

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ

JONATHAN BARROS VITA

HELENA COLODETTI GONÇALVES SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Anna Candida da Cunha Ferraz, Jonathan Barros Vita, Helena Colodetti
Gonçalves Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-115-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias
Fundamentais. 3. Realismo jurídico. I. Congresso Nacional do CONPEDI -
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXI Congresso Nacional do CONPEDI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito foi realizado em Minas Gerais entre os dias 11 a 14 de novembro de 2015 e teve como temática geral: Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

Este encontro manteve a tradição do CONPEDI em produzir uma reflexão crítica a respeito das pesquisas científicas desenvolvidas nos mais variados programas de pós-graduação, cujo fórum por excelência no evento são os grupos de trabalho.

Contextualmente, o grupo de trabalho cujo livro cabe prefaciar aqui é o de tema Direitos e Garantias Fundamentais II, que reuniu trabalhos de grande qualidade e exposições efetivamente instigantes a respeito das mais variadas matizes do tema geral.

Para organizar o fluxo de informações trazidas por estes artigos, quatro grandes eixos temáticos foram traçados para subdividir tal obra:

Direitos das minorias;

Liberdade de expressão e informação;

Dogmática jurídica, processo e judiciário; e

Políticas públicas e governamentais e direitos reflexos.

O primeiro destes eixos, compreende os artigos de 2, 5, 8, 13, 22, 23, 25, 26 e 27 da coletânea e demonstra como o empoderamento das minorias é um dos temas jurídicos da contemporaneidade.

O segundo destes eixos, compreende os artigos de 4, 7, 12, 14, 18, 20, 24, 30 da coletânea e lida com plataformas teóricas distintas para dar acesso a duas liberdades fundamentais e completamente imbrincadas entre si, o acesso à informação e a liberdade de expressão.

O terceiro destes eixos, compreende os artigos de 1, 9, 16, 17, 19, 21 e 28 da coletânea e está ligado à dogmática jurídica e a temas vinculados ao judiciário, incluindo o processo, temas estes que garantem a forma de acesso coercitivo aos direitos fundamentais.

O quarto e último destes eixos, compreende os artigos 3, 6, 10, 11, 15 e 29 da coletânea e dialoga, em vários níveis, com as possíveis ações governamentais, do ponto de vista atuativo ou regulatório (especialmente no campo do direito do trabalho) para garantir as ações públicas de preservação de direitos e garantias fundamentais.

Obviamente, estas notas sintéticas aos artigos selecionados para publicação neste grupo de trabalho não conseguem demonstrar a complexidade dos mesmos, nem do ponto de vista de variadas abordagens metodológicas utilizadas ou, mesmo, da profundidade de pesquisa.

Esses artigos, portanto, são a concretização do grau de interesse no tema desta obra e demonstra quão instigante e multifacetadas podem ser as abordagens dos direitos e garantias fundamentais.

Conclusivamente, ressalta-se que é um prazer organizar e apresentar esta obra que, sem dúvida, já colabora para o estímulo e divulgação de novas pesquisas no Brasil, função tão bem exercida pelo CONPEDI e seus realizadores, parceiros e patrocinadores que permitiram o sucesso do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2015

Organizadores:

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita UNIMAR

Profa. Dra. Helena Colodetti Gonçalves Silveira FUMEC

ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O ABUSO DO DIREITO NAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRA, PORTUGUESA E ITALIANA

ANALISI COMPARATIVA TRA L'ABUSO DI DIRITTO IN LEGISLAZIONE BRASILIANA, VIOLAZIONI PORTOGHESE E ITALIANO

**Clayton Reis
Horácio Monteschio**

Resumo

os contornos que envolvem o abuso do direito, tanto no direito brasileiro, quanto de Portugal e da Itália, estão circunscritos a uma série de questionamentos quanto a sua origem, aplicabilidade na seara entre os direitos subjetivos. Comparativamente, o presente artigo busca estabelecer a correlação entre o abuso do poder no direito brasileiro, português e italiano, comparar textualmente os comandos legislativos, presentes nos códigos de cada um desses países e, por finalmente, buscar estabelecer os pontos e comum de cada uma destas legislações e formular uma conclusão sobre tão relevante assunto. Cabe ressaltar o fato de que a preservação dos direitos da personalidade, fixado no direito pátrio, em face de possíveis práticas abusivas perpetradas, é medida que se impõe. Além do mais, diante da ausência de direito denominado como sendo absoluto, o exercício desnaturado de um direito, de forma a constituir-se em abusivo e violador dos direitos da personalidade deve receber todo o cuidado por parte do julgador a ponto de impedir a sua permanência ou mesmo que venha a ser praticado novamente.

Palavras-chave: Abuso do direito, Comparação legislativa, Direitos da personalidade

Abstract/Resumen/Résumé

i contorni di abuso di diritto, sia in diritto brasiliano, come il Portogallo e l'Italia, si limitano a una serie di domande sulla sua origine, l'applicabilità di raccogliere tra i diritti soggettivi. In confronto, questo articolo cerca di stabilire la correlazione tra l'abuso di potere in diritto brasiliano, portoghese e italiano, confrontare testualmente il comando legislativo, presenti nei codici di ciascun paese, e, infine, cercare di stabilire i punti in comune e ogni tali leggi e formulare una conclusione su come soggetto rilevante. Vale la pena notare il fatto che la tutela dei diritti personali, ambientato in diritti dei genitori, di fronte a possibili abusi perpetrati è quanto impone. Inoltre, in assenza del diritto di essere chiamato assoluto, esercizio denaturato di un diritto, deve essere costituito abusiva e violatore dei diritti della personalità dovrebbe ricevere la massima attenzione da parte del giudice per evitare il loro soggiorno o anche venire da praticare di nuovo.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Abuso di diritto, Confronto legislativo, Diritti della personalità

ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O ABUSO DO DIREITO NAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRA, PORTUGUESA E ITALIANA

ANALISI COMPARATIVA TRA L'ABUSO DI DIRITTO IN LEGISLAZIONE BRASILIANA, VIOLAZIONI PORTOGHESE E ITALIANO

INTRODUÇÃO

O interesse pela tutela sobre o abuso do direito, remonta há tempos pretéritos de difícil confirmação. Em que pese às indagações sobre as suas origens históricas, bem como, a quem deve ser atribuído à autoria do referido instituto o tema é de relevância indiscutível.

O abuso do direito integra, de forma explícita e indelével nosso ordenamento jurídico. Por outro lado, na atualidade a sociedade mundial, tão pluralista, nos seus mais variados tipos de composição, experimenta os diversos tipos de abusos de direito perceptíveis ou não, com suas vicissitudes e idiosincrasias, com suas respectivas e graves repercussões.

