

O ABUSO DE DIREITO NAS RELAÇÕES PRIVADAS E SEUS REFLEXOS NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

*Clayton Reis**

A proibição do abuso de direito está consagrada nas mais diversas legislações e dela têm feito as jurisprudências dos respectivos países importantíssimas aplicações nos mais variados sectores jurídicos, freqüentemente precedendo e impulsionando o próprio movimento dos textos legislativos.

(Fernando Augusto Cunha de Sá. **Abuso do Direito**. Coimbra: Almedina, 2005).

SUMÁRIO: 1. *Introdução ao tema.* 2. *Questões históricas.* 3. *O direito como norma.* 4. *O uso regular do direito.* 5. *O abuso de direito e suas conseqüências.* 6. *Fundamentos jurídicos dos direitos e garantias fundamentais.* 7. *Os direitos de personalidade.* 8. *Os danos patrimoniais e extrapatrimoniais.* 9. *A incidência do abuso de direito nas relações privadas.* 10. *A indenização dos danos decorrentes do abuso de direito.* 11. *Os reflexos no ambiente social decorrente do abuso de direito.* 12. *Conclusões.*

RESUMO: O abuso de direito foi inovadoramente introduzido no artigo 187 do Código Civil de 2002, em face da omissão do Código Civil de 1916. Trata-se de um instituto de elevado alcance social, cujo propósito é evitar que o titular de um direito exceda manifestamente o fim social e econômico da lei, pois sempre que este fato ocorrer, haverá imediato reflexo nos direitos da personalidade e dignidade da pessoa humana, gerando nas vítimas perdas e danos cumulados com danos morais. O estudo analisa os fundamentos dessas questões e a sua incidência nas relações familiares e laborais, bem como a extensão dos danos produzidos. Para tanto, identifica a incidência de danos morais oriundos do uso irregular do direito e as decisões prolatadas pelos tribunais acerca dessas questões de relevante magnitude na sociedade contemporânea. Finalmente, o texto analisa a necessidade de

* Magistrado aposentado do Tribunal de Justiça do Paraná. Doutor e Mestre em Direito em Relações Negociais pela UFPR. Especialista em Responsabilidade Civil pela UEM. Professor do Curso de Mestrado em Direito pelo CESUMAR – Centro de Ensino Superior de Maringá. Professor da graduação e do Mestrado em Direito das Faculdades Integradas de Curitiba. Professor da Graduação e especialização da Universidade Tuiuti do Paraná, Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas.

os agentes agirem em conformidade com as regras axiológicas, que impõem moderação, ética e boa-fé nas ações praticadas pelos seus titulares no ambiente de suas relações sociais. Afinal, segundo o vetusto adágio romano, quem usa de seu direito a ninguém prejudica.

PALAVRAS-CHAVE: Abuso; direito; personalidade; responsabilidade; dignidade.

RIGHT ABUSE IN PRIVATE RELATIONS AND ITS CONSEQUENCES ON PERSONALITY RIGHTS

ABSTRACT: Right abuse was innovatively introduced in the Civil Code article 187 in 2002 due to its omission on the Civil Code of 1916. It refers to an institute of high social reach aiming at preventing that the holder of a right explicitly exceeds the social and economical objective of the law. However, whenever this fact occurs, there will be an immediate effect on the personality rights and human being dignity, generating for the victims losses and damages accumulated with moral damages. The study analyzes the fundament of those questions and their incidence on the family and work relations, as well as the extension of the damages produced. Thus, it identifies the incidence of moral damages originated from the irregular use of a right and the decisions taken by the Courts on those questions of great magnitude for contemporary society. Finally, the text analyzes the need for the agents to act in conformity to the axiological rules that imposes moderation, ethics and good faith in the actions practiced by their holders in their social relations environment. After all, according to the ancient Roman proverb, those who use their rights will damage no one.

KEYWORDS: Abuse; right; personality; responsibility; dignity.

EL ABUSO DEL DERECHO EN LAS RELACIONES PRIVADAS Y SUS REFLEJOS EN LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

RESUMEN: El abuso del derecho fue algo nuevo introducido en el artículo 187 del Código Civil de 2002, por motivo de omisión del Código Civil de 1916. Se trata de un instituto de gran alcance social, con el propósito de evitar que el titular de un

derecho exceda manifestamente con el fin social y económico de la ley. Sin embargo, siempre que este hecho ocurra, habrá inmediato reflejo a los derechos de la personalidad y a la dignidad de la persona humana generando en las víctimas pérdidas y daños morales. El estudio evalúa los fundamentos de esas cuestiones y su incidencia en las relaciones familiares y laborales, así como la extensión de los daños producidos. Por lo tanto, identifica la incidencia de los daños morales, provenientes del uso irregular de los derechos y las decisiones prolatadas por los tribunales acerca de esas cuestiones de gran magnitud en la sociedad contemporánea. Por fin, se hace un análisis sobre la necesidad de los agentes reaccionaren en conformidad con las reglas axiológicas que imponen moderación, ética y buena fe en las acciones practicadas por sus titulares en ambientes de sus relaciones sociales. Y, finalmente, según el dicho romano, quien usa de su derecho a nadie perjudica.

PALABRAS CLAVE: Abuso; derecho; personalidad; responsabilidad; dignidad.

1. INTRODUÇÃO AO TEMA

A convivência social sempre foi consequência do relacionamento entre seres humanos disciplinado por objetivos preconizados por um grupo de pessoas. Assim, desde os primórdios, tornou-se necessária a criação de normas de conduta para equacionar os naturais e diferenciados instintos e pendores presentes na intimidade de cada pessoa. As regras de conduta, sabiamente instituídas pelos antigos legisladores, tiveram como pressuposto estabelecer um clima de convivência harmônica, para evitar os naturais conflitos e, por consequência, prevenir, tanto quanto possível, o processo de desagregação oriundo de dissensões. Giorgio Del Vecchio¹ aponta que, o regime de vindita conduz necessariamente ao enfraquecimento dos grupos, devido a contínuas lutas mortíferas. Não tardaram, por isso, a manifestar-se os sinais de uma tendência mitigadora, no sentido de substituir a vingança de Talião pela composição.²

Nesse particular, Hans Kelsen³ aponta para esse fato ao proclamar que,

¹ VECCHIO, Giorgio Del. Lições de Filosofia do Direito. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 521.

² Ainda segundo leciona Giorgio Del Vecchio op. cit., p. 521, a Lei de Talião “consiste este instituto em que a ofensa, em vez de ser vingada, é indenizada, quer de harmonia com a decisão de um árbitro, escolhido entre os anciãos respeitáveis, quer atendendo a um sistema de tarifas, como no direito mânico. Neste importante momento inicia-se a formação do Estado”.

³ HANS, Kelsen. Teoria Pura do Direito. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984. p. 128.

as normas mais antigas da humanidade são provavelmente aquelas que visam frear e limitar os impulsos sexuais e agressivos. O incesto e o homicídio são deveras os crimes mais antigos e a perda da paz (**Friedloslegung**) (isto é, a exclusão do grupo) e a vingança de sangue as mais antigas sanções socialmente organizadas.

NESSA LINHA DE ORIENTAÇÃO NASCEU o dever-ser, ou seja, uma conduta desejada para os cidadãos exatamente para evitar comportamentos conflitantes que resultassem na desagregação do grupo social. Os romanos encarnaram essa idéia de uma forma precisa ao instituir o padrão de pessoa cujo comportamento era desejado no ambiente social, consistente no *bonus pater familiae*, ou seja, uma pessoa exemplar, cumpridora de suas obrigações e capaz de respeitar os direitos do seu próximo - portanto, uma pessoa apta a viver em sociedade de forma pacífica e ordenada.

Hans Kelsen,⁴ em outro momento, estabeleceu com clareza que esse *modus vivendi* da pessoa, representado pelo,

Dever-ser – a norma – é o sentido de um querer, de um ato de vontade, e – se a norma constitui uma prescrição, um mandamento – é o sentido de um ato dirigido à conduta de outrem, de um ato, cujo sentido é que um outro (ou outros), deve (ou devem) conduzir-se de um determinado modo.

Dessa forma, é um modo de viver a vida que não seja **CAUSA GERADORA DE CONFLITOS. OS DIREITOS DAS PESSOAS SÃO FRONTEIRIÇOS. CADA QUAL DEVE RESPEITAR OS SEUS LIMITES, EVITANDO INTERFERÊNCIAS PREJUDICIAIS NOS DIREITOS DO SEU VIZINHO CONFRONTANTE.**

Alexandre de Moraes,⁵ ensina a esse respeito que

a concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do Direito Romano: *honeste vivere* (viver honestamente), *alterum non laeder* (não prejudique ninguém), e *suum cuique tribuere* (dê a cada o que lhe é devido).

São normas procedimentais que constituem uma regra de convivência, com o propósito de criar um ambiente social em que as pessoas possam **CONVIVER** de forma solidária e equilibrada, cada qual cumprindo o dever **IMPOSTO PELA NORMA DE CONDUTA.**

⁴ KELSEN, Hans. Teoria Geral das Normas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986. p. 3.

⁵ MORAES, Alexandre de, Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 2. ed. São Paulo: Atlas S/A, 2003. p. 129.

Esses princípios de ordem comportamental têm como pressuposto maior eliminar toda e qualquer ação que extrapole os limites desejados, para que cada pessoa, no exercício dos seus direitos, não ultrapasse **AS FRONTEIRAS DO SEU COMPORTAMENTO**. É consenso que o direito de cada termina onde se inicia o direito do próximo. Toda interferência é, no geral, considerada como ingerência ou incursão em seara alheia e, por decorrência, identifica um uso **ABUSIVO DO DIREITO**.

Destarte, toda conduta humana deve ser disciplinada, na medida em que o homem quase sempre age sob o comando dos seus instintos. Essa afirmativa não constitui uma depreciação do gênero humano, senão uma constatação de que fomos criados e inseridos em um mundo onde predomina o **INTERESSE** e, na maioria dos casos, **A VIOLÊNCIA** - um componente indissociável da realidade física e psíquica **EM** nosso ambiente. **AS AGRESSÕES DECORRENTES** dos elementos naturais e **DAS CONDIÇÕES ADVERSAS DA VIDA EM SOCIEDADE EM** nosso orbe é um testemunho **DESSA REALIDADE**. Assim sendo, é natural que a reação do homem **ANTE** essas adversidades, na maioria das vezes, seja constituída por componentes de ordem violenta. Daí **DECORRE** A propensão das pessoas **EM SE TORNAR VIOLENTAS EM FACE DOS** fatores adversos e agressivos.

No momento em que a pessoa extravasa os limites da sua ação, sob a influência de fatores externos ou internos (*culpa in concreto* ou *culpa in abstracto*), ou seja, age em desconformidade com a ordem jurídica, acarreta, de forma inexorável, um ato em que predomina a violação de um direito. Por isso,

a norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras, o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico), é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa.

Segundo leciona Hans Kelsen.⁶ Assim, importa-nos conhecer a responsabilidade decorrente dessas ações erroneamente conduzidas e praticadas pela pessoa no ambiente social, em face dos seus reflexos. (ELIMINAR nos direitos do próximo). Esse será o objetivo deste trabalho: o equacionamento dessas importantes questões, que contrariam o dever-ser.

2. QUESTÕES HISTÓRICAS

Remonta **HÁ** milênios a institucionalização de normas destinadas a refrear os

⁶ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, op. cit., p. 20.

impulsos das pessoas. Hamurabi (Hamurabi – 2067-2025 a. C.), também chamado de Kamu-Rabi (de origem árabe), rei da dinastia de amorritas que, vindos do deserto arábico, estabeleceram-se na Média Mesopotâmia, foi o reunificador da Mesopotâmia e fundador do Primeiro Império Babilônico. Segundo o relato de Jair Lot Vieira,⁷ “baseado em antigas leis semitas e sumerianas (Código de Dungi), foi transcendentalmente importante para a história dos direitos babilônicos, para o direito asiático, e, particularmente, para o direito hebreu”. O Código, na sua essência, traça normas de conduta para os habitantes do reino da Babilônica, com o objetivo de disciplinar as relações **DOS SÚDITOS**, corrigir os malfeitores e possibilitar uma vida ordenada e pacífica entre os súditos do rei.

