dentre outros. Assim, somente com o não agir ou o não fazer é que o sujeito titular dos direitos da personalidade poderá exercê-los.

A tutela inibitória tem fundamento na tutela preventiva geral prevista como direito fundamental inserida no art. 5º, inciso XXXV, CF, o qual instituiu a figura do juízo preventivo geral no direito brasileiro ao informar que “a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Tal previsão constitucional relaciona-se as chamadas ações judiciais preventivas para tutela de direitos, ou um “juízo preventivo”, portanto, a ameaça, por si, passou a ter proteção e guarida constitucional. Neste sentido, a ameaça deve se enquadrar no receio de uma agressão iminente, próxima, mas não imediata, ou seja, na possibilidade efetiva de que a lesão a direitos venha a se concretizar num futuro próximo.

Sem embargo, os direitos extrapatrimoniais e da personalidade também são tutelados pela constituição, inclusive, por meio do *habeas corpus* de caráter preventivo por se tratar do exercício de fato dos poderes inerentes ao exercício da personalidade humana, ainda que de forma indireta.

Na tutela processual inibitória, pode-se adotar medidas como aplicação de multa coercitiva, chamada de astreintes, medidas cautelares que visam a preservação do direito ameaçado, sem prejuízo de outras medidas processuais capazes de preservar o bem da vida ameaçado de lesão, como, por exemplo, os interditos proibitórios e o *habeas corpus* preventivo.

A finalidade da tutela inibitória é justamente impedir a lesão de direitos, não sendo lógico que para ocorrência da devida tutela do direito, este tenha que sofrer limitações em seu exercício

ou ser lesado, para que, somente então, haja uma resposta reativa do estado, desde que haja um justo receio, uma causa que gera a ameaça concreta e, não, um mero temor subjetivo daquele sujeito de direitos que se sente ameaçado. Com isso, deve estar diante de uma ameaça grave e idônea a causar um dano iminente.

Cumprido salientar trecho de um julgado do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do então ministro Cezar Peluso¹¹⁵, que sobre a ameaça afirma:

(...) deve ser séria, grave, não podendo ser examinada sob o prisma do seu efeito subjetivo. A nosso ver, sem descumprir a lei, pode-se introduzir um critério objetivo na apreciação da ameaça; teremos então que o 'receio' deve ser considerado 'justo' quando a 'ameaça' de lesão revestir-se de 'determinadas características'. E estas são justamente as constantes da citada Declaração do Congresso Internacional, isto é, a 'ameaça' deve ser 'objetiva e atual'. Entendemos que a 'ameaça' será 'objetiva' quando 'real', traduzida por fatos e atos, e não por meras suposições; e será 'atual' se existir no momento, não bastando que tenha existido em outros tempos e haja desaparecido. A 'ameaça' que tiver essas duas características, segundo o prudente arbítrio do juiz, será então capaz de produzir o 'justo receio', a que se refere a lei. Na falta de algum daqueles requisitos, a ameaça será inábil para causar a modalidade de receio que a legislação exige para justificar o ingresso em juízo"(CELSO AGRÍCOLA BARBI, Do "Mandado de Segurança", RJ, Forense, 9ª ed., 2000, p. 68-69). Noutras palavras, só será receio justo o que se justifique perante dado objetivo cujo significado for recognoscível, não apenas socialmente, mas em particular pelo juiz, como sinal da prática iminente de ato ofensivo à esfera jurídica de alguém. A eficácia teórica da lei, isto é, sua capacidade de produzir efeitos concretos, considerados como mutação do mundo físico, não pode constituir nem figurar ameaça, porque é evento do mundo mental do Direito; o que ameaça, porque está como fato da vida social, é só ato ou atos que façam crer na sua aplicação provável e próxima, gravosa a direito subjetivo que se supõe existente, enquanto produção de efeito jurídico concreto! Contra a eficácia teórica de lei que contrarie a Constituição, prevê o ordenamento outros remédios jurídicos que não o mandado de segurança, o qual se preordena e sempre se preordenou a evitar ou reparar violação de direito subjetivo por obra de efeito jurídico concreto produzido ou em vias de se produzir segundo o prenuncie algum ato: "Antes disso, seria pleitear-se, em ação autônoma, a nulidade da lei - o que, de iure condendo, seria de louvar-se, mas, de iure condito, ainda não há no direito brasileiro, exceto no que concerne ao direito de representação e à ação popular... Se está em causa a inconstitucionalidade da lei, não é o exame in abstracto que se admite - é o exame in concreto, pois recai na res in iudicium deducta, concreta, que é o 'justo receio' de ofensa futura a direito certo e líquido. A regra jurídica que permite a ação de *habeas-corpus* ou a de mandado de segurança é regra jurídica que considera nascidas com a ameaça a pretensão à tutela jurídica e a pretensão por ofensa provável" (PONTES DE MIRANDA, Tratado das Ações", SP, Ed. RT, 1976, t. VI/73 e 75)

Tal entendimento deve ser o aplicado também à tutela dos direitos da personalidade, para que a máquina estatal do poder judiciário não seja movimentada sem a estrita necessidade e

¹¹⁵ STF - RMS: 25473 DF, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 23/01/2006, Data de Publicação: DJ 03/02/2006 PP-00092 RDDT n. 127, 2006, p. 212-214), disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000010989&base=basePresidencia>>, acesso em 12 de setembro de 2019.

adequação da provocação da jurisdição, até mesmo porquê, segundo a classificação do Código de Processo Civil, em seu art. 17, prescreve que “Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.”

Logo, a legislação processual delimitou como pressupostos processuais da demanda judicial o interesse processual de agir e a legitimidade *ad causam*, já a possibilidade jurídica da tutela é tratada enquanto questão de mérito sobre a idoneidade da tutela judicial e do pedido formulado.

Sobre o tema, Fredie Didier Jr, ao analisar a codificação processual civil, afirma que:

A legitimidade e o interesse passarão, então, a constar da exposição da sistemática dos pressupostos processuais de validade: o interesse, como pressuposto de validade objetivo intrínseco; a legitimidade, como pressuposto de validade subjetivo relativo às partes.

Assim, de acordo com os fundamentos do processo civil atual, a ameaça deve ser justa e efetiva, aferível por critérios objetivos capazes de ensejar o cabimento do processo judicial com o conseqüente deferimento da tutela jurisdicional.

A propósito o ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux¹¹⁶, ao discorrer sobre a tutela inibitória, ressalta a importância do meio processual para que haja o efetivo acesso à justiça e exercício do direito material:

A tutela inibitória cumpre, assim, os postulados da efetividade, posto preventiva, e a da especificidade, haja vista conferir a utilidade esperada acaso não houvesse a ameaça de violação. Evita o ilícito ao invés de propor-lhe reparação, garantindo o exercício integral da aspiração do jurisdicionado, rompendo o dogma de que o ressarcimento é a única forma de tutela contra o direito.

Assim, passou-se a reconhecer a necessidade do direito em tutelar a ameaça ao direito, como forma de preservar e evitar a ocorrência do dano, portanto, trata-se de uma tutela preventiva para resguardar direitos ao impedir a prática do ato lesivo, daí se falar em inibição da ocorrência da lesão.

Enfim, a probabilidade de lesão aos direitos da personalidade decorrente da ameaça real é o bastante para surgir o interesse de agir processual e dar ensejo à tutela inibitória pela parte ameaçada.

¹¹⁶ FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1087.

Um dos desdobramentos inclusos na tutela inibitória é a capacidade de cessar os danos continuados, ou seja, quando a lesão já é percebida e o dano consumado se perdura no tempo, a devida tutela dos direitos da personalidade se dá por meio da tutela cessatória, com o escopo de evitar a repetição ou a continuação do ilícito e do dano já efetivado.

Com isso, busca-se evitar ou impedir a continuação ou a reiteração do resultado lesivo e tem fundamento legal no art. 12, do Código Civil alhures mencionado e no parágrafo único do Art. 497, do Código de Processo Civil:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Portanto, tais dispositivos são aplicáveis na tutela processual dos direitos da personalidade, com objetivo de evitar ou cessar ilícitos contrários às liberdades, à integridade física, moral, ao sossego, ao intelecto, dentre outros.

Sobre o tema, muito embora a tutela cessatória se encontre englobada pela tutela inibitória, imperioso diferenciar os institutos: a inibitória serve como prevenção ao ilícito, ou seja, evitar o resultado lesivo, a cessatória, por sua vez, pretende impedir a reiteração ou continuação do ilícito quando seus efeitos se perduram no tempo, o que pode ser facilmente percebido nos casos de *bullyng*, compreendido como aquela intimidação sistêmica e reiterada, suportada por um indivíduo ao longo de um período de tempo, em que suporta violência vis, física ou psicológica que gera o dano, concebido como a angústia, a dor, a aflição da vítima, nos termos da Lei 13.185 de 2015, que instituiu o programa e combate à intimidação sistemática, conceituado no § 1º, do art.1º da Lei:

Art. 1º Fica instituído o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying) em todo o território nacional.

§ 1º No contexto e para os fins desta Lei, considera-se intimidação sistemática (bullying) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.

Outro exemplo é a medida protetiva de não aproximação concedida em face do agressor

reiterado por força da “Lei Maria da Penha”, Lei nº 11.340/2006, em seus artigos 18 a 23 da Lei que tem o escopo de resguardar a integridade para fim de evitar o ilícito ou impedir sua continuação, quando a mulher suporta violência de gênero e busca a cessão da mesma por meio do afastamento do seu parceiro ou cônjuge.

Há de mencionar, ainda a tutela reintegratória dos direitos da personalidade, chamada também de tutela de remoção dos efeitos do ato ilícito, que serve para que, no plano dos fatos, o direito da personalidade do ofendido seja restaurado, com a remoção dos efeitos do ilícito percebido e retorno ao *status quo*, sempre que possível.

É espécie de tutela judicial na modalidade repressiva, ou seja, prestada somente após a ocorrência do ilícito, para elimina-lo ou extirpar seus efeitos no mundo dos fatos e fazer valer a força da norma jurídica, conforme assevera Luiz Guilherme Marinoni¹¹⁷ sobre a tutela reintegratória ao aduzir que é a “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”.

Logo, com a percepção de ocorrência de conduta vedada expressamente pela norma de direito material, deve haver no ordenamento jurídico uma tutela processual para remover o ilícito e garantir o império da norma do direito material e remover da realidade o ato ofensivo aos atributos essenciais da pessoa humana, lastreada no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Um exemplo corriqueiro de tutela de remoção do ilícito são as decisões judiciais em casos de inscrição indevida de nome, CPF ou CNPJ em cadastros de proteção ao crédito ou cadastro de inadimplentes, quando requerida a tutela de remoção do ilícito com a retirada da inscrição efetuada, sob pena de aplicação de multa coercitiva. Portanto, o que se busca é o retorno ao estado anterior pela remoção do evento danoso em concreto.

Para facilitar a compreensão, imagine-se o caso de utilização indevida de uma imagem de uma pessoa que possui blog na internet ou uma *digital influencer* reconhecidamente famosa nas mídias sociais como uma pessoa ligada à moda, mas que tem sua imagem constituída por uma loja de roupas de grife para fins comerciais sem a sua autorização, contrato ou consentimento.

Neste caso, cabível a tutela para que haja a remoção da imagem da referida blogueira é

¹¹⁷ 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.

tipicamente uma tutela de remoção do ato ilícito, pondo a salvo o direito de ressarcimento pelo dano material.

Registre-se que na tutela de remoção do ilícito o ato ilícito já foi consumado, mas seus efeitos se propagam no decorrer do tempo a medida em que a imagem continua a ser divulgada, ou seja, o que se visa é a remoção completa dos efeitos danosos do ato ilícito.

Em sentido semelhante, distinguindo a tutela de remoção do ilícito da inibitória ou cessatória, afirmam Bruno Marzullo Zaroni e Paula Pessoa Pereira:

(...) 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.

Assim, resta evidente que a remoção do ilícito não se confunde com a tutela inibitória, posto que, com a correta didática, a inibitória se destina ao futuro, em caráter preventivo e a remoção do ilícito se destina aos efeitos do presente, com referência ao ilícito já ocorrido.

No entanto, parcela de autores da literatura jurídica, dentre eles Fredier Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, aduzem sobre a possibilidade de que a tutela seja, ao mesmo tempo, inibitória e reintegratória, afirmando que, ao remover um ato ilícito e seus efeitos concretos do plano dos fatos a mesma tutela impediria a ocorrência de um novo ato ilícito (tutela inibitória) ou a sua continuação (tutela cessatória).

Na verdade, com todo respeito, os autores nada mais fazem do que confirmar a hipótese de cumulação de tutelas jurisdicionais em um único provimento, o que é perfeitamente cabível.

Contudo, para melhor técnica processual e acadêmica, ideal a digressão e a separação de cada tutela ante as finalidades específicas de cada uma no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que sejam percebidas em um só ato processual.

Há, ainda, a tutela restauratória ou ressarcitória na forma específica, também com caráter repressivo, vindicada após ocorrência do ilícito, visa à reparação do dano por outros meios que não o pagamento em pecúnia.

A etimologia da palavra reparar significa o retorno ao estado ou à aparência anterior, portanto

pode-se afirmar a necessidade do retorno ao *status quo ante*, logo, àquele estado em que o titular dos direitos da personalidade se encontrava antes de suportar os efeitos do ato ilícito, caso não houvesse a violação da norma.

Muitas vezes, quando se está diante de um dano decorrente de um ato ilícito que viola direitos da personalidade, a tutela dirigida à remoção do ilícito, por vezes, será insuficiente para que haja a reparação integral do bem da vida. Ela remove o ilícito da realidade, mas não repara integralmente o dano suportado, não assegurando, portanto, a reparação integral ou a recomposição do interesse jurídico da vítima.

Assim, por vezes se faz necessária a aplicação da tutela ressarcitória para que os prejuízos decorrentes do ato ilícito sejam recompostos. No mesmo sentido, ao diferenciar a tutela reintegratória ou de remoção do ilícito e a tutela ressarcitória da lesão, Luiz Guilherme Marinoni¹¹⁸ esclarece:

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.

A tutela restauratória tem fundamento legal na parte final do parágrafo único do art. 497 do Código de Processo Civil, alhures citado e pode propiciar o ressarcimento do dano de duas maneiras: em pecúnia ou pelo equivalente ao dano em dinheiro em que é requerida a compensação financeira por um dano aos direitos da personalidade e por meio da tutela ressarcitória na forma específica, pela qual o dano é reparado por medidas que não ensejam o pagamento de pecúnia, mas sim, obrigações especiais para que no caso concreto o dano seja integralmente superado e ressarcido, tendo em vista a finalidade do retorno ao *status quo ante*, ou seja, que o estado de direito seja retornado ao sujeito de direito que suporta a lesão.

Dentre os exemplos práticos auferidos nos tribunais brasileiros, se encontram a retratação pública como um ônus imputado ao autor da lesão pelo dano perpetrado, a retratação privada realizada diretamente entre a pessoa causadora do dano e à vítima que suportou seus efeitos,

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 189.

bem como o direito de resposta, em que a própria vítima esclarece a verdade ou retifica a lesão permeada como uma forma de resposta ao dano.

Assim, compreende-se como uma tutela específica a reparação *in natura*, sem que qualquer valor em dinheiro seja pago ao lesado, mas lhe é propiciado vivenciar a situação que deveria estar, caso o ato ilícito não fosse perpetrado.

Neste sentido, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino¹¹⁹ esclarece sobre a reparação *in natura* do dano, pela qual “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”.

Sobre esse tema, o direito de resposta é compreendido enquanto uma tutela processual do direito material restauratória do bem da vida *in natura*, e é assegurado constitucionalmente no inciso V, do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Aqui, fica permitido a resposta direta do ofendido nas mesmas proporções da ofensa, em que pode realizar a retificação da informação divulgada que lhe causou o dano. O direito constitucional é regulamentado pela Lei nº 13.188, de 2015, que dispõe sobre o direito de resposta ou a retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.

O Superior Tribunal de Justiça ao julgar recurso especial nº 1.440.721/GO¹²⁰, um caso concreto em que foi requerida a tutela específica do direito de resposta, garantiu a medida como forma de reparação dos danos personalíssimos suportados pela parte, fundamentado no

¹¹⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34-35.

¹²⁰ 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). (STJ, REsp. nº. 1.440.721/GO, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 11/10/2016).

princípio vigente no direito civil da reparação integral do dano para que a efetividade da responsabilidade civil seja garantida.

Assim, a tutela restauratória impõe ao causador do dano ou também ao sujeito de direito lesado, o ressarcimento integral dos prejuízos aos direitos da personalidade decorrentes do ato ilícito, com a finalidade de retorno ao estado anterior, seja, por exemplo, pela retratação do ofensor, seja pelo direito de resposta conferido ao ofendido.

Para que haja concessão da tutela restauratória específica em favor da vítima ou do lesado, o parágrafo único do art. 497 do Código de Processo Civil dispensa a demonstração do dano e de culpa do ofensor, promovendo, com isso, a restauração da personalidade violada e a efetividade dos direitos da personalidade.

O enunciado nº 589 do Conselho da Justiça Federal, exarado e aprovado na VI Jornada de Direito Civil afirma que: “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”.

Nada obstante, o próprio art. 947, do Código Civil de 2002, deixa claro a primazia da tutela *in natura*, com o ressarcimento do dano na forma específica, sendo a indenização paga em pecúnia uma medida a ser adotada de forma subsidiária:

Art. 947. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.

Assim, para que haja a devida tutela dos direitos da personalidade, é imperioso a previsão legal dentro do sistema normativo de instrumentos efetivos e idôneos à resguardar os interesses jurídicos e possibilitarem o retorno ao *status quo ante* percebido antes do ato ilícito, com a conseqüente restauração do bem jurídico lesado, por meio de uma tutela específica para tal finalidade.

Isso porque, na maioria dos casos, a mera prestação pecuniária ao sujeito de direito lesado mostra-se insuficiente para a recomposição dos danos de ordem extrapatrimonial, ao passo que são direitos impossíveis de apreciação econômica ou financeira inerentes aos atributos mais primários à existência da pessoa humana de forma digna.

Portanto, quando estar-se-á diante de um dano aos direitos da personalidade, a mera concessão de tutela ressarcitória compensatória do dano pelo pagamento de pecúnia será

precária e escassa diante do prejuízo observado pela vítima. A este propósito, Anderson Schreiber afirma:

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.

Nesse sentido, a tutela ressarcitória pecuniária somente pode garantir a reparação integral no que se refere aos direitos patrimoniais, não obstante, conforme assevera os autores Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹²¹, nosso ordenamento processual permite a cumulação de pedidos e não há a proibição de que a tutela confira a reintegração, a compensatória e a de inibição para evitar a percepção de um novo ato ilícito.

Logo, para que ocorra a integral proteção dos direitos da personalidade é possível, e até mesmo indicado, dependendo do caso concreto, que haja a cumulação das tutelas inibitória, cessatória, reintegratória, restauratória, indenizatória e compensatória.

Portanto, dentre os pedidos pode haver a realização, pela parte lesada, de uma ou mais tutelas dos direitos da personalidade, de forma simultânea e cumulativa quando requer ambas tutelas do direito material, de forma alternativa quando requer uma ou outra tutela satisfativa, ou, ainda, de maneira subsidiária quando a parte elege primeiro uma tutela como a mais capaz de propiciar o devido tratamento do dano, mas delimita um “plano b”, para o caso de o juízo entender que a tutela principal não seja a mais adequada ou cabível ao caso posto.

Para melhor entendimento, basta lembrar do caso concreto em que um jogador de futebol teve sua imagem divulgada em revista com algum de figuras, sem seu consentimento, hipótese em que o lesado pode requerer a aplicação de multa cominatória ou astreintes, para evitar novas publicações da editora, ou seja, uma tutela inibitória e cessatória, bem como pode requerer e o juízo determinar o cumprimento da medida de busca e apreensão daquelas revistas já distribuídas no mercado, com a retirada do material ilícito de circulação e consequente interrupção do dano, compreendida como a tutela processual de remoção do ilícito que garante do direito material.

Em outra vertente, tem-se a tutela ressarcitória, a indenizatória ou compensatória, que visa a

¹²¹DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. Vol. 5. 7ª ed. Salvador: JusPodvim, 2017. p. 575.

reparar o dano ou promover a compensação da lesão ao bem jurídico no mundo dos fatos. A estrutura das tutelas ressarcitórias em pecúnia podem ser sistematizadas da seguinte forma, conforme aduz Gilberto Fachetti Silvestre¹²² em artigo científico publicado sobre o tema:

i) a tutela indenizatória, que visa à reparação de danos patrimoniais (danos emergentes e lucros cessantes), para que a vítima retorne o status quo ante, e (ii) a tutela compensatória, consistente no pagamento de uma quantia pecuniária que constituiu um lenitivo pelo prejuízo de ordem extrapatrimonial.

Os referidos autores sustentam, portanto, que os prejuízos patrimoniais devem ser integralmente reparados em dinheiro, já os danos de ordem extrapatrimonial podem ser amenizados, compensados ou somente mitigados por meio do pagamento de quantia em pecúnia.