Dessa forma, o presente trabalho tem por escopo formular uma abordagem histórica dessa prática. Para tanto, passa a analisar detidamente a legislação, a doutrina e a jurisprudência brasileira, portuguesa e italiana sobre o abuso do direito.

O objetivo do presente trabalho é destacar os pontos de contato, convergentes e similares do abuso do direito no direito comparado destes países europeus, com o brasileiro.

Há que se ressaltar, ainda, o fato de que o exercício regular de um direito tem com ponto essencial a prática de atos limitados, desprovidos do cunho egoístico, pessoal.

Merece destaque que estará caracterizado o abuso do direito nos mais variados segmentos sociais e, envolvendo direitos multifacetados, a exemplo, dos que envolvem o direito de vizinhança, nas relações entre familiares, as presentes no ambiente laboral, dentre vários outros.

Desta forma, tendo em vista o incremento da complexidade presentes nas relações sociais e pessoais, o abuso de direito assume novos contornos.

Sobreleva enfatizar o fato na Constituição Federal de 1988, encontra-se consolidado o princípio da dignidade da pessoa humana como seu fundamento. Diante da magnitude dessa dignidade, abre-se a necessidade de que o debate o abuso de direito, assuma, a sua devida atualização em face da doutrina, da jurisprudência e do ambiente social em que se opera, para evitar a sua ocorrência.

1. ABUSO DO DIREITO, ORIGEM HISTÓRICA, CONCEITO E SUA IMPORTÂNCIA NAS RELAÇÕES SOCIAIS

A origem sobre o abuso do direito é um dos mais tormentosos tanto para a doutrina pátria quanto no direito comparado. Abre-se assim vários entendimentos sobre o abuso do direito, dentro dos contornos delineados na atualidade, tem sua origem no final do século XIX, bem com para outros que apontam para origens mais remotas. Para doutrinadores pátrios, a exemplo de Martinho Garcez Neto, o abuso do direito tem sua gênese no direito romano. E, nessa defesa pontua o autor:

Tal fato poderia via a ser comprovado por suas regras latinas: *nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur*, isto é, em tradução livre, não se pode acusar de dolo a quem faz uso de seu direito (cf. Gaio, Digesto, L. 50, tit. 17, Lei 55) e *nemo damnum facit nisi quid id facit, quod facere ius non habet*, ou seja, não faz dano a outrem senão quem faz aquilo a que não tem direito.¹

Ao analisar os brocados jurídicos presentes nas codificações e citações históricas do direito romano, pode-se concluir que já existia, naquela época, a adoção de expressões cunhadas relacionados ao abuso do direito, as quais vedavam a adoção de uma postura pessoal contrária ao proveito social, ou mesmo, em detrimento de outrem. Entre essas, destaca-se, exemplificativamente, citando Cícero, para o qual o excesso do direito resulta na suprema injustiça prescrito na parêmia, *summum jus summa injuria*, bem como, de que nem todo ato lícito é honesto, segundo ensinado por Paulus: *non omne quod licet honestum est*, e mesmo por Ulpiano em suas máximas, consistentes no fato de que todos devem viver honestamente, não prejudicar ninguém e dar a cada um o que é seu, sintetizados nos preceitos: *juris praecepta haec sunt, honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*.

Ainda, com relação à questão relacionada à origem do abuso de direito, esse assume vários contornos dentro da narrativa histórica. Argumenta-se de que não havia, por parte dos romanos, um desenvolvimento jurídico a ponto de assimilar o conceito de abuso de direito, mesmo se dê uma interpretação extensiva ao termo.

Nesse sentido, Pedro Baptista Martins preleciona que em razão da precariedade e da forma modesta como as relações, no direito romano se desenvolviam, não seria amoldável ao conceito do abuso do direito com a prática cotidiana da época. Para tanto, o autor ensina que: “os romanos não construíram uma teoria do abuso do direito. Povo simples e rude, a formação

¹ GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro : Renovar, 2000, p. 158.

de seu direito obedeceu às necessidades prática da vida, sendo notório que os seus juriconsultos não se preocupavam, em regra, com as generalizações²”.

Ao formular sua tese, com apoio na ausência de fundamentação, por assim dizer, para conferir ao direito romano a “paternidade histórica” do abuso do direito, Carlos Affonso Pereira de Souza, destaca que, não obstante a presença do instituto nos brocados romanos, este fato não possui o condão de confirmar que foram os romanos os criadores da doutrina do abuso do direito. Da mesma forma, não se pode atribuir a este povo a criação da teoria dos atos emulativos, conforme se conclui diante das suas ponderações:

Pode-se eventualmente notar nessa abordagem dois equívocos que podem não conduzir à melhor compreensão do tema. De início, pressupor que o legado romano sobre o abuso do direito lançaria luzes sobre a forma pela qual o instituto foi concebido no início do século passado pelas cortes francesas significa a realização de um salto histórico de proporções assustadoras. Essa linha de raciocínio pode ser encontrada em boa parte dos trabalhos monográficos sobre o assunto, mas, mesmo com todas as repetições possíveis encontradas na doutrina sobre os brocados romanos, hoje parece claro que os romanos não construíram uma teoria do abuso do direito, nem mesmo uma teoria dos atos emulativos.³

Como referido, não se pode estabelecer de forma conclusiva, a quem deve ser atribuído às primeiras considerações sobre o abuso do direito. Todavia, dentro deste limitado espaço expositivo, cabe destacar que os atos emulativos, ou entendidos como “*teoria dos atos emulativos*”, podem ser apresentados como “todo o ato praticado no exercício do próprio direito com o fim de causar prejuízo a outrem e sem tirar para si qualquer proveito⁴”. Ou seja, a prática de tais atos, descritos na referida teoria, assumem o duplo objetivo: de causar prejuízo para outrem, sem que para tal prática ilícita tenha, ainda que superficial, um benefício ao agente que praticou o ato antijurídico e, a violação de um dever de conduta social.

Socorrendo-se na doutrina portuguesa, encontramos a afirmação a qual autoriza a concessão, ao direito romano, da criação da teoria dos atos emulativos, formulada por Fernando Augusto Cunha de Sá. Portanto, afigura-se, na embrionária tese dos atos emulativos, a qual é fundamental para a caracterização do abuso de direito:

Tem sido atribuídas à teoria do abuso do direito origens longínquas, que, pelo menos, se situariam já no direito romano e que continuariam por todo o direito intermédio.

² MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e ato ilícito*. Rio de Janeiro : Forense, 1997, p. 15.

³ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do direito nas relações privadas*. Rio de Janeiro : Elsevier, 2013, p. 49.

⁴ GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade civil por abuso do direito : entre o exercício inadmissível de posições jurídica e o direito de danos*. São Paulo : Saraiva, 2011, p. 26.

Citam-se a tal propósito, máximas em seu favor, tai como *sumum ius, summa iniuria, nom omne quod licet honestum est, malitiis nom est indilendum, quod tibi nom prodest et alii nocet, prohibetur, in suo enim alii hactemus fcere licet, quatenus nihil in alienum immitat*. Afirma-se que é a consagração desta figura que explica e justifica a proteção do escravo contra o dono, do filho contra o pai, a repressão da fraude, a introdução da acção pauliana, as próprias mudanças da organização familiar, a proibição dos actos emulativos do proprietário.⁵

É indiscutível a importância do tema, em razão dos seus efeitos sociais e individuais. Suas origens históricas merecem um aprofundamento e investigação mais acentuada, com o propósito de identificar as fontes originais do instituto e, dessa forma, conhecer sua verdadeira genética. Todavia, essa não é, certamente, a proposta dos autores no presente trabalho, dado o exíguo espaço e a intenção de destacar carácter comparativo.

Nessa ordem de idéias, ao conceituar o abuso do direito, nos limites do presente trabalho, identificamos relações existentes, tanto entre a doutrina pátria, quanto as verificáveis na doutrina e jurisprudência portuguesa e italiana.

No Brasil, colacionamos jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de demonstrar os atributos conceituais do tema. No mesmo sentido, a cada tópico, do trabalho serão, igualmente citadas decisões e posições doutrinárias sobre o assunto.

Inicialmente, cabe destacar o aspecto doutrinária brasileiro, citando-se Carlos Roberto Gonçalves, para o qual a importância e a magnitude do instituto, ao proclamar:

Observa-se, assim, que o instituto do abuso de direito tem aplicação em quase todos os campos do direito, como instrumento destinado a reprimir o exercício antissocial dos direitos subjetivos. As sanções estabelecidas em lei são as mais diversas, podendo implicar imposição de restrições ao exercício de atividade e até sua cessação, declaração de ineficácia de negócio jurídico, demolição de obra construída, obrigação de ressarcimento dos danos, suspensão ou perda do pátrio poder e outras.⁶

Por sua vez, o dano causado a outrem, sem a existência de um benefício ao agente ofensor, bem como da análise dessa situação central identifica o abuso do direito, Iêdo Batista Neves, conceitua abuso de direito sob a ótica subjetiva e objetiva, nos seguintes termos:

Sob o critério subjetivo é exercício abusivo do direito com intenção de lesar o interesse de outrem, ainda que sem utilidade apreciável para o agente; sob o critério objetivo será sempre o exercício anormal do direito, contrariando sua finalidade

⁵ SÁ. Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, Coimbra : Almedina, 2005, p. 48-49.

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto, *Responsabilidade Civil*. Direito de Família – Direito de sucessões esquematizado, obra coordenada por Pedro Lenza, São Paulo, Editora Saraiva, 2014, p. 68.

social e com a ruptura do equilíbrio dos interesses em jogo. Caracteriza-se como ato ilícito.⁷

Assim, pode-se extrair da conceituação acima transcrita, que há uma vinculação do ato abusivo com a ilicitude. Destaque deve ser feito ao fato de que a interpretação, a *contrário sensu*, do art. 160, I do Código Civil de 1916 é o mesmo método interpretativo a ser ofertado ao art. 188, I do atual Código Civil⁸.

Na mesma linha de intelecção o artigo 187 do Código Civil de 2002⁹, estabelece, de forma precisa, que o ilícito praticado assume feições de violação de um direito quando acarreta prejuízo à terceiro. Consequentemente, sendo necessário ressaltar, que tal prática, se extrai em face da não ocorrência de qualquer benefício ao agente ofensor.

Destarte, José de Oliveira Ascensão, destaca a dupla forma interpretativa do art. 187 do Código Civil de 2002, nos seguintes termos:

A rigor o art. 187 do CC/2002, vigente tem sua interpretação distinguida em duas direções. De um lado, os que sustentam tratar-se a hipótese legal em questão da categoria do abuso do direito, em sua concepção objetiva – independente da presença e identificação da culpa. Por outro lado, há que se defender tratar-se de hipótese distinta do abuso, variando os argumentos neste sentido, desde sua identificação pura e simples com a hipótese nova de ilicitude, denominada ilicitude objetiva, ou mesmo o autorizado entendimento que sustenta a “desconstrução do abuso do direito” sugerindo a inexistência de um instituto unitário que se vincule aos limites do fim econômico ou social, boa fé, ou bons costumes, presentes no art. 187 do CC/2002¹⁰.

A autonomia acadêmica, do abuso do direito, é defendida por Daniel Eduardo Carnacchioni, o qual ainda, defende que por constituir em uma espécie de ilícito, não se faz necessário qualquer elemento subjetivo de dolo ou culpa, para a sua configuração. Para tanto, fundamenta a sua doutrina, invocando o Enunciado 539 da VI Jornada de Direito Civil, nos seguintes termos:

Trata-se de uma categoria autônoma em relação à responsabilidade civil. Portanto, não se confunde com outras fontes de responsabilidade civil o ato ilícito subjetivo, definido no art. 186 do CC. Nesse sentido, o Enunciado 539 da VI Jornada de

⁷ NEVES, Iêdo Batista. *Vocabulário prático de tecnologia jurídica e de brocados latinos*. Rio de Janeiro : ADM, 1987. p. 87.

⁸ Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.
Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

⁹ Art. 187. Também 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 bons costumes.

¹⁰ ASCENÇÃO. José de Oliveira. *A desconstrução do abuso do direito*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo código civil. Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo : Método. 2005, p. 47.

Direito Civil: “O abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano”.¹¹

Tomando emprestado da doutrina Lusitana, pontuada por António Castanheira Neves o qual afirma que o abuso de direito encontra-se fundamentado na contradição existente entre o exercício de um direito regular, de forma a contrariar aos valores presentes na essencialidade do seu conteúdo, ultrapassando limites valorativos a ponto de causar prejuízo a terceiros, assim considerando:

A fórmula aparentemente contraditória “abuso de direito” é exacta expressão do fenómeno que justamente traduz a contradição entre o cumprimento da estrutura formalmente definidora de um direito e a violação concreta do fundamento que material-axiologicamente constitui esse mesmo direito¹².