Por seu turno, entre os romanos, surgiu a Lei das XII Tábuas, também chamada de *Lex XII Tabularum* ou *Lex Decenviralis*. Foi proposta pelo tribuno Tarentilo Arsa, em 462 a.C., a nomeação de uma comissão encarregada de redigir uma lei, dando origem à primeira redação da Lei das XII Tábuas. Segundo Jair Lot Vieira,⁸ “a importância da Lei das XII Tábuas é incontestável. Os próprios romanos, aceitando a observação do historiador Tito Lívio, consideravam-na como a *fons omnis publici privatique júris*, fonte de todo direito público e privado”. Destarte é uma codificação com a mesma finalidade das anteriores: instituir um clima de comportamento entre os cidadãos romanos capaz de assegurar que todas as pessoas tivessem um *modus vivendi* regrado pelo respeito à ordem jurídica.

No Antigo Egito floresceu uma civilização esplendorosa, cujo legado nos mais diversos campos do conhecimento humano, embora não tenha sido ainda totalmente desvendado, revela um inigualável conteúdo científico, cultural, intelectual e, sobretudo, legislativo. Nesse sentido, Colin A. Ronan⁹ relata-nos que

os soberanos eram os faraós, cujo despotismo era temperado por ideais de responsabilidade em relação ao povo comum; considerando-se os tempos primitivos em que viveram, eles realmente procuraram fazer com que seus súditos tivessem uma vida feliz e razoavelmente confortável, governada pela lei, que parece ter sido geralmente tida como justa.

O elevado grau de civilização dos egípcios denota sua organização legislativa, que foi capaz de dirimir os contínuos conflitos que sempre ocorreram nos gru-

⁷ VIEIRA, Jair Lot. Código de Hamurabi – Código de Magno e Lei das XII Tábuas. Bauru: Edipro, 1994. p. 9.

⁸ VIEIRA, Jair Lot, op. cit., p. 135.

⁹ RONAN, Colin A., História Ilustrada da Ciência – Universidade de Cambridge, São Paulo, Editora Circulo do Livro, 1983, p. 21.

pos sociais, **POSSIBILITANDO** o extraordinário desenvolvimento do país.

Para não nos determos excessivamente nas questões meramente históricas - que, não obstante, foram determinantes para a elaboração de um conjunto de normas que até hoje disciplinam a sociedade - limitamo-nos a acentuar que alguns povos primitivos, através dos seus regulamentos jurídicos, legaram-nos um embrionário **E** valioso modelo de leis. Esses primeiros ordenamentos jurídicos **PRO-PICIARAM** significativa contribuição à formação dos institutos normativos presentes na sociedade moderna. Segundo proclama Giorgio Del Vecchio,¹⁰

em primeiro lugar, representa ela (evolução jurídica) uma passagem da elaboração espontânea, instintiva e inconsciente do Direito à sua elaboração deliberada, reflexiva e consciente. Nasce o Direito espontaneamente, quase como um produto orgânico sem que o prepare uma concepção consciente. Aos homens primitivos falta a clara consciência das razões em que assentam as normas por eles seguidas. Limitando reciprocamente à liberdade, satisfazem impulso espontâneo da sua natureza.

Nesse ambiente se desenvolve a razão humana e o espírito crítico do homem para encontrar soluções que resultem de um consenso e sejam voltadas para questões universais, e não mais para questões particulares de cada povo. O alargamento dessa idéia se encontra corporificado atualmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que identifica um bem comum, produto da consciência da humanidade vítima dos horrores perpetrados pelo nazismo na II Grande Guerra.¹¹ Ademais, o extraordinário avanço da ciência e da tecnologia aproximou as criaturas humanas, que se encontravam anteriormente separadas pelas distâncias geográficas, e estabeleceu um contato direto e imediato entre elas, tornando necessária a adoção de procedimentos normativos comuns, e não mais particulares **PARA CADA REALIDADE REGIONAL**.

3. O DIREITO COMO NORMA

¹⁰ VECCHIO, Giorgio Del, op. cit., p. 529.

¹¹ Segundo proclama Giorgio Del Vecchio, op. cit., p. 532, “o Direito começa por se manifestar por impulsos imediatos, instintivos, como por exemplo, o medo do perigo ou do desconhecido; a necessidade da defesa comum; o instinto de conservação individual ou da espécie, etc. Pouco a pouco, porém, outros motivos de convivência e de cooperação se impõem aos homens, outras exigências de ordem e de liberdade. Reforçam-se o sentimento de respeito devido à personalidade humana, pois tal sentimento radica na identidade da natureza em todos os homens. Em cada fase, acham-se o Direito ligado aos seus fatores psicológicos, como belamente disse Vico: este mundo civil foi, sem dúvida, feito pelo homem; por isso, os seus princípios devem encontrar-se na própria mente humana”.

O direito é o conteúdo da norma. O ato jurídico é consequência de uma ordem determinada pelo texto legal. Quando o ordenamento jurídico **PRESCREVE QUE** o ato ilícito **É O** resultado da violação do direito, segundo ordem inserta no artigo 186 do Código Civil, **SIGNIFICA QUE A ILICITUDE DO ATO SOMENTE SE CONFIGURA QUANDO OCORRER VIOLAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA.** Nesse sentido, Hans Kelsen¹² pontifica que

o sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma

Destarte, o que confere significado ao direito é a norma, modelo de comportamento ditado pela sociedade, para que cada cidadão aja em conformidade com os padrões determinados em um dado momento da história.¹³ Assim, Segundo a lição de Hans Kelsen,¹⁴

as normas através das quais uma conduta é determinada como obrigatória (como devendo ser) podem ser estabelecidas por atos que constituem o fato do costume. Quando os indivíduos que vivem juntamente em sociedade se conduzem durante certo tempo, em iguais condições, de uma maneira igual, surge em cada indivíduo a vontade de se conduzir da mesma maneira por que os membros da comunidade habitualmente se conduzem.

A norma não é um ato de vontade unilateral de uma pessoa, mas a somatória de uma série de comportamentos da sociedade no ambiente comunitário que se tornam regra comum. Daí por que coerente com essa idéia é a conduta da maioria, que deve prevalecer sobre a da minoria.

As normas de direito possuem objetivos bem-delineados, na medida em que se destinam a regular condutas e estabelecer modelos de comportamento para que as pessoas ajam em conformidade com determinados padrões.¹⁵

¹² KELSEN, Hans, op. cit., p. 20.

¹³ De acordo com Hans Kelsen, op. cit., p. 28, “as normas jurídica são normas produzidas pelo costume se a Constituição da comunidade assume o costume – um costume qualificado – como fato criador do Direito”.

¹⁴ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, op. cit., p. 27.

¹⁵ Segundo leciona Pontes de Miranda, no prefácio de sua obra (In Tratado de Direito Privado, parte Geral, Tomo I, Rio de Janeiro, Editora Borsoi, 1954, IX), “Os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos. Donde ser útil pensar-se em termos de topologia; o que entra e o que não entra no mundo

Para Miguel Reale,¹⁶

a norma de direito representa um momento necessário do processo de integração fático-axiológica, mas não é menos certo que, nem bem é ela consagrada por qualquer das fontes reveladoras do Direito, tem início uma série de atos destinados a dar-lhe eficácia, tanto no plano da interpretação como no da sua aplicação, dentro e fora dos limites e objetivos forenses.

Nessa ordem de idéias poderemos concluir que a melhor sociedade é aquela que encontrou as melhores normas de conduta, extraídas da experiência histórica de cada povo e sabiamente aplicadas pelos seus cidadãos mais responsáveis. Segundo Pontes de Miranda,¹⁷ “a regra jurídica é norma com que o homem, ao querer subordinar os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, procurou distribuir os bens da vida”. Essa cultura imanente no homem civilizado corresponde a uma força gregária **OU DE INTEGRAÇÃO ÍNSITA** no ser humano, **QUE É** mais forte **DO** que os processos de desintegração social ínsitos em sua intimidade, como, por exemplo, o instinto de conquista geográfica.

Para Vicente Ráo,¹⁸

essa noção não parte da sociedade, menos ainda do Estado, para atingir o homem. Ao contrário, partindo da natureza humana, alcança a organização social e visa a disciplina das condições de coexistência e de aperfeiçoamento dos indivíduos, dos grupos sociais e da própria sociedade.

A ordem normativa é, por conseqüência, um conjunto de regramentos que objetivam regular a interação das pessoas no ambiente social, de forma a propiciar equilíbrio nessas relações, mesmo tendo o legislador conhecimento de que o ser humano vive em um ambiente que **EXECER IMPORTANTE INFLUÊNCIA EM SUA** atmosfera psíquica. Aliás, é exatamente por essa lógica razão que o legislador entendeu necessário instituir um modelo de comportamento, para evitar as dissensões oriundas dessa diversidade.¹⁹ Os romanos, nesse aspecto, criaram a figura do *bonus pater familiae*, consistente em uma pessoa responsável e

jurídico, o arbitrário da vida social, a desordem dos interesses, o tumultuário dos movimentos humanos à cata do que deseja ou, do que lhe satisfaz algum apetite”.

¹⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 564.

¹⁷ MIRANDA, Pontes de, op. cit., p. 3.

¹⁸ RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 55.

¹⁹ Segundo Vicente Ráo (op. cit., p. 55): “é o direito um sistema de disciplina social fundado na natureza humana que, estabelecendo nas relações entre os homens uma proporção de reciprocidade nos poderes e deveres que lhes atribui, regula as condições existenciais dos indivíduos e dos grupos

ética no meio social. **OS MONARCAS** sempre preferi**RAM** administrar os interesses materiais dos seus súditos, **POSTO QUE** fáceis de solucionar, **DO QUE** resolver os conflitos existenciais resultantes de contornos culturais e intelectuais, os quais apresentam um nível de complexidade maior **E**, portanto, no geral, de difícil solução.²⁰ Dessa forma, é perceptível a função pacificadora e integradora da norma, sendo essa a finalidade que anima a *mens legislatoris*.

4. O USO REGULAR DO DIREITO.

Em que consiste o uso regular do direito? Essa indagação nos remete a uma reflexão sobre a utilização do direito na vida de relações. As normas jurídicas foram institucionalizadas para equacionar os naturais conflitos presentes no mundo dos atos e fatos que permeiam nossa existência. A pessoa humana foi dotada de inteligência pelo Criador, diversamente dos animais irracionais, para dimensionar a sua realidade existencial.

O problema dos valores, portanto, é problema de compreensão e não de explicação. Só o homem tem esta possibilidade de integrar as coisas e os fenômenos no significado de sua própria existência, dando-lhes assim uma dimensão ou qualidade que em si mesmos não possuem, senão de maneira virtual.

Proclama Miguel Reale.²¹ Por conseqüência, somente os seres racionais possuem capacidade cognitiva para compreender seus próprios atos, bem como modelá-los de acordo com a sua conveniência.

sociais e, em conseqüência, da sociedade, mediante normas coercitivamente impostas pelo poder público”.

²⁰ Will Durante, em sua obra *Os Grandes Pensadores*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939. p. 7, ao se referir a Confúcio, proclamou: “Nascido numa era de confusão (552 a.C.), na qual o velho poder e a glória da China se desintegravam na luta das facções, Kung-fu-tse empreendeu restaurar a sanidade e a ordem da sua terra. Como? Ouçamo-lo: Os grandes antigos, quando queriam revelar e propagar as mais altas virtudes, punham seus estados em ordem. Antes de porem seus estados em ordem punha em ordem suas família. Antes de porem em ordem suas famílias, punham em ordem a si próprios. Antes de porem em ordem a si próprios, aperfeiçoavam suas almas. Antes de aperfeiçoarem suas almas, procuravam ser sinceros em seus pensamentos e ampliavam no máximo os seus conhecimentos. Essa ampliação dos conhecimentos decorre da investigação das coisas, ou de vê-las como elas são. Quando as coisas são assim investigadas, o conhecimento se torna completo. Quando os pensamentos são sinceros, a alma se torna perfeita. Quando a alma se torna perfeita, o homem está em ordem. Quando o homem está em ordem, sua família também fica em ordem. Quando suas família está em ordem, o Estado que ele dirige também pode cair na ordem. E quando os Estados caem em ordem o mundo inteiro goza de paz e felicidade”.

²¹ REALE, Miguel, op. cit., p. 210.