O dano patrimonial é aquele que pode ser aferível monetariamente, em pecúnia, ou seja, interesses e bens materiais são lesados e devem ser reparados de forma integral. Já o dano extrapatrimonial é derivado da ofensa aos bens ou interesses sem apreciação econômica, ou seja, são intangíveis e incapazes de aferir o valor do prejuízo em pecúnia.

As lesões aos direitos da personalidade, sempre causarão um dano extrapatrimonial àquele que a suporta, mas também poderá gerar um prejuízo patrimonial além do dano moral, ou seja, o mesmo fato gerador pode ensejar lesões de diferentes espécies. O dano extrapatrimonial e sua reparação é tratado de forma expressa nos artigos 12, 20, 186, 187 e 927, e ainda, os artigos 948 a 954, do Código Civil de 2002.

Sobre o ressarcimento do dano, o autor Pontes de Miranda¹²³ esclarece que o ressarcimento pode ocorrer de duas maneiras: “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”.

Em outras palavras, mas em sentido semelhante, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni¹²⁴ esclarecem sobre as espécies de tutela ressarcitória:

¹²² SILVESTRE, Gilberto Fachetti e HIBNER, Davi Amaral. A tutela dos direitos da personalidade no Brasil e na Itália: questões materiais e processuais. In: *Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional*, Vitória, 2017. p.21.

¹²³ 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.

¹²⁴ 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.

(...) 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.

Assim, é correto afirmar que a tutela ressarcitória em dinheiro pode servir para recompor o prejuízo material ou patrimonial da vítima, bem como pode ser deferida para que haja a compensação ou amenização da lesão de ordem extrapatrimonial da vítima.

Logo, o dano pode conter lesões patrimoniais e não patrimoniais e as formas de reparação podem se dar em dinheiro ou in natura, pela obrigação de fazer em forma específica, como alhures abordado, havendo ressarcimento mesmo quando o dano extrapatrimonial é compensado pelo pagamento de quantia certa por parte de quem lesou a outrem.

Com isso, tem-se que a tutela do dano extrapatrimonial pela forma pecuniária compensatória destina-se a minimizar os danos oriundos do ato ilícito que causou lesão aos aspectos fundamentais da pessoa humana, às suas liberdades, à moral, ao sossego, ao intelecto, dentre outros direitos da personalidade.

O que se pretende com a entrega de quantia certa é propiciar um lenitivo ao indivíduo lesado, uma vez que tais lesões ferem interesses e bens jurídicos que não tem apreciação econômica ou preço de mercado, portanto, qualquer quantia dada em pagamento não é capaz de recompor integralmente o dano ou restabelecer o estado da personalidade anterior à percepção da lesão pela vítima.

Confirma tal raciocínio a posição adotada por Anderson Schreiber¹²⁵, ao advertir que “quem sofre dano à honra, à privacidade, à integridade física nunca será plenamente reparado com uma quantia monetária”, logo, tratamos, sempre, de compensação em dinheiro pela lesão aos direitos da personalidade sendo certo que a tutela do dano extrapatrimonial pela via da compensação em dinheiro, de forma isolada, não é a mais efetiva, tampouco adequada ao

¹²⁵ 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.

tratamento do conflito que lesa e causa dano extrapatrimonial, o que somente é percebido para o pagamento da quantia certa para indenizar o prejuízo patrimonial suportado.

Sobre o tema, Yussef Said Cahali¹²⁶ distingue com precisão a tutela por meio do ressarcimento ou indenização do dano patrimonial e do dano moral de acordo com a etimologia da palavra indenização e seu significado jurídico:

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.

Insta observar que alguns dos direitos inerentes à personalidade e à dignidade humana podem ser precificados no mercado por meio de negócios jurídicos alinhavados entre as partes. Tal fato ocorre, por exemplo, na cessão dos direitos de imagem para finalidade comercial por prazo determinado e limitado, em que a imagem afere um duplo conteúdo jurídico, o patrimonial e o extrapatrimonial para o titular do direito, bem como para aquele que a divulga.

A propósito, sobre os direitos à imagem, ao nome e da voz, em sua vertente patrimonial, esclarece Leonardo Estevam Zanini¹²⁷:

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.

O próprio Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o dano à imagem da

¹²⁶ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 44

¹²⁷ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 266.

pessoa com finalidade econômica ou comercial gera o dano moral presumido, *in re ipsa*, pelo qual uma vez comprovado o ilícito, surge o dever de indenizar, conforme 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”, sem prejuízo do dano material ou patrimonial suportado pelo indivíduo lesado também ser indenizado.

Essa é a correta preposição extraída da norma jurídica, em especial as que se referem às tutelas do direito da personalidade como os supramencionados artigos 186 e 927 do Código Civil que preceituam que àquele que causa dano a outra pessoa, fica obrigado à reparação dos interesses jurídicos lesados sejam patrimoniais ou extrapatrimoniais, sendo garantida pela legislação civil a ampla tutela seja reparatória ou compensatória ao sujeito de direitos lesado.

Como salientado, é plenamente possível e até mesmo desejável que haja a cumulação das tutelas para que haja a melhor proteção da pessoa humana em decorrência de um ato ilícito perpetrado que pode ter consequências diversas nos aspectos existências da personalidade humana.

A cumulação das tutelas foi percebida com o infortúnio ocorrido com o atleta de vela Lars Grael, medalhista olímpico que em 1998 enquanto treinava e se preparava na cidade de Vitória – ES, para disputar as Olimpíadas de Siney, na Austrália e sofreu grave acidente náutico, tendo como resultado lesivo a perda de uma perna que foi amputada pelo hélice de uma embarcação de lazer. O Superior Tribunal de Justiça¹²⁸, quase 10 (dez) anos após a ocorrência da lesão, confirmou a sentença que condenou o ofensor ao ressarcimento e compensação dos danos morais, dos danos estéticos e ainda os danos patrimoniais suportados pelo atleta.

Outro exemplo mais contemporâneo e corriqueiro é a divulgação de uma *fake news* que lesa a imagem e a honra de um médico ou de outro profissional liberal pode ensejar, de forma concomitante, a diminuição de sua clientela ou do número de pacientes atendidos, o que reduziria a sua remuneração no exercício de sua profissão, compreendido enquanto um dano de ordem patrimonial, bem como a ofensa à sua honra e à sua imagem, conferindo danos de ordem extrapatrimonial ao mesmo sujeito de direitos.

Logo, para que haja a devida tutela e a reparação integral do dano suportado neste caso hipotético, se faz necessária a cumulação de tutelas processuais em indenização por dano

¹²⁸ STJ, Ag nº 638.763-RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Quarta Turma, julgado em 29/06/2007.

material, direito de resposta e indenização de ordem extrapatrimonial compensatória em pecúnia.

O direito de resposta, neste caso, tem o condão de recompor a dignidade da vítima que teve sua integridade moral lesada pela *fake news* ou matéria com conteúdo falso e inexato divulgado em meios de comunicação, por meio de uma obrigação de fazer e não pelo pagamento de pecúnia¹²⁹, portanto, trata-se de tutela jurisdicional restauratória específica em que será oportunizado à vítima ou seu representante legal o esclarecimento dos fatos nos meios de comunicação, sem obstar o pagamento de indenização pelo dano material suportado pelo lesado.

Assim, percebendo a lesão aos direitos da personalidade por veiculação de notícia falsa ou inexata, surge para o lesado o direito de reagir por meio do direito de resposta, em que será replicado, combatido ou esclarecido a divulgação que originou o dano à moral ou a integridade psíquica.

Sobre o tema, José Afonso da Silva¹³⁰, esclarece:

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.

A respeito, deve-se salientar que, pela possibilidade de cumulação das tutelas, ainda que o ofensor causador da lesão já tenha veiculado retratação formal ou retificação proporcional à ofensa, ou seja, a retratação espontânea ou forçada, não impede que a tutela do direito seja exercida por meio do direito de resposta, desde que exercido de forma proporcional ao agravo ou afronta percebida.

Logo, a resposta não pode ser excessiva, sob pena de perpetrar lesões a outros direitos da personalidade. O exercício do direito de resposta deve guardar proporcionalidade com o dano suportado, deve permitir ao ofendido o esclarecimento dos fatos que lhe foram atribuídos, sem que haja arbitrariedade.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 290.

¹³⁰ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.

Sobre a proporcionalidade no exercício do direito de resposta, Nelson Nery Costa¹³¹ informa que:

(...) 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.

Com efeito, a resposta deve ser exercida de acordo com a ofensa suportada, sendo plenamente cabível a cumulação das tutelas para defesa dos direitos da personalidade. Sobre o tema o Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento dos tribunais de que, em caso de dano físico e estético, pode haver a percepção cumulada da tutela por dano estético e dano moral, que, embora decorrentes do mesmo fato, é possível a assimilação separada de cada um deles, inclusive, com a compensação financeira em apartado.

Logo, pode-se haver a cumulação de valores para a tutela compensatória, sendo um valor pelo dano estético e outro pela lesão moral suportadas pela vítima, conforme enunciado da súmula 387, do Superior Tribunal de Justiça: “Súmula 387 - É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.¹³²

Em sentido contrário à interpretação pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, argumenta o autor Humberto Theodoro Júnior¹³³ ao não admitir a cumulação de indenizações pelo dano estético e moral, conforme defende o jurista, o prejuízo da violação à integridade física pela lesão corporal que atinge a integridade física e a psíquica quando devidamente reparado e compensado, já abarcaria o ano estético suportado pela vítima. No entanto, em que pese os argumentos alçados, melhor se coaduna com o ordenamento jurídico o posicionamento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça para que haja a devida tutela dos direitos da personalidade lesados.

Enfim, estar-se-á diante de tutela ressarcitória compensatória, que é espécie da tutela ressarcitória consistente no pagamento de pecúnia como forma de suavizar ou ser um lenitivo ao dano percebido, diante da impossibilidade de reconstituição do estado anterior à ocorrência

¹³¹ COSTA, Nelson Nery. *Do Direito de Resposta*. In: CRETELLA NETO, José (Coord.). *Comentários à Lei de Imprensa*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 135.

¹³² Superior Tribunal de Justiça, disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=387&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>, acesso em 15/09/2019.

¹³³ THEODORO JR., Humberto. *Dano moral*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 132.

da lesão ou quando o bem da vida lesado não possui preço no mercado, é intangível economicamente, mas merece ser tutelado pelo direito.

Com efeito, sobre a liberdade de locomoção, o próprio art. 954 do Código Civil Brasileiro prevê a indenização por dano extrapatrimonial em caso de lesão à liberdade pessoal materializada através de cárcere privado ou por prisão decorrente de denúncia caluniosa, conforme preconiza o art. 954, do Código Civil:

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.

Sobre o dispositivo legal, Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho¹³⁴ entendem que, em casos assim, é passível a cumulação da dupla indenização que deriva do dano material ou patrimonial e pelo dano extrapatrimonial suportado, por se tratar de rol exemplificativo, ao passo que outras situações fáticas de coação à liberdade, como o sequestro, também pode gerar o dever indenizatório, em que pese a ausência de previsão legal específica.

Como salientado nas linhas acima, o valor fixado à título de indenização pela lesão extrapatrimonial suportada deve ser liquidado pelas partes e seu patrono no momento de ingressar em juízo, ou seja, na petição inicial o pedido de indenização compensatória deve ser líquido na moeda corrente do Brasil. O valor final é arbitrado pelo juiz em decisão judicial corretamente fundamentada, utilizando-se para tanto dos critérios acima expostos.

Já a tutela ressarcitória indenizatória do dano material, se refere à isenção do prejuízo ao patrimônio material aferível pela operação aritmética que resulta da diferença do patrimônio da vítima medido antes do evento danoso que causou sua supressão e a medida do patrimônio material após a ocorrência do mesmo.

Destarte, substitui-se o prejuízo do bem patrimonial por indenização em dinheiro decorrente

¹³⁴ MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sergio. In: In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 539.

da violação aos direitos da personalidade e dos aspectos essenciais da pessoa humana, para recompor o patrimônio econômico da vítima ao que era percebido antes da lesão.

A propósito, sobre o tema Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald¹³⁵ definem o dano patrimonial como “a lesão a um interesse econômico concretamente merecedor de tutela”, ao passo que a violação dos direitos da personalidade pode afetar e gerar prejuízo material para seu titular, pondo a salvo a reparação pelos danos de ordem extrapatrimoniais suportados.

A legislação traz caso específico em que o dano perpetrado contra a vida enseja a reparação do prejuízo moral, tais como arcar com despesas em tratamento médico, funeral e luto da família que suportou a perda de um ente querido, bem como pagamento de verba alimentar, conforme exposto no art. 948 do Código Civil de 2002, que preconiza:

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.

Logo, o dispositivo normativo se refere à indenização em pecúnia da lesão à vida, sendo incluído tendo os danos emergentes ao atribuir responsabilidade indenizatória ao ofensor que deve arcar com tratamento da vítima até as despesas com seu funeral, bem como verba alimentar para a família do *de cuius*, à título de lucros cessantes suportados por aqueles sujeitos de direito que dependiam financeiramente da vítima, utilizando-se como parâmetro indenizatório a extensão do dano suportado, daquilo que os alimentantes deixaram de auferir com o resultado de morte da vítima provedora de renda da família.

Nessa situação hipotética, há clara percepção do dano indireto, reflexo ou por ricochete, sendo aquele que de maneira reflexa atinge sujeitos de direito ligados à vítima, conforme leciona Fernando Noronha¹³⁶, o dano indireto é tido como “aquele que atinge outras pessoas, por estarem ligadas àquela que é vítima de um determinado fato lesivo”.

Há de mencionar que a tutela indenizatória por dano material pode ser concebida em

¹³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 308.

¹³⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 603.

decorrência de lesão à integridade física e à saúde do ofendido, é o caso expresso no art. 949 do Código Civil de 2002:

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.

A norma, devidamente interpretada, confere a possibilidade de que a vítima de lesão à saúde ou à sua integridade física, além de receber a tutela pela lesão extrapatrimonial, pode receber tutela por indenização patrimonial, em caso de redução da capacidade de labor e da necessidade de custeio de despesas médicas, com os danos emergentes e os lucros cessantes decorrentes daquilo que por causa da lesão foi deixado de auferir.

Acerca dos lucros cessantes, com clareza Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavaliere Filho¹³⁷ afirmam que estes “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”.

Nesse sentido, há casos em que a violação ou lesão aos direitos da personalidade provocam, também, danos de ordem material ou patrimonial e sempre irão atingir o esboço moral da pessoa humana.

Assim, toda lesão aos direitos da personalidade, obrigatoriamente gera um dano de ordem moral, e, dependendo da conjuntura em que é percebida, se associa a um dano de ordem patrimonial a serem tutelados pela jurisdição.

¹³⁷ MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sergio. In: In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 461.

CAPÍTULO 04:
**HIPÓTESES DO CABIMENTO DO *HABEAS CORPUS* NA TUTELA PROCESSUAL
DA PERSONALIDADE.**

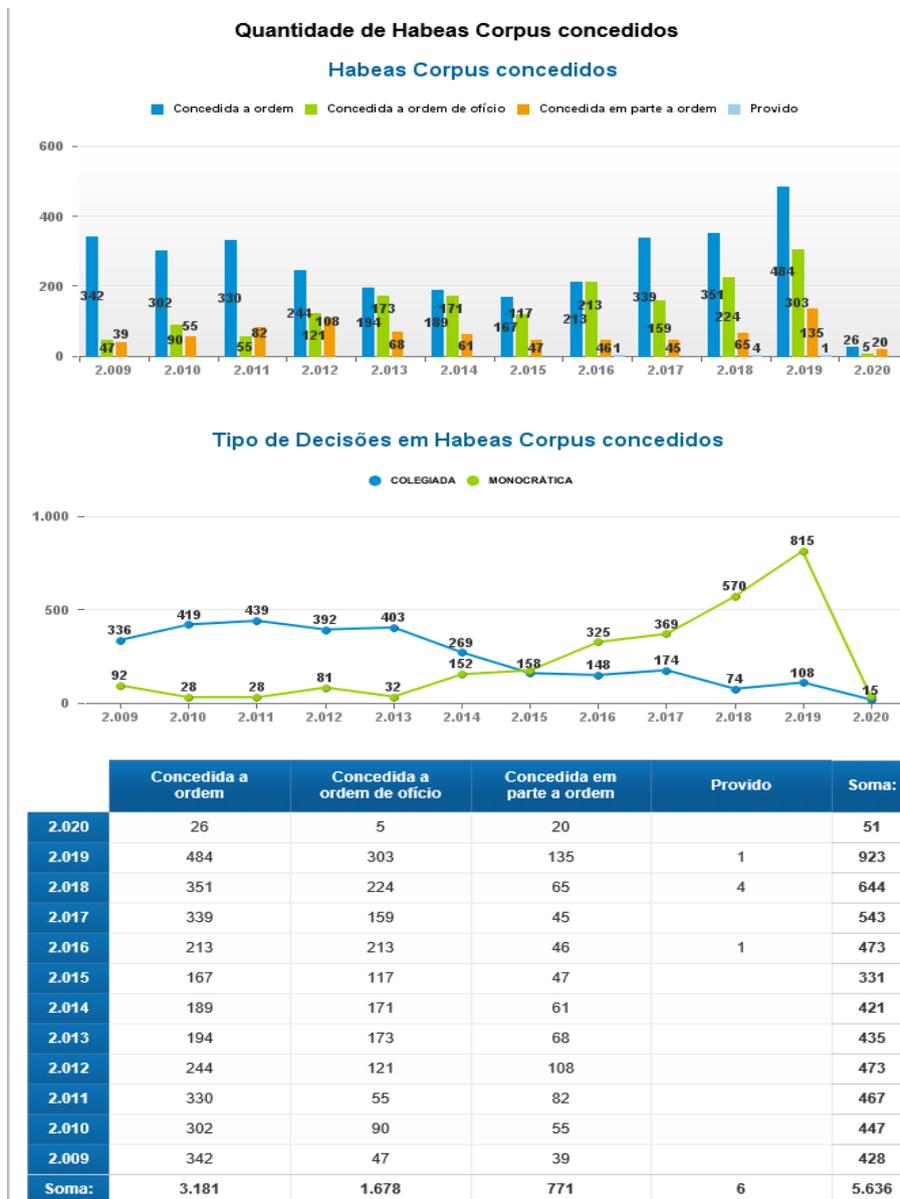
4.1. Evolução histórica da tutela excepcional de direitos civis por meio de *habeas corpus* no Brasil.

Como salientado nos capítulos anteriores, o *habeas corpus* foi um dos primeiros instrumentos constitucionais previstos para a tutela judicial dos jurisdicionados contra o abuso de poder do estado, demonstrado o seu viés democrático de assegurar a liberdade de ir e vir, o direito de locomoção e seus aspectos essenciais.

Com o desenvolver da história do Brasil, houve um crescimento acelerado no uso do *writ* constitucional do *habeas corpus* na prática forense e nos tribunais brasileiros, sendo substituído por recursos contra as decisões interlocutórias exaradas dentro do processo penal, passando por cima do princípio da taxatividade recursal inerente ao sistema processual brasileiro em que o recurso tipicamente previsto em Lei deveria ser interposto contra uma decisão, no entanto deixou de ser utilizado para a impetração do *habeas corpus*.

Deve-se ressaltar que no Brasil o volume de processos de *habeas corpus* é tão grande que chega a prejudicar a sua prioridade máxima de tramitação conferida pela própria legislação. Tal crescimento na utilização do *writ* pode ser facilmente constatado pela análise estatística referente ao *habeas corpus* retirada do site do Supremo Tribunal Federal, tribunal que, em sua

história recente, aumentou consideravelmente a concessão de ordens de *habeas corpus* nos últimos anos¹³⁸:



Interessante que o *habeas corpus* deve ser tutelado de acordo com o princípio do devido processo legal, com julgamento em prazo razoável corolário à garantia constitucional do acesso à justiça.

A duração razoável do processo foi utilizada como fundamentação no julgamento do Supremo Tribunal Federal para conceder a ordem em *habeas corpus* impetrado com a finalidade de que

¹³⁸ Dados disponíveis em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=hc>, acesso em 11/02/2020.

o julgamento de outro *habeas corpus* fosse realizado em tempo hábil, respeitado a prioridade máxima de sua tramitação e análise, conforme trecho da fundamentação e dispositivo¹³⁹:

O direito a razoável duração do processo, do ângulo do indivíduo, transmuda-se em tradicional garantia de acesso eficaz ao Poder Judiciário. Direito, esse, a que corresponde o dever estatal de julgar. No *habeas corpus*, o dever de decidir se marca por um tónus de presteza máxima. Assiste ao Supremo Tribunal Federal determinar aos Tribunais Superiores o julgamento de mérito de *habeas corpus*, se entender irrazoável a demora no julgamento. [...] Ordem concedida para que a autoridade impetrada apresente em mesa, na primeira sessão da Turma em que oficia, o writ ali ajuizado.

Com efeito, o poder jurisdicional materializado por meio dos juízes de direito que representam o estado, por vezes, tem decidido pela restrição do uso do *habeas corpus*, o que não é adequado, nem desejado quando se está diante de um direito da personalidade lesado ou ameaçado que clama por uma devida, efetiva e célere tutela judicial.