De forma similar, agora fundado na doutrina pátria, Carlos Roberto Gonçalves proclama:

Dentre as várias fórmulas mencionadas pelos autores, observa-se a jurisprudência, em regra, considera como abuso de direito o ato que constitui o exercício egoístico, anormal do direito, sem motivos legítimos, com excessos intencionais ou involuntários, dolosos ou culposos, nocivos a outrem, contrários ao destino econômico e social do direito em geral, e, por isso, reprovado pela consciência pública.¹³

Dessa forma, a utilização de um direito, por parte do seu titular, pode se constituir de forma totalmente abusiva, dentro do quadro fático desenhado no caso concreto. No ambiente social, as hipóteses previstas no abuso do direito ou exercício regular desse, está separado por uma linha tênue, ou mesmo, por uma fronteira quase que imperceptível.

A análise fática é a bússola que demonstrará o caminho a ser seguido para demonstrar, se os atos praticados se distanciam das normas de conduta social e jurídicas, ou que foram praticados de forma abusiva, extravagantes ou egoístas.

De outro vértice, se o ato foi praticado dentro do pleno exercício de um direito lícito, legítimo apto a produzir resultados positivos ao seu autor para a coletividade, pautado pela boa fé, pelos bons costumes o ato será tido como hígido e merece a proteção social.

Guardada a forma conceitual do presente trabalho, por oportuno se faz citar Sérgio Cavalieri Filho, nesse caso afirma que:

¹¹ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil* : parte geral. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2013, p. 738.

¹² NEVES, António Castanheira. *Questão-de-Fato – Questão-de-Direito – ou o Problema Metodológico da Juridicidade* (Ensaio de uma reposição crítica). Coimbra : Livraria Almedina, 1967, p. 525.

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 67.

Em suma, há uma linha divisória entre o exercício regular do direito e o abuso do direito. O primeiro se transforma em ato ilícito quando ultrapassa os limites estabelecidos pela lei. O que efetivamente caracteriza o abuso de direito, como já ressaltado, é o seu anormal exercício, assim entendido aquele que se afasta da ética, da boa-fé, da finalidade social ou econômica do direito, enfim, exercido sem motivo legítimo.¹⁴

Por consequência, os reflexos dos atos praticados com abuso do direito são verificáveis nos mais diversos ramos do direito, entre os quais se destaca os direitos da personalidade, no presente trabalho. Ademais, chama-se a atenção para o fato de que além dos atributos pessoais inerentes ao direito na personalidade, a esfera patrimonial, poderá, no mesmo sentido, sofrer abalo em face da prática abusiva.

Entretanto, é oportuno salientar, na esfera dos direitos da personalidade que o abuso do direito, concretiza-se, por exemplo, no ato de concessão de emancipação feita pelo pai ao filho. Ao exercer o direito de emancipar, o filho, a partir dos 16 anos de idade completos, tem por fundamento legal o consagrado no art. 5º, inc. I do Código Civil¹⁵.

Nesse caso, *prima facie*, não verifica qualquer abuso. Todavia, o mesmo passa a se constituir em abusivo quando praticado com *animus*, por parte do autor, em eximir-se da responsabilidade de pagar pensão alimentícia ao filho.

No mesmo pensar, verifica-se o ato lesivo, quando o titular do direito deixa de praticar determinado ato, passando a se constituir em abusivo. A título de exemplo cita-se, o caso dos pais que não concedem a autorização para casamento de filha maior de 16 anos e menor de 18 anos, em virtude da previsão contida no art. 1517 do Código Civil¹⁶, com o propósito de impedir o matrimônio com pessoa que não é da preferência dos genitores. Nesse caso, caberá ao Poder Judiciário decidir, com fulcro no art. 1.631 do Código Civil sobre a legalidade da recusa diante do ato egoístico produzido de forma abusiva.

Dessa forma, as consequências sociais e econômicas do abuso de direito, ultrapassam as controvérsias em que o mesmo se encontra envolto. Somente da análise do caso concreto é que se extrairá sua ocorrência ou não, “por que com ela se busca, exatamente, ressaltar a

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *Programa de Responsabilidade Civil*, São Paulo : Editora Atlas, 2014, p. 205.

¹⁵ Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

¹⁶ Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631.

situação fática que, embora encontra suporte no direito subjetivamente considerado, excede os limites do próprio direito¹⁷”, sendo indispensável a intervenção judicial, para desconstituir a ação ou omissão que se constitui como abusiva e lesiva.

2. ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O DIREITO BRASILEIRO, PORTUGUÊS E ITALIANO ENVOLVENDO O ABUSO DO DIREITO

2.1 O abuso do direito no Brasil

A primeira referência que se têm notícia na área jurídica, sobre a necessidade de inclusão legislativa sobre o abuso do direito no Brasil, remonta o ano de 1912, quando Ministro Alfredo Valadão publicou, artigo veiculado no **Jornal do Comércio**, o qual afirmou a defasagem legislativa em que o Brasil estava inserido diante da ausência de um texto legal que viesse a disciplinar, de forma direta e substancial o abuso do direito.

A referida defasagem tinha sua razão de ser, na medida em que a jurisprudência francesa já consagrava entre seus julgados a presença do abuso do direito, citando-se o caso paradigmático de Doerr, o qual constituiu no fato de um vizinho construir, em sua propriedade, uma falsa chaminé apenas para prejudicar o confrontante.

Do mesmo repertório jurisprudencial Frances, verifica-se a decisão extraída do caso *Clément-Bayard*, o qual igualmente envolve direito de vizinhança no qual o vizinho instalou, em sua propriedade, estacas metálicas e pontiagudas, com o fito exclusivo de prejudicar o vizinho que desenvolvia a prática com balões e ou dirigíveis.

Nos dois casos julgados pelos tribunais franceses restou consagrado o abusivo exercício do direito, os quais, inexoravelmente havia o desejo egoístico, desvinculado com questões proveitosas ao seu praticante em prejuízo a outrem

No direito positivo, sempre com o intuito de preservar as relações sociais de eventuais ataques egoísticos, Bruno Miragem, destaca a regulamentação do uso da propriedade para que esta não venha a servir de instrumento para lesionar direito alheio. Nesse caso, o autor pontifica que: “No que se refere à legislação positiva, de sua vez, pioneiro na abordagem da matéria legal é o *Lendracht* prussiano de 1794, que, regulamentando o uso

¹⁷ LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso do direito*. São Paulo : Atlas, 2007, p. 25.

da propriedade estabeleceu que ninguém pode abusar da sua propriedade a fim de lesionar ou prejudicar o outro¹⁸”.