ASSIM, o uso regular do direito implica **NA COMPREENSÃO COGNITIVA** em utilizá-lo de forma adequada e compatível com a sua função social, que é integradora, e não desintegradora. O abuso, *contrario sensu*, implica em ofensa à ordem jurídica – uma ação ou omissão violadora da ordem capaz de acarretar prejuízos a terceiros. Arnaldo Rizzardo, nessa linha, argumenta que,

o abuso do direito envolve excessos ou desmandos no exercício do direito. A pessoa extrapola os limites necessários na sua defesa, ou na satisfação dos direitos que lhe são legítimos. Como é apregoado no direito francês, *le droit cesse où l'abus commence*.

Caberá à pessoa distinguir e dimensionar com exatidão o que é uso e o que é abuso. **NESSA LINHA, O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PROCLAMOU,**

HAVENDO EXCESSO DE LINGUAGEM EM MATÉRIA TELEVISIVA, COM USO E ABUSO DE EXPRESSÕES INJURIOSAS E DIFAMATÓRIAS, IMPERATIVO O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO DANO MORAL INDENIZÁVEL.

O QUE A CARTA POLÍTICA DE 1988 AUTORIZA E PROTEGE É O DIREITO DE EXPRESSÃO E NÃO O ABUSO DO DIREITO DE EXPRESSÃO; SÃO TEMAS INCONFUNDÍVEIS E INCONCILIÁVEIS, E SEMPRE QUE SE ESTIVER DIANTE DO ABUSO O PODER JUDICIÁRIO HAVERÁ DE COMBATÊ-LO. (In STJ - REsp. 788.880/MT (2005/0163965-4) – Relator: Min. Cesar Asfor Rocha – Julgamento em 03.08.2006).

O Código Civil prevê inúmeras situações em que o legislador prescreve o uso regular do direito. Entre as múltiplas situações poderemos enumerar as regras consignadas no artigo 1.277, segundo o qual o uso regular da propriedade consiste no comportamento adequado do proprietário, de forma a não causar qualquer tipo de dano ao seu vizinho, quais sejam, “...interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam...”. No mesmo sentido, o art. 1.336, no seu inciso IV, prescreve que são deveres do condômino, “...não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes”. São normas que traduzem um modelo de comportamento da pessoa em relação ao outro. Na verdade, trata-se de uma recomendação, ou mesmo uma advertência, contida na *mens legis*, consistente no seguinte princípio: faça uso regular do seu direito de forma que ele não cause prejuízo a

outrem. Afinal, as normas de comportamento foram direcionadas indiscriminadamente a todas as pessoas que vivem em sociedade, com o propósito de **GARANTIR** uma convivência **SOCIAL** harmônica e saudável.

Ademais, as normas inseridas no Código Civil primam, sobremaneira, pela utilização do direito amparado por princípios consubstanciados: “...nos limites da função social do contrato (art. 421)”, observando ainda, “...os princípios de probidade e boa-fé (art. 422)”; portanto, exigem das pessoas, na ordem de relações, um comportamento que tenha como paradigma aqueles sedimentados na idéia de limites “... impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187)”. O direito ao “desforço próprio”, quando se trate de legítima defesa da posse (art. 1.210, par. 1º), uma vez que, “...os atos de defesa ou de desforço próprio não podem ir além do indispensável à manutenção ou restituição da posse”, **NESTE ÚLTIMO CASO, O DISPOSITIVO LEGAL** define com clareza solar os limites da ação do agente na defesa da sua posse e/ou propriedade.

Destarte, quem procede de acordo com a ordem jurídica não causa lesão a ninguém, mesmo quando age de forma a causar danos a terceiros, se a sua atividade estiver revestida de atos que o ordenamento admite como lícitos: legítima defesa, exercício regular de um direito reconhecido e/ou estado de necessidade (art. 188, I e II). Assim, o uso regular do direito implica, pela sua natureza, na aplicação do vestuto principio sedimentado na parêmia *neminem laedere*, ou seja, a ninguém ofender. **E**, para a fiel observância desse principio, é indispensável que a ação do agente seja pautada por **NORMAS** regulador**AS** previst**AS** na **ORDEM** jurídica, tanto quanto que a ação do seu titular seja compatível com a moderação e a razão. Nessa questão central – moderação – reside a justificativa do instituto do uso regular do direito. Segundo a expressão exata do termo, contida no Dicionário Houaiss da língua portuguesa²² **A PALAVRA MODERAÇÃO** significa, “1. ato ou efeito de moderar (-se). 2. Virtude de permanecer na exata medida; comedimento. 3. afastamento de todo e qualquer excesso”. Por essa linha de pensamento decidiu-se o STF ao proclamar: “a legítima defesa só se integra com o uso moderado dos meios necessários; mas o excesso culposo pode-se verificar tanto na escolha dos meios como no uso que deles fez o réu”. (In STF – RE – Rel. Min, Cordeiro Guerra – DJU 23.05.80 – p. 3,736).

Destarte, a licitude do ato do agente – uso normal do direito – representa uma garantia constitucional da pessoa humana, na defesa pessoal dos seus direitos, quando ausente, em decorrência da circunstância, a tutela assegurada pelo Esta-

²² HOUAISS, Antonio. Dicionário HOUAISS da língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1941.

do.²³ O exato limite no exercício desse importante direito como garantia constitucional da pessoa não pode ser ultrapassado, sob pena de o legislador legitimizar os excessos praticados pelo agente na defesa dos seus direitos fundamentais. Por essa razão Vicente Ráo²⁴ aponta para o seguinte fato:

os limites conceituais da proteção jurídica excedem, pois, os da invocação e intervenção do poder coercitivo do Estado, em se tratando da preservação ou restauração dos direitos ou da satisfação do dano ameaçado ou causado; e revelam que os direitos possuem, em si, a força de sua própria defesa.

Disso resulta que há uma fronteira entre o uso regular **DO** uso irregular do direito, definida pela linha da normalidade. O código civil alemão prevê em seu artigo 226 que “O exercício de um direito não é permitido quando tem por fim único causar prejuízo a outrem”. O que anima o espírito do agente **CONSISTE** no exercício regular de um direito, ainda que ocasione dano a outrem. É exatamente nessa linha **DO PENSAMENTO** que deverá se situar o comportamento do agente, para ele **SE** eximir do dever de indenizar eventuais danos causados a terceiro em face do seu procedimento comissivo ou omissivo no plano jurídico.

5. O ABUSO DE DIREITO E SUAS CONSEQÜÊNCIAS.

O abuso começa quando termina o uso regular do direito.²⁵ Segundo leciona Arnaldo Rizzardo,²⁶ “revela-se a figura quando o titular do direito leva outrem a

²³ Segundo lecionam Alberto Silva Franco e outros, em Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 252, “não se argumenta no sentido de que a acolhida de causa supraleais de licitude constitua um agravo ao princípio da legalidade. Tal princípio representa uma garantia do direito de liberdade do cidadão na medida em que, através de uma tipologia define conduta ilícitas. Não tem, contudo, cogência em relação aos fatos justificadores que não determinam aplicações, mas sim, restrições da punibilidade. É sempre recomendável, no entanto, por razões de maior segurança jurídica, que o legislador dentro do possível, procure esgotar as causas de justificação”.

²⁴ RÁO, Vicente, op. cit., p. 860.

²⁵ Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, em sua obra Comentários ao Código Novo Civil, obra coordenada pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Vol. XIII, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004, p. 127 proclamam que, “os jurisconsultos romanos já diziam que quem exerce um direito não comete falta e não está sujeito a nenhuma responsabilidade. Tal era o sentido do antigo adágio: *neminem laedit qui jure suo utitur*. Embora aparentemente correta, a expressão constitui na realidade uma contraverdade. Os direitos nos são concedidos para serem exercidos de maneira justa, social, legítima, e não para que façamos uso deles discricionariamente. Só pelo fato de ser titular de um direito, uma pessoa não pode exercitá-lo de forma absoluta, sem se preocupar com os outros”.

²⁶ RIZZARDO, Arnaldo, op. cit., p. 513.

malefício ou a prejuízos, e não quando a execução de uma obrigação atendeu a todos os requisitos legais. O abuso está na forma de agir, nos excessos empregados”. Essa figura jurídica foi desconhecida no Código Civil de 1916, passando a integrar o Código Civil de 2002 em seu artigo 187.

Conquanto não defina de forma expressa o seu conteúdo jurídico, o Código traça os contornos capazes de identificar o uso irregular do direito, ao prescrever que se configura essa situação quando alguém “...excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Na ótica de Judith Martins Costa,²⁷

o novo Código Civil alterou, profunda e significativamente, o regime de ilicitude, seja ao estatuir a regra do art. 187, seja ao desconectar, metodologicamente, a consequência geral (isto é, o dever de indenizar) da ilicitude, inserindo-a em título próprio (arts. 927 e ss.).

Portanto, uma nova idéia a respeito da ilicitude, diversa daquelas atreladas ao art. 186 e par. único do art. 927 do Código Civil, criou, como destacado por Judith Martins Costa, um novo mecanismo para disciplinar o instituto da reparação de danos - aliás, no nosso entender, um instituto da maior abrangência, há muito reclamado pela sociedade brasileira para colocar um fim aos desmandos das pessoas na prática de atos abusivos, anteriormente disciplinados NAS regras gerais da responsabilidade *ex delicto*.²⁸

Humberto Theodoro Junior²⁹ aponta que,

para escritores como PLANIOL, a própria expressão ‘abuso de direito’ representaria uma *contradictio in adjectio* (uma contradição entre seus próprios termos), já que o direito cessa justamente onde o abuso começa, não sendo admissível que um mesmo ato pudesse ser a um só tempo, conforme e contrário ao direito.

²⁷ COSTA, Judith Martins, Comentários ao novo Código Civil, obra coordenada pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, vol. V, Tomo II, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003, p. 126.

²⁸ “Se assim é”, assinala Judith Martins Costa, em sua obra citada, p. 127, “poderemos dizer que convivem, no ordenamento, duas formas de ilicitude: a derivada da noção tradicional, acolhida no art. 186, que requer o elemento subjetivo (culpa) e o elemento objetivo (dano); e a noção de ilicitude por exercício inadmissível de posição jurídica (art. 187), que prescinde do elemento subjetivo e do próprio dano para se configurar, devendo ser composta a partir de conceitos semanticamente abertos, como ‘conduta contrária à boa-fé’, ou ‘ato desviado do fim econômico-social do negócio’. Nesse caso, porém, só haverá obrigação de indenizar, deflagrando-se a eficácia do art. 927, se decorrer dano do exercício inadmissível de posição jurídica”.

²⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto, Comentários ao Novo Código Civil, obra coordenada por Sálvio de Figueiredo Teixeira, vol. III, Tomo II, Rio de Janeiro, 2003, p. 111.

De fato, há uma aparente contradição, porquanto onde existe direito não ocorre abuso. Outras aparentes contradições podem ser observadas, como a expressão *dignidade da pessoa humana*, como se fosse possível incidir a dignidade em pessoa distinta da humana.

Os ordenamentos jurídicos comparados admitiram prontamente o abuso de direito em suas legislações, tais como os artigos 334 do Código Civil Português, o artigo 1.071 do Código Civil Argentino e o artigo do Código Chileno.

Segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade,³⁰

é categoria autônoma, de concepção objetiva e finalística e não dentro do âmbito estreito do ato emulativo (ato ilícito). Diferentemente do ato ilícito, que exige a prova do dano para ser caracterizado, o abuso de direito é aferível objetivamente e pode não existir dano e existir ato abusivo (Guilherme Fernando Neto, o abuso de direito no Código de defesa do consumidor, 1999, p. 200). O abuso de direito é aferível de modo objetivo, prescindindo do dolo ou culpa e também do dano para caracterizar-se.

A questão do abuso de direito já havia sido enfrentada pelo STF ao editar a Súmula 409.³¹ No mesmo sentido, o Enunciado 37 da Jornada de Direito Civil promovida pelo STJ assentou que: “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”. Isto significa que o abuso de direito decorre dos atos praticados pelo agente em que este não observou a regra de conduta que determina agir levando em consideração a função social dos contratos, bem como observando a probidade e a boa-fé³² **NA PRÁTICA DOS ATOS**. Assim, quem não observa esses princípios de comportamento age de forma contrária à lei, incidindo na prática de **COMPORTAMENTOS** considerados ofensivos aos direitos de outrem.³³ O Código de Defesa do Consumidor avançou de forma precisa nesse sentido, ao iden-

³⁰ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade, Código Civil Anotado, 2ª. Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 256.

³¹ Súmula 409 do STF: “ao retomante, que tenha mais de um prédio alugado, cabe optar entre eles, salvo abuso de direito”.