Ocorre que com o desenvolvimento das relações sociais e jurídicas percebeu-se o surgimento de novos direitos e, conseqüentemente, o surgimento de novas modalidades de violação da dignidade e da personalidade humana, portanto, percebe-se novos danos contemporâneos à complexidade das inúmeras formas de relações sociais e estatais percebidas atualmente.

Nesse sentido, no atual contexto vivenciado, o *habeas corpus* necessita de uma espécie de revitalização e adequação em seu implemento, enquanto instrumento para defesa e tutela de tais categorias de direitos no ordenamento jurídico contemporâneo, tendo em vista a defesa de valores essenciais aos sujeitos de direitos, conforme aduz Carlos Alberto Bittar sobre os direitos da personalidade¹⁴⁰:

(...) os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Código Civil de 2002, de maneira expressa estipulam proteção especial aos direitos da personalidade por meio de uma cláusula geral de tutela da personalidade, com tratamento específico em capítulo próprio no

¹³⁹ HC 91.041-6/PE, 1.ª T., rel. Min. Cármen Lúcia, rel. p/ ac. Min. Carlos Britto, julgado em 05.06.2007.

¹⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

Código Civil, conforme enuncia Flávio Tartuce¹⁴¹ ao afirmar que:

(...) na inserção de um capítulo próprio, a tratar dos direitos da personalidade (arts. 11 a 21). Na realidade, não se trata bem de uma novidade, tendo em vista a Constituição Federal trazer uma proteção até mais abrangente, principalmente no seu art. 5º, caput, que consagra alguns dos direitos fundamentais da pessoa natural.

A proteção da pessoa é uma tendência marcante do atual direito privado, o que leva Gustavo Tepedino a conceber uma cláusula geral de tutela da personalidade (Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª Edição). Nesse sentido, a tutela da pessoa natural é construída com base em três preceitos fundamentais constantes no Texto Maior: a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); a solidariedade social, inclusive visando a erradicação da pobreza (art. 3º, I e II); e a igualdade em sentido amplo ou isonomia.

Assim, a proteção da pessoa humana que orienta a tutela dos direitos da personalidade tem origem na Constituição Federal ao garantir a vida, a integridade física e moral, a honra, a imagem, o nome, a intimidade, a liberdade, o sossego, dentre outros ligados aos aspectos essenciais da personalidade e da dignidade humana.

Com isso, tem o escopo de que os direitos da personalidade devem ser tratados como em contínua construção tendo em vista a evolução das relações sociais que lhes são inerentes no desenvolver da sociedade dentro de uma cultura específica e seu estado de evolução, inclusive jurídica.

A propósito, sobre o tema, salienta Miguel Reale¹⁴²:

(...) cada direito da personalidade se vincula a um valor fundamental que se revela através do processo histórico, o qual não se desenvolve de maneira linear, mas de modo diversificado e plural, compondo as várias civilizações, nas quais há valores fundantes e valores acessórios, constituindo aqueles as que denomino invariantes axiológicas. Estas parecem inatas, mas assinalam os momentos temporais de maior duração, cujo conjunto compõe o horizonte de cada ciclo essencial da vida humana. Emprego aqui o termo horizonte no sentido que lhe dá Jaspers, recuando à medida que o ser humano avança, adquirindo novas idéias ou ideais, assim como novos instrumentos reclamados pelo bem dos indivíduos e das coletividades.

Ora, a cada civilização corresponde um quadro dos direitos da personalidade, enriquecida esta com novas conquistas no plano da sensibilidade e do pensamento, graças ao progresso das ciências naturais e humanas.

Portanto, a historicidade e mutabilidade das relações sociais dão azo para que haja uma

¹⁴¹ TARTUCE, Flávio. *Os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil*. Disponível em http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:3JIUmSPlaTkJ:www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/Tartuce_personalidade.doc+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso: 20 de setembro de 2019.

¹⁴² REALE, Miguel. *Os Direitos da Personalidade*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>, acesso em 23/09/2019.

renovação na tecnologia da tutela dos direitos da personalidade, tendo em vista que se pode estar diante de um novo cenário fático, sensível no mundo fenomênico, que clama uma tutela efetiva e resiliente à necessidade imposta ao direito processual.

Com efeito, por meio do remédio constitucional – *writ* – do *habeas corpus* pode ser possível uma melhor tutela dos direitos da personalidade. Sobre o tema, o *habeas corpus* é tratado pela literatura jurídica como um dos “remédios constitucionais”, expressão que designa instrumentos previstos na constituição para tutela judicial dos direitos fundamentais da pessoa humana por uma ação judicial própria.

Dentre os chamados remédios constitucionais ou *writs*, tem-se o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança individual ou coletivo, a ação popular e o mandado de injunção, sendo todos delimitados por previsão expressa em nossa constituição. Em sentido semelhante aduz José Afonso da Silva¹⁴³:

(...) tais remédios atuam precisamente quando as limitações e vedações não foram bastantes para impedir a prática de atos ilegais e com excesso de poder ou abuso de autoridade. São, pois, espécies de garantias, que, pelo seu caráter específico e por sua função saneadora, recebem o nome de remédios constitucionais, porque consignados na Constituição.

Com isso, afirma-se que os chamados remédios constitucionais são assim concebidos devido ao seu caráter terapêutico para o tratamento de lesões aos direitos fundamentais. Via de regra, são utilizados de forma reativa ao dano suportado que acomete o sistema de direito vigente e causam lesões aos jurisdicionados, podendo, também, ser utilizados de forma preventiva, ou seja, anterior à ocorrência da lesão.

Ainda em 1891, havia previsão expressa na Constituição Federal da época, em que foi criada a “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, encampada e difundida pelo jurista Rui Barbosa diante da carência de instrumentos hábeis a tutelar os direitos de ordem fundamental e ampliou a aplicação do instituto fora das hipóteses ligadas ao direito de locomoção.

À título histórico referente à evolução do *habeas corpus* no direito brasileiro e seu uso para a tutela dos direitos fora da locomoção, em Campina Grande, na Paraíba, no ano de 1955, um grupo de amigos realizavam uma serenata cantando durante a noite quando um deles foi autuado por policiais da região que apreenderam o violão utilizado pelo grupo de amigos.

¹⁴³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 41ª edição, revista e atualizada, 2018. São Paulo: Malheiros P. 181

Indignados com a situação eles procuraram o Dr. Ronaldo Cunha Lima (advogado e político que chegou a ser Governador, Deputado e Senador da República) para que peticionasse em juízo com finalidade de liberação do violão apreendido por suposta perturbação ao sossego público enquanto instrumento de crime.

O advogado aceitou o múnus e impetrou *habeas corpus* intitulado de “*habeas pinho*”, redigido em forma de poema, argumentando sobre a sensibilidade do violão e a relação para com seu proprietário e suas finalidades.

A ordem do *habeas corpus* foi deferida e escrita em forma de poema pelo Juiz para que o violão, então suposto instrumento de crime, fosse entregue ao seu proprietário imediatamente.

Outro *habeas corpus* de objeto curioso também impetrado pelo advogado Ronaldo Cunha Lima foi denominado de “*habeas porcus*”, pois seu cliente criava porcos em uma pocilga também na cidade de Campina Grande, situação que incomodava a vizinhança pelo mau cheiro inerente ao local da criação.

À época, o então secretário de saúde resolveu apreender os porcos que o cidadão criava, o criador procurou o advogado que impetrou com a ação intitulada de “*habeas porcus*” para que os animais fossem liberados da apreensão e destinados ao seu criador. Com isso, no Brasil, percebe-se a utilização histórica do *habeas corpus* de maneira peculiar, para tutelar direitos que não são ligados à liberdade de ir e vir.

Com efeito, hodiernamente, para que haja o devido combate das arbitrariedades efetuadas pelo estado e tutela efetiva dos direitos da personalidade, deve haver a expansão do âmbito de atuação do uso do instituto do *habeas corpus*, como há algum tempo já defendia Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁴⁴:

Logo o *habeas corpus* hoje não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal: o *habeas corpus* hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade.

(...)

necessária, uma vez que só ela atenderia ao princípio *ubi jus ibi remedium*, pois, do contrário a quase totalidade dos direitos fundamentais não teria proteção eficaz.

Tal extensão na aplicação do *habeas corpus*, no correto entendimento do autor, visa a empregar um grau maior de efetividade à tutela dos direitos da personalidade e dos direitos

¹⁴⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

fundamentais enquanto elementos essenciais aos aspectos mais incipientes da personalidade humana.

Isso porque, o instrumento processual do *habeas corpus* concebido enquanto direito de ordem fundamental pode ser da espécie repressivo ou liberatório (utilizado após a ocorrência da lesão), de caráter preventivo ou salvo conduto (para os casos em que há ameaça objetiva aos direitos), não se sujeita a formalidades legais especiais, tem requisitos processuais simplificados, tampouco exige representação ou capacidade técnica processual para sua utilização, ou seja, é dotado de *jus postulandi* próprio.

Assim, trata-se de importante instrumento jurídico para tutela e efetivação dos direitos da personalidade em situações excepcionais e urgentes, sob pena de se perder o objeto do direito material caso o jurisdicionado aguarde o tramite do procedimento comum, portanto, utilizado somente quando devidamente caracterizado a excepcionalidade da medida.

Com efeito, a ação de *habeas corpus* impacta fortemente o sistema normativo brasileiro que, historicamente, desenvolveu-se de maneira peculiar, com estima e celeridade hábeis à efetivar, no mundo fenomênico, os direitos colocados em juízo, portanto se faz necessário em situações jurídicas delimitadas.

4.2. Habeas corpus para tutela dos direitos da personalidade do custodiado.

À título explicativo, deve ser mencionada a súmula vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal¹⁴⁵, conhecida como “súmula das algemas”, em que a partir da impetração de uma

¹⁴⁵ A súmula foi pautada no julgamento de dois *habeas corpus*, utilizados como precedentes representativos que “Em primeiro lugar, levem em conta o princípio da não culpabilidade. É certo que foi submetida ao veredicto dos jurados pessoa acusada da prática de crime doloso contra a vida, mas que merecia tratamento devido aos humanos, aos que vivem em um Estado Democrático de Direito. (...) Ora, estes preceitos — a configurarem garantias dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no País — repousam no inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade. Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante. O julgamento no Júri é procedido por pessoas leigas, que tiram as mais variadas ilações do quadro verificado. A permanência do réu algemado indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais alta periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, ficando os jurados suggestionados. [HC 91.952, voto do rel. min. Marco Aurélio, P, j. 7-8-2008, DJE 241 de 19-12-2008.] O uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. [HC 89.429, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T, j. 22-8-2006, DJ de 2-2-2007.]” Retirado do site do STF, Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>, acesso em 22 de setembro de 2019. Relativamente a nulidade relativa e necessidade de comprovação do prejuízo de forma pré-constituída: “(...) é de registrar-se, tal como assinalado pelo Ministério Público Federal em seu douto parecer, que o uso injustificado de algemas em audiência, ainda que impugnado em momento procedimentalmente adequado, traduziria causa de

ação de *habeas corpus* por um detento, foi proibida a utilização do uso irrestrito de algemas, lastreado no direito da dignidade do preso, na paridade de armas e no princípio da não culpabilidade, que enuncia:

Súmula Vinculante 11

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Portanto, com base nestes fundamentos o uso de algemas passou a ser a exceção no tratamento despendido aos presos e réus, para que estes tenham tratamento adequado compatível com a dignidade humana e os direitos da sua personalidade, pois, independente se estão com a sua liberdade restrita, devem ter os demais direitos assegurados, inclusive, por meio de *habeas corpus*.

Evidente que para impetração do *habeas corpus* é imperioso demonstrar a comprovação de prejuízo à dignidade do réu preso e o efetivo prejuízo à defesa em detrimento do uso de algemas de maneira indiscriminada ou injustificada, pois, se trata de uma causa de nulidade relativa do processo, conforme assentou o Ministro Celso de Mello na reclamação Rcl 16.292 AgR e o Ministro Luiz Fux, em julgamento do *habeas corpus* HC 121.350.

Com isso, de acordo com o entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, o *habeas*

nulidade meramente relativa, de modo que o seu eventual reconhecimento exigiria a demonstração inequívoca, pelo interessado, de efetivo prejuízo à defesa — o que não se evidenciou no caso —, pois não se declaram nulidades processuais por mera presunção, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...). O entendimento ora referido reafirma a doutrina segundo a qual a disciplina normativa das nulidades no sistema jurídico brasileiro rege-se pelo princípio de que “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa” (CPP/1941, art. 563 (...)). Esse postulado básico — *pas de nullité sans grief* — tem por finalidade rejeitar o excesso de formalismo, desde que a eventual preterição de determinada providência legal não tenha causado prejuízo para qualquer das partes (...). [Rcl 16.292 AgR, voto do rel. min. Celso de Mello, 2ª T, j. 15-3-2016, DJE 80 de 26-4-2016.].” “Quanto ao tema atinente ao uso de algemas no interrogatório do paciente, não prospera a irrisignação do impetrante, uma vez que não há qualquer comprovação nos autos de que o réu esteve algemado, bem como não houve a insurgência da defesa em tempo hábil, restando a matéria preclusa. De qualquer modo, também não ficou demonstrado prejuízo à defesa, bem como as situações físicas da sala de audiências justificam, em tese, o uso de algemas. (...) Por fim, como já destacado, o princípio *pas de nullité sans grief* exige a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta (...) quanto relativa (...), pois “não se declara nulidade por mera presunção” (RHC 99.779, rel. min. Dias Toffoli, DJE de 13-9-2011). Esse princípio, corolário da natureza instrumental do processo, exige a demonstração de prejuízo concreto pela parte que argui a mácula [arts. 563 e 566 do Código de Processo Penal (...)], o que não se deu na espécie. [HC 121.350, voto do rel. min. Luiz Fux, 1ª T, j. 13-5-2014, DJE 189 de 29-9-2014.].” Retirado do site do STF, Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>, acesso em 24 de setembro de 2019.

corpus merece ser interpretado de forma ampliativa em seu campo de aplicação ou alcance prático para utilização fora das hipóteses do direito de locomoção ou do direito de ir e vir, enquanto instrumento processual idôneo para tutelar os direitos da personalidade, até mesmo, de forma preventiva, para que a ameaça seja cerceada e cessada com a concessão do salvo-conduto ou da ordem no processo judicial de *habeas corpus*.

Verifica-se que em caso de afronta aos direitos constitucionais do indivíduo, ainda que preso ou com liberdade cerceada, a violação ou ameaça que coloque em risco sua integridade física e moral, a livre manifestação de pensamento, a liberdade de sua atividade intelectual ou que de alguma forma possa ferir os direitos da personalidade, estar-se-á diante da hipótese de cabimento da tutela dos direitos da personalidade por meio de *habeas corpus*.

A propósito, preconiza o art. 38 do Código Penal Brasileiro acerca dos direitos do preso:

Art. 38 - O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Outro exemplo é o caso que envolve o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, quem cumpria pena em sala de Estado Maior na sede da Superintendência da Polícia Federal no estado do Paraná, pela condenação por corrupção passiva e lavagem de dinheiro proferida pelo então Juiz e atual Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, sentença essa mantida pelo Tribunal Regional da 4ª Região e pelo Superior Tribunal de Justiça quanto a condenação, sendo reduzida somente a quantificação da pena para 08 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias em regime de reclusão.

À época, o processo principal era pendente de julgamento em sede de recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, que não era dotado de efeito suspensivo e o réu cumpria a execução provisória da pena confirmada em julgamento realizado na segunda instância judicial, desde 07 de abril de 2018.

No entanto, a requerimento da própria Polícia Federal, sob o fundamento de que a superintendência em Curitiba não possuía condições adequadas para o cumprimento da pena, com falta de estrutura, de segurança e de a situação prejudicar toda a região no entorno da sede da Polícia que suporta protestos de apoiadores de Lula e outros movimentos.

Em 07 de agosto de 2019, sobreveio decisão da 12ª Vara Criminal Federal de Curitiba, no Paraná, em que foi determinada a transferência do preso para o complexo penitenciário

comum do presídio de Tremembé II, no interior do estado de São Paulo, uma vez que o juízo competente pela execução da pena seria o de São Paulo.

Por sua vez, o juízo da execução criminal de São Paulo, aceitou a competência e determinou o cumprimento da pena em Tremembé II, naquele estado. Com isso, a defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva ingressou com um pedido no Supremo Tribunal Federal para que a transferência fosse obstada por meio de *habeas corpus*.

No caso, o plenário do Supremo Tribunal Federal¹⁴⁶, por 10 (dez) votos a 01 (um) suspendeu as decisões provenientes do juízo federal de Curitiba – PR e do juízo federal da execução criminal de São Paulo – SP, que determinaram a transferência do ex-presidente para o presídio de Tremembé, em São Paulo, até que haja julgamento com provimento final no processo de *habeas corpus* em que Lula pede suspeição do então juiz e atual Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro.

Neste caso, a transferência de um ex-presidente para o presídio comum é deveras incompatível com a dignidade inerente ao cargo que ocupou, portanto correta a decisão do Supremo Tribunal Federal e, ainda seria cabível a impetração de um novo *habeas corpus*, na fase de execução da pena provisória, para coibir a ameaça à dignidade e a incolumidade de um ex-presidente da República.

Assim, o *habeas corpus* poder ser utilizado para tutelar direitos fora do espectro da liberdade de locomoção, ainda que o sujeito de direito, paciente na ação processual esteja preso. Outro exemplo recorrente nos tribunais é a impetração de *habeas corpus* para tutela da saúde e tratamento adequado do preso acometido por doença grave comprovada por exame médico e que necessita de tratamento urgente, conforme ilustrado no julgamento do *habeas corpus* HC nº 201202010196296.¹⁴⁷

No caso, foi concedida a ordem para que o preso percebesse a devida assistência médica e a prisão preventiva foi convertida em medida cautelar para que fosse viabilizado o tratamento do paciente.

4.3. *Habeas corpus* para tutela do direito à imagem e à honra.

Outro caso em que o *habeas corpus* foi utilizado para defesa de direitos da personalidade foi

¹⁴⁶ STF. Plenário. Pet 8312/PR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 7/8/2019.

¹⁴⁷ TRF-2 - HC: 201202010196296, Relator: Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, Data de Julgamento: 18/12/2012, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 18/01/2013.

relativo à preservação do direito à imagem. O julgamento ocorreu na 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça, no HC nº 88.448/DF¹⁴⁸, em que o paciente impetrou *habeas corpus* para que a foto de seu corpo fosse retirada de uma denúncia oferecida pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Ainda que o paciente ocupasse a posição de réu denunciado, sua imagem deve ser preservada e não ser utilizada em uma peça processual de acusação por ir de encontro ao direito da personalidade e ferir sua dignidade, sendo a ordem concedida para que a imagem do réu fosse removida do processo, com a seguinte fundamentação:

7. A inserção da fotografia do acusado na vestibular viola diferentes normas constitucionais, dentre as quais o direito à honra, à imagem e também o princípio matriz de toda a ordem constitucional: o da dignidade da pessoa humana

(...)

10. Ordem parcialmente concedida, com o intuito de determinar ao Juiz do processo que tome providências no sentido de riscar da denúncia a parte em que consta a fotografia do ora paciente.

Assim, no julgado constatou-se a possibilidade de utilização do *habeas corpus* para que fosse preservada a honra e imagem de um réu, enquanto vertentes dos direitos da personalidade assegurado constitucionalmente e que foram lesados pela utilização indevida em denúncia formulada pelo *parquet*, ainda que no exercício de sua função pública.

Não é só, ainda pode haver violação da vida privada e direitos da personalidade por meio de cadastros em banco de dados públicos, como ocorre quando um título de crédito é averbado em cartório privativo de protestos de títulos ou banco de dados privados, como no caso de bancos de dados estruturados com anotações sobre determinadas pessoas que são comercializados de forma livre no mercado, desde que qualquer interessado pague quantia em pecúnia para ter acesso as anotações financeiras de pessoas físicas ou jurídicas, o que afeta diretamente a sua personalidade.

Assim, a lesão ou ameaça a vida privada, a intimidade, a imagem e aos dados dos indivíduos, ainda que somente digam respeito aos aspectos financeiros, tem o condão de macular a personalidade humana, uma vez que eventual negatização pode violar a imagem de bom

¹⁴⁸ STJ, 6ª Turma, HC 88.448/DF, rel. Og Fernandes, julgado em 06/05/2010 publicado em 02/08/2010. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaelectronica/inteiroteor?num_registro=200701833036&data=2/8/2010>, acesso em 28/01/2020.

pagador do sujeito de direitos, afetar sua vida e o meio social a que pertence, impedir a realização de negócios jurídicos e, até mesmo, do exercício regular de sua profissão.