Por seu turno, cabe uma reflexão, quanto ao abuso do direito e o direito de propriedade para recordar que o momento histórico, no qual esteve envolto a elaboração do Código Civil de 1916, a propriedade era entendida como um direito absoluto e garantido pelo Estado, podendo o seu proprietário usar, gozar, livremente e dispor e reaver a propriedade.

Desta feita, vinculado estava aos ideários liberais do século XIX, por conseguinte, a proprietário cabia a irrestrita utilização da propriedade.

Ademais, diante da regra prevista no art. 524 do Código Civil de 1916¹⁹, o direito de propriedade era um direito absoluto. Todavia, aos poucos foi este direito cedendo sua importância, pela relevância dos acontecimentos históricos, entre os quais, os que coadunam com a convivência social, preservação do meio ambiente, e que culminaram com a função social da propriedade.

No que tange à nova forma de enquadramento do direito de propriedade, feita pelo direito pátrio, passando de um direito individual para assumir delineamento imposto pela função social, a título exemplificativo, assegurou e garantiu ao titular do direito individual, o direito de propriedade, que deve exercê-lo com viés a atender a sua função social.

Por sua vez, restaram prescritos nos inc. XXII²⁰ e XXIII²¹ do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, nos artigos 182²² que trata da função social da propriedade urbana, bem como, no art. 184²³ que conferem função social da propriedade rural.

¹⁸ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito* : ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas do direito privado. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2013, p.35.

¹⁹ Lei nº 3.071 de 01 de Janeiro de 1916

Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

Parágrafo único. A propriedade literária, científica e artística será regulada conforme as disposições do Capítulo VI deste Título.

²⁰ XXII - é garantido o direito de propriedade;

²¹ XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

²² Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

²³ Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Os referidos dispositivos constitucionais reafirmam a importância da função social da propriedade, e que este nobre direito não deve ser usado de forma individualista, egoística e anormal.

No mesmo sentido, o Código Civil de 2002, em seu art. 1228²⁴, prescreve a função social da propriedade. Cabe ressaltar a importância assumida pelo Estatuto das Cidades, lei 10.257, de 10 de julho de 2001²⁵, o qual igualmente dispõe sobre a finalidade social no direito de propriedade.

Nos aspectos pertinentes ao abuso do direito, conforme já descrito, o instituto era prescrito no Código Civil de 1916, em seu art. 160, I, o qual deveria ser interpretado a “*contrario sensu*”, com o objetivo de atingir o que hoje é proclamado no art. 187 do Código Civil de 2002, com um dos seus caracteres, firmados na responsabilidade objetiva, conforme ensina Nelson Rosenvald:

O artigo 187, por sua vez, está assim redigido: “também 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 bons costumes. O mérito desse dispositivo do Código de 2002 é realçar que o critério do abuso não reside no plano psicológico da culpabilidade, mas no desvio do direito de sua finalidade ou função social. Acolhe-se a teoria objetiva finalista, que tem em JOSSERAND o seu maior expoente.”²⁶

Destarte, tanto na legislação anterior quanto na atual, destaca-se a nítida tutela dos interesses daqueles que tiveram seus bens, materiais ou imateriais, atingidos por aquele que

²⁴ Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

²⁵ Art. 1º Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.

Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade Civil*. São Paulo : Atlas, 2015, p. 200.

usou imoderado do seu direito. Ou seja, ultrapassou a linha tênue que separa o ato lícito do ilícito.

Como será objeto de explanação no item 3 deste trabalho, mas, fazendo uma breve exposição fática, a liberdade de expressão é, por igual, um dos direitos elementares do nosso ordenamento jurídico. Todavia, comete abuso de direito, aquele que se utiliza dos meios de comunicação para atingir a honra, a moral, a intimidade, a imagem de outrem com o objetivo egoístico, vil, ignóbil. Por essa razão, a tutela judicial inibitória ou mesmo reparatória servirão de sustentáculo processual aquele que teve seu direito atingido em face do uso irregular do direito.

No caso ainda dos meios de comunicação, considerando que o direito de manifestação do pensamento é livre e sua abrangência é de amplitude singular não podendo, no entanto, o seu titular extravasar os limites desse direito, sob pena de cometer inequívoco abuso de direito.

Cabe ressaltar o fato extraído do enunciado 37 aprovado pela I jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, no ano de 2012, o qual impôs ao art. 187 do Código Civil de 2002, a característica de “responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”. Com essa posição, passa a ser entendido o abuso do direito como um dano *in re ipsa* reconhecendo ao abuso do direito a relevância que este direito está por merecer em face da prática lesiva e despropositada. Desta forma a comprovação desde dano fica ainda mais simplificada, facilitando a reparação do dano aquele que teve o direito lesado.

Este enunciado somente vem a confirmar que a proteção em face do abuso de direito, estão fixados basicamente nos fins sociais, econômicos, pela boa-fé e pelos bons costumes. Ocorre que o Brasil deixou de ser, desde a década de 70, um país no qual a população reside na zona rural e passa a conviver nos grandes centros urbanos.

Em razão desse movimento migratório, a questão social e econômica assumiu contornos mais expressivos em detrimento do pensamento individualista que prevalecia no liberalismo.

Por sua vez a boa fé que é uma das características presentes no contexto o abuso do direito, constante na a própria previsão feita pelo legislador civil nos arts. 421²⁷ e 422²⁸, do

²⁷ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

²⁸ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Código Civil, entre as quais assegura a ampla liberdade de contratar, mas exige que os contratantes exerçam a boa fé como requisito essencial.

Este é um dos reflexos ocasionados pela expansão das relações sociais nos centros urbanos, entre os quais tem por escopo evitar a ocorrência da prática nociva do abuso do direito nas relações negociais. É, nessa linha de raciocínio que se tenta evitar ocorrências dos fatos prescritos no mesmo diploma legal nos arts. 156²⁹ e 157³⁰. Ou seja, impedir que a prática abusiva se consolide diante das situações mais graves da vida pessoal e social.

Para a ocorrência do abuso do direito, dentro dos contornos estabelecidos pelo Código Civil de 2002, Paulo Lôbo pontifica que a violação autônoma de qualquer uma das características deste direito de forma abusiva, geram efeitos imediatos: “Os limites dos quais se incorre em abuso do direito, são: o fim econômico e social, a boa-fé, os costumes. Basta a ocorrência de um deles; não há necessidade de cumulação. O fim delimita o objetivo jurídico.”³¹

Destarte, a rapidez fática, presente nos atos assumidos em estado de perigo ou lesão, por exemplo, é que se busca impedir a sua ocorrência, em razão de que se constituem em abuso de direito.