³² Nessa linha de conduta Judith Martins Costa assinala que, “entendemos, por isso, que o art. 187 precisa ser compreendido à vista da nova metodologia introduzida pelo Código, que opera a separação (metodológica) entre ilicitude e dever de indenizar, não aludindo diretamente nem ao elemento subjetivo (culpa), nem ao dano, nem à responsabilidade civil, o que abre ensejo: a) à sua maior inserção no campo do direito da Personalidade, possibilitando visualizar novas formas de tutela, para além da obrigação de indenizar: e, b) à compreensão de que pode haver ilicitude sem dano e dano reparável sem ilicitude”.

³³ “Age com abuso de direito e viola a boa-fé o banco que cobra, invocando cláusula contratual constante do contrato de financiamento, lançando mão do numerário depositado pelo correntista

tificar nos artigos 39, 42 e 51 a prática de atos considerados abusivos por parte de fornecedores e/ou credores. Nesses casos, o legislador apontou a prática de procedimentos que são capazes de ofender o direito de terceiros, como, por exemplo, a situação prevista no artigo 42, em que o credor submete a figura do devedor a situações ridículas e constrangedoras ou a ameaças, no afã de cobrar sua dívida. A dignidade da pessoa humana merece especial tutela da ordem jurídica.

O Código novo assumiu ostensivo compromisso com a manutenção da ética no comportamento jurídico. Não é só à vontade e a liberdade que se tutelam nos negócios jurídicos. Não se define exatamente o que seja a boa-fé, mesmo porque isto ultrapassa o terreno do direito e se apresenta como tarefa quase impossível, porque os valores puros são facilmente perceptíveis, mas quase sempre não se sujeita as definições, segundo a lição de Humberto Theodoro Junior.³⁴

A liberdade de ação dos agentes no terreno das obrigações deve ser limitada pelos princípios de boa-fé e probidade.³⁵ Ademais, encontra-se igualmente **PRESENTE** nessa modalidade de comportamento o antigo princípio romano *neminem laedere*,³⁶ ou seja, agir de forma a não **CAUSAR** qualquer tipo de prejuízo a terceiros.

A prática do abuso de direito, segundo delineado pela *mens legis* contida no artigo 187, evidencia-se por atos incompatíveis com os princípios éticos presentes nas ações praticadas no ambiente social. É necessário **QUE** a pessoa **TENHA**

em conta destinada ao pagamento dos salários de seus empregados, cujo numerário teria sido obtido junto ao BNDS. A cláusula que permite esse procedimento é mais abusiva do que a cláusula mandato, pois, enquanto esta autoriza apenas a constituição do título, aquela permite a cobrança pelos próprios meios do credor, nos valores e no momento por ele escolhidos". (In STJ – 4ª. Turma – REsp. 250.523-SP – Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar – v.u. j. 19.10.2000 – DJU de 18.12.2000 – RSTJ 145/446).

³⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto, op. cit., p. 121.

³⁵ Nessa ordem de idéias, Gustavo Tepedino e outros, em sua obra Código Civil Interpretado, vol. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 341 proclama: "almeja-se com a disciplina do abuso de direito uma valoração axiológica do exercício de determinada situação jurídica subjetiva – não apenas dos direitos subjetivos, mas também dos interesses potestativos, dos poderes jurídicos, etc. – à luz dos valores consagrados no ordenamento civil-constitucional".

³⁶ Para Humberto Theodoro Junior, op. cit., p. 121, "como o abuso de direito é uma modalidade de ato ilícito, é indispensável, para sua configuração, a ocorrência de um dano para o terceiro prejudicado. Sem o prejuízo – que pode ser material ou moral – não há o que reparar e, conseqüentemente, não há ato ilícito em sentido estrito. Pode haver ilicitude, para outros fins, não, porém, para a ocorrência de responsabilidade civil, em função da qual se construiu a figura do ato ilícito *strito sensu*".

em mente que suas ações no plano das relações jurídicas devem se pautar **POR ATOS DE NORMALIDADE**, de modo a não causar danos a outrem.³⁷ Daí por que, segundo observa Humberto Theodoro Junior,³⁸

tem-se na boa-fé objetiva a idéia de um ‘modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’.

Os romanos idealizaram esse tipo “*standard*” de pessoa na figura do *bonus pater familiae*, ou seja, um exemplar cidadão chefe de família, responsável, diligente, ético e íntegro no seu agir social.³⁹

6. FUNDAMENTOS AXIOLÓGICO-NORMATIVOS CONTIDOS NO ARTIGO 187 DO CÓDIGO CIVIL

Os fundamentos axiológico-normativos é que conferem validade às disposições de fundo **PRESENTE** no texto do artigo 187 do Código Civil. Gustavo Tepedino,⁴⁰ ao citar Heloísa Helena, destaca que,

os limites contidos nos direitos subjetivos são determinados pelo elemento axiológico-normativo, o qual lhe serve de fundamento. Delimitam-se assim os contornos da juridicidade pela valoração da conduta, frente ao sen-

³⁷ Gustavo Tepedino e outros autores, op. cit., p. 342 enumera fatos casuísticos, em que se aplicam as normas relativas ao exercício do abuso de direito, a exemplo do que se denota: “Segundo o TJRJ, abusa de seu direito de propriedade o dono de fonte que desvia e desperdiça água com o exclusivo intuito de prejudicar os proprietários dos prédios inferiores”. (In TJRJ – 18ª. C.C. – Ap. Civ. 200000117177 – Rel. Dês. Jorge Luiz Habib – j, em 05.12.2000). Igualmente, “abusa de seu direito de informar, a empresa jornalística que divulga notícia de caráter ofensivo ao deturpada”. (In TJRJ – 18ª. C.C. – Ap. Civ. 200100125960 – Rel. Des. Binato de Castro – j, em 18.12.200). Por fim, a noção de abuso de direito tem sido invocada frequentemente⁴ para embasar a desconsideração da personalidade jurídica (CC. Art. 50; CDC, art. 28), sobretudo em casos de danos coletivos, como o relativo ao trágico naufrágio do *Bateau Mouche* no Rio de Janeiro”. (In TRF-2ª. Região – 10.01.1995 – Adv-Coad 68876, 14/95).

³⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto, op. cit., p. 122.

³⁹ “É, pois”, aponta Humberto Theodoro Júnior, em sua obra citada, p. 123, “no sentido ético, e não psicológico (íntimo), que se avalia o comportamento para fins de aferir a prática do exercício abusivo de um direito subjetivo. Não é o estado anímico do agente que importa, mas o rumo dado exteriormente ao seu proceder. Dessa maneira, para se chegar ao ato ilícito, sob a modalidade de abuso de direito, tem-se de determinar não a figuração que o agente teve de seu comportamento e de seu intento (isto é, se ele agir de ‘boa fé ‘ou não), mas o que se tem de indagar é se ele atuou *in concreto* segundo a boa-fé”.

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 341.

tido teleológico dos direitos, impostos pelo ordenamento.

Essa idéia de valor como ponto determinante presente no novo dispositivo foi pontualmente identificada por Judith Martins Costa⁴¹ **AO AFIRMAR**, “...como algo que já nasce ‘conformado’ no jogo de ponderações entre os diferentes princípios que se põem como vetores axiológicos fundamentais do Ordenamento”.

Segundo Álvaro Villaça de Azevedo,⁴² “o novo Código Civil, no art. 187, sob comentário, soube reconhecer, na discussão doutrinária, de caráter internacional, a necessidade de fazer expressa, na lei, a presença do instituto do abuso de direito, e como ato ilícito”. O instituto, como se denota, sugere uma conduta valorativa do agente, de forma a não se conduzir com o propósito de criar danos a outrem. Esse é o verdadeiro sentido do texto legal, que foi introduzido em boa hora em nosso ordenamento civil,⁴³ com o propósito de normatizar a vetusta regra consistente no *neminem laedere*. Isto significa que o instituto já há muito fora vislumbrado pelo legislador no curso da história, sempre atento à realidade jurídica **EM CADA ÉPOCA**. Na realidade, em todos os momentos da vida das pessoas, nos seus mais diversos níveis de atuação, sempre será necessário observar que a ponderação e, basicamente, a moderação, são os elementos determinantes em nossas ações,⁴⁴ daí o porquê **O** princípio da moderação residir no *virtus in médio*: devemos usar adequadamente nossos direitos.⁴⁵

SEGUNDO assinala Álvaro Villaça de Azevedo,⁴⁶ “a consciência pública reprova o exercício do direito do indivíduo, quando contrário ao destino econômico e social do direito, em geral”. Isto porque toda atividade contrária ao exercício

⁴¹ COSTA, Judith Martins, op. cit., p. 127.

⁴² AZEVEDO, Álvaro Villaça de (coord). Código Civil Comentado, II. São Paulo: Atlas S.A., 2003. p. 362.

⁴³ Segundo Gustavo Tepedino, in A parte geral do Novo Código Civil – Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional, op. cit., p. 380: “na verdade a despeito de sua origem pretoriana, a teoria do abuso de direito não recebeu da jurisprudência brasileira, na vigência do Código de 16, uma contribuição significativa para definição do seu conceito, critério e autonomia científica. Tudo levar a crer, no entanto, que este cenário se modifique de forma considerável a partir da vigência do Código de 2002”.

⁴⁴ Álvaro Villaça de Azevedo, op. cit., p. 363, ao se referir a Caio Mário da Silva Pereira reproduz, “ora assenta na dosagem do exercício, admitindo que se o titular excede o limite do exercício regular de seu direito, age sem direito; ora, baseia-se na configuração do *animus nocendi*, e estabelece que seja de se reprimir o exercício do direito, quando se inspira na intenção de causar mal a outrem (Ripert)”.

⁴⁵ Segundo Paulo Nader. Curso de Direito Civil, parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 552, “em relação ao Direito Romano, há significativa passagem em texto do juriconsulto Gaio: *male enim nostro jure non debemus* (não devemos usar mal de nosso direito). Neste pensamento está contida a idéia de que o direito deve ser exercitado na medida de sua utilidade em que há um limite de eficácia para os direitos subjetivos”.

⁴⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça de, op. cit., p. 362.

normal de um direito fere, de forma inevitável, o direito de outrem, por decorrência da irregularidade do ato.

Na perspectiva de Fábio Ulhoa Coelho,⁴⁷

resultada leitura do dispositivo legal em foco (CC, art. 187) que o direito brasileiro acolheu a primeira das tendências de classificação do abuso de direito. Ele se enquadra indiscutivelmente entre os atos ilícitos. Disso decorre, entre outras implicações, a responsabilidade civil do titular do direito abusivamente exercido pelos danos a que deu causa.

Portanto, o abuso de direito se identifica em dois momentos: o primeiro, através do ato do agente quando extrapola o exercício regular do direito; e o segundo, em face das lesões sofridas pela vítima em virtude desse fato. Nesse sentido, Paulo Nader⁴⁸ argumenta que,

para M. Planiol, as pessoas abusam das coisas, mas não do direito. Quando o agente extrapola já se encontra fora da esfera de seus direitos e nos domínios da ilegalidade. A expressão abuso de direito seria uma *contradictio in adjecto*.

Assim, o abuso configura no ato do agente um procedimento *contra legem*, porquanto sua ação identifica um comportamento contrário à ordem jurídica, fato que constitui um procedimento inadequado do ofensor. Para Heloísa Carpena,⁴⁹ “o ato abusivo, então, é aquele que, não apenas causa dano a outrem, mas se torna reprovável por infringir deveres morais de justiça, equidade e humanidade, os quais existem acima do plano da legalidade”.

Destarte, o abuso de direito não abrange apenas a ilegalidade do ato cometido pelo agente, mas ofende igualmente os princípios axiológicos que representam o fundamento jurídico-institucional de todo o ordenamento jurídico.⁵⁰

⁴⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2. p. 316.

⁴⁸ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 551.

⁴⁹ CARPENNA, Heloísa. A parte Geral do Novo Código Civil – Estudo na Perspectiva Civil-Constitucional, obra coordenada por Gustavo Tepedino, Abuso de direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 369.