Sobre o direito de imagem, a privacidade e a vida social, salienta Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Júnior¹⁴⁹:

(...) a vida social do indivíduo se divide em duas esferas: a pública e a privada. Por privacidade, de conseguinte, deve-se entender os níveis de relacionamento social que o indivíduo habitualmente mantém oculto ao público em geral, dentre eles: a vida familiar, as aventuras amorosas, o lazer e o segredo dos negócios. Assim, dentro dessa esfera teríamos demarcado o território próprio da privacidade. Entretanto, como se disse, no território da privacidade é que se desenvolvem, por exemplo, as relações conjugais, as relações entre pai e filho, irmãos, namorados etc., que são peculiarizadas exatamente pela interpessoalidade. Assim, havendo mais de uma pessoa envolvida, existe, por evidente, espaço para a violação de direitos, e é nessa porção dos relacionamentos sociais – a chamada ‘tirania da vida privada’ – que ganha importância o conceito de intimidade. A privacidade resguarda o indivíduo da publicidade. Entretanto, qual seria a proteção jurídica individual em face de abusos cometidos dentro da esfera privada?

Exatamente o direito de intimidade. Em resumo, a conclusão que se extrai do texto constitucional é que a vida social dos indivíduos não possui somente dois espaços, o público e o privado, pois neste se opera nova subdivisão, entre a intimidade e a privacidade propriamente dita. Poderíamos ilustrar a vida social como um grande círculo, dentro do qual um menor, o da privacidade, em cujo interior seria apostado um ainda mais constricto e impenetrável, o da intimidade. Assim, o conceito de intimidade tem valor exatamente quando oposto ao da privacidade, pois, se se cogita da tirania da vida privada, aduz-se exatamente à tirania da violação da intimidade, como, por exemplo, o pai que devassa o diário da filha adolescente ou viola o sigilo das suas comunicações.

Com isso, na vida privada é que se desenvolve uma série de relações jurídicas sejam ligadas à família devido a algum grau de parentesco, ou aquelas oriundas de relações comerciais. No desenvolver de todas elas, pode haver a ameaça ou a violação, em variadas formas, dos aspectos essenciais da pessoa humana.

Não obstante, o ato que fere o direito à imagem também fere diretamente os direitos da personalidade, conforme idealizado ainda na década de 1970, por Walter Moraes¹⁵⁰, que asseverou sobre a importância jurídica que a imagem tem para as pessoas e desagua no seu direito, em que é tida como “toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o direito”.

Portanto, constata-se o cabimento da tutela da honra e da imagem por meio de ação de *habeas*

¹⁴⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Verbatin, 2011. P. 182 e 183.

¹⁵⁰ MORAES, Walter. Direito à própria imagem. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 443, ano 61, setembro de 1972, p. 64-65.

corpus para que os direitos da personalidade sejam resguardados de forma célere e efetiva.

4.4. Habeas corpus para tutela dos direitos da personalidade de pessoas legalmente consideradas vulneráveis.

Outras hipóteses de utilização da *habeas corpus* para tutela dos direitos da personalidade, seriam nos casos em que há grande vulnerabilidade das partes percebida de acordo com a relação jurídica vivenciada, em que é percebida lesão aos atributos dos aspectos essenciais e psicossomáticos da pessoa humana que ensejam impetração da ação e concessão da ordem de *habeas corpus*.

Como exemplos podemos citar as pessoas portadoras de doença grave ou de limitações físicas e psíquicas, as que suportam restrições pela situação originária do convívio familiar, as socialmente ou economicamente vulneráveis, pessoas que a própria legislação trata como vulneráveis e merecem tratamento especial, tais como: o trabalhador (Consolidação das leis do trabalho), o consumidor (Código de defesa do Consumidor), o paciente, as pessoas submetidas a tratamento ou pesquisas médicas e científicas, a mulher (Lei Maria da Penha), os índios (Estatuto do Índio), as pessoas portadoras de deficiência, os homossexuais, os negros e pardos (Estatuto da Igualdade Racial), o menor, o alimentando, dentre outros.

Recentemente, no ano de 2018, o Supremo Tribunal Federal concedeu, em sede de julgamento de *habeas corpus* com efeito coletivo da ordem, o direito de substituição da pena preventiva pela prisão domiciliar a todas as mulheres que cometeram crimes sem violência ou grave ameaça e àquelas mulheres que não cometeram crimes contra seus próprios filhos.

A decisão inicialmente abarcava as mulheres que estavam gestantes ou mãe de crianças com até 12 (doze) anos de idade, mas teve seus efeitos estendidos para adolescentes apreendidas pelo sistema socioeducativo que cometeram atos infracionais e mulheres que tenham a guarda de pessoas com deficiência.

Em seu voto ministro Ricardo Lewandowski afirmou que:

É chegada a hora de agirmos com coragem e darmos uma abrangência maior a esse histórico instrumento que é o *Habeas corpus*.

(...)

numa sociedade burocratizada, a lesão pode assumir caráter coletivo e, neste caso, o justo consiste em disponibilizar um remédio efetivo e funcional para a proteção da coletividade.

(...)

Considero que o Supremo deva assumir a responsabilidade com relação aos mais de 100 milhões de processos a cargo de 16 mil juízes e as dificuldades de acesso à justiça e passe a aplicar remédios de maior abrangência, para construir mais isonomia e que lesões a direitos sejam sanadas mais celeremente.¹⁵¹

Destarte, algumas dessas formas de vulnerabilidade, podem obter proteção em seus aspectos psicossomáticos pelo instrumento processual do *habeas corpus*. No caso das gestantes, os fundamentos da decisão levaram em consideração os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Levantamento de Informações Penitenciárias (Infopen), pelos quais constatou-se a inadequação das instalações aos direitos da personalidade e a dignidade das gestantes, das mães e dos menores.

Outro argumento bastante aventado no julgado pelos ministros é a ocorrência de transferência de pena da mãe para o filho nos casos em que cumpriam pena de prisão preventiva em cárcere público. O que fere também o princípio da intranscendência, da pessoalidade e da personalidade da pena, que preconiza que somente o condenado e mais ninguém poderá responder pelo fato praticado, caso contrário a penalidade passaria para outra pessoa que não o acusado.

Com efeito, tendo em vista a lesão aos aspectos mais incipientes da dignidade humana e ao próprio mínimo existencial das mães, dos menores, em prol do direito a uma gestação salutar, da maternidade e com respeito à garantia do melhor interesse do menor, assegurada no Estatuto da Criança e Adolescente, Lei Nº 8.069, de 1990, foi concedido o *habeas corpus* com efeito coletivo.

O melhor interesse do menor também serviu de fundamento para concessão do *habeas corpus* pelo Superior Tribunal de Justiça para determinar que uma criança permaneça sob a guarda de um casal acusado de ter a adotado de maneira irregular e afastar a medida de busca e apreensão ao considerar que os pais biológicos não teriam condições de cuidar do menor, primando pela sua integridade física e psíquica, ao afirmar que “Esta corte tem entendimento firmado no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário”.¹⁵²

Acerca da figura do Consumidor, que no ordenamento brasileiro tem proteção especial em

¹⁵¹ STF. *HABEAS CORPUS* nº 143.641/SP, 2.^a Turma – julgado em 24.10.2018. rel. Min. Ricardo Lewandowski.

¹⁵² O número deste processo não é divulgado em razão de sigilo de justiça.

decorrência de sua vulnerabilidade, teve sua proteção ampliada nos termos do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Como se percebe, o próprio dispositivo normativo deixa claro que todas ações processuais podem ser utilizadas para proteção da vulnerabilidade dos consumidores. Ora, se o ordenamento é permissivo quanto a esta hipótese de vulnerabilidade, por que não utilizar do instrumento de *habeas corpus* para sua tutela de forma excepcional?

Sobre o tema, corrobora com o entendimento exposto, Kazuo Watanabe ao comentar o Código de Defesa do Consumido na obra de Antônio Herman Benjamin¹⁵³, na qual defende a hipótese da utilização dos remédios constitucionais, inclusive o *habeas corpus*, para proteção dos direitos da personalidade, de maneira extrínseca às relações econômicas ou financeiras:

Uma outra consequência importante é o encorajamento da linha doutrinária, que vem se empenhando no sentido da mudança de visão do mundo, fundamentadamente economicística, impregnada no sistema processual pátrio, que procura privilegiar o “ter” mais que o “ser”, fazendo com que todos os direitos, inclusive os não patrimoniais, principalmente os pertinentes à vida, à saúde, à integridade física e mental e à personalidade (imagem, intimidade, honra etc), tenham uma tutela processual mais efetiva e adequada.

(...)

E para a tutela de direitos não patrimoniais, o ordenamento jurídico nosso é muito acanhado, principalmente nas relações entre particulares. Na relação entre o particular e o poder público, conta o nosso ordenamento jurídico com ações potenciadas, eficazes e céleres, como o mandado de segurança, *habeas corpus*, ação popular e agora também o *habeas data*.

Pode-se perceber que o legislador foi expresso ao permitir a utilização de *habeas corpus* para que cesse ameaça ou lesão aos direitos da personalidade. Não se trata de um mero pleito do jurisdicionado e, sim, de uma exigência do próprio sistema normativo atual, ou seja, uma imposição àqueles que detêm o poder jurisdicional para que maximize a proteção da pessoa humana em seus aspectos essenciais mínimos ao conferir, na medida do permitido, a melhor tutela aos direitos da personalidade, pelos variados meios processuais, inclusive, de modo

¹⁵³ WATANABE, Kazuo. In: BENJAMIN, Antonio Herman. (et al.). *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

excepcional, o *habeas corpus*.

Outras hipóteses de utilização do *habeas corpus* merecem investigação pormenorizada, tais como, por exemplo, o direito de o sujeito de direitos não ser réu em processos judiciais, administrativos e de improbidade administrativa, casos referentes à relação de parentesco, de visitação de familiares para o custodiado, *habeas corpus* para tutela do direito à saúde, dentre outros.

4.5. *Habeas corpus* para tutela do direito ao regular convívio familiar e à visitação.

Como salientado, ainda que o sujeito de direitos esteja com sua liberdade restrita, a sua dignidade e os direitos da personalidade merecem ser garantidos.

Esse foi o correto entendimento em julgado do Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* 107.701/RS¹⁵⁴, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que a ordem no processo de *habeas corpus* foi concedida para que o direito à visitação dos filhos a seu pai fosse garantido enquanto um instituto jurídico que preserva a melhor convivência familiar e possibilitar a ressocialização ou reenquadramento do indivíduo na sociedade que estava inserido, com a devida ampliação do alcance da tutela de direitos por meio do *habeas corpus*, conforme transcrição:

HABEAS CORPUS - Condenado - Visita de filhos e enteados - Admissibilidade - Direito de visitas que é um desdobramento do direito de liberdade - Garantia, ademais, que importa na ressocialização do preso, expressa na Lei de Execução Penal (LGL\1984\14).

HC 107.701/RS.

Relator: Min. Gilmar Mendes.

Paciente: M. G. S.

Impetrante: Defensoria Pública da União - Procurador: Defensor Público-Geral Federal.

Coator: Relator do HC 198.787 do STJ.

Ementa Oficial: *Habeas corpus*. 2. Direito do paciente, preso há quase 10 anos, de receber a visita de seus dois filhos e três enteados. 3. Cognoscibilidade. Possibilidade. Liberdade de locomoção entendida de forma ampla, afetando toda e qualquer medida de autoridade que possa em tese acarretar constrangimento da liberdade de ir e vir. Ordem concedida.

1. Cognoscibilidade do *writ*. A jurisprudência prevalente neste STF é no sentido de que não terá seguimento *habeas corpus* que não afete diretamente a liberdade de locomoção do paciente.

¹⁵⁴ STF - HC 107.701/RS - 2.ª Turma – julgado em 13.09.2011 - v.u. - rel. Min. Gilmar Mendes - DJe 26.03.2012.

Alargamento do campo de abrangência do remédio heroico. Não raro, esta Corte depara-se com a impetração de *habeas corpus* contra instauração de inquérito criminal para tomada de depoimento; indiciamento de determinada pessoa em inquérito policial; recebimento da denúncia; sentença de pronúncia no âmbito do processo do júri; sentença condenatória etc.

Liberdade de locomoção entendida de forma ampla, afetando toda e qualquer medida de autoridade que possa, em tese, acarretar constrangimento para a liberdade de ir e vir.

Direito de visitas como desdobramento do direito de liberdade. Só há se falar em direito de visitas porque a liberdade do apenado encontra-se tolhida. Decisão do juízo das execuções que, ao indeferir o pedido de visitas formulado, repercute na esfera de liberdade, porquanto agrava, ainda mais, o grau de restrição da liberdade do paciente.

Eventuais erros por parte do Estado ao promover a execução da pena podem e devem ser sanados via *habeas corpus*, sob pena de, ao fim do cumprimento da pena, não restar alcançado o objetivo de reinserção eficaz do apenado em seu seio familiar e social.

Habeas corpus conhecido.

Outro interessante julgado em processo de *habeas corpus* também ilustra o direito à visitação, no caso em que o juízo da execução penal negou a visita dos filhos de um indivíduo preso no sistema penitenciário sob o fundamento da doutrina da proteção integral do menor.

O caso chegou à apreciação do Supremo Tribunal Federal por meio de impetração de *habeas corpus* HC 107.701/RS¹⁵⁵, em que foi utilizado como fundamento da decisão que concedeu a ordem a impossibilidade de agravamento da restrição ao direito de ir e vir do preso enquanto corolário à sua dignidade, ou seja, *habeas corpus* contrário à medida judicial que agravou as restrições do indivíduo que já estava recluso, não para que tutelasse a sua liberdade de forma direta, mas para que fosse garantida a visita de seu familiares.

Sobre o direito à visitação e convívio familiar, são vários os julgados: o Tribunal Regional da primeira região também concedeu ordem em processo de *habeas corpus*¹⁵⁶ à esposa de um detento no sistema penitenciário federal para que pudesse ter o direito à visita íntima junto ao preso.

Como salientado, o direito de visitação, de convívio com familiares é corolário da dignidade da pessoa humana e, no caso, decorre do próprio direito da liberdade que se encontra restrita pelo cumprimento da pena.

Ora, o sujeito pode ter sua liberdade de ir e vir cerceada, mas não pode perder todos os

¹⁵⁵ STF, 2ª Turma, HC 107.701/RS, rel. Gilmar Mendes, julgado em 13/09/2011.

¹⁵⁶ TRF-1, 3ª Turma, HC 53.885-41.2012.4.01.000/GO, julgado em 17/09/2012. *habeas corpus* impetrado em favor de Andressa Mendonça, esposa do bicheiro Carlos Cachoeira, que garantiu a visita ao marido na penitenciária da papuda.

direitos da personalidade que estão minimamente ou indiretamente atrelados à liberdade de locomoção.

Não é por suportar a condição transitória de preso ou apenado que tenha sua liberdade restrita que o sujeito de direitos pode ter o direito de visitação e convívio com seus filhos cerceado de forma absoluta.

Isso porque, tem-se em vista que a relação familiar entre pais e filhos tem ligação com os aspectos essenciais da personalidade humana, que, inclusive afeta a recuperação e a possibilidade de ressocialização do apenado, sujeito de direitos que se encontrava preso e custodiado, mas não pode ser impedido de receber visitas de seus familiares e ingressou com um *habeas corpus* para que pudesse tutelar tais direitos e não sua liberdade.

Em que pese estar com sua liberdade restringida, a ordem foi concedida para que fosse garantido o contato com seus familiares. Exemplo que deixa claro que o instrumento processual do *habeas corpus* não se presta, tão somente, à proteção dos direitos de locomoção ou de ir e vir dos sujeitos de direito.

4.6. *Habeas corpus* para tutela das relações familiares, adoção, guarda, tutela e obrigação de prestar alimentos.

Outra situação peculiar às relações de família é percebida quanto à regulamentação de adoção, visitação e guarda de pessoas. Há, ainda, o caso de entrega de menores impúberes ou incapazes para o acolhimento institucional do Estado ou acolhimento familiar, seja por meio de medida judicial de busca e apreensão, de encaminhamento ao abrigo, internação compulsória ou tutela conferida ao conselho tutelar.

Sobre o tema, em março do ano de 2019, a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão unânime, concedeu ordem em *habeas corpus* para assegurar a permanência de menor ainda recém-nascido com a família que fez adoção irregular, determinando o retorno à família que conviveu desde os primeiros dias de sua vida, antes de ser levada a um abrigo.

A criança envolvida na lide havia sido entregue para um casal pela sua genitora biológica logo após seu nascimento, contudo, foi determinada a transferência do menor para um abrigo pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sob o argumento de que houve burla ao Cadastro Nacional de Adoção, mesmo com autorização da guarda provisória concedida ao casal que, de fato, detinha melhores condições para criação do menor e vinha realizando tal incumbência.

Sob esse argumento, a defensoria impetrou o *habeas corpus* contra a decisão do Tribunal de manter a criança em abrigo, a ordem do *habeas corpus* foi deferida, sendo determinada a recondução do menor ao casal, ou seja, a guarda foi regulamentada em sede de *habeas corpus* para melhor tutela do menor em seus aspectos psicossomáticos e seu desenvolvimento, conforme fundamentação do Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino¹⁵⁷:

Essa controvérsia já foi enfrentada por esta Corte Superior, tendo-se firmado entendimento pela primazia do acolhimento familiar em face do acolhimento institucional, em atenção ao melhor interesse da criança, salvante hipóteses excepcionais em que a família substituta não se apresente como ambiente adequado para o convívio do menor.

Em situações como esta, eventual abuso de poder dos órgãos jurisdicionais ou de apoio social como conselho tutelar ou de seus representantes, podem ser combatidos de forma célere por meio da tutela do direito da personalidade em sede processual de *habeas corpus*.

A questão jurídica envolvendo menores deve ser sempre analisada sobre a ótica do princípio da prioridade absoluta e prevalência do melhor interesse do menor, que pode vir a ser privado do convívio familiar por parte do poder estatal e colocado em abrigo institucionalizado. Por vezes, tais atos ocorrem de forma arbitrária ou fundamentada e lastreada em denúncias caluniosas que versam sobre maus tratos ou abandono, muito em razão de discussões entre os pais ou responsáveis pela guarda da criança, que pode vir a sofrer alienação parental e outros danos irreparáveis.

Situação jurídica semelhante ocorreu no julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, no *habeas corpus* nº 385507 PR 2017/0007772-9¹⁵⁸ de 2017, impetrado contra decisão monocrática de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que indeferiu a petição inicial em ação de *habeas corpus* impetrado na origem, sem resolução de mérito.

A ação de *habeas corpus* foi impetrada contra decisão do Juízo da Vara da Infância e Juventude da Seção Cível Londrina/PR, que determinou a busca e apreensão de menor e seu acolhimento institucional, sob o argumento de que a guarda exercida era “fática” e, portanto, ilegal.

¹⁵⁷ O número deste processo não é divulgado em razão de segredo judicial, informações retiradas em notícia veiculada no site do STJ, disponível em < http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2019/2019-03-28_08-38_Habeas-corpus-assegura-permanencia-provisoria-de-bebe-com-familia-que-fez-adocao-irregular.aspx> acesso em 07/01/2020.

¹⁵⁸ *HABEAS CORPUS* Nº 385.507 - PR (2017/0007772-9) RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI.

Por outro lado, o impetrante alegou a ilegalidade da medida que compeliu a menor ao acolhimento institucional de forma arbitrária ao impedir o exercício do direito à convivência familiar com base, unicamente, no critério de respeito à fila.