Por derradeiro, a presença de fatores costumeiros contidos no art. 187, do Código Civil, tem como pressuposto atender a contornos subjetivos e regionais, em face da diversidade geográfica presente em nosso país. Além da boa fé os bons costumes, devem ser interpretados e conjugados de forma harmônica com os fins sociais, entre os quais Sérgio Cavalieri Filho pontua que:

O titular do direito, embora observando a estrutura formal do poder que a lei lhe confere, excede os limites que lhe cumpre observar, em função dos interesses que legitimam a concessão desse poder. Há uma contradição entre o modo ou o fim com que o titular exerce o direito e o interesse a que o poder nele consubstanciado se encontra adstrito.³²

²⁹ Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

³⁰ Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

³¹ LÔBO, Paulo. *Direito civil* : parte geral. São Paulo : Saraiva, 2013, p. 313.

³² CAVALIERI FILHO, Sérgio, op. cit., p. 205.

Desta forma, o direito pátrio apresenta-se na defesa social e econômica, evitando, por conseguinte que a prática abusiva venha a macular as relações sociais subjetivas.

O que se busca evitar, com a concessão do devido prestígio, aos predicados que fundamentam e caracterizam a não ocorrência do abuso do direito: que o mais forte venha a impor a sua vontade, ou que o mais astuto venha a ludibriar o de menor conhecimento. Por igual, venha a proteger aquele que, diante da situação fática, grave e inadiável, venha assumir obrigação desproporcional com o objetivo de atender a exigência de outrem.

2.2. Abuso do direito em Portugal

O Código Civil Português, Decreto Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966, a exemplo do Código Civil brasileiro, estabelece proteção expressa, apta a reprimir, os atos consistentes em abuso do poder, com a seguinte redação.

Art. 334º é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito

Antes da entrada em vigora do atual Código Civil terras lusitanas, uma incerteza quanto a aplicabilidade de tutela que viesse a reprimir o abuso de direito, tendo em vista as incertezas contidas no art. 13 do Código de Seabra, segundo o qual descrevia: “*Quem, em conformidade com a lei, exerce o próprio direito, não responde pelos prejuízos que possam resultar d’esse mesmo exercício*”.

A exemplo do que acontecia entre nós, o abuso de direito, previsto na legislação civil portuguesa, servia-se da interpretação a *contrario sensu*, para atingir o seu desiderato preponderante, ou seja, impedir que aquele que exercesse de forma abusiva um direito deveria reparar o dano causado a outrem.

Retornando a atual legislação civil em vigor em Portugal, na análise do texto constante do art. 334 do Código Civil, se extrai os contornos a fim de respeitar a situação juridicamente reconhecida, assim descrita por Tatiana Guerra Almeida:

O abuso respeitará necessariamente a uma situação juridicamente reconhecida e tutelada – ainda que tal reconhecimento não resulte de norma legal expressa ou dela resulte apenas reflexamente. A não ser assim, estaremos já fora do âmbito de actuações juridicamente tuteladas e, portanto, ou juridicamente irrelevantes ou

contrárias à própria ordem jurídica e enquadráveis em categorias jurídicas distintas (ou, noutra variante terminológica, valores jurídicos negativos distintos).³³

No mesmo pensar, retira-se do julgado proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, o qual consagra, por igual a proteção contra o abuso do direito, nos seguintes termos.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

GIL ROQUE: 28/06/2007

Para que haja abuso de direito, na concepção objectiva, não se exige que o titular do direito tenha consciência de que o seu procedimento é abusivo, basta que tenha a consciência de que, ao exercer o direito, está a exceder os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes e pelo seu fim social ou económico, basta que objectivamente esses limites tenham sido excedidos de forma evidente.

O abuso de direito na sua vertente de “venire contra factum proprium”, pressupõe que aquele em quem se confiou viole com a sua conduta os princípios da boa fé e da confiança em que aquele que se sente lesado assentou a sua expectativa relativamente ao comportamento alheio..

A proibição da conduta contraditória em face da convicção criada implica que o exercício do direito seja abusivo ou ilegítimo. Impõe, que alguém exerça o seu direito em contradição com a sua conduta anterior em que a outra parte tenha confiado.

Por sua vez, depreende-se da decisão acima citada que, em havendo ou não texto legal, no caso de abuso do direito, este se aplica ainda que de forma indireta, na preservação dos direitos subjetivos tutelados. Neste sentido, cabe destacar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal.

PRESUNÇÕES JUDICIAIS - PODERES DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - ABUSO DE LIBERDADE DE IMPRENSA - FONTES - DANOS NÃO PATRIMONIAIS - CONDENAÇÃO EM QUANTIA CERTA - LIQUIDAÇÃO EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA

O STJ pode sindicar as presunções judiciais tiradas pela Relação no que respeita a saber se elas alteram ou não os factos provados e se são ou não consequência lógica dos factos apurados - por outras palavras, é da competência do STJ apreciar se a Relação se conteve nos parâmetros legais ao estabelecer ilações da matéria de facto.

Aos jornalistas impõe-se, como regra deontológica básica, a confrontação de versões e opiniões, cumprindo-lhes testar e controlar a veracidade da notícia, recorrendo a fontes idóneas, diversificadas e controladas.

O conceito de idoneidade e de credibilidade da fonte de informação traduz-se num conceito ou juízo de valor sobre a fonte, na medida em que encerra uma valoração jurídica, aferindo-se em função de critérios estabelecidos seja em normas legais, por exemplo de natureza penal, seja em princípios éticos contidos no Código Deontológico dos Jornalistas.

No exercício da sua função pública (direito-dever de informação), exige-se que a imprensa não publique imputações que atinjam a honra das pessoas, sabendo-as inexactas ou quando não tenha podido informar-se suficientemente.

O tribunal pode proceder à liquidação dos danos não patrimoniais, fixando a indemnização, ainda que o autor tenha pedido a condenação do réu no que viesse a

³³ ALMEIDA, Tatiana Guerra. *Comentários ao código civil* : parte geral. (coord. FERNANDES, Luís Carvalho; PROENÇA, José Brandão. Lisboa : Universidade Católica, 2014, p. 786.

liquidar-se em execução de sentença, desde que os factos prova dos não revelem que alguma consequência do facto ilícito esteja em evolução.
19-02-2002 - Revista n.º 3379/01 - 1.ª Secção - Ferreira Ramos (Relator), Lemos Triunfante e Reis Figueira

Neste mesmo sentido, há efetivamente uma simetria entre o texto brasileiro, previsto em nosso Código Civil de 2002, no sentido de preservar a boa-fé, como em Portugal. No Brasil, o texto legal consagra a boa fé a qual, segundo a lição do doutrinador português Jorge Manuel Coutinho de Abreu, elabora os seguintes comentários:

Temos de começar por dizer que a doutrina distingue dois sentidos principais da boa fé. No primeiro, ela é essencialmente um estado ou situação de espírito que se traduz no convencimento da licitude de certo comportamento ou na ignorância da sua ilicitude, resultando de tal estado consequências favoráveis para o sujeito do comportamento. Neste sentido, a boa fé insere-se sua previsão, da hipótese. No segundo sentido, já se apresenta como princípio (normativo e/ou geral de direito) de actuação. A boa fé significa agora que as pessoas devem ter um comportamento honesto, correcto, leal, nomeadamente no exercício dos direitos e deveres, não defraudando a legítima confiança ou expectativa dos outros³⁴.