⁵⁰ Nesse sentido, Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, em sua obra Código Civil Interpretado, Conforme a Constituição da República, vol. I, São Paulo: Renovar, 2004. p. 341, proclamam: “a categoria do abuso do direito surgiu justamente no intuito de reprimir os atos que, embora praticados com estrita observância da lei, violavam o seu espírito. A definição dogmática do ato abusivo permanece, ainda hoje, controversa, ora associada à inobservância da função do instituto jurídico, ora vinculada à violação da boa fé objetiva ou

As pessoas devem não somente agir de acordo com o ordenamento jurídico, mas, de igual forma, proceder com ética e socialidade nas relações mantidas com os seus semelhantes.⁵¹ Isto porque, a norma existe para disciplinar o espírito das pessoas anti-sociais ou violadoras das **REGRAS** de conduta, que **SÃO** ser pautadas pelos princípios axiológicos, segundo **PRESCRIÇÃO** contida nos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana na Carta Magna.⁵²

Os tribunais têm aplicado a idéia de abuso de direito aos mais diversos casos em que se evidenciam procedimentos não recomendáveis, quando são realizados à revelia da vítima, ferindo os seus direitos fundamentais. Nesse sentido, pode-se afirmar: “Constitui abuso de direito sacar letra de câmbio e levá-la a protesto sem estar autorizado por lei ou contrato (In RJTRS 43/374)”. E, ainda: “O juiz pode julgar ineficaz a personalidade societária, sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros. (In RSTJ 140/396)”. Nessa **MESMA LINHA** de conduta, o STJ ainda decidiu que “a opção pela via falimentar como meio de cobrança, em detrimento da via executiva, constitui, inúmeras vezes, abuso de direito, a merecer redobrada atenção do julgador, que não a deve prestigiar e estimular. (In STJ – 4ª. T. – REsp. 1712/RJ – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 09.04.90)”. Em outras ocasiões, ainda se configura abuso de direito quando “pessoa inocente que é abordada, sem escrúpulos, por segurança do supermercado e submetido à revista pessoal, ficando exposta à humilhação e ao constrangimento público, tem sua honra e sua imagem violadas, fazendo jus à compensação dos danos morais sofridos. (In TJPR – 7ª. Cam. Civ. - Apel. Civ. 19395500 – Rel. Des. Accácio Cambi – j.em. 20.05.02)”.

Ficam assim configurados os diversos casos em que o agente procede em desconformidade com o padrão normal de comportamento, desviando-se da função social e ética **PRECONIZADO PELO ORDENAMENTO; DECORRENTES DOS** atos e omissões voluntários praticados pela pessoa na ordem jurídica.

Poderão ocorrer algumas situações que evidenciam, pela sua natureza, a colisão de direitos fundamentais.⁵³ Nesse sentido, poder-se-á ilustrar a colisão de

simplesmente de um dever moral inerente ao direito”. (In Ripert, A Regra Moral, p. 187).

⁵¹ Na perspectiva de Yussef Said Cahali, em sua obra *Dano Moral*, 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 392: “no que interessa, impede considerar apenas que o direito contemporâneo dos povos civilizados já não mais se compadece com o individualismo exacerbado da máxima romana *nullus videtur dolo facere qui jure suo utitur*, aliás há então abrandado pela regra *non omne quod licet honestum est*. Sob inspiração da equidade, do interesse social, da solidariedade, o exercício do direito deve acomodar-se nos limites do necessário ou razoável, sob pena de configurar-se procedimento abusivo e ilícito”.

⁵² Segundo Gustavo Tepedino e outros, op. cit., p. 341, “os limites contidos nos direitos subjetivos são determinados pelo elemento axiológico-normativos, o qual lhe constitui e serve de fundamento. Delimitam-se assim os contornos da juridicidade pela valoração da conduta, frente ao sentido teleológico dos direitos impostos pelo ordenamento”.

⁵³ Segundo leciona Gustavo Tepedino, op. cit., p. 379: “em casos de colisão de princípios, nos quais se torna imperiosa a ponderação de valores, também são constantes as referências ao abuso de

dois direitos fundamentais – o direito de informar do órgão de imprensa e o direito da pessoa de não permitir a divulgação da sua imagem na matéria informada. Na realidade, não se trata de prevalência de um princípio sobre o outro, mas sim, da colisão de direitos fundamentais. Todavia, em situações dessa natureza há de **PREDOMINAR** o princípio da exigibilidade do respeito aos princípios eleitos pela ordem constitucional como fundamentais.

TODAVIA, HÁ os princípios fundamentais que sobrelevam todos os demais **QUE** são apontados pelo legislador e pelos tribunais **COMO** a vida e a dignidade da pessoa humana.

7. OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

O Código Civil de 2002 inaugurou um capítulo da maior relevância na ordem jurídica brasileira, consistente nos direitos da personalidade. Havia, no Código de 1916, um vazio legislativo diante da omissão do legislador ao não introduzir no ordenamento regras sobre **OS REFERIDOS DIREITOS, QUE** sempre desempenharam importantíssimo papel **SOCIAL. DIFEREM SUBSTANCIALMENTE** os direitos da personalidade da pessoa física e jurídica, que não tratam das questões valorativas presentes no *vultus* da pessoa com o nítido propósito de elevá-la ao ponto da dignidade do ser humano.

“A pessoa seria a representação jurídica de cada homem”, segundo leciona Danilo Doneda,⁵⁴ “porém a posição central assumida pelo próprio homem no ordenamento o traz, em toda a sua realidade e complexidade, para o epicentro do ordenamento, que a ele deva adaptar-se e não o contrário – e a máscara cai”. Na realidade, o texto do Código Civil de 2002 consagra uma tutela irrestrita ao princípio da dignidade da pessoa humana, sufragado pela Constituição de 1988, tanto quanto legitima a tutela de direitos fundamentais igualmente previstos no ordenamento maior, tais como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Assim, a tutela desse magno direito representa para a legislação brasileira uma conquista sem precedentes, em época que se destaca pela ofensa aos direitos fundamentais da pessoa humana. Não se justifica que a sociedade brasileira, **BALIZADA** no ordenamento mundial que proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, esteja dissociada dessa extraordinária conquista na direção

direito, buscando-se determinar os limites ao exercício do direito ou liberdade, tal como ocorre com as ações para ressarcimento de danos causados por publicações jornalísticas ou comerciais”.

⁵⁴ DONEDA, Danilo. Os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil. In: Parte Geral do Código Civil, obra coordenada por Gustavo Tependino. São Paulo: Renovar, 2002. p. 36.

da tutela da pessoa como ser integral. Nesse aspecto, Gustavo Tepedino⁵⁵ proclama que,

embora muitos autores tratem separadamente o direito à integridade física do direito à integridade psíquica, hoje podem ser consideradas superadas as concepções que dissociam o corpo humano do espírito, dissociando regimes de tutela que não levem em conta a impossibilidade de fragmentar aspectos da própria condição humana.

Essa realidade já fora demonstrada por Michel Foucault⁵⁶ ao proclamar que

o homem de que nos falamos e que nos convidamos a liberar já é em si mesmo o efeito de uma sujeição bem mais profunda que ele. Uma ‘alma’ o habita e o leva à existência que é ela mesma uma peça no domínio exercido pelo poder sobre o corpo. A alma, efeito e instrumento de uma anatomia política, a alma prisão do corpo.

Portanto, é indissociável o componente físico do etéreo, pois ambos são partes de uma única atividade, representada pela manifestação da pessoa humana no mundo das relações. O que anima o corpo é o “espírito” ou a “alma”, que lhe confere substrato e razão na existência terrena.⁵⁷

A qualificação dos direitos da personalidade e sua conseqüente tutela assegurada pelas normas jurídicas é que conferem efetividade aos referidos direitos. A norma sem tutela nada significa, senão apenas um escrito que não possui valor no plano da realidade. A concretude dos direitos essenciais assinala o verdadeiro sentido da norma, que foi estabelecida para conferir tutela aos direitos reclamados pelas pessoas no mundo jurídico. Vicente Ráo⁵⁸ ensina que,

na verdade, as declarações desses poderes essenciais da personalidade reúnem e realizam todos os elementos constitutivos dos direitos subjetivos, tais os da titularidade, exercício e oponibilidade a terceiros, sob a proteção que as respectivas normas atributivas, constitucionais ou legais, lhe conferem; são reconhecidos e assegurados pelo direito objetivo e, ao

⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 48.

⁵⁶ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 29.

⁵⁷ Segundo anota Gustavo Tepedino, op. cit. p. 49 e nota de rodapé 38, citando Pietro Perlingieri (In *Perfis...*, cit..., p. 158), “seja o perfil físico, seja psíquico, ambos constituem componentes indivisíveis da estrutura humana. A tutela de um destes perfis traduz-se naquela da pessoa no seu todo, e a disciplina na qual esta tutela é, de regra, utilizável também para cada um de seus aspectos”.

⁵⁸ RÁO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 638.

mesmo tempo, atuam como direitos fundamentais, ou básicos, de todo sistema jurídico.

Por estas razões, os direitos da personalidade prescritos no novo ordenamento civil definem as questões mais relevantes na nossa ordem social-democrática. Ao enaltecer a pessoa como o centro de um sistema solar, o legislador materializou as irradiações dos planos superiores na direção da proteção da obra mais perfeita do Criador – a pessoa humana. Daí por que Giselda Maria F. Novaes Hironaka⁵⁹ aponta que

são estes – certamente – os princípios ético-jurídicos de maior completez no que respeita à dimensão hodiernamente atribuída ao ordenamento jurídico vigente, de sorte a lhe conferir estrutura sistemática e eficácia tais, que o revelam completamente distinto de suas raízes romano-germânicas, embora ainda a elas ligado pelos bons liames de gênese sólida, da origem milenar, mas muito mais harmonizado com a realidade dos homens e seus anseios na contemporaneidade.

A valoração conferida pela sociedade jurídica aos direitos da personalidade deflui, segundo observado, do significado que a pessoa humana possui no universo, como ser capaz de alterar-se a si mesmo, tanto quanto produzir alterações no ambiente físico e psicológico em que se encontra inserido.⁶⁰ A amplitude da tutela é consequência do valor-pessoa inserido nos direitos da personalidade. Wanderlei de Paula Barreto⁶¹ conclui:

Fixadas tais premissas pode-se conceituar os direitos da personalidade como cada uma das expressões determinadas do poder que tem a pessoa sobre o todo ou sobre partes da sua integridade física, psíquica e intelectual, em vida e, em alguns casos, após a morte, e que constituem um mínimo

⁵⁹ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 117.

⁶⁰ Segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *op. cit.*, p. 180, em sua nota número 12: “Na concepção de Hubmann (Hubmann, *Personlichkeitsrecht*) o conceito de personalidade se situa num espaço ético que reúne três elementos: a) a dignidade humana (*Menschenwurde*) – predominância do homem no universo; b) a individualidade (*Individualitat*) – o homem desempenha a tarefa ética de aspirar a valores gerais da humanidade; c) a personalidade (*Personalitat*) – sua qualidade de indivíduo no relacionamento com outros homens, consigo mesmo e com os valores ético e que nesse relacionamento afirma e defende sua autonomia. No pensamento cristão de Hubmann, cada homem é uma imagem singular de Deus. O Direito pode e deve realizar um mínimo ético; a norma deve garantir condições que possibilitem a vida de todos em igualdade e oportunidade”.

⁶¹ BARRETO, Wanderlei de Paula, *op. cit.*, p. 107.

necessário e apto a garantir a dignidade da pessoa e o amplo desenvolvimento da personalidade.

Por tais motivos, a importância dos direitos da personalidade reside basicamente nos recursos que o Estado confere à pessoa para garantir, através da tutela, a sua dignidade. É claro que essa defesa será exercida pelo seu titular, nos limites que a lei outorga à pessoa no exercício do seu direito. Elimar Szaniawski⁶² aponta que

A tutela de direito de personalidade pode dar-se mediante diversos meios de proteção diante de atentados praticados contra a personalidade humana. Todo o indivíduo possui o direito de proteger-se contra atentados dirigidos à sua personalidade através de atos de legítima defesa, desde que estes atos de defesa não ultrapassem os limites do indispensável à autotutela da personalidade.