Um verdadeiro contrassenso que rompeu laço já constituído entre a menor e os guardiões de fato, sendo o caso de deferimento da medida em julgamento de *habeas corpus*, conforme trecho do julgado que merece transcrição:

Contudo, diante da possibilidade, em tese, de se conceder a ordem, de ofício, o presente *writ* deve ser processado. E mais, a pretensão liminar deve ser deferida, por estarem configurados a plausibilidade jurídica do pedido e o perigo da demora. Ressalta-se, ainda, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em situações excepcionalíssimas, dada a potencial possibilidade de ocorrência de dano grave e irreparável aos direitos da criança, ora paciente, permite o afastamento de todos os óbices que, em princípio, acometem o presente writ e que, ordinariamente, culminariam no seu não conhecimento. Nesse sentido: "*HABEAS CORPUS. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. POSSÍVEL PRÁTICA DE*" ADOÇÃO À BRASILEIRA ". CONVÍVIO COM A FAMÍLIA REGISTRAL. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ORDEM CONCEDIDA. 1.- A despeito da possibilidade de ter ocorrido fraude no registro de nascimento, não é do melhor interesse da criança o acolhimento institucional ou familiar temporário, salvo diante de evidente risco à sua integridade física ou psíquica, circunstância que não se faz presente no caso dos autos. Precedentes. 2.- Ordem concedida." (HC 291.103/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 29/08/2014.) "*HABEAS CORPUS. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA E ADOÇÃO. MENOR IMPÚBERE (3 MESES DE VIDA) ENTREGUE PELA MÃE À CASAL INTERESSADO EM SUA ADOÇÃO. GUARDIÃES DE FATO. SITUAÇÃO IRREGULAR. AÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. BUSCA E APREENSÃO DEFERIDA EM PRIMEIRO GRAU. LIMINAR NEGADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ENCAMINHAMENTO DO PACIENTE AO ABRIGO. MEDIDA TERATOLÓGICA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A jurisprudência do STF e do STJ evoluiu no sentido de não se admitir a impetração originária de *habeas corpus* como sucedâneo recursal, ressalvada a hipótese excepcional de concessão ex officio da ordem quando constatada flagrante ilegalidade ou decisão teratológica. Precedentes. 2. Também está consolidado no STF e no STJ não caber *habeas corpus* contra decisão de indeferimento de liminar, a fim de evitar indevida supressão de instância, ressalvada, contudo, a possibilidade de concessão, de ofício, da ordem na hipótese de evidente e flagrante ilegalidade. Precedentes. 3. Ainda, em se tratando de questão atinente à guarda/adoção de menor - afeta, portanto, ao Direito de Família, costumando exigir, como tal, ampla dilação probatória -, tem-se por inadequada a utilização de *habeas corpus* para defesa dos interesses do infante. Precedentes. 4. Na espécie, contudo, está-se diante de uma situação bastante delicada e que impõe a adoção de cautela e cuidado ímpar, dada a potencial possibilidade de ocorrência de dano grave e irreparável aos direitos da criança, ora paciente, de modo a se afastar, excepcionalmente, todos os óbices que, em princípio, acometem o presente writ e que, ordinariamente, culminariam no seu não conhecimento. 5. Denúncia anônima formalizada junto ao Conselho Tutelar local de que o menor, ora paciente, estaria sendo vítima de maus-tratos, tendo, ainda, sido adotado de forma ilegal. Malgrado afastada, de plano, a ocorrência de maus-tratos, o MPE ajuizou ação de acolhimento institucional requerendo a busca e apreensão do menor e seu imediato encaminhamento à abrigo, sob o principal argumento de ter*

havido "adoção/guarda" irregular. 6. Situação anômala que, entretanto, não importou em prejuízo ao infante, pelo contrário, ainda que momentaneamente, a guarda de fato tem se revelado satisfatória aos seus interesses, havendo rico lastro probatório que exsurge à demonstração de que os guardiães tem dispensado cuidados (médicos, assistenciais, afetivos etc.) suficientes à elisão de qualquer risco imediato à integridade física e/ou psíquica do menor. 7. Não se descarta que a higidez do processo de adoção é um dos objetivos primordiais a ser perseguido pelo Estado, no que toca à sua responsabilidade com o bem-estar de menores desamparados, tampouco que, na busca desse desiderato, a adoção deve respeitar rígido procedimento de controle e fiscalização estatal, com a observância, v.g., do Cadastro Único Informatizado de Adoções e Abrigos (CUIDA), o qual, aliás, pelos indícios probatórios disponíveis, teria sido vulnerado na busca de uma adoção intuito personae. 9. Contudo, o fim legítimo não justifica o meio ilegítimo para sancionar aqueles que burlam as regras relativas à adoção, principalmente quando a decisão judicial implica evidente prejuízo psicológico para o objeto primário da proteção estatal para a hipótese: a própria criança. 10. Ademais, dita burla ainda está no campo do juízo perfunctório, o que igualmente torna temerária a adoção de um procedimento que, por sua natural demora, pode prolongar a permanência do menor em abrigo ou instituição de acolhimento, numa verdadeira inversão da ordem legal imposta pelo ECA, na qual esta opção deve ser a última e não a primeira a ser utilizada. 11. Medida que, na hipótese, notoriamente beira a teratologia, pois inconcebível se presumir que um local de acolhimento institucional possa ser preferível a um lar estabelecido, onde a criança não sofre nenhum tipo de violência física ou moral. 12. Ordem concedida de ofício." (HC 274.845/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 29/11/2013.) Ao que se depreende dos autos, a menor nasceu em 14/2/2016 e desde então encontra-se no convívio da pretensa família adotante, recebendo todos os cuidados necessários, de modo que a sua brusca retirada do lar para colocá-la em uma instituição pública, sob a supervisão de pessoas que ela não conhece, só deve ocorrer como medida extrema. E no caso dos autos não há, em juízo liminar, evidente risco à integridade física ou psíquica da paciente a justificar tal medida extrema. Logo, não se verifica, a princípio, nenhum perigo na permanência da criança com a família substituta, apesar da aparência da chamada "adoção à brasileira", ao menos até o julgamento final da lide. Desse modo, a hipótese dos autos, excepcionalíssima, justifica a concessão da ordem, porquanto a determinação de abrigo da criança não se subsume a nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA. Ante o exposto, DEFIRO a pretensão liminar para determinar o retorno da paciente à guarda de JERONIMO YADNAK JUNIOR e MICHELE POHREN YADNAK, ao menos até o julgamento final da presente ação. Comunique-se, com urgência. Solicitem-se informações ao Tribunal impetrado. Após, ouça-se o Ministério Público Federal. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 24 de janeiro de 2017. MINISTRO HUMBERTO MARTINS Vice-Presidente, no exercício da Presidência.

Assim, resta evidenciado que, de forma excepcional, a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite o instrumento processual do *habeas corpus* para tutela de direitos da personalidade.

Com efeito, quando há risco a integridade psíquica e moral, logo, aos aspectos psicossomáticos do paciente que devem ser tutelados de maneira célere e eficaz no plano fático, de modo a garantir o melhor interesse e cuidados ao menor e não aos de seus pais ou do estado.

Na análise da matéria referente ao interesse dos menores deve-se levar em consideração a

proteção prioritária e integral do menor, com aplicação da norma especial contida no Estatuto da Criança e Adolescente, Lei nº 8.069, de 1990 que prescreve o respeito aos direitos da personalidade dos menores, como sua intimidade com preservação da vida privada, à imagem e a sua integridade física e moral.

A proteção é abarcada também pela necessidade de intervenção precoce na tutela logo que a situação de ameaça, perigo ou lesão seja percebida. A atuação deve ser realizada com proporcionalidade, atualidade e adequação à situação jurídica posta, de modo que prepondere a manutenção da relação entre o menor e sua família, de acordo com a responsabilidade parental, ainda que seja realizada em favor da família adotante, extensa ou substituta.

Imperioso destacar a hipótese de dívida por obrigação de prestar alimentos em forma de pecúnia, em que, por um vínculo familiar jurídico formalizado, um sujeito de direitos pode exigir de outro uma prestação de valor em espécie para o caso de inadimplemento de alimentos, caso o credor, ora alimentado ou seu representante legal opte pela execução do saldo devedor por meio do procedimento da prisão civil.

No cumprimento de sentença ou de decisão antecipatória de tutela que tenha por objeto a obrigação de pagar quantia certa decorrente de prestação alimentar, o credor tem a possibilidade de perquirir o valor com uma medida coercitiva de prisão civil, em caso de não pagamento do débito em três dias, caso o devedor não comprove que o débito já foi quitado ou não comprove a impossibilidade de realizar o pagamento.

Tal procedimento é discriminado no § 3º, do art. 528 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.

§ 1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuar-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517 .

§ 2º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.

§ 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

§ 4º A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.

§ 5º O cumprimento da pena não exige o executado do pagamento das

prestações vencidas e vincendas.

§ 6º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

§ 7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

§ 8º O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

Assim, caso o credor de alimento opte expressamente pelo pleito de prisão civil em caso de não pagamento de até 03 (três) parcelas anteriores ao ingresso com a demanda em juízo, é possível a prisão do executado com mandado expedido com valor total do débito e a ser cumprido por meio de oficial de justiça com intimação pessoal do devedor.

Uma das novidades trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 é de que caso o executado esteja preso, o cumprimento da pena dará em regime fechado, ficando o custodiado em cela apartada dos demais presos comuns. Sendo cabível, ainda, a averbação do mandado e do CPF do executado no cartório de protesto, com qualificação do devedor, número do processo em referência e o valor total do débito, com a inscrição do executado nos cadastros de inadimplentes, tais como SERASA e SPC.

Neste caso, o preso poderá utilizar do instrumento do *habeas corpus* para que sua liberdade seja tutelada, bem como que seu direito de crédito, ao nome e à imagem sejam devidamente preservados, caso realize o pagamento do débito, por ser uma tutela mais célere e efetiva.

Tais direitos tem guarida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no inciso X, artigo 5º, que prescreve: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Acerca da tutela de direitos da personalidade por meio de ação de *habeas corpus* merece transcrição o caso em que foi negado *habeas corpus* para um pai que tentava deixar de realizar o pagamento de pensão alimentícia, logo serviu para tutelar o direito de uma filha de receber alimentos e garantir sua dignidade.

No processo o pai deixou de pagar pensão para sua filha e ingressou com ação de *habeas corpus* para tentar se eximir de pagamento de pensão, sob o argumento de que sua filha já havia completado a maioridade e que, por isso, não necessitaria de receber alimentos.

O Superior Tribunal de Justiça entende que a maioria, por si, não é capaz de desconstituir o direito do filho receber pensão e do pai do dever de prestar alimentos, tendo em vista que a maioria não é capaz de comprovar que a alimentação ao filho não seja necessária.¹⁵⁹

Assim, mais uma vez, agora ao negar a ordem de *habeas corpus*, o direito à alimentação que garante subsistência e dignidade ao filho foi fundamento para que o pai fosse mantido na obrigação de pagar alimentos. Ademais, foi fundamentado que o *habeas corpus* não trouxe prova pré-constituída de que não houvesse mais necessidade da prestação alimentar, tampouco que o impetrante não possuiria condições de pagar alimentos.

Em outro caso, o instrumento processual do *habeas corpus* também serviu para tutelar pedido de destituição do poder familiar e acolhimento institucional ao menor. O *writ* foi impetrado contra ato de Desembargador que, em decisão monocrática, indeferiu tutela provisória de urgência formulada em recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão do primeiro grau de jurisdição que determinou, em julgamento de pedido cautelar, o encaminhamento institucional do menor.

A decisão foi fundamentada no fato de que o menor estaria de forma irregular com o réu após a entrega voluntária pela genitora e que teria sido registrado pelo réu, segundo a decisão, para burlar o Cadastro Nacional de Adoção, previsto no art. 50, do Estatuto da Criança e Adolescente, Lei nº 8.069, de 1990, uma vez que o exame de DNA realizado comprovou que o demandado não era o pai biológico da criança o que caracterizava a fraude, segundo o provimento judicial.

No caso em comento, ainda houve acordo firmado e homologado judicialmente que conferiu a guarda ao réu. Com isso, fundamentado nos termos do art. 300, do Código de Processo Civil, no fato de que a continuidade da situação da guarda ensejaria a consolidação do vínculo afetivo entre o réu e o menor concretizaria a adoção ilícita. Hipótese tipificada no inciso V, art. 1.638, do Código Civil, que prevê a hipótese de entrega de forma irregular do filho para terceiros para fins de adoção como ato que enseja a perda do poder familiar.

No julgamento do *habeas corpus* foi requerida a ordem para que a decisão judicial que determinou o encaminhamento do menor ao acolhimento institucional fosse revogada, bem como que, subsidiariamente, fosse deferida a visitação aos familiares biológicos e afetivos do

¹⁵⁹ Processo julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, o número deste processo não é divulgado em razão de segredo judicial, conforme notícia disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/portals/Paginas/Comunicacao/Noticias/Negado-habeas-corpus-a-pai-que-nao-comprovou-que-filha-maior-nao-precisa-de-pensao.aspx>, acesso em 12/02/2020.

menor no abrigo, pelas seguintes razões:

EX POSITIS, restando clarividente que a situação reportada no presente writ impõe a imperiosa adoção de cautela ímpar por parte de Vossas Excelências, dada a potencial possibilidade de ocorrência de dano grave ou irreparável aos direitos do ora paciente, bem como a um, que os genitores jamais agiram com o propósito e/ou má-fé de burlar o cadastro nacional de adoção, a dois, que o reconhecimento voluntário da filiação, por parte do genitor, fundou-se na convicção da paternidade consanguínea, culminando, inclusive, na realização do exame de DNA de forma voluntária; a três, a existência de laços afetivos do núcleo familiar com relação ao paciente, frente a convivência duradoura (10 meses); a quatro, o abatimento / enfermidade que acometeu o genitor e, principalmente, a cinco, a inexistência de qualquer situação de risco ou efetivo abandono do paciente, dada a efetiva comprovação de que os seus genitores têm dispensado cuidados (médicos, assistenciais e afetivos) suficientes à elisão de qualquer risco imediato à integridade física ou psíquica do menor, não resta qualquer alternativa aos impetrantes senão a de pugnar veementemente, in limine litis, pela CONCESSÃO DA ORDEM, a fim de que seja revogada a decisão judicial que determinou o acolhimento institucional do paciente, quer seja pelas judiciosas razões supramencionadas ou, ainda, em razão do manifesto excesso de prazo de acolhimento, o qual viola o caráter provisório, excepcional e transitório da medida.¹⁶⁰

Percebe-se que a via excepcional do *habeas corpus* foi utilizada visando a garantir a melhor tutela dos direitos do menor, contudo, a ordem foi negada, ao passo que, segundo a decisão, a providencia de acolhimento institucional foi adotada pelo juízo para oferecer ao menor a melhor proteção, com base no inciso VII, do art. 101, do Estatuto da Criança e Adolescente, Lei Nº 8.069, de 1990.

Sem embargo, defende-se o cabimento da impetração de *habeas corpus* na tutela dos direitos da personalidade contra os atos privados, públicos, provimentos judiciais ou administrativos que ameaçam ou lesam diretamente direitos da personalidade.

4.7. Habeas corpus para tutela do direito ao silêncio, livre manifestação de pensamento e crença, utilização de material biológico, intimidade, incolumidade e integridade física, psíquica e moral.

Cabe salientar algumas situações hipotéticas de cabimento do *habeas corpus* para tutela de direitos extrapatrimoniais excetuada a liberdade de locomoção, como o exercício do silêncio ao réu enquanto direito de ficar calado e de não se auto incriminar, podendo, neste caso,

¹⁶⁰ *HABEAS CORPUS* Nº 476777 – SC RELATORA: MINISTRO NTONIO CARLOS FERREIRA .STJ - AGINT NO HC 476777 / SC 2018/0288144-3. Disponível em < <http://portaljustica.com.br/acordao/2162034>>, acesso em 10/02/2020.

impetrar o *habeas corpus* para que sua livre manifestação seja garantida, ainda que dentro de uma investigação penal ou tramitação de processo penal.

A propósito, em sentido semelhante, Carlos Henrique Borlido Haddad¹⁶¹, aduz:

(...) permanecer em silêncio, faz o acusado uso de um direito, que não se confunde com sua garantia. O silêncio é mero mecanismo de manifestação do princípio contra a autoincriminação e, não, a proteção criada para propiciar o respeito ao princípio. O papel de garantia é desempenhado pelo *habeas corpus* (...) pois o *writ* é manejável quando aquele que invoca o silêncio fica impedido de exercitá-lo. Servirá o *habeas corpus* para assegurar ao réu, perante as autoridades encarregadas da persecução penal, o direito de permanecer calado.

Assim, o instrumento processual do *habeas corpus* avançou quando o Supremo Tribunal Federal deliberou sobre o direito de livre manifestação ao réu, ainda que esta não condiga com a realidade, em sede de julgamento de *habeas corpus*¹⁶², sob pena de anulabilidade da ação penal.

Aqui, tem-se o nítido reflexo dos direitos da personalidade que afetam diretamente o devido processo legal, tendo em vista que o direito ao silêncio, conforme relatado no voto pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do *habeas corpus* HC nº 68.742/DF¹⁶³, é valor absoluto do jurisdicionado oponível ao Estado e aos seus agentes públicos enquanto instrumento limitador das atividades estatais, não sendo possível exercer juízo de proporcionalidade para o seu não exercício.

Outros direitos do réu ligados a sua personalidade podem ser mencionados, como o direito de não participar de reconstituição de crime, já entendido pelo Supremo Tribunal Federal¹⁶⁴, o direito de não fornecer sua voz ou grafia para que seja periciada e verificada os padrões por meio de exame grafotécnico¹⁶⁵, o direito do réu de não comparecimento em audiência como decorrente do direito ao silêncio e à não autoincriminação¹⁶⁶

Há de se mencionar a importante hipótese fática em que o próprio corpo é objeto de prova em situações de um indivíduo ser compelido à realização de intervenções corporais ou ações de disposição de seu corpo ou de que violam sua intimidade, sua incolumidade física, psíquica ou

¹⁶¹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação*. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, Orientador Prof. Dr. Jose Barcelos de Souza, 2003. p.31.

¹⁶² Supremo Tribunal Federal, *habeas corpus* de nº 75.257/RJ, relator Ministro Moreira Alves.

¹⁶³ Supremo Tribunal Federal, *Habeas corpus* de nº 69.026-2/DF, relatora Ministra Ellen Gracie.

¹⁶⁴ Supremo Tribunal Federal, *Habeas corpus* de nº 69.026-2/DF. , relatora Ministra Ellen Gracie.

¹⁶⁵ *Habeas corpus* nº 77.135-8/SP, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão.

¹⁶⁶ *Habeas corpus* nº 114.095/MS, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

moral, como na realização de um exame pericial técnico com utilização de instrumentos invasivos, realização de teste de DNA por determinação judicial, exame toxicológico ou efetivação de um teste do etilômetro, também conhecido como bafômetro, exame pericial ginecológico, identificação de arcada dentária, realização de endoscopia, exame de toque, dentre outros.

Sobre o tema, María Pérez Marín¹⁶⁷, ressalta que as intervenções corporais compreendem duas espécies, uma a mera inspeção sobre o corpo em seus contornos e vestes, sem ser invasiva. Outra, cuja finalidade é a obtenção de substâncias materiais, biológicas, de elementos extraídos do corpo humano, como cabelo, saliva, unha, sangue, amostra de pele, exames por meio de exposição radiológica de “raio-x”, dentre outros.

Sobre o exame de “raio-x”, há decisão do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento de *habeas corpus* de nº 149.146¹⁶⁸, em que restou consignado que o direito a não autoincriminação não proíbe a realização de exame de “raio-x”, em indivíduos sob custódia do estado que confessaram a ingestão de drogas para realização do delito de tráfico, sob o

¹⁶⁷ PÉREZ MÁRIN, María Ángeles. *Inspecciones, registros e intervenciones corporales: las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2008.. P.42-43.

¹⁶⁸ *HABEAS CORPUS* Nº 149.146 - SP (2009/0191843-0). EMENTA *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PACIENTES SUBMETIDOS A EXAME DE RAIOS-X. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA PROVA POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ELEVADA QUANTIDADE DE COCAÍNA.

1. A Constituição Federal, na esteira da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto de São José da Costa Rica, consagrou, em seu art. 5º, inciso LXIII, o princípio de que ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si. 2. Não há, nos autos, qualquer comprovação de que tenha havido abuso por parte dos policiais na obtenção da prova que ora se impugna. Ao contrário, verifica-se que os pacientes assumiram a ingestão da droga, narrando, inclusive, detalhes da ação que culminaria no tráfico internacional da cocaína apreendida para a Angola, o que denota cooperação com a atividade policial, refutando qualquer alegação de coação na colheita da prova.

3. Ademais, é sabido que a ingestão de cápsulas de cocaína causa risco de morte, motivo pelo qual a constatação do transporte da droga no organismo humano, com o posterior procedimento apto a expeli-la, traduz em verdadeira intervenção estatal em favor da integridade física e, mais ainda, da vida, bens jurídicos estes largamente tutelados pelo ordenamento. 4. Mesmo não fossem realizadas as radiografias abdominais, o próprio organismo, se o pior não ocorresse, expeliria naturalmente as cápsulas ingeridas, de forma a permitir a comprovação da ocorrência do crime de tráfico de entorpecentes. 5. Diz o art. 33, 4º, da Lei nº 11.343/06, que a pena pode ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o paciente seja primário, portador de bons antecedentes, não integre organização criminosa nem se dedique a tais atividades. 6. A incidência da referida benesse foi afastada sob o fundamento de que as circunstâncias que ladearam a prática delitiva evidenciaram o envolvimento dos pacientes em organização criminosa. 7. A elevada quantidade de droga apreendida a saber, mais de 1 Kg (um quilo) de cocaína, acondicionados em aproximadamente 130 (cento e trinta) cápsulas, as quais foram em parte ingeridas por dois dos pacientes, bem como o objetivo de embarcar com destino à Angola, impedem, a meu ver, o reconhecimento da modalidade privilegiada do crime. 8. Ademais, a mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar aqueles pequenos traficantes, circunstância diversa da vivenciada nos autos, dado o modus operandi do crime e a apreensão de expressiva quantidade de entorpecente, com alto poder destrutivo. 9. Ordem denegada. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18805143/habeas-corporus-hc-149146-sp-2009-0191843-0/inteiro-teor-18805144?ref=juris-tabs>>, acesso em 27 de setembro de 2019.

argumento de que a ingestão de grande quantidade de drogas para o transporte, com a posterior destinação e venda enseja justa causa para que o estado interfira em prol da própria integridade física e da vida do investigado.

A segunda hipótese, de inspeção em que há exame corpóreo ou de parte do corpo com extração de material biológico, é caso de violação aos direitos da personalidade, em que se deve ponderar a finalidade da medida tomada, o devido respeito aos direitos fundamentais garantidos e o direito que se busca tutelar com a violação exercida.