Assim como ocorre no Brasil, a legislação lusitana consagra os bons costumes como objeto a ser protegido contra o abuso do direito. Sobreleva enfatizar o fato de que uma divisão de entendimentos, presentes entre os sociólogos e religiosos, aptos a nortear no direito português, uma razão a impor, seus respectivos critérios na fixação do que vem a ser conceituado como de bons costumes, conforme descreve Fernando Augusto Cunha de Sá:

Fundamentalmente, debater-se-á duas concepções: a concepção sociológica dos bons costumes, que orientada pela lógica, procurará o respectivo conceito na análise da opinião socialmente dominante e que, assim aceitará a sua natureza variável e contingente e uma concepção idealista dos bons costumes, de cariz filosófico ou religioso, isto é, orientada por um ideal divino ou humano, oposta à mera aceitação das práticas usuais, reagindo sobre elas e, por aí, dirigindo-se ara esse mesmo ideal.³⁵

Destarte, a presença de uma cláusula de aspecto abrangente como é a dos bons costumes, pode causar um certo temor, por parte do intérprete diante da fluidez deste tipo de característica. Todavia, no próprio corpo legislativo Civil de Portugal existem negócios jurídicos que serão pautados pelos bons costumes, presentes em âmbito religioso ou sociológico, razão pela qual não existem maiores dificuldades na aplicação deste predicado legislativo.

³⁴ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito* : Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra : Almedina, 2006, p. 55.

³⁵ SÁ. Fernando Augusto Cunha de. op. cit. p. 191.

Na doutrina portuguesa, conclui-se a busca para estabelecer a real extensão do fim social ou econômico dos direitos. Nesse caso, João de Matos Antunes Varela ensina que:

É necessária a existência de uma contradição entre o modo ou o fim com que o titular exerce o direito e o interesse ou interesses a que o poder nele consubstanciado se encontra adstrito. Com a fórmula do manifesto excesso dos limites impostos pelo fim econômico ou social do direito tem o art. 334º especialmente em vista os casos de exercício reprovável daqueles direitos que como o poder parental, o poder do tutor, a faculdade de escolha do nome do filho, o poder de privação do uso de certo apelido por parte do cônjuge divorciado ou separado et. São muito marcados pela função social a que se encontram adstritos.³⁶

Cabe destacar, que a importância econômica encontra-se fundada nos propósitos do legislador, a impedir que, em decorrência do abuso do direito, resulte em desequilíbrio de natureza financeira. No Brasil há um receio de que o mais astuto venha a se beneficiar da fragilidade e da ausência de conhecimentos do outro contratante, razão pela qual, a questão econômica assume contornos aptos a impedir a obtenção de vantagem servindo-se da prática do abuso do direito.

Por sua vez, quando o Código Civil português trata da ilegitimidade do exercício do direito, o próprio texto legislado deixa claro no que vem a se constituir essa ação ilegítima exercitada, ou seja, aquela contrária a boa fé, aos bons costumes e aos fins sociais a que foi praticada encontra-se maculado pelo abuso do direito.

2.3 Abuso do direito na Itália

No direito Italiano não há uma disposição expressa, na legislação civil, sobre o abuso do direito, sendo presença constante em dispositivos esparsos. É, por essa razão, que a doutrina italiana destaca a dificuldade em conceituar o abuso do direito, em pela forma vaga como a expressão pode se apresenta, assim descrita:

O termo, na verdade, bastante vago, "abuso de direito" refere-se a todos os casos em que o titular do direito não faz para a realização do interesse próprio um (interesses que, lembre-se, ele representa o maior motivo que justifique a concessão da lei), mas o único propósito de causar dano a outrem.^{37 38} (tradução livre)

³⁶ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra : Almedina, 2005, p. 547.

³⁷ NIVARRA Luca; RICCIUTO, Vincenzo; SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Instituzioni di diritto privato*. Torino. G. Giappichelli Editore, 2013, p. 55.

³⁸ La locuzione, per la verità alquanto vaga, "abuso del diritto" designa tutti quei casi nei quali il titolare del diritto agisce non per la realizzazione di un proprio interesse (interesse che, ricordiamolo, rappresenta la ragione giustificatrice dell'attribuzione del diritto), ma al solo scopo di recare nocimento ad altri.

O abuso do direito, nos moldes aplicados pela doutrina italiana, há uma grande similitude conceitual, com a estatuída entre nós brasileiros. Tanto na doutrina, quando na legislação brasileira, prepondera que o exercício abusivo de um direito, entre os quais, que venham a desbordar os limites estabelecidos na lei. Desta prática tanto no direito brasileiro quanto no direito italiano encontramos que abuso do direito caracteriza-se como sendo:

A figura do abuso do direito difere da hipótese de excesso do direito: no primeiro caso, o ato cai formalmente dentro dos limites do direito, de acordo com o segundo a condução escapa da lista dos direitos concedidos ao titular.

Mais precisamente, a característica particular do abuso do direito consiste no cumprimento aparente do comportamento do conteúdo da disciplina do direito; no excesso, no entanto, a ilegalidade da conduta à perceptível com mais facilidade, não sendo aparente acima da aparência de conformidade.^{39 40} (tradução livre)

Nestes termos, extrai-se do art. 1438 do Código Civil Italiano, a presença do “cancelamento contratual” quando este traga vantagem injusta a um dos contratantes e em detrimento do outro, com a seguinte descrição legal:

A ameaça de afirmar um direito pode resultar no cancelamento do contrato apenas quando se pretende alcançar vantagens injustas.⁴¹ (tradução livre).