FOI NESSA LINHA DE VALORES QUE O STJ, ATRAVÉS DE RECENTE DECISÃO PROCLAMOU,

ANOTE-SE, ADEMAIS, RETRATAR A LIDE UM DOS MAIS EXPRESSIVOS ATENTADOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA. SOB ESSE ENFOQUE TEMOS ASSENTADO QUE A EXIGIBILIDADE A QUALQUER TEMPO DOS CONSECUTÓRIOS ÀS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS DECORRE DO PRINCÍPIO DE QUE O RECONHECIMENTO DA DIGNIDADE HUMANA É O FUNDAMENTO DA LIBERDADE, DA JUSTIÇA E DA PAZ, RAZÃO POR QUE A DECLARAÇÃO UNIVERSAL INAUGURA SEU REGRAMENTO SUPERIOR ESTABELECIDO NO ARTIGO 1º QUE ‘TODOS OS HOMENS NASCEM LIVRES E IGUAIS EM DIGNIDADE E DIREITOS’. DEFLUI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA É PREMISA INARREDÁVEL DE QUALQUER SISTEMA DE DIREITO QUE AFIRME A EXISTÊNCIA, NO SEU CORPO DE NORMAS, DOS DENOMINADOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS EFETIVE EM NOME DA PROMESSA DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO, MARCANDO A

⁶² SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de Personalidade e sua Tutela. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 247.

RELAÇÃO UMBILICAR ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO PROCESSUAL (In REsp. 612.108/PR – Relator: Min. Luiz Fux – 1ª Turma – DJU de 03.11.2204). (In STJ – REsp. 802.435/PE (2005/0202982-0) – Primeira Turma – Relator: Min. Luiz Fux – julgamento em 19.10.2006 – DJU de 30.10.2006, p. 253).

Somente através da tutela dos direitos da personalidade a pessoa humana concretiza o seu ideal de garantir o exercício pleno da cidadania, invocando a necessária proteção do Estado à indenização dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais oriundos das lesões a esse direito-valor.⁶³

8. OS DANOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS.

O dano é dos pressupostos da responsabilidade civil, o mais importante e o que verdadeiramente confere sentido à indenização. Isto porque onde não houver dano nada haverá para ser indenizado. Destarte, a ocorrência de um prejuízo da vítima, decorrente de lesão aos seus direitos, consubstancia para o lesionado o direito, assegurado pelo Estado, de expropriar os bens do ofensor, com o propósito de restabelecer o *stato quo ante* em face do prejuízo advindo da ação lesiva.

Na ótica de Gustavo Tepedino e outros autores,⁶⁴

O dano é também elemento essencial do ato ilícito e da responsabilidade civil. Cuidando-se de elemento essencial do ato ilícito, fonte de responsabilidade civil, sem dano não há ato ilícito, ainda que se esteja diante de conduta antijurídica. Na célebre frase de Henri Lalou, '*pás de préjudice, pás de responsabilité civile*'.

Todavia, quando nos referimos aos danos é necessário destacar os danos patrimoniais e os extrapatrimoniais. “O conceito de patrimônio envolve qualquer bem exterior”, assinala Arnaldo Rizzardo,⁶⁵ “capaz de classificar-se na ordem das riquezas materiais, valorizável por sua natureza e tradicionalmente em dinheiro.

⁶³ Segundo leciona Elimar Szaniawski, op. cit., p. 248, “além da autodefesa da personalidade, que todos possuímos, o artigo 12 do Código Civil tutela amplamente o direito geral de personalidade, outorgando os meios necessários para que qualquer pessoa, que esteja na iminência de sofrer um atentado a direito de personalidade, possa fazer cessar a ameaça ou a lesão e requerer perdas e danos”.

⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., p. 334.

⁶⁵ RIZZARDO, Arnaldo, op. cit., p. 17.

Deve ser idôneo para satisfazer uma necessidade econômica e apto de ser usufruível”.

Portanto, os danos materiais ou patrimoniais são aqueles que afetam diretamente os bens econômicos do lesionado, causando-lhes depreciação. Poderá então ocorrer uma perda econômica imediata, considerada como dano emergente; ou, quando uma pessoa deixa de obter vantagens em decorrência de ato ofensivo que resulte na privação de um lucro futuro, ocorrerá o lucro cessante.

Dessa forma, “define-se o dano como a lesão a um bem jurídico”, ensinam Gustavo Tepedino e outros,⁶⁶ assinalando ainda:

a doutrina ressalva, todavia, que nem todo dano é ressarcível. Necessário se faz que seja certo e atual. Certo é o dano não-hipotético, ou seja, determinado ou determinável. Atual é o dano já ocorrido ao tempo da responsabilização. Vale dizer em regra, não se indeniza o dano futuro, pela simples razão de que dano ainda não há.

Através de decisão proferida pelo STJ (In STJ – 4ª. Turma – REsp. 545.483 – Relator Min. César Asfor Rocha – julgado em 02.10.2005 – DJU 24.11.2003) o Tribunal julgou inexistente a responsabilização, no caso de empresa que publicou anúncio com o número de telefone de contato errôneo, considerando necessária a prova efetiva do dano material, em virtude da impossibilidade de mera presunção. Nessa mesma linha de conduta, o STJ ainda decidiu (In STJ – REsp. 541.274/RJ – 3ª. Turma – Relator: Min. Castro Filho – J. em 26.09.2006 – DJU 23.10.2006) que,

a despeito da perda auditiva sofrida, o recorrente continuou em atividade na empresa, dando cumprimento ao seu contrato de trabalho, até atingir o prazo legal exigido para aposentadoria, razão pela qual não faz ele jus a qualquer indenização a título de dano material, restando-lhe apenas o direito ao arbitramento pelos danos morais sofridos.

Por essa razão, não basta apenas a demonstração do dano material sofrido pela vítima, sendo imprescindível a efetiva comprovação dos referidos danos.

Em se tratando de danos extrapatrimoniais, ou danos morais, a lesão ofende os valores da pessoa e incide sobre os bens imateriais da pessoa ou direitos da personalidade, que são amplamente tutelados pela ordem jurídica. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça⁶⁷ mantém o entendimento de que “basta a perturbação feita pelo ato ilícito nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimen-

⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo e outros, op. cit., p. 334.

⁶⁷ STJ – REsp. número 608.918/RS – 1ª. Turma – julgado em 20.05.2004.

tos, nos afetos de uma pessoa, para produzir uma diminuição no gozo do respectivo direito”.

Portanto, esses bens tutelados pela ordem jurídica, que não se enquadram nos artigos 90 e 91 do Código Civil exatamente por não serem dotados de valor econômico, não perdem, apesar disso, a sua característica de patrimônio ideal suscetível de indenização.⁶⁸

Na ótica de Arnaldo Rizzardo,⁶⁹

além do prejuízo patrimonial ou econômico, há o sofrimento psíquico ou moral, isto é, as dores, os sentimentos, a tristeza, a frustração, etc. Em definição de Gabba, lembrada por Agostinho Alvim, dano moral ou não-patrimonial é o dano causado injustamente a outrem, que não atinja ou diminua o seu patrimônio.

Assim, trata-se de uma lesão que independe de repercussão sobre o patrimônio material do lesionado, mas incide na intimidade da pessoa, causando-lhe profundo mal-estar, prejuízos íntimos que perturbam o natural equilíbrio de que somos detentores. De acordo com Gustavo Tepedino e outros autores,⁷⁰ “se, ao contrário, não podem ser quantificados pelo valor patrimonial atingido, sendo a lesão insuscetível de quantificação econômica, cuida-se de danos extrapatrimoniais ou morais”. O STJ (In STJ – REsp. 802.435/PE – 1ª Turma – Relator: Min. Luiz Fux – julgado em 19.10.2006 – DJU de 30.10.2006), em decisão de grande repercussão nacional, decidiu questão ajuizada contra a União, em decorrência de danos materiais ou morais causados a uma pessoa em uma penitenciária estadual, onde contraiu doença pulmonar grave (tuberculose), além de ter perdido a visão dos dois olhos durante uma rebelião. Nesse caso, o STJ fixou ambas as indenizações em R\$. 2.000.000,00, com o objetivo de restaurar a vítima no seu patrimônio material e psicológico, extremamente afetado em virtude das gravíssimas lesões sofridas por causa da negligência do aparelho estatal.

O STJ, reconhecendo a importância dos dois danos – o patrimonial e o extrapatrimonial – **EM FACE DA Súmula 37**,⁷¹ que admite a cumulação de ambos

⁶⁸ De acordo com o magistério de Yussef Said Cahali (In Dano Moral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 20), “segundo entendimento generalizado na doutrina, e de resto consagrado nas legislações, é possível distinguir, no âmbito dos danos, a categoria dos danos patrimoniais, de um lado, dos danos extrapatrimoniais, ou morais, do outro, respectivamente, o verdadeiro e próprio prejuízo econômico, o sofrimento psíquico ou moral, as dores, as angústias e as frustrações infligidas ao ofendido”.

⁶⁹ RIZZARDO, Arnaldo, op. cit., p. 18.

⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo e outros autores, op. cit., p. 335.

⁷¹ Súmula 37 do STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

para o efeito da observância ao princípio da *restitutio in integrum*. Da mesma forma, editou a Súmula 227,⁷² que admite a indenização da pessoa jurídica, seja esta de direito privado ou público, com o propósito de responsabilizar aqueles que ofendem sua credibilidade, nome ou imagem. Neste caso, torna-se necessária a efetiva demonstração dos prejuízos causados às referidas pessoas, em virtude do Enunciado número 189,⁷³ proclamado na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo STJ.

Destarte, todas essas situações demonstram, de forma inequívoca, a pretensão do legislador de admitir de forma ampla e irrestrita a possibilidade de indenizar as vítimas de atos ilícito, em todos os sentidos, de forma a satisfazer plenamente sua pretensão ressarcitória.

9. A INCIDÊNCIA DO ABUSO DE DIREITO NAS RELAÇÕES PRIVADAS.

O abuso de direito incide em várias áreas **JURÍDICAS**, particularmente nas relações privadas **ONDE** predominam *O VINCULUM IURIS* ou naquelas em que predominam situações de subordinação.

A REALIDADE SOCIAL DEMONSTRA QUE VIVEMOS EM UM MUNDO EM QUE PREDOMINAM AS RELAÇÕES ENTRE AS PESSOAS. No âmbito desta realidade ocorrem freqüentemente danos decorrentes de abusos cometidos, identificados pela jurisprudência francesa como préjudice d'agrément. Na perspectiva de André Gustavo Corrêa de Andrade,⁷⁴

Entre nós, o dano à vida de relação é considerado não como uma categoria à parte, destacada do dano moral, mas como uma especial forma de manifestação de dano imaterial. Trata-se de uma consequência lesiva que o julgador deve levar em consideração na fixação da indenização do dano moral decorrente da lesão à integridade física da vítima.

Dentre essas relações se destacam **AS QUE SE ENCONTRAM** presentes na sociedade conjugal. No núcleo familiar **HÁ** pontos de contato de extremo valor. Por tais motivos, o vínculo jurídico que justifica o casamento se reveste de *affectio*

⁷² Súmula 227 do STJ: "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral".

⁷³ Enunciado 189 da III Jornada de Direito Civil promovido pelo STJ: "Na responsabilidade civil por dano moral causado à pessoa jurídica, o fato lesivo, como dano eventual, deve ser devidamente demonstrado".

⁷⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano Moral e Indenização Punitiva. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 89.

maritalis, ou seja, uma ligação sedimentada no afeto e NA consideração que devem presidir as relações familiares. Nessa orientação, Caio Mário da Silva Pereira⁷⁵ proclama que

a afetividade invade a ciência jurídica transcendendo aos aspectos exclusivamente psicológicos e sociológicos. Como o ‘o respeito e consideração mútuos’ (art. 1.566, V) e ‘lealdade e respeito’ (art. 1.724), o afeto e tolerância não de ser incorporados como valores jurídicos nos âmbito das relações familiares.

É nesse ambiente, em que predominam essencialmente as questões de valor, que ocorrem abusos de direito que, extrapolando os limites da razoabilidade e tolerabilidade, invadem searas alheias, produzindo rupturas psicológicas de alta magnitude.⁷⁶ Assim, no local em que viceja a pureza de propósitos, a quebra do valor repercute intensamente na intimidade das pessoas, gerando lesões expressivas no campo patrimonial e, especialmente, no extrapatrimonial.⁷⁷

Para Vitor Hugo Oltramari,⁷⁸

a praxe forense, os estudos sociais e psicológicos, as pesquisas de campo e as estatísticas dão conta disso. Em sua análise, Eduardo de Oliveira Leite resgata os ‘efeitos devastadores de reflexos quase sempre negativos’ ocasionados pelas rupturas conjugais, mesmo nas consensuais e, muito mais, nas litigiosas, porque são sempre experiências dolorosas e duradouras que causam danos dos mais diversos matizes.