Portanto, em caso de abuso ou imposição forçada mediante coação para realização do exame, sem o consentimento do periciado, cabível seria a utilização do *habeas corpus* para salvaguardar tais interesses, tendo em vista a possibilidade de lesão à autodeterminação, à integridade física, à moral, à intimidade e à psique do sujeito de direitos examinado.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal é justamente esse, tendo em vista que o tribunal tende a não aceitar a imposição compulsória ou coercitiva para fornecimento de material genético ou biológico, conforme asseverou no julgamento de recurso ordinário em ação de *habeas corpus*¹⁶⁹, em caso de investigação de paternidade e realização de exame de DNA.

Apesar da garantia constitucional de não autoincriminação e do posicionamento da Corte Suprema, a legislação brasileira admite coleta de material genético para identificação criminal na fase de investigação, julgamento ou cumprimento de pena nos crimes dolosos cometidos mediante violência e para os crimes hediondos.

O Superior Tribunal de Justiça ratificou o entendimento ao indeferir pedido liminar em sede de julgamento de *habeas corpus*¹⁷⁰ em que um réu condenado alegava a inconstitucionalidade

¹⁶⁹ RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* 95.183 BAHIA, RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA, EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA DA SEGUNDA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA JULGAR *HABEAS CORPUS* PROVENIENTE DE AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRODUÇÃO DE PROVA EM COMARCA DIVERSA. LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* PROVIDO. 1. Estabelecida, na espécie, relação jurídico-litigiosa em processo de investigação de paternidade, todo e qualquer *habeas corpus* dela proveniente deverá ser julgado pelas Turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. 2. Nos termos do art. 5º, inc. LXVIII, da Constituição da República, conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, sendo também assegurada a liberdade de não se locomover. 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal repudia a determinação compulsória ou condução coercitiva ao fornecimento de material genético. 4. Recurso Ordinário em *Habeas corpus* provido. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630032>>, acesso em 27 de setembro de 2019.

¹⁷⁰ STJ - HC: 407627 MG 2017/0167688-6, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Publicação: DJ 03/08/2017. *HABEAS CORPUS* Nº 407.627 - MG (2017/0167688-6) RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO

da obrigatoriedade do fornecimento de material biológico e genético.

Assim, em tais casos, os condenados serão obrigatoriamente submetidos à identificação genética, dados estes que devem sempre ser mantido em banco de dados sigilosos e seguros.

Outros casos podem ser percebidos para a tutela judicial dos direitos da personalidade por meio de *habeas corpus*, na intervenção em relações conjugais, tais como imposição do dever de coabitação ou afastamento do lar conjugal, em que se pode manejar o *habeas corpus* quando há concessão de medida judicial de afastamento do lar ao proprietário de imóvel. Nesta hipótese também é tutelado o direito à moradia digna em contraposição à integridade física da mulher.

Evidentemente que quando há comprovação de ameaça ou lesão à integridade física da mulher, esta deve ser preservada em detrimento do direito à moradia digna do potencial agressor ou autor da violência. No entanto, a depender da conjuntura do caso concreto, pode haver a revogação da medida protetiva por meio da impetração de *habeas corpus*, conforme ementado em julgamento de uma ação em que o réu alegou a necessidade de revogação das medidas de não aproximação, uma vez que o paciente não possuía outro lugar para residir, sendo a ordem do *habeas corpus* parcialmente concedida¹⁷¹.

Com efeito, os direitos da personalidade, de acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “(...) 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.”¹⁷²

Com isso, os direitos da personalidade podem, a depender da situação fática e jurídica apresentada, em hipóteses excepcionais, serem tutelados pelo meio processual da ação de

ESTADO DE MINAS GERAIS PACIENTE : IGOR ALESSANDRO DE SENA COSTA (PRESO). (...) Eis a ementa do julgado: "AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - COLETA DE MATERIAL BIOLÓGICO PARA IDENTIFICAÇÃO DE PERFIL GENÉTICO - ART. 9º-A DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL - CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO ÓRGÃO ESPECIAL - VINCULAÇÃO - VIOLAÇÃO A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO - INOCORRÊNCIA.

¹⁷¹ *HABEAS CORPUS*. MEDIDAS PROTETIVAS. AFASTAMENTO DO LAR E PROIBIÇÃO DE APROXIMAÇÃO E COMUNICAÇÃO COM A OFENDIDA. PLEITO DE REVOGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA OFENDIDA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A via estreita do *habeas corpus* não se mostra ideal para a análise da impossibilidade de o paciente cumprir pena privativa de liberdade em virtude de sua avançada idade. 2. Revogam-se as medidas protetivas decretadas em desfavor do paciente, pois se mostra razoável diante do caso concreto, uma vez que o paciente é casado há muitos anos com a ofendida, possui idade avançada, não possui outro local para residir a não ser a residência do casal, bem como a revogação foi solicitada pela própria ofendida, em audiência de justificação. 3. Ordem parcialmente conhecida e concedida. (TJ-DF 07073717520188070000 DF 0707371-75.2018.8.07.0000, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, Data de Julgamento: 07/06/2018, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no PJe : 12/06/2018 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

¹⁷² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *Curso de Direito Civil*, 12ª edição, Jus Podivm, 2014, p. 169.

habeas corpus idôneo para assegurar o desenvolvimento da criança e do adolescente, ao gerir os direitos mais ligados à dignidade da pessoa humana e sua projeção no mundo externo, os aspectos psíquicos e físicos que pertencem a sujeito de direitos e merecem tratamento diferenciado.

Seu cabimento é amplo e pode ser utilizado, inclusive, na tutela da liberdade de expressão e religiosa, como no caso em que um paciente necessita de transfusão de sangue, mas por suas crenças e convicções religiosas recusa esse tipo de tratamento.

Um caso emblemático envolveu direitos de ordem constitucional como a vida, a saúde, a liberdade de expressão, a liberdade religiosa e o exercício regular da profissão do médico que tomou a decisão de primar pela vida do paciente, em contrariedade a vontade e liberdade do mesmo, em cumprimento do seu dever profissional e ético, conforme assentado no julgamento exercido pela 6ª (sexta) Turma do Superior Tribunal de Justiça.¹⁷³

4.8. O *habeas corpus* para tutela do direito de não ser réu e não suportar ilegalidades em processo administrativo ou judicial.

Há hipótese de desconstituição de sentenças ou atos administrativos contrários aos direitos da personalidade do paciente por meio do instrumento de *habeas corpus*. Tal afirmativa é plausível e plenamente viável, pois, de acordo com finalidade e objetivo do remédio constitucional do *habeas corpus*, seu alcance não pode ser limitado aos casos de prisão ou somente aos casos de ameaça e violação à liberdade de locomoção.

A propósito, uma hipótese pertinente de uso do *habeas corpus* para tutela dos direitos da personalidade é acerca do direito de não ser réu ou de não responder processo sem uma justa causa que lhe forneça lastro suficiente a ensejar o processamento do feito, ainda que tal processo não tenha como consequência a restrição direta de liberdade.

Ora, para os sujeitos de direitos que sempre prezam pelo respeito às normas jurídicas do sistema e não ameaçou ou lesou o direito de outrem, o fato de responder um processo administrativo, judicial ou de improbidade administrativa já causa lesão em seus aspectos da personalidade, sendo cabível o instrumento de *habeas corpus* para trancamento do processo

¹⁷³ *Habeas corpus* nº 268.459/SP, cuja relatoria era da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, com publicação, da decisão no Diário de Justiça Eletrônico em 28/10/2014, impetrado pelo médico e pelos genitores de uma adolescente que veio a óbito em face da negativa de transfusão de sangue, pois no entendimento dos pais da paciente, caso esta recebesse a transfusão, seria impedida de “ingressar no paraíso”. Processo em que o *writ* foi conhecido de ofício pelo Tribunal aos genitores e negado a extensão dos seus efeitos requerido pelo médico.

instaurado sem a justa causa para que seja levado adiante.

No caso da ação de improbidade administrativa, o Superior Tribunal de Justiça tem posição restritiva quanto ao cabimento do *habeas corpus*, porque há necessidade de prova pré-constituída, sendo medida excepcionalmente acatada, ou seja: “é medida de exceção, somente admissível quando emergir cristalina e inequívoca a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade”, conforme argumentação em julgamento monocrático do Superior Tribunal de Justiça.¹⁷⁴

Com efeito, é possível afirmar que a sede processual do *writ* do *habeas corpus* é a seara jurídica idônea para resolução de controvérsias relativas a alguns dos direitos da personalidade, inclusive os de natureza civil que refletem nos aspectos mais incipientes da pessoa humana e sua mínima dignidade.

Para melhor esclarecer o cabimento do *writ*, se faz necessário mencionar um caso em que um Médico e Professor Universitário do Magistério Superior Federal, suportou evidente perseguição dentro da universidade, ao passo que tomou posse mediante aprovação em concurso público de provas e títulos e ingressou na carreira sob o regime de trabalho de 40 (quarenta) horas semanais, sem dedicação exclusiva na cidade de São Paulo – SP.

O docente residia em Vitória – ES, indo semanalmente a São Paulo – SP, para cumprir com suas atividades na docência no curso de medicina, em especial para ministrar aulas no curso de residência médica e retornava a cidade de Vitória – ES, onde mantinha seu consultório particular e exercia todo o planejamento estratégico das aulas, sempre de forma organizada para cumprir com sua carga horária como Docente, realização de diversas atividades de pesquisa com publicações acadêmicas e em revistas especializadas.

O docente trabalhava em São Paulo – SP por dois dias na semana, cumprindo com suas funções em sala de aula e nos ambulatórios, bem como realizava as atividades extraclasses na cidade de Vitória – ES. No entanto suportou inquérito civil instaurado em decorrência de denúncia de suposto descumprimento de carga horária pelo Docente, pois não cumpriria a carga horária mínima semanal de 8h em sala de aula, conforme exigido pela Lei nº 12.772/2012 e que não cumpriria a carga horária extraclasse de 32h semanais, pois exerce atividade privada em Vitória – ES.

Tais alegações foram levedadas em conta pelo Ministério Público que oficiou e recomendou

¹⁷⁴ STJ - RHC: 85063 MA 2017/0127456-8, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Publicação: DJ 14/06/2017

junto à autarquia à qual o docente era vinculado em São Paulo - SP, onde foi aberto um processo administrativo disciplinar, que foi prorrogado por duas oportunidades, sem a devida motivação e fundamentação.

Em decorrência da recomendação, a Chefia do Departamento atribuiu ao professor novos encargos, atividades e horários de trabalho, impossíveis de serem cumpridos pelo docente, sem que fossem levadas em consideração as peculiaridades inerentes à natureza jurídica e didático-pedagógica da docência em Residência Médica.

Portanto, houve a modificação unilateral das tarefas atribuídas ao docente sem que qualquer colega na mesma situação suportasse tais medidas, de modo que o Professor ficou “preso” às atividades acadêmicas todos os dias da semana, em São Paulo – SP, o que impossibilitou o exercício de sua atividade como Médico e exercício do planejamento e demais atribuições extraclasse na cidade de Vitória – ES, em que pese o respeito à carga horária mínima em sala de aula e exercício regular de suas atribuições como docente, por parte do médico.

Neste caso concreto era plenamente cabível o manejo do *habeas corpus*, tendo em vista a arbitrariedade da situação imposta ao médico que, por conta de uma denúncia, suportou lesões a diversos direitos da personalidade e a própria dignidade do sujeito de direitos, ao passo que a instauração do processo administrativo disciplinar de maneira indevidamente acarretou não só prejuízos funcionais e tratamento dispare se comparado a seus pares, mas, também, lesões de ordem pessoal e moral ao servidor, que não pode exonerar-se em razão do disposto no caput do art. 172 da Lei nº 8.112/1990:

Art. 172. O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada.

A conjuntura criada pela representação do Ministério Público e ilegalidades cometidas pela própria autarquia que impôs ao então professor obrigações abusivas e teve seu horário alterado unilateralmente, sem aprovação pelo colegiado do departamento da Universidade, de maneira que passou a ter compromissos todos os dias da semana. Assim, o docente ficou impossibilitado do exercício regular da medicina na cidade de Vitória – ES, conjuntura fática e jurídica que feriu seus direitos mais básicos.

O professor estava impossibilitado de se desvincular do serviço público, bem como do exercício regular de sua profissão de médico. Na verdade, se encontrou em uma espécie de

limbo jurídico, pois, caso não cumpra a nova carga horária e encargos impostos, pode dar azo a um real descumprimento de seus deveres funcionais.

No caso, devido à urgência demandada pelo caso, é cabível a tutela dos direitos da personalidade, de locomoção e também do livre exercício da profissão, por meio de um *habeas corpus*, ante a coação percebida e suas consequências na esfera privada, uma vez que, no caso, constatou-se, também a lesão psíquica por meio de laudo médico psiquiatra¹⁷⁵:

Atestado Médico

Atesto, para os devidos fins, que o Sr. (...), matrícula (...), registro funcional (...), encontra-se em acompanhamento médico comigo desde fevereiro de 2018, com o diagnóstico de episódio depressivo moderado (CID 10: F 32.1). O quadro agravou-se a partir de abril de 2019, sendo que atualmente o paciente manifesta tristeza, melancolia, anedonia, dificuldades cognitivas (desatenção e alteração de memória), irritabilidade e insônia. Houve ganho ponderal de 8 kg em um ano. Há um mês apresenta também transtorno de ansiedade generalizada (F 41.2), agravado pela necessidade de manter-se trabalhando na Universidade (...) e viajando semanalmente de avião, mesmo após ter solicitado exoneração em abril de 2019, além do fato de estar enfrentando Processo Administrativo Disciplinar já em sua segunda prorrogação de prazo, sem data para ser concluído. Assim, recomendo que seja afastado de suas atividades de trabalho na (...), por período mínimo de 4 meses (120 dias).

(...)

Vitória, 23 de setembro de 2019.

Com efeito, no caso, além de ter sua liberdade de ir e vir indiretamente cerceada, o dano extrapola em muito a locomoção, se fazendo necessária a tutela de seus direitos mediante um *habeas corpus* com pedido liminar para que a lesão seja cessada ou interrompida, a par de outros instrumentos jurídicos cabíveis, tais como apresentação de defesa e realização de instrução no processo administrativo, ingresso em juízo para obtenção de tutela compensatória indenizatória por dano moral em decorrência dos danos percebidos.

Com efeito, em que pese o fato de nenhuma punição formal ter sido exarada até a finalização desta pesquisa, o Livre-Docente já suporta lesão grave em seus direitos da personalidade com a realização das investigações, a instauração do processo administrativo disciplinar lastreada, sabidamente, em denúncia incongruente com a sistemática do ensino superior.

Com isso, médico e professor foi lesado em seu sossego, intimidade, honra, exercício regular de sua profissão, bem como em seu nome e fama, além de estar de certa forma preso à

¹⁷⁵ Dados suprimidos e anonimizados para a preservação da identidade dos envolvidos no caso (art. 150 da Lei nº 8.112/1990).

universidade todos os dias da semana, o que impede o exercício regular de sua profissão de médico, em Vitória – ES, o que, indiretamente, também afeta sua liberdade de ir e vir, a liberdade de cátedra e exercício de sua profissão, sendo cabível o *writ* do *habeas corpus* para trancamento do processo administrativo ou para que, urgentemente, seus efeitos sejam suspensos e o *status quo* reintegrado para recompor a personalidade humana.

Outra aplicação prática do instituto do *habeas corpus*, se refere à Lei nº 13.869 de 2019, recém aprovada pelo Congresso Nacional, que trata sobre os ilícitos penais relativo à atos de abuso de autoridade, em que restou definida os crimes de abuso de autoridade cometidos por agente público ou particular no exercício da função pública, que prevê expressamente casos em que o cerceamento da liberdade de locomoção é realizados por meio de uso da função pública com a finalidade específica de prejudicar alguém ou de beneficiar a si ou a terceiro, conforme preceitua o art. 1º da referida Lei:

Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

§ 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

§ 2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade.

Assim, a novel legislação prevê pena com restrição de liberdade àqueles que se enquadrarem na tipificação legal previstas no art. 10 ao 37, da Lei nº 13.869 de 2019, inclusive, pode-se afirmar que em alguns dos tipos legais são tutelados direitos da personalidade aqui tratados, como, por exemplo, no caso supramencionado do professor universitário do curso de medicina, em especial no art. 27, da Lei 13.869 de 2019:

Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

A hipótese normativa se enquadra perfeitamente na instauração do Processo Administrativo e Inquérito Civil contra o docente, que, como salientado, suportou grave lesão aos seus direitos, sendo cabível o *writ* para trancamento do processo administrativo ou para que, urgentemente,

seus efeitos sejam suspensos e o status quo reintegrado para recompor a personalidade humana.

Outra situação trazida pela legislação sobre o abuso de autoridade é a questão de desrespeito ao gênero ou opção sexual, conforme preceitua o art. 21:

Art. 21. Manter presos de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem mantém, na mesma cela, criança ou adolescente na companhia de maior de idade ou em ambiente inadequado, observado o disposto na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Como se vê a tutela acima perquirida é a de resguardo à dignidade humana e respeito aos vulneráveis, uma legítima hipótese de impetração de *habeas corpus* pelo paciente que vê sua intimidade e incolumidade ameaçadas ou violadas. Já o art. 25, previu o caso de obtenção de prova por meio ilícito:

Art. 25. Proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem faz uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude.

Aqui, enquadra-se também a proteção aos direitos da personalidade, em especial, na hipótese acima citada em que há inspeção no corpo ou partes do corpo humano, com retirada de material biológico, sem consentimento da pessoa periciada, sendo viável a impetração do *writ*, conforme acima salientado.

4.9. O *habeas corpus* contra medidas coercitivas em procedimento de execução judicial.

Há de se mencionar, ainda, a medida de busca e apreensão ou suspensão de Passaporte e de Carteira Nacional de Habilitação que vem sendo utilizada pelo poder judiciário, com base no inciso IV, do art. 139, do Código de Processo Civil de 2015, que prevê um poder geral de cautela conferido ao magistrado para que adote medidas coercitivas com fito de compelir o devedor ao pagamento de dívida civil:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela duração razoável do processo;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Acerca de tal previsão legislativa, o processualista Daniel Amorim Neves¹⁷⁶ afirma que o dispositivo consagra o “princípio da atipicidade das formas executivas”, de modo que o juízo pode aplicar praticamente todos os atos executivos, mesmo que não expressamente positivada em lei, para efetivar suas decisões em determinado caso concreto, desde que justificado.

Evidentemente, a apreensão ou suspensão de CNH ou do passaporte, por si só, não fere a liberdade de locomoção, haja vista que o devedor pode se locomover de outras maneiras, contudo, fica impedido de deixar o País sem passaporte, dependendo do destino que deseja ir.

Com isso, muitos réus que vem sofrendo esse tipo de constrição por ordem judicial para serem compelidos a pagar o débito e tem impetrado ação de *habeas corpus* para tutelar seus direitos, contudo o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre a medida coercitiva¹⁷⁷, considerando-a válida, enquanto mais um meio executivo capaz de forçar o devedor ao pagamento do débito e, ainda, conferir maior credibilidade ao Poder Judiciário, evitando que o jurisdicionado “ganhe” uma demanda na justiça, mas não “leve” o seu direito, por não conseguir executá-lo.

Evidentemente, deve-se utilizar da ponderação de interesses e direitos relacionados no caso concreto, conforme julgamento do Superior Tribunal de Justiça, que concedeu a ordem em *habeas corpus* para restituição de documento de passaporte ao impetrante, ao considerar a

¹⁷⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 138.

¹⁷⁷ O Superior Tribunal de Justiça negou pedido de *habeas corpus* em julgamento do processo nº 0063037-69.2018.8.19.0000 e do recurso em *habeas corpus* nº 99.606 - SP (2018/0150671-9) realizados pela 3ª Turma que entendeu que o devedor que não paga dívida, nem indica bens à penhora capazes de sanar o débito, pode vir a ter seu passaporte bloqueado por ordem da Justiça, como meio coercitivo e indutivo para que realize o pagamento. No julgamento, o colegiado afirmou que o *habeas corpus* não serve para questionar a suspensão de carteira nacional de habilitação, pois tal medida, apesar de extrema, não afeta, ameaça ou lesa o direito de ir e vir.

medida coercitiva arbitrária, desproporcional e irrazoável.¹⁷⁸

No que tange ao livre exercício da profissão, da análise de decisões dos tribunais superiores, encontra-se julgamentos de processos de *habeas corpus* em que foi determinada a reintegração de pessoas aos cargos públicos que ocupam após afastamento determinado por medida judicial, como ocorreu no julgamento pelo Ministro Gilmar Mendes¹⁷⁹, no caso em que o Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Amapá foi afastado de suas funções e impostas outras medidas cautelares como o impedimento de utilizar qualquer benefício inerente a mesma, tampouco poderia adentrar no Tribunal de Contas.