Realmente, os efeitos das rupturas conjugais são extremamente danosos, porquanto ocasionam desgastes emocionais intensos aos consortes separados ou divorciados litigiosamente. É que, nesses casos, cada um atribui ao outro a culpa pela dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal. Assim, enumeram-se casos

⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil – Direito de Família, vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 40.

⁷⁶ Segundo Yussef Said Cahali, op. cit., p. 394, “o tema do ‘abuso de direito, que tantas outras projeções vem adquirindo no plano do direito comum, inclusive no direito de família e no direito administrativo, vem assumindo, da perspectiva que aqui nos interessa, particular relevância em matéria de abalo de crédito e, agora, de abalo de credibilidade e ofensa a outros direitos da personalidade”.

⁷⁷ Para Caio Mário da Silva Pereira, op. cit., p. 21, “demais disso, a família não tem suas normas somente no Direito. Como organismo ético e social, vai hauri-las também na religião, na moral, nos costumes, sendo de assinalar que a sua força coesiva é, antes, de tudo, um dado psíquico”.

⁷⁸ OLTRAMARI, Vitor Ugo. O Dano Moral da Ruptura da Sociedade Conjugal. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

extravagantes que ocorrem na vida íntima do casal, expondo as partes a situações vexatórias e extremamente desgastantes, com profundas fissuras na intimidade das pessoas envolvidas nesse processo.

Por conseguinte, em todas as ocasiões em que ocorrer a quebra dos deveres fundamentais dos cônjuges, previstos no artigo 1.566, incisos I a V do Código Civil, tais rupturas, por constituírem verdadeiro abuso de direito, visto que tais deveres constituem normas que devem ser respeitadas e atendidas pelos consortes, acarretarão inevitáveis repercussões na esfera da responsabilidade civil.⁷⁹ Na mesma linha, quando se verificar qualquer ato que implique em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida comum, tal ato deve ser considerado como abuso de direito, pois nesse caso o titular excede manifestamente os limites do casamento impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, a teor do art. 1.572 do Código Civil.

Nessas situações, as violações desses deveres acarretarão danos morais que **SERÃO** devidamente apurados para o efeito de indenizar as vítimas. Para Rolf Madaleno,⁸⁰

A indenização por dano moral, dentro da separação judicial, busca compensar o real sofrimento do cônjuge judicialmente declarado vítima da separação litigiosa. Sua função é a de ressarcir a honra conjugal afetada e a integridade moral de que foi alvo o cônjuge ofendido. No direito de família, repara os danos morais causados pela violação e a dever conjugal ou por conduta considerada desonrosa e que torne insuportável a vida em comum.

Por decorrência dessas situações, é inevitável a repercussão desses fatos que agridem a dignidade das pessoas e, por conseqüência, resultam em indenizações por danos morais.

Assim, é nessa esfera em que se operam as indenizações marcadas por lesões que repercutem profundamente na intimidade dos cônjuges. O que justifica essa realidade é a magnitude da dignidade da pessoa humana presente na sociedade conjugal, e por essa razão, os valores relativos ao *quantum* indenizatório devem corresponder a essa situação, caso contrário, estar-se-ão possibilitando novas situações ofensivas no plano da instituição familiar.⁸¹

⁷⁹ Segundo leciona Vitor Ugo Ultramari, op. cit., p. 118, “ora, considerando que o dano moral se configura pelo efeito da lesão que provoca e pelo caráter da sua repercussão sobre o lesado, é inconcebível não admitir que um e outro aconteça no seio familiar, de forma ainda mais manifesta”.

⁸⁰ MADALENO, Rolf. Responsabilidade Civil. In: SLAIBI FILHO, Nagib; COUTO, Sergio. O Dano Moral no Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 342.

⁸¹ Márcia Novaes Guedes, Terror Psicológico no Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 20,

Não obstante, a vida de relações das pessoas não se resume apenas e tão-somente ao ambiente familiar, mas se estende igualmente ao meio laboral, em que se operam situações de subordinação entre empregador e empregado, predominando uma interdependência entre pessoas. Rodolfo Pamplona Filho⁸² ensina:

Não há motivos, portanto, para se excluir lesões de direitos extrapatrimoniais no âmbito da relação de emprego, eis que as relações sociais, normalmente já conflituosas quando as partes estão em pé de igualdade, tendem a se tornar mais tensas quando o próprio Direito reconhece a desigualdade fática entre os contratantes, como é o caso do vínculo trabalhista.

É natural a conclusão de que **NAS** relações laborais existentes entre empregador e empregado não outorgam ao patrão, o direito de extrapolar os limites dessa relação, de forma a ofender os direitos do subordinado e produzir danos em seu patrimônio material e imaterial.

Nesse particular aspecto, têm sido freqüentes procedimentos lesivos que acarretam às pessoas danos de grandes proporções. José Affonso Dallegrave Neto⁸³ assinala:

Segundo Marie-France Hirigoyen, por assédio no local de trabalho compreende-se toda e qualquer conduta abusiva manifestada, sobretudo, por comportamentos palavras, atos, gestos e escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa ou por em perigo seu emprego ou, em última análise, degradar o ambiente de trabalho.

Nessas condições, as relações entre as pessoas no ambiente de trabalho se degradam, causando repercussões graves às pessoas em sua intimidade e na própria atividade laboral. Os danos oriundos dessas situações são inequívocos. Na realidade, toda essa gama de situações decorre do abuso de direito, a partir do momento em que as pessoas extrapolam os limites da razoabilidade no exercício de suas funções laborais ou os limites impostos pela indispensável tolerância *QUE DEVE PREDOMINAR* nas relações pessoais.

aponta que, “a crônica jornalística, muitas vezes, escarafunchando os motivos de horrendo assassinatos de casais, praticados por filhos, não raro revela que escondido na aparência da mansidão da vida familiar havia um pesado caso de mobbing de pais contra filhos”.

⁸² PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O Dano Moral na Relação de Emprego. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 92.

⁸³ DALLEGRAVE NETO, José Afonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

Essa triste constatação presente na sociedade moderna (não obstante antiga), consistente na degradação das relações interpessoais, é o resultado da excessiva liberdade outorgada pelas normas de conduta – quase sempre permeadas de irresponsabilidade – que atingem as pessoas em suas zonas de valor. Essa realidade é manifestada por Márcia Novaes Guedes⁸⁴ quando assinala:

Mobbing, assédio moral ou terror psicológico no trabalho – conforme trataremos o fenômeno nesse estudo – é uma espécie de violência cruel e degradante das relações sociais, mas que sobreviveu por séculos inteiramente ignorada de médicos e juristas, sem que as vítimas encontrassem amparo para seu sofrimento e sem punição adequada para a ação criminosa do perverso. O *mobbing* ou temor psicológico não é uma violência restrita do ambiente de trabalho, mas se verifica igualmente na família e na escola.⁸⁵

A evidência do abuso de conduta é notória. As pessoas, na realidade, perderam os limites das suas ações. Excedem-se no uso dos seus direitos e invadem a esfera da pessoa próxima, atingindo-a em sua zona de valores, de forma a gerar-lhe lesões na esfera extrapatrimonial.

Se as pessoas pudessem avaliar a exata dimensão de suas ações, certamente cada um seria juiz de si próprio. Todavia, mesmo a revelação da conduta social preconizada pela filosofia cristã – *não façais aos outros o que não quereis que os outros vos façam* – não tem sido suficiente para refrearmos nossas ações e evitarmos que elas ultrapassem os limites da razão. Essa é a realidade com **A QUAL** nos deparamos, e por esse motivo somos vítimas dos sofrimentos decorrentes das reações provocadas pelas nossas ações impensadas.

10. A INDENIZAÇÃO DOS DANOS DECORRENTES DO ABUSO DE DIREITO.

As indenizações devem sempre atender ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, segundo reiteradas decisões prolatadas pelo STJ nessa direção. Por outro lado, o princípio da *restitutio in integrum* impõe que as indenizações sejam completas, não sendo admissível que o *quantum* indenizatório seja

⁸⁴ GUEDES, Márcia Novaes. Terror Psicológico no Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 19.

⁸⁵ Segundo proclama Márcia Novaes Guedes, op. cit., p. 19, “é todavia, na comédia da vida privada que a perversão moral pode assumir conotações trágicas, na medida em que a relação perversa entre casais pode, muitas vezes, ser a própria base de constituição da família, já que os parceiros são livres para se escolherem mutuamente”.

parcial ou incompleto. Para atingir esse desiderato o próprio STJ editou a Súmula 37, na qual admite a cumulação dos danos materiais com os danos morais.

De acordo com Arnoldo Rizzardo,⁸⁶ “Sempre que verificada hipótese que excede os limites do tolerável, é reconhecida a responsabilidade, obrigando-se o autor do abuso a indenizar os prejuízos”. Aliás, essa mesma orientação já se acha proclamada no artigo 226 do código civil alemão (BGB) desde a sua vigência em 1896: “Quem intencionalmente causar prejuízo a outrem de uma forma contrária aos bons costumes está obrigado a reparar o dano”.

Apurado o prejuízo, seja este representado por lucros cessantes, danos emergentes ou dano moral, impõe-se o dever de aferir o montante desses prejuízos para o fim indenizatório.

Rui Stoco⁸⁷ assinala:

Caso o ato abusivo, praticado intencionalmente ou através de comportamento culposos, invada a esfera de direitos de outra pessoa, cabe indagar se esta suportou prejuízos de ordem material ou moral, hipótese em que se adentra no campo da responsabilidade civil e nasce à obrigação de reparar, seja indenizando o que se perdeu (dano emergente) ou se deixou de ganhar (lucro cessante), seja compensando a ofensa aos valores morais da pessoa com um *quantum* em dinheiro mais ou menos aleatório e que se paga de uma só vez, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial pacífico.

A reparação se opera em todos os sentidos, com a finalidade de restabelecer, para a vítima, a satisfação plena do seu prejuízo, de forma que ela seja compensada dos atos abusivos e contrários à ordem jurídica praticados pelo agente ofensor. Nessa direção, o Conselho da Magistratura do TJRJ, processo número 599/96, sendo relator o Des. Sérgio Cavalieri Filho, prolatou a seguinte decisão:

Ensino. Mensalidades Escolares atrasadas. Retenção de documentação necessária à transferência do aluno. Abuso do direito. Constitui abuso do direito reter o estabelecimento de ensino a documentação necessária à transferência do aluno, a título de compelir os responsáveis a pagarem as mensalidades escolares atrasadas. A ordem jurídica vigente não autoriza fazer justiça com as próprias mãos a pretexto do eventual exercício do direito de cobrança, nem permitir causar dano irreparável a outrem, como no caso ocorreria se ficasse o aluno impedido de continuar os seus estu-

⁸⁶ RIZZARDO, Arnoldo, op. cit., p. 513.

⁸⁷ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 125.

dos em outro colégio. Desprovimento do recurso.

Na mesma linha, o STJ decidiu:

Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos costumes (art. 187 do Código Civil). A recorrente, ao suspender o fornecimento de energia elétrica em razão de um débito de R\$ 0,85, não agiu no exercício regular de direito, e sim com flagrante abuso de direito. Aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. A indenização por danos morais foi fixada em valor razoável pelo Tribunal *a quo* (R\$ 1.000,00), e atendeu sua finalidade sem implicar enriquecimento ilícito à indenizada. (In STJ – 1ª Turma – REsp. 811.690/RS – Relator: Min. Denise Arruda – julg, em 18.05.2006 – DJU de 19.06.2006).

Assim, não escapam do dever de indenizar todos aqueles que, extrapolando os limites da sua ação, acarretam prejuízos a terceiros. Nesses casos, o *quantum debeatur* deve guardar correlação com a extensão dos danos produzidos, sob pena de aviltar a pretensão indenizatória da vítima e desconsiderar o instituto como moderador e inibidor da ação lesiva do agente que cometeu o abuso.

11. OS REFLEXOS NO AMBIENTES SOCIAIS DECORRENTES DO ABUSO DE DIREITO

A função principal da responsabilidade civil é a de permitir à vítima da ação lesiva de terceiros ser reintegrada no seu patrimônio ilicitamente violado. Somente através da recomposição patrimonial da vítima haverá paz social, pois toda violação que atinge qualquer pessoa no ambiente coletivo vulnera a sociedade, da qual o lesionado é parte integrante.