No caso, a ordem foi concedida para desconstituir a decisão do Superior Tribunal de Justiça que conferiu o afastamento ao Conselheiro, sendo determinado seu retorno ao cargo. Caso semelhante foi o do julgamento do *habeas corpus* em que um juiz de direito era o paciente e foi reintegrado ao seu cargo porque, segundo o julgador, houve demora da prestação jurisdicional e o mesmo ficou afastado cautelarmente por tempo excessivo enquanto aguardava julgamento final por mais de 04 (quatro) anos, o que fere seu direito ao acesso à justiça e ao livre exercício do trabalho, enquanto corolário da dignidade da pessoa humana e imprescindível ao desenvolvimento dos aspectos mais essenciais do indivíduo.¹⁸⁰

Tal entendimento já fora exarado em antigo julgado do próprio Supremo Tribunal Federal, no ano de 1968, quando admitiu ação de *habeas corpus*¹⁸¹ e concedeu a ordem para tutela do livre exercício da profissão utilizado contra medida judicial que suspendeu o livre exercício do trabalho, e, conseqüentemente, de prover a subsistência digna do paciente e de sua família.

4.10. O *habeas corpus* para tutela da dignidade no exercício da profissão.

Em situações jurídicas referentes ao exercício digno e livre da profissão, jogadores de clubes

¹⁷⁸ Julgamento de Recurso Em *Habeas corpus* Nº 97.876 - Sp (2018/0104023-6), Relator : Ministro Luis Felipe Salomão assim ementado: RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS. CPC/2015. INTERPRETAÇÃO CONSENTÂNEA COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL. SUBSIDIARIEDADE, NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. RETENÇÃO DE PASSAPORTE. COAÇÃO ILEGAL. CONCESSÃO DA ORDEM. SUSPENSÃO DA CNH. NÃO CONHECIMENTO.

¹⁷⁹ HC 121089 NÚMERO ÚNICO: 9956291-59.2014.1.00.0000, *HABEAS CORPUS*, Origem: AP – AMAPÁ, Relator: MIN. GILMAR MENDES. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 17/03/2015 - ATA Nº 30/2015. DJE nº 51, divulgado em 16/03/2015.

¹⁸⁰ HC 90.617/PE (DJe de 7.3.2008)

¹⁸¹ HC 45232, Relator: Ministro THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 21/02/1968, DJ 17-06-1968 PP-02228 EMENT VOL-00721-02 PP-00792 RTJ VOL-00044-03 PP-00322 e mais recentemente pode-se citar os seguintes julgados: HC-17552-94.2016.5.00.0000, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 25/8/2016; e HC-26452-66.2016.5.00.0000, Relator Ministro Antonio José de Barros Levenhagen, DEJT 9/12/2016.

desportivos que acabaram por serem forçados a manter vínculo de trabalho com o clube, em situações excepcionais, tiveram a ordem de *habeas corpus* concedida para que pudessem exercer livremente a profissão, conforme trecho do acórdão do Tribunal Superior do Trabalho¹⁸²:

(...) decisão monocrática desta relatora que deferiu o pedido liminar em *habeas corpus* para autorizar o paciente, Marcelo dos Santos, a exercer livremente a profissão de atleta de futebol, participando de jogos e treinamentos em qualquer localidade e para qualquer empregador, conforme sua livre escolha. 2 – Constatação do cabimento de *habeas corpus* na Justiça do Trabalho, ainda que não atrelado às hipóteses de prisão civil e depositário infiel, para abranger não apenas a tutela da liberdade de locomoção, mas também toda e qualquer matéria afeta à atividade jurisdicional trabalhista.

Em outro processo, mais recente referente ao jogador de futebol Oscar, que conseguiu ordem de *habeas corpus* em seu favor para poder trabalhar em qualquer outro clube que não o São Paulo Futebol Clube, ao qual era vinculado. O *habeas corpus* foi julgado pelo Ministro Guilherme Caputo Bastos¹⁸³, que afirmou, em seu voto que:

(...) a obrigatoriedade da prestação de serviços a determinado empregador nos remete aos tempos de escravidão e servidão, épocas incompatíveis com a existência do Direito do Trabalho, nas quais não havia a subordinação jurídica daquele que trabalhava, mas sim a sua sujeição pessoal.

(...)

jamais poderá impor ao trabalhador o dever de empregar sua mão de obra a empregador ou em local que não deseje, sob pena de grave ofensa aos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, em torno dos quais é construído todo o ordenamento jurídico pátrio.

No caso de atletas profissionais como jogadores de futebol, é consabido que a vida profissional é extremamente curta tendo em vista que o alto rendimento gera um nível extremo de exigência física e mental suportados, logo, a maioria dos atletas tem carreira breve e priva-los de realizar sua profissão de maneira digna ou obriga-los a esperar até a finalização de um longo processo judicial, seria ferir de morte o seu desenvolvimento profissional e financeiro. Por isso, com muito mais razão, a utilização da ação de *habeas corpus* se faz necessária.

¹⁸² PROCESSO -AgR-HC-Nº-5451-88.2017.5.00.0000, Tribunal Superior do Trabalho.

¹⁸³ PROCESSO Nº 3981-95.2012.5.00.0000, Tribunal Superior do Trabalho.

Outra hipótese a ser mencionada é a da impetração do *habeas corpus* para assegurar exercício da profissão e de cargo ou função pública: em um dos julgamentos históricos do Supremo Tribunal Federal¹⁸⁴, Rui Barbosa e Methodio Coelho ingressaram com *habeas corpus* em favor de Aurélio Rodrigues Vianna, presidente da câmara dos deputados e Governador em exercício, pois os senadores e deputados que compunham a Assembleia Legislativa do Estado da Bahia se encontravam impedidos de exercer suas funções quando a cidade de Salvador foi ocupada pelas forças militares da União, episódio em que a ordem do *habeas corpus* foi deferida e o Juiz oficiou ao presidente da república para que tomasse providências para seu cumprimento, e foram enviadas forças do exército para retirarem as forças locais e permitirem o livre exercício do cargo público que os parlamentares ocupavam.

Na época a cidade de Salvador foi bombardeada havendo destruição de patrimônio e edifícios públicos, mas a ordem do *habeas corpus* foi cumprida, com o retorno dos parlamentares a suas atividades.

Recentemente, caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo¹⁸⁵, em sede de *habeas corpus* preventivo, foi garantido o livre exercício da atividade profissional de optometria, após o impetrante sofrer denúncia no Conselho Regional de Medicina – CRM, por suposto exercício ilegal da profissão de médico:

EXPEDIÇÃO DE SALVO CONDUTO LIMITADO A GARANTIR O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO NAS FUNÇÕES DESCRITAS NA PORTARIA Nº 397/2002, RESSALVADAS AS ATIVIDADES PRÓPRIAS DE PROFISSIONAL GRADUADO EM MEDICINA. DECRETOS Nº 20.931/32 E Nº 24.492/34. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Nos termos do art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988, *é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.* 2. A profissão de optometrista é regular, reconhecida pelo MEC - Portarias nº 2.948/03 e nº 1.745/05 -, e está prevista no Decreto de nº 20.931/32, em seu artigo 3º, e suas atividades especificadas na Portaria nº 397, de 09 de outubro de 2002, editada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, que trata da Classificação Brasileira de Ocupações - CBO. Além do referido Decreto, que prevê a profissão de optometria, vigora em nosso ordenamento jurídico o Decreto de nº 24.492/34, que baixa instruções sobre o primeiro, *na parte relativa à venda de lentes de graus.* 2. De acordo com os referidos Decretos, o profissional de optometria pode exercer suas atividades com certas limitações, uma vez que este não é habilitado para as atividades inerentes de profissional da área médica, como são as funções de

¹⁸⁴ História constante do acervo histórico do Supremo Tribunal Federal, que relata o julgamento do HC 3.137, denominado de “Caso da Bahia” disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=hc3137>, acesso em 06/12/2019. Relator: Ministro Eutácio Pessoa. Data do Julgamento: 13.1.1912 e 20.1.1912. Decisão: Prejudicado o pedido, por maioria (7 a 6). Publicação do acórdão. BARBOSA, Rui. Obras completas de Rui Barbosa, RJ, v. XXXIX, 1912, t. I, MEC, 1950. p. 25-29 e 75-82.

¹⁸⁵ TJ-ES - HC: 00015383720118080000, Relator: SÉRGIO BIZZOTTO PESSOA DE MENDONÇA, Data de Julgamento: 20/07/2011, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 29/07/2011.

diagnosticar e tratar doenças referentes ao globo ocular. Do mesmo modo, é vedado ao optometrista possuir consultório para atendimento de seus pacientes, inclusive no interior de óticas, prescrever o uso de óculos ou lentes de grau, bem como realizar exames de refração, ou de vistas, ou de teste de visão. 3. Os dispositivos legais de ambos Decretos estão em vigor porquanto o ato normativo superveniente que os revogou (art. 4º do Decreto nº 99.678/90) foi suspenso pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIN 533-2/MC, por vício de inconstitucionalidade formal. 4. Não há que se falar em vedação ou ilegitimidade, mas apenas em limitação do exercício profissional, especificamente com relação às atividades que pertencem ao domínio exclusivo da medicina. 5. A previsão, contida na Portaria de nº 397/2002, editada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, de atividades de técnicos de óticas e de optometria próprias dos profissionais da medicina extrapola o poder regulamentador, por ultrapassar os limites previstos nos Decretos de nº 20.931/32 e nº 24.492/34, com força de lei. 6. Resta demonstrado o real perigo de violação da garantia constitucional à liberdade de ir e vir quando se verifica a concreta possibilidade de indiciamento pelo crime de exercício ilegal da medicina (art. 282, CP) com o exercício da profissão de optometria. 7. Ordem parcialmente concedida para expedir SALVO-CONDUTO ao paciente para que seja garantida a sua liberdade de exercer as atividades inerentes à profissão do optometrista, descritas na Portaria nº 397/2002 do MTE, ressalvadas aquelas próprias do profissional da medicina, referentes à realização de exames e consultas optométricos, bem como à prescrição de utilização de óculos e lentes de contato, sem a receita médica, elaborada por profissional graduado em medicina. `

Assim, o salvo conduto foi concedido para que o impetrante do *habeas corpus* preventivo tivesse garantido o direito de exercer sua profissão, corolário aos direitos da personalidade e essencial à dignidade e a subsistência do indivíduo titular de direitos.

4.11. O *habeas corpus* para tutela do direito à saúde e tratamento adequado.

Outra hipótese interessante que traduz a tutela do direito a saúde e ao tratamento correto também foi percebida por meio de impetração de diversos *habeas corpus* preventivos pelos quais o Poder Judiciário vem concedendo as ordens de salvo conduto para autorizar o cultivo de *cannabis* por famílias para extração de óleo e do composto Canabidiol – CBD – princípio ativo de medicamento utilizado no tratamento de diversas doenças graves como a epilepsia, mal de Parkinson, mal de Alzheimer, dentre outras patologias neurológicas e síndromes graves.

Ainda, há casos de pacientes com neoplasia maligna (câncer), que sofrem com um longo e invasivo tratamento de radioterapia e quimioterapia, mas podem se beneficiar a diminuir os efeitos nocivos do tratamento do câncer para obterem uma qualidade de vida melhor e digna.

Em todos os caso, a concessão do salvo conduto foi fundada na garantia da dignidade da pessoa humana, seu direito à vida, à saúde e de suportarem tratamento compatível com a enfermidade que acomete o paciente, evidentemente ameaçado de sofrer restrição em sua

liberdade por conta de produzir medicamento para sua saúde.

Em 15 de outubro de 2019, o órgão colegiado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais concedeu, de maneira originária, salvo conduto em ação de *habeas corpus* preventivo, para liberar um paciente com histórico de epilepsia a cultivar cannabis sativa e utilizar para o tratamento de sua patologia, em quantidade limitada e estritamente necessária para extração do óleo, conforme trecho que segue¹⁸⁶:

O objetivo deste *writ* é a expedição de salvo-conduto visando garantir ao paciente o cultivo, uso e o porte da planta *Cannabis Sativa* em sua residência, para a extração artesanal de óleo do vegetal, utilizado para tratamento terapêutico que necessita, sem possibilidade de sofrer restrição à sua liberdade de locomoção ou de material ser apreendido por agentes públicos.

Ao que tudo indica, o paciente foi diagnosticado com apenas nove meses de idade como portador de epilepsia de difícil controle (CID G 40.4). E, desde então, experimentou diversos medicamentos convencionais existentes no país, mas nenhum deles apresentou resultados satisfatórios. Apenas um medicamento (RSHO 24%), um óleo extraído da planta *Cannabis*, mostrou-se adequado e eficaz ao tratamento. Ocorre que, mesmo com a judicialização da demanda, o Estado de Minas Gerais não assegurou o tratamento contínuo ao paciente por falta de verbas.

Em face do exposto, DEFIRO A LIMINAR pleiteada para autorizar que o paciente _____ faça o cultivo, o uso e a posse das plantas de *Cannabis Sativa* em quantidade estritamente necessária para a produção do óleo imprescindível à continuidade do tratamento de sua enfermidade, exclusivamente em sua residência e para fins medicinais, sem fornecimento a terceiro a qualquer título. Autoriza-se o uso apenas do óleo extraído da maconha, sendo vedado o seu consumo de qualquer outra forma. Ficam assim impedidos os agentes das autoridades apontadas por coatoras de proceder a prisão do paciente pelo cultivo, uso e posse da planta.

A decisão também asseverou a omissão estatal em não assegurar o direito a saúde e descumprir decisão por falta de verbas. Evidencia-se que a Lei nº 11.434 de 2006 proíbe o cultivo, plantio, colheita e distribuição da espécie de planta porque também pode-se produzir a *cannabis* com o Tetrahydrocannabinol – THC – substância alucinógena que origina a droga com efeitos psicotrópicos.

Por vezes, era conferido provimento judicial no sentido de que o Estado fosse compelido a realizar a exportação e fornecimento do medicamento a base de canabidiol, no entanto, a decisão carecia de eficácia prática, pois o preço do medicamento é elevado e a exportação burocratizada demais, o que gerava o descumprimento dos provimentos jurisdicionais ante a ausência de recursos por parte do estado que alegou a reserva do possível como argumento

¹⁸⁶ O processo tramita em segredo de justiça e nome das partes foram ocultados para preservação da intimidade do paciente. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2019-out-18/tj-mg-concede-hc-preventivo-permite-plantio-maconha>>, acesso em 14/02/2020.

para descumprimento da decisão judicial.

A propósito, segundo dados conseguidos através de requerimento formulado com base na Lei nº 12.527, denominada Lei de acesso à informação (LAI), foi descoberto que o Ministério da Saúde fez 120 (cento e vinte) compras de 5.319 (cinco mil trezentos e dezenove) produtos à base de *cannabis* tendo um custo total de R\$ 2.900.000,00 (dois milhões e novecentos mil reais), no período de 2015 em cumprimento de ordens judiciais para fornecimento de medicamentos para pacientes que ingressaram em juízo no período de 2015 e primeiro semestre de 2019.¹⁸⁷

Evidente que tal valor despendido do erário poderia ter sido reduzido, caso os pacientes ou seus familiares tivessem permissão para cultivo e produção dos medicamentos, e grande parcela do valor gasto pelo estado poderia ser destinado à outra finalidade pública.

Assim, as decisões judiciais em sede de julgamento de *habeas corpus* vêm conferindo às famílias, por meio de *habeas corpus*, o direito de importar sementes, cultivar a espécie para produção do medicamento, na ordem ou salvo conduto concedidos ainda consta que as autoridades policiais fiquem proibidas, por meio da determinação de obrigação de não fazer em tutela jurídica inibitória, de não realizar a prisão dos pacientes e seus familiares, bem como não apreender ou destruir as plantas, garantindo assim o cultivo de espécie proibida para produção de medicamentos.

Até o ano de 2019 a justiça brasileira deferiu 45 (quarenta e cinco) pedidos de liberação do cultivo e uso de *cannabis* enquanto medicamento, conforme notícia divulgada em site de notícias jurídicas.¹⁸⁸

Portanto, em excepcionais hipóteses de tutela urgente do direito à saúde, o instrumento processual do *habeas corpus* pode ser utilizado de modo mais amplo, inclusive contra a própria legislação que proíba a realização de tratamentos adequados ao paciente.

4.12. O *habeas corpus* para tutela da acessibilidade da pessoa com deficiência.

Com a entrada em vigência da Lei nº. 13.146 de 2015, denominada de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou de Estatuto da Pessoa com Deficiência, as pessoas

¹⁸⁷ Notícia disponível em <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2019/12/06/governo-ja-gastou-r-29-milhoes-com-remedios-a-base-de-maconha-medicinal.htm>>, acesso em 20/02/2020.

¹⁸⁸ Notícia disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-out-18/tj-mg-concede-hc-preventivo-permite-plantio-maconha>, acesso em 20/02/2020.

portadoras de alguma deficiência passaram a ser juridicamente capazes de exercer todos os atos da vida civil.

De acordo com essa nova concepção que alterou dispositivos do Código Civil brasileiro e ampliou a tutela jurídica dispensada à pessoa com deficiência, àqueles que têm limitação de acessibilidade passaram a ser tutelados de forma excepcional, enquanto um dos direitos da personalidade, enquanto meio de exercício da cidadania e da liberdade plena da pessoa humana que tem locomoção reduzida.

Com efeito, enquanto um direito da personalidade, a acessibilidade passou a ter a finalidade de cumprir com a igualdade material entre as pessoas, pois visa eliminar as barreiras que causam a discriminação e garantir dignidade àqueles que possuem alguma debilidade física ou mental.

Além disso, o Brasil é signatário da Convenção Sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil com a publicação do Decreto nº 6.949 de 2009, que prevê princípios gerais, tais como a plena e efetiva participação, a inclusão na sociedade civil das pessoas com deficiência de qualquer natureza, seja física ou mental.

Com isso, a acessibilidade passou a ser garantida enquanto uma política do Estado brasileiro, de acordo com o art. 277 e 244 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

(...)

Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público

e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.

Esses dispositivos constitucionais foram regulamentados pelas Leis nº 10.048 de 2000, Lei nº 10.098 de 2000, Decreto nº 5.296 de 2004 e pela nº Lei 13.146 de 2015, sendo a acessibilidade um aspecto essencial à dignidade. Acessibilidade pode ser compreendida enquanto uma conjuntura de ações e medidas que promovam o acesso irrestrito das pessoas portadoras de deficiências e que de alguma forma sofrem restrições em espaços abertos ao público.

Dai surge questões oriundas das relações sociais e de direito material que devem ser investigadas ao passo que a acessibilidade é um direito da personalidade, direito ligado à locomoção e imprescindível para que haja possibilidade do exercício de outros direitos essenciais ao ser humano e à sua dignidade plena.

A inacessibilidade pode gerar o direito à indenização por danos de ordem extrapatrimonial compensatório tendo em vista o sofrimento causado à vítima que é impedida de ingressar em determinado local por falta de acesso.

Sobre o tema assevera Gilberto Fachetti Silvestre e Camila Villa Nova Ramalho:

Quando se fala em violação ao direito à acessibilidade, torna-se clara a violação à dignidade humana, uma vez que, sem acessibilidade, as pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida tornam-se incapazes de desfrutar de uma vida digna, e se veem impossibilitadas de exercer seus direitos fundamentais, de serem independentes e, ainda, de terem a plena inclusão social, que somente seria possível se respeitado o princípio da igualdade.

Por essa razão, a violação ao direito de acessibilidade deve ser reparada por meio da indenização por dano moral, que deve ser aferida pelo juízo no caso concreto avaliando a gravidade do dano em face das condições pessoais da vítima.¹⁸⁹

Assim, todo indivíduo que tiver o direito à acessibilidade negado deve ser reparado por uma indenização pelo dano moral, logo, com mais razão, a existência de ameaça ou lesão à acessibilidade também é capaz de compelir o sujeito de direitos coator para que realize esforços possíveis a fim de que haja a eliminação dos obstáculos, com garantia ao direito da pessoa com deficiência motora.

Na Europa, a Corte de Direitos humanos considera a ausência de acessibilidade em estabelecimentos penitenciários uma violação direta aos direitos fundamentais. Esse foi o correto entendimento ao julgar caso de uma pessoa que não conseguia deixar fisicamente sua

¹⁸⁹ SILVESTRE, Gilberto Fachetti; RAMALHO e Camila Villa Nova Ramalho. *Acessibilidade e direitos da personalidade: questões materiais e processuais*. Moldova, Europe: NEA – Novas Edições Acadêmicas, 2018. p.43.

cela sozinho, de forma independente, quando permitido, o que ensejava o tratamento degradante.¹⁹⁰

No nosso ordenamento situação semelhante deve ser impedida ou imediatamente tutelada por meio de *habeas corpus*, concedida a ordem, inclusive, de ofício, não para a liberação do preso ou custodiado, mas para que tenha sua dignidade assegurada por meio de acessibilidade, sob pena de responsabilização da pessoa jurídica responsável. O que é garantido pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 81:

Art. 81. Os direitos da pessoa com deficiência serão garantidos por ocasião da aplicação de sanções penais.