Destarte, a primeira idéia relativa ao abuso de direito é restaurar o patrimônio à vítima, tanto quanto penalizar o ofensor em face da sua ação lesiva e contrária aos princípios gerais de direito, e através dessa postura, oferecer à sociedade uma resposta em face das lesões **PERPETRADAS SOBRE UM DOS SEUS MEMBROS**. Tem sido frequente a revolta **SOCIAL** sempre que um dos seus membros **É VÍTIMA DE** qualquer tipo de agressão. Esse “espírito de corpo” é natural e reflete um procedimento que se observa igualmente no reino animal. Por essa razão, a função dúplici contida no ordenamento jurídico – compensação e punição – tem sido reiteradamente acolhida pelas

nossas Cortes de justiça, em razão do notório efeito de dissuasão presente no *quantum* indenizatório.

O abuso de direito é consignado no Código Civil como ato ilícito. Mesmo que se levem em conta a licitude inicial do ato e o fato de que o agente está autorizado pelo ordenamento jurídico a praticá-lo, em face do exercício regular de um direito, não está ele autorizado pelo ordenamento jurídico a extrapolar o limite desse direito, e aí se configura a ilicitude do ato. Assim, todas as pessoas são livres quando se trata de exercitar suas pretensões, desde que não extrapolem os limites impostos pelo próprio regulamento jurídico. A própria Constituição Federal de 1988 dá exemplo notório nesse particular, ao dispor em seu artigo 5º, inciso XVII, que “É plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”. A ordem jurídica constitucional confere **PLENA LIBERDADE**, ou seja, liberdade absoluta para as pessoas se reunirem; mas estabelece uma condição basilar: que a reunião seja lícita e não tenha objetivos paramilitares. Aí se encontra a razão que inspirou a *mens legislatoris*: reunir-se em associação é livre e lícito; o que não é lícito é ter pretensões ilícitas ou de fins paramilitares. Para Cláudia Lima Marques,⁸⁸ “já o abuso de direito pressupõe a existência do direito, logo, a atividade inicial é lícita, pois aquele que usa seu direito não prejudica (em princípio) outros (*neminem laedit qui suo jure utitur*)”. Portanto, o que se destaca nesse instituto é o seu elevado alcance social. A magnitude do artigo 187 do Código Civil extrapola até mesmo os limites almejados pelos legisladores, visto que se trata de uma norma de comando que nos oferece a possibilidade de dimensionarmos o alcance dos nossos atos **EM FACE DO SEU FIM ECONÔMICO OU SOCIAL**. Em outros termos, o que o legislador quis dizer é: Você tem liberdade de agir, todavia, meça com exatidão os atos que **PRETENDE** praticar, sob pena de você responder pelo excesso; ou seja, o seu agir é lícito, o que não é lícito é a extravagância dos seus atos.

O alcance social do instituto do abuso de direito **É NOTÓRIO E**, pode ainda ser vislumbrado quando se faz a leitura do artigo 1.228 **DO CÓDIGO CIVIL** e seus parágrafos. Nesse caso observa-se, na redação do citado texto, que o direito de propriedade é amplo e exclusivo, todavia o legislador estabeleceu-lhe inúmeras restrições. Assim, o proprietário poderá utilizar-se da sua propriedade como de-sejar, desde que não cause danos ao meio ambiente ou à sociedade e atenda à sua finalidade econômica.⁸⁹ Dessa forma, nas ocasiões em que o titular não observar os referidos limites, estará configurada a abusividade do direito. **COMO PRO-**

⁸⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O Novo Regime das Relações Contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 769.

⁸⁹ Segundo leciona Fernando Augusto Cunha de Sá. Abuso de Direito. Coimbra: Almedina, 2005. p.

CLAMADO PELO STJ, “O QUE A CARTA POLÍTICA DE 1988 AUTORIZA E PROTEGE É O DIREITO DE EXPRESSÃO E NÃO O ABUSO DO DIREITO DE EXPRESSÃO” (in REsp. 788.880/MT).

Ao comentar o alcance da matéria, aplicada ao direito contratual em face do Código de Defesa do Consumidor, Cláudia Lima Marques⁹⁰ obtempera:

No sentido amplo é possível afirmar que as proibições legais referentes às cláusulas leoninas e às condições meramente potestativas representam uma primeira tentativa de combate a cláusulas consideradas abusivas'. Estas cláusulas eram e são combatidas por ferirem a ordem pública, aos bons costumes, por privarem de todo efeito o ato ou por sujeitarem no arbítrio de uma das partes.

Portanto, são inúmeras as situações em que incide o abuso de direito, o qual é capaz de gerar prejuízos ao patrimônio de outrem, principalmente quando praticado de forma desmesurada **OU DESCONTROLADA**.⁹¹ No caso do direito de propriedade – uma dos mais antigos da história da civilização – sempre foi indiscutível a liberdade do proprietário quanto ao uso e gozo dos seus bens imóveis, considerada absoluta. No entanto, essa não é a realidade atual. Por isso, Fernando Antunes Cunha de Sá⁹² proclama:

mas os que aí ficam chegam-nos para compreender, a propósito de um dos direitos que tradicionalmente se tinham por absolutos, como consideração do fim social ou econômico desse direito leva o legislador a estabelecer-lhe múltiplos limites, cuja ultrapassagem pode pôr em causa um problema de

209, “a idéia de o exercício dos direitos ser limitado pelo respectivo fim social ou econômico parece ser reflectida pelo Código Civil em muitos casos”.

⁹⁰ MARQUES, Cláudia Lima, op. cit., p. 771.

⁹¹ Tem sido freqüente a veiculação nos órgãos de imprensa de notícias com excesso de cores, que desnaturam o constitucional direito de informar e da liberdade de imprensa, como se denota na decisão prolatada pelo STJ: “Quem pratica pela imprensa abuso no seu exercício responde pelo prejuízo que causa. Violado direito, ou causado prejuízo, impõe-se sejam reparados os danos. Caso de reparação de dano moral, inexistindo, nesse ponto ofensa a texto de lei federal”. (In Acórdão da 3ª. Turma do STJ – Rel. Min. Nilson Naves – j. em 14.11.1997 – REsp. 53.321 – RF 347/294). No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que: “Responsabilidade civil. Danos morais. *Notitia criminis*. Falsa imputação de crime. Abuso de direito. 1. – Acusação de prática de delituosa feita de forma leviana colore a figura do abuso de direito, que não se servindo de escusativa a afirmação do exercício regular de direito, que não se coaduna com a falta de moderação com a imprudência e com a temeridade”. (Acórdão do TJ/RS – Rel. Dês. Paulo Antonio Kretzmann – RApel. 70002438406 – j.em. 22.11.01).

⁹² SÁ, Fernando Augusto Cunha de, op. cit., p. 229.

abuso de direito.

A razão não poderá ser outra senão a função social do instituto. O direito existe no plano jurídico para tutelar interesses violados, e não para violar interesses tutelados. Nesse sentido, Paulo Nader⁹³ proclama: “Os direitos subjetivos existem para ser exercitados. O seu uso regular se acha sob a proteção legal e o seu titular não poderá ser responsabilizado por quaisquer danos causados nestas circunstâncias”. Assim, em todos os momentos em que ficar demonstrado **QUE** a pessoa **USOU A** ordem jurídica para causar prejuízo a outrem, em face do *animus abutendi*, ocorrerá evidência do abuso de direito e, por conseqüência, a possibilidade de indenização em virtude da ofensa **AOS DIREITOS** de terceiro.

Por tais razões, o instituto assinala o seu elevado alcance social ao coibir que o titular do direito se exceda na sua utilização, de forma a evidenciar o seu mau uso ou seu uso irregular, gerando perturbações e danos patrimoniais ao direito do próximo.

12. CONCLUSÕES

O instituto do abuso de direito consagrado no artigo 187 do Código Civil de 2002 inaugurou um novo momento jurídico no Brasil. Na realidade, desde muito o sistema jurídico nacional carecia de um dispositivo legal dessa magnitude, em razão da sua consagração na doutrina e na jurisprudência dos tribunais no Brasil

Para suprir essa *vacatio legis*, os julgadores vinham se utilizando das disposições contidas, respectivamente, nos artigos 4º e 126 da Lei de Introdução ao Código Civil e Código de Processo Civil. Assim, a ausência de um texto legal formal impôs aos tribunais, através de processo hermenêutico, construir pilares importantes na interpretação da *mens legislatoris*.

Por sua vez, a criação desse importante instrumento **LEGISLATIVO**, que proíbe e penaliza quem extrapola no exercício dos seus direitos, representa um marco **DE VALOR** na ordem jurídica, diante dos inúmeros abusos cometidos pelas pessoas no aparente exercício regular de um direito. Ora, o direito existe para proteger os bens tutelados pela ordem jurídica, sendo inadmissível que o seu titular utilize a lei como escudo para a prática de atos ofensivos aos direitos de outrem. Sempre que ficar evidenciado o abuso de direito, ocorrerá inevitável repercussão no patrimônio material e imaterial da vítima, tornando-se indiscutível o dever do agente ofensor indenizar os prejuízos decorrentes da sua ação abusiva.

⁹³ NADER, Paulo. Curso de Direito civil – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 559.

Nesse caso, tanto os danos morais como os patrimoniais serão devidos, sendo legítima a cumulação desses danos em face da já consagrada Súmula 37 do STJ.

Observa-se, na realidade atual, que é no campo das relações privadas que se tornam freqüentes os abusos, gerando profundos danos morais às vítimas atingidas. Nesta seara **SE** destacam aquelas relações referentes ao direito de família, terreno fértil em que predominam relações de expressivo valor presentes na sociedade conjugal. A insuportabilidade da vida conjugal - oriunda dos mais diversos fatores de agressão, dentre eles a quebra dos princípios previstos no artigo 1.566, incisos I a V do Código Civil - acarreta **INEVITÁVEIS** ofensas aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana. Neste campo os direitos da personalidade tutelam de forma ampla e irrestrita os direitos fundamentais da pessoa, tendo como pressuposto a compensação pelos prejuízos advindos **DOS REFERIDOS** atos de agressão.

Finalmente, o que se destaca nessa questão é o elevado alcance **ECONÔMICO E** social do instituto. Em virtude da sua aplicabilidade nos mais diversos segmentos da sociedade, confere ao abuso de direito uma norma condutora da ação equilibrada e moderada dos agentes titulares no exercício de seus direitos. A função social e educativa do instituto é notória. **AFINAL**, quem age nos estritos limites da lei, age acobertado pela própria lei. Como assinala Giuseppe Bettiol, seria ilógico o ordenamento impor um comportamento e depois o condenar. Nessa linha de conduta, o instituto do abuso de direito representa um freio, impondo limites à conduta daqueles que agem em razão dos comandos autorizados pelo texto normativo.

FINALMENTE, o abuso de direito, tanto quanto o abuso da autoridade, constitui um procedimento que pertence ao passado, quando quem tudo decidia era o monarca ou o tirano, única autoridade detentora do poder. Já não tem sentido a frase em que Luis XIV proclamou com a sua autoridade real; “*Le état c’est moi*”.

BIBLIOGRAFIA

ABUSO DE DIREITO NO CÓDIGO DE 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMERICANO, Jorge. **Do abuso do Direito no Exercício da Demanda**. São Paulo: Livraria Acadêmica (Saraiva), 1932.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de (coord.). **Código Civil Comentado II**. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

CARPENA, Heloísa. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte Geral do Novo Código Civil** – Estudo na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

COSTA, Judith Martins. **Comentários ao novo Código Civil**. Coordenada pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. Tomo II.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror Psicológico no Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade Pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss da língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** – O Novo Regime das relações Contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

MARTINS, Pedro Baptista. **O Abuso do Direito e o Ato Ilícito**. 3. ed. Atualizada por José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

MONTEIRO, Antonio Pinto. **Cláusula Penal e Indemnização**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLTRAMARI Vitor Ugo. **O Dano Moral da Ruptura da Sociedade Conjugal**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Dano Moral na Relação de Emprego**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V.

RÁO, Vicente, **O Direito e a Vida dos Direitos**, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

RIPERT, Georges. **A Regra Moral Nas Obrigações Civis**. Campinas: Bookseller, 2000.

RIZZARDO, Arnoldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RONAN, Colin A. **História Ilustrada da Ciência – Universidade de Cambridge**, São Paulo: Circulo do Livro, 1983.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso de Direito**. Coimbra: Almedina, 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. Coordenado por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: [s.n.], 2003. v. III. Tomo II

VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de Filosofia do Direito**. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado – Editor, 1979.

VIEIRA, Jair Lot. **Código de Hamurabi** – Código de Magno e Lei das XII Tábuas. Bauru: Edipro, 1994.