Portanto, ainda que a pessoa com deficiência esteja com sua liberdade restrita, ela merece ter acessibilidade garantida enquanto uma condição de existência digna, pressuposto do exercício da cidadania, conforme Luiz Alberto David Araujo e Maurício Maia:

No caso das pessoas com deficiência, não se pode pensar em cidadania sem acessibilidade, não haveria igualdade se noção lhes fosse garantida a acessibilidade, que é, além de um direito em si mesma, um pressuposto necessário à fruição de todos os direitos fundamentais pelas pessoas com deficiência. Somente haverá de fato inclusão se for garantida a acessibilidade¹⁹¹.

Tal entendimento vem sendo aplicado em nossos tribunais e foi consignado pelo julgamento de *habeas corpus*¹⁹² impetrado em que o paciente era um preso custodiado pelo estado em prisão civil por falta de pagamento de pensão alimentícia.

Na situação dos autos o devedor de alimentos era cadeirante e foi deliberado que cumprisse a pena em regime domiciliar, uma vez que a penitenciária não reunia condições para recebê-lo, ante a ausência de acessibilidade de suas instalações.

¹⁹⁰ Julgamento do caso VINCENT v. FRANCE na Corte Europeia de Direitos Fundamentais, dishttps://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-1819720-1909098#{%22itemid%22:[%22003-1819720-1909098%22]}, acesso em 10/03/2020.

¹⁹¹ ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O estatuto da pessoa com deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades. *Revista dos Tribunais*, vol. 962, pp. 65-80, Dez/2015, p.65.

¹⁹² Entendimento exarado no julgamento do *habeas corpus* HC 2016.009809-7 - 4.^a Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, julgado em 26/02/2016 – Relator: Joel Dias Figueira Júnior. Em caso semelhante o paciente já idoso e com dificuldades de locomoção também foi concedida a ordem para cumprimento da prisão domiciliar ante a ausência de acessibilidade, também no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no *habeas corpus* nº 2014.081168-8, da Capital - Norte da Ilha, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 27-11-2014.

A acessibilidade também foi debatida enquanto causa de pedir em outra ação de *habeas corpus* contra uma sentença proferida por um juiz que presidiu audiência sem a presença de advogado representante da parte, haja vista que o advogado era portador de deficiência física, um cadeirante que ficou impossibilitado de adentrar ao fórum para acompanhar a audiência de seu cliente devido à falta de acesso aos cadeirantes no fórum em que a audiência foi realizada.

No caso o *habeas corpus*¹⁹³ foi julgado e a ordem deferida para que o ato judicial fosse anulado, bem como asseverou sobre a necessidade de que os prédios que comportem órgãos públicos sejam construídos ou adaptados com a devida acessibilidade aos portadores de qualquer tipo de deficiência, sendo garantido o direito de acessibilidade do advogado impetrante.

Outra situação que merece destaque é a hipótese de um indivíduo portador de deficiência que se locomove com auxílio de cadeira de rodas e pretende ir a um evento aberto ao público em determinado local, ou seja, de uso público, destinados à prestação de serviços públicos ou de uso coletivo, portanto aberto ao público, ainda que destinado às atividades comerciais, culturais, esportivas, dentre outras, mas que não contem a devida acessibilidade.

Tal indivíduo pode ter a acessibilidade garantida por meio da ação de *habeas corpus* capaz de resguardar o seu direito com a construção de estruturas que permitam o acesso do impetrante ao local e, até mesmo, de forma urgente e excepcional, compelir o ente de direito coator para que, por meio de obrigação de fazer, construa rampas, elevadores, banheiros adaptados ou tome outras medidas, para que o acesso de todos seja efetivado.

No caso acima delineado, devido à excepcional situação de urgência e a especialidade da tutela conferida às pessoas deficientes caberia ação de *habeas corpus* para que o acesso ao evento público fosse garantido e o ente de direito organizador ou responsável pelo espaço construísse passagens capazes de se adequar à realidade das pessoas com limitações em sua locomoção, como as cadeirantes.

Portanto, verifica-se, em julgados dos tribunais brasileiros, que situações jurídicas de ameaça ou lesão à acessibilidade, enquanto um dos direitos da personalidade, geram danos à dignidade humana e impedem o exercício da cidadania. Logo, são capazes de ensejar a devida tutela do direito material violado por meio de ação de *habeas corpus*, tendo em mente que a acessibilidade é direito sedimentado pela Constituição Federal da República do Brasil, Código

¹⁹³ Matéria debatida no *Habeas corpus* Nº 70055232177, da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 15/08/2013.

Civil e consolidado pela Legislação especial: o Estatuto da Pessoa com Deficiência, previsto na Lei nº 13.146/2015.

Assim, aquele ente de direito, seja pessoa física, pessoa jurídica de direito público ou de direito privado que se destine à realização de atividade ou prestação de serviço abertos ao público em geral, deve adaptar o espaço físico para que seja acessível aos deficientes, sob pena de causarem lesões aos direitos da personalidade destas pessoas por realizarem fato antijurídico, ainda que decorrente de uma conduta omissiva.

Demonstrados tais posicionamentos percebidos pelos operadores do direito e em julgados, o uso do instrumento de *habeas corpus* enquanto tutela adequada dos direitos da personalidade é plenamente possível, e, em casos urgentes e excepcionais, indicado ao jurisdicionado.

Destarte, a ação de *habeas corpus* pode ser usada para atacar os provimentos estatais e privados, inclusive, em face de sentença administrativa ou judicial transitada em julgado que lesam ou ameaçam direitos extrapatrimoniais, como a acessibilidade das pessoas, ou que impõem ao sujeito de direitos obrigações impossíveis de serem cumpridas de forma digna, além de bloquear o exercício da cidadania dos portadores de deficiência que são impedidos de realizar atividades normais do cotidiano pelo simples fato de que os edifícios que as alocam não possuem acessibilidade.

CONCLUSÕES

Pelo trabalho desenvolvido, conclui-se que o instrumento jurídico do *habeas corpus* é a ação autônoma de impugnação com escopo maior de tutelar juridicamente a preservação ou o reestabelecimento da liberdade de locomoção, mas pode, em casos e situações jurídicas excepcionais, tutelar os direitos da personalidade ilegalmente ameaçados, violados, lesados ou restringidos.

É uma ação de natureza constitucional apta a coibir atos de restrição de direitos frente ao abuso de poder ou ilegalidade, com rito sumário ou especial e gratuito, conforme aduz o art. 5º, LXXVII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

No processo judicial da ação de *habeas corpus* há decisão de caráter mandamental ou de salvaguarda, em caso de lesão ou de ameaça a direitos, respectivamente, podendo ser utilizado para trancar inquéritos policiais, procedimentos administrativos e judiciais, desde que demonstrada a urgência da medida no caso concreto.

Portanto, o instrumento judicial da ação de *habeas corpus* pode ter o seu espectro de cabimento ampliado para além do que, simplesmente, tutelar a liberdade de locomoção direta ou indiretamente afetada, desde que sejam estabelecidas as situações jurídicas excepcionais e urgentes aqui sistematizadas, as quais correriam grave risco de perda do objeto do direito material ou do bem da vida, caso o jurisdicionado aguardasse o trâmite do procedimento comum e não impetrasse a ação de *habeas corpus*.

Logo, o *habeas corpus* é utilizado somente quando devidamente caracterizada a excepcionalidade e urgência da medida processual, em situações periclitantes extravagantes em que o jurisdicionado não pode aguardar o provimento judicial das tutelas provisórias de natureza cautelar ou satisfativa.

Sim, comumente o *habeas corpus* é utilizado de forma ordinária para tutelar o direito da liberdade de ir e vir, mas tem cabimento à tutela dos direitos da personalidade, quando, a partir da situação jurídica de direito material, se faça necessário à prolação de um provimento jurisdicional rápido, conciso e de cumprimento imediato, ligados à concessão da ordem da

ação de *habeas corpus*.

Deste modo, por ser instrumento que, historicamente, teve seu cabimento ampliado no direito brasileiro, de procedimento célere, eficaz, com ordem judicial de excoutoriedade imediata e previsto no ordenamento jurídico com prioridade máxima de tramitação, ainda que os direitos da personalidade sejam lesados ou ameaçados de suportar lesão de maneira reflexa, indireta ou, de forma incidental à liberdade de locomoção, percebe-se o cabimento da ação de *habeas corpus* para sua tutela extraordinária.

Com efeito, o *habeas corpus* serve para tutelar a liberdade de locomoção, de ir e de ficar em determinado local, mas, por vezes, o direito material principal enquanto causa de pedir e pedido da demanda é outro.

Embora a liberdade de ir e vir possa aparecer como plano de fundo da demanda, o objeto principal da ação é resguardar os aspectos essenciais da personalidade humana e, por isso, cabível no processo civil brasileiro contemporâneo.

Inobstante, o uso do *habeas corpus* deve ser criterioso, somente em situações jurídicas periclitantes, excepcionais e de tamanha urgência que demande o procedimento extraordinário da ação de *habeas corpus* para uma tutela eficaz ao jurisdicionado. Isso porque, a sua utilização banalizada acaba por abarrotar o poder judiciário de processos e gerar um dano reflexo aos demais jurisdicionados que ficam com suas demandas preteridas devido à prioridade legal de tramitação.

Portanto, o uso do *habeas corpus* para defesa e tutela dos direitos da personalidade deve ser seguir rigorosos critérios de utilização pelos operadores do direito ou pela parte que demanda em juízo por conta própria, ante a possibilidade de o próprio paciente ser o impetrante da ação devido ao *juspotulandi* para ação de *habeas corpus*.

Com isso, somente em casos de extrema urgência o *habeas corpus* deve ser impetrado, enquanto medida judicial hábil a tutelar tempestivamente o direito da personalidade objeto da situação jurídica extrema que precisa de tratamento jurisdicional imediato.

A proteção processual por meio do *habeas corpus* engloba as relações jurídicas de parentesco dentro da família moderna, das novas relações desenvolvidas na sociedade contemporânea, direito à saúde, à imagem, à honra, à livre manifestação de pensamento e crença, à intimidade, à incolumidade e integridade física, psíquica ou moral, ao exercício digno de uma profissão, à tutela das pessoas juridicamente tidas como vulneráveis, para respeito ao devido processo legal, e, ainda, tutelar direitos obrigacionais, legais ou contratuais que envolvam a

personalidade humana.

Diante do desenvolvimento teórico e prático da ação de *habeas corpus* e dos direitos da personalidade dentro de nosso ordenamento jurídico, identificou-se situações relacionadas ao Direito Civil que necessitam da devida proteção da pessoa em seus aspectos mais essenciais e, para tanto, deve-se lançar mão da utilização dos mecanismos de proteção processuais efetivos.

Percebeu-se que as tutelas processuais dos direitos da personalidade possuem classificação científica em um rol não exaustivo, uma vez que o Código Civil não exaure todos os direitos da personalidade existentes, portanto trata-se de rol meramente exemplificativo, que merecem proteção integral pelos mecanismos colocados à disposição na legislação processual.

Trata-se de uma cláusula geral de proteção à pessoa, com pressuposto lógico na dignidade humana, prevista de forma expressa na Constituição da República e no Código Civil, como garantia inerente aos direitos fundamentais, necessários a prover um mínimo existencial digno às pessoas, ou seja, um marco jurídico que lastreia a existência das demais categorias de direitos essenciais ao desenvolvimento do indivíduo na sociedade e no exercício da cidadania plena.

Assim, devido a sua prioridade máxima de tramitação e julgamento, celeridade no trâmite processual com preferência em relação ao julgamento do mandado de segurança garantida pela legislação processual, conforme proposições extraídas de diversos dispositivos, como os artigos 980; 1037, §4º; 1035, §9º e 1038, §2º do Código de Processo Civil de 2015. Além do mais, a concessão da ordem de *habeas corpus* é medida judicial dotada de irrecorribilidade e suas decisões são dotadas de executoriedade imediata.

Conclui-se nesta pesquisa que o *habeas corpus* é instrumento hábil e eficaz para tutelar os direitos da personalidade de maneira excepcional em situações jurídicas periclitantes de extrema urgência.

Com isso, o processo de *habeas corpus* sobrepõe-se sobremaneira aos outros procedimentos judiciais, o que gera situação de vantagem ao jurisdicionado que se sentir lesado ou ameaçado em determinados direitos da personalidade, não somente quanto ao direito de ir e vir, mas para resguardar outros direitos de ordem extrapatrimonial.

Isso porque, os direitos da personalidade se encontram no patamar de direitos humanos intimamente ligado à dignidade e essenciais para o desenvolvimento das relações sociais, os quais devem ser objeto da melhor tutela processual possível dentro do sistema normativo do ordenamento jurídico contemporâneo, para defender a integridade física, psicossomática,

liberdade, igualdade, garantia ao mínimo existencial e assegurar a dignidade de forma efetiva e célere, conforme a necessidade do jurisdicionado.

Conclui-se, portanto, a partir da sistematização da literatura jurídica, análise de julgados e seus fundamentos, bem como do entendimento dos tribunais superiores: o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e dos tribunais locais com competência territorial, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo e o Tribunal Regional Federal da 2ª região, que é cabível, de forma excepcional, a impetração do *habeas corpus* como ação processual, com escopo de efetivação da tutela dos direitos da personalidade, que, por serem *erga omnes*, gerais, extrapatrimoniais, indisponíveis, impenhoráveis e imprescritíveis, merecem tratamento processual extraordinário pelo procedimento inerente ao *habeas corpus*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. *Prisão ilegal e a responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Atlas, 1999.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público como fiscal da ordem jurídica na Constituição 1988 e no novo CPC para o Brasil. In: *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, ano 3, nº 5, dezembro/2016.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Vol. I: história do direito romano; instituições do direito romano: A – parte geral; b – parte especial: direito das coisas. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

APPIO, Eduardo. *Habeas corpus no Cível*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2000.

ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O estatuto da pessoa com deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades. *Revista dos Tribunais*, vol. 962, pp. 65-80, Dez/2015.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Verbatin, 2011.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 09. Rio de Janeiro: Padma, jan./mar. 2002.

_____. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. 3.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais. 2018. Não paginado.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Código Civil e o Direito Processual*.

Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/59-artigos-nov-2008/5866-o-novo-codigo-civil-e-o-direito-processual>. Acesso em 01 set. 2019.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1989.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____. *Os Direitos da Personalidade*. 4ª ed. São Paulo: Forense, 2000.

BOVERO, Michelangelo. Ciudadania y derechos fundamentales. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, núm. 103, enero-abril de 2002. pp. 9-25.

BUENO, Cássio 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.

_____. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. III. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Processo penal simplificado*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Comentários à parte geral - Artigos 1.º a 21 do Código Civil. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MACHADO, Antonio Cláudio da Costa (Orgs.). *Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 5ª ed. Barueri: Manole, 2012.

CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. O *habeas corpus* como garantia contra o risco de constrangimento ilegal. In: *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Ano XVI, nº 92, Jun-Jul. Ano 2015.

COSTA, Nelson Nery. Do Direito de Resposta. In: CRETELLA NETO, José (Coord.). *Comentários à Lei de Imprensa*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

- CRESWELL, J. W. Projeto de Pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto. 3ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.
- CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- D'ALTO, Filomena. Tra Ottocento e Novecento: dai diritti sul proprio Corpo ai diritti della persona. In: *Questione Giustizia*, 2/2016, pp. 162-167.
- DERMICIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Habeas corpus*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. 21ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009.
- 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: JusPodvim, 2017.
- DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis (Orgs.). *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: JusPodivm, 2006.
- DIGESTO DE JUSTINIANO. Livro I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- DIMOULIS, Dimitri. *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FARAH, Eduardo Teixeira. Apontamentos sobre o *habeas corpus*. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, ano 12, n. 23, jan-jun/2009, p 73-95.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral e LINDB. Vol. 1. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

- FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade coordenadas fundamentais. In: *Revista do Advogado*, n. 38, ano 1992.
- FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Vol. 1. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. 5. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Tiago Figueiredo; MAZZEI, Rodrigo Reis. Visão geral dos procedimentos especiais no novo Código de Processo Civil. In: BUENO, Cassio Scarpinella. (Org.). *PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 1*. Vol. 2. Porto Alegre: Artmed, 2015, p. 97-128.
- GUGLINSKI, Vitor. A Compensação por Dano Moral em Tutela Antecipada no Regime de Responsabilidade Civil Objetiva. In: *Revista da EMERJ*, v. 14, n. 55, Rio de Janeiro, julho/agosto/setembro 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Os remédios processuais da nova Constituição. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação*. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, Orientador Prof. Dr. Jose Barcelos de Souza, 2003.
- HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967.

- IHERING, Rudolf von. *A Luta Pelo Direito*. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MACIEL, Luciana Machado Milton. Abuso de Poder do Ministério Público. In: *Revista da Faculdade de Direito de Pelotas*, vol. 40, n. 16, julho/1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- _____. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção*. Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- 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.
- MAZZEI, Rodrigo; DIDIER JR., Fredie; NEVES, R. C. Carta de Vitória: Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 91, 2015, p. 227-311.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sergio. In: In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- _____. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil. In: *Revista Magister*, ano XI, n. 63, nov./dez-2014.
- _____. Tendências Em Matéria De Tutela Sumária: Da Tutela Cautelar À Técnica Antecipatória. In: *Revista de Processo*. vol. 197/2011. jul/2011, p. 27-65.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 01-60.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 443, ano 61, setembro de 1972, p. 64-65.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas corpus* (Antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição e jurisprudência atualizada, 9ª ed. Barueri: Manole, 2013.

_____. *Habeas corpus*. São Paulo: Atlas, 1995.

MOTTA, Cristina Reindolff da; MÖLLER, Gabriela Samrsla. A abertura hermenêutica das convenções processuais à execução: pela busca da satisfatividade da tutela do direito material. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias. (Coords.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. Procedimento e tutela antecipatória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil*. Volume I, Tomo I: Teoria Geral do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Distinção entre “personalidade” e “direito geral de personalidade” uma disciplina própria. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 8, Ago/2015, p. 473-478.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 138.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Instrumentos de Tutela e Direitos Individuais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

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

_____. Os Danos à Pessoa, Corporais (Ou Biológicos) e Anímicos (Ou Morais Em Sentido Estrito), e suas relações com os Danos Patrimoniais e Extrapatrimoniais. In: *Revista*

de Direito Privado, vol. 22, Abr-Jun/2005, p. 83-95.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OKU, Enio Nakamura. *Habeas corpus no Processo Civil Brasileiro*. Pressupostos de admissibilidade e limites para impetração – teoria e prática. São Paulo: JH Mizuno, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Perfil dogmático da tutela de urgência. In: *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 70, ano XXIV, jul. 1997.

PÉREZ MÁRIN, María Ángeles. *Inspecciones, registros e intervenciones corporales: las pruebas de ADN y otros métodos de investigación em el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blancg, 2008.

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 76, Coimbra, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Tratado de direito privado*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

_____. *História e prática do habeas corpus*. Vol. 1. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2007.

_____. *Tratado de direito privado*. Parte Especial. Tomo LIV. Direito de personalidade. Direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

REALE, Miguel. *Os Direitos da Personalidade*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>, acesso em 23/09/2019.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 390.

_____. O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 1). *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais Online, v. 244, p. 87-150, jun., 2015.

_____. Tutela provisória no NCPC. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 18, n. 97, maio/jun.- 2016. p. 15-61.

_____. *Manual de Execução Civil*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 67-68.

_____. Tutela provisória no NCPC. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 18,

n. 97, p. 15-61, maio/jun.- 2016.

ROSENVOLD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *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.

SIDOU, J. M Othon. *Do mandado de segurança*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

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

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; RAMALHO e Camila Villa Nova Ramalho. *Acessibilidade e direitos da personalidade: questões materiais e processuais*. Moldova, Europe: NEA – Novas Edições Acadêmicas, 2018.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A eficácia da sentença de interdição na ação de curatela de interditos. In: *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 59, p. 233-250, 2014.

_____. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018.

_____. Início e fim da personalidade civil da pessoa natural. In: Instituto dos Advogados de São Paulo; MELO, Diogo Leonardo Machado de. (Org.). *PRODIREITO: Direito Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 2. Vol. 2.* Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2017, p. 9-58.

_____. 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: IASP, 2017, p. 95-188.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional.* 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro.* Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. A doutrina brasileira do *habeas corpus* e a origem do mandado de segurança. Análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa.* Brasília a. 45 n. 177 jan./mar. 2008.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto do Novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. In: *Revista de Processo*, vol. 209, p. 13-34, jul-2012.

_____. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TARTUCE, Flavio. *Impactos do novo CPC no Direito Civil.* São Paulo: Método, 2015.

_____. TARTUCE, Flávio. Os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil. Disponível em http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:3JIUmSPlaTkJ:www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/Tartuce_personalidade.doc+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso: 20 de setembro de 2019.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional.* 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional

brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Temas de direito civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 25-62.

_____. *Temas de Direito Civil*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Dano moral*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. III. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 3. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WATANABE, Kazuo. *Da congnição no processo civil*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. In: BENJAMIN, Antonio Herman. (et al.). *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: ruma a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). *Negócios processuais*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba: Juruá, 2018.