Por sua vez o artigo 833 do Código Civil Italiano, faz referência aos atos emulativos do proprietário, com o fito claro de impedir que pratique atos prejudiciais ao seu vizinho, nos seguintes termos:

Atos de emulação - O Proprietário não pode fazer atos que não têm outro propósito além de prejudicar ou causar aborrecimento a outro.⁴² (tradução livre)

No mesmo sentido, se extrai do art. 844 e 1.175 do Código Civil Italiano, *os chamados abusos do direito subjetivo*, assim entendido como o exercício anormal de um direito:

Art. 844 entradas

O proprietário de uma propriedade não pode evitar a emissão de fumaça, calor, fumaça, ruídos, vibrações ou propagação semelhante de um prédio vizinho, onde

³⁹ FRATINI, Marco. *Compendio di diritto civile*. Roma : Nel diritto Editore, 2014, p. 315.

⁴⁰ La figura dell’abuso del diritto si differenzia dall’ipotesi dell’eccesso del diritto: nel primo caso, l’atto rientra formalmente nei limiti del diritto, mentre nel secondo La condotta fuoriesce dal novero dei diritti attribuiti al titolare.

Più precisamente, la caratteristica particolare dell’abuso consiste nell’apparente conformità del comportamento del soggetto al contenuto del suo diritto; nell’eccesso, invece, l’illiceità della condotta à percepibile con più facilità, non essendo ravvisabile la suddetta apparenza di conformità.

⁴¹ La minaccia de far valere um diritto può essere causa di annullamento del contratto solo quando é diretta a conseguire vantaggi ingiusti.

⁴² Atti d’emulazione – Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello nuocere o recare molestia ad altri.

não há mais do que o normalmente tolerável, no que diz respeito à condição dos lugares (890, cod. Pen. 674).

Na aplicação desta regra, o tribunal deve conciliar as exigências da produção com direitos de propriedade. Pode levar em conta as prioridades de um uso particular.⁴³ (tradução livre)

Da leitura dos dispositivos legais, acima transcritos, facilmente chega-se a uma interpretação, *contrario sensu*. A título exemplificativo, em havendo a emissão de fumaça de forma despropositada, em claro abuso do direito, ficará confirmado o uso imoderado do direito pelo seu titular.

O direito Italiano faz, ainda, referência a equidade, no sentido de que as partes devem respeitar a sua igualdade, ainda mais dentro da seara pertinente a execução, deixando claro que não será tolerado qualquer abuso do direito por parte do exequente:

Art. 1175 Comportamento bastante
O devedor e o credor deve se comportar de acordo com as regras da equidade (Cod. Civ. 1337, 1358). (tradução livre)⁴⁴

Ao compulsar os dispositivos constantes no Código Civil Italiano, há um visível destaque a boa fé, tanto na formação como na valoração dos contratos, a exemplo do que tem no Brasil previsto nos arts. 421 e 422 do nosso Código Civil, acima citados. Neste sentido, os arts. 1337, 1366 e 1375 são dignos de destaque para explicitação da posição assumida. Neste sentido se destacam as decisões proferidas pelo Conselho de Estado e pela Corte de Cassação Italiana, entre as quais se destaca a boa fé diante da prática do abuso do direito.

Conselho de Estado, seita. IV, 17 de maio de 2010, n. 3129 - O abuso de direito, então, longe de assumir uma brecha no sentido formal, contornos o uso do padrão alterado de lei formal, para a persecução dos objetivos mais e diferente do que os indicados pelo legislador ou por atos de planejamento e implementação subjacente a alegação operado; Daqui resulta que, uma vez que os princípios da boa fé objetiva e abuso de direitos complementam-se mutuamente, formando a boa-fé uma taxa que ancoram a condução geral das partes, e aguarda com expectativa a abuso precisa para uma correlação entre os poderes conferidos a finalidade para a qual eles são concedida, o abuso deve ser excluída se o objetivo prosseguido não é que Ordinário permitido, em geral ou em particular.

Cassação Civil, sez. III, 18 de setembro de 2009, n. 20106 Há um abuso do direito quando o titular de um direito subjetivo, mesmo na ausência de proibições formais,

⁴³ Art. 844 Immissioni

Il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi (890, Cod. Pen. 674).

Nell'applicare questa norma l'autorità giudiziaria deve temperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà. Può tener conto della priorità di un determinato uso.

⁴⁴ Art. 1175 Comportamento secondo correttezza

Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza (Cod. Civ. 1337, 1358).

os exércitos de formas desnecessárias e desrespeitosas do dever de imparcialidade e boa fé, causando um sacrifício desproporcional e injustificada da contraparte contrato, e a fim de conseguir resultados diferentes e para além dos que aqueles para os quais poderes ou faculdades foram atribuídas. Usando esses pressupostos, é possível julgar sobre sindicalizar e declarar ineficazes os atos cometidos em violação da proibição abuso de direito, ou condenar a pessoa que abusou do seu direito de danos em favor do parceiro contratual, independentemente da existência de uma intenção específica de prejudicar, sem que tal constitua uma interferência nas escolhas.⁴⁵

Como foi referido, o Código civil Italiano, por adotar uma postura de “clausula aberta”, com relação ao abuso do direito, estabelece de forma reflexa, a possibilidade de rechaçar qualquer comportamento que venha a impor, de forma desproporcional, vantagem excessiva a uma das partes, razão pela qual a presença da boa-fé é uma constante nos artigos abaixo transcritos:

Art. 1337 Negociações e responsabilidade pré-contratual

As partes na condução da negociação e formação do contrato, deve agir de boa fé (1366,1375, 2208). (tradução livre)⁴⁶

Art. 1366 Interpretação de boa-fé
O contrato deve ser interpretado de boa fé (1337,1371,1375).⁴⁷ (tradução livre).

Art. 1.375 Execução de boa-fé
O contrato deve ser realizada de boa fé (1337,1358,1366, 1460). (tradução livre).⁴⁸

Em razão das ponderações acima expostas, conclui-se que a boa fé, a vedação ao abuso do direito, por igual é reconhecido no direito Italiano em moldes bem similares com os

⁴⁵ Consiglio Stato , sez. IV, 17 maggio 2010, n. 3129 - L'abuso del diritto, quindi, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al onseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore o dagli atti di pianificazione e di attuazione sottostanti alla pretesa azionata; segue da ciò che, poiché i principi della buona fede oggettiva e dell'abuso del diritto si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti, e prospettando l'abuso La necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti, l'abuso deve essere escluso qualora la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento, in generale o in particolare.

Cassazione civile , sez. III, 18 settembre 2009 , n. 20106- Si ha abuso del diritto quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti. Ricorrendo tali presupposti, è consentito al giudice di merito sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto, oppure condannare colui il quale ha abusato del proprio diritto al risarcimento del danno in favore della controparte contrattuale, a prescindere dall'esistenza di una specifica volontà di nuocere, senza che ciò costituisca una ingerenza nelle scelte.

⁴⁶ Art. 1337 Trattative e responsabilità precontrattuale

Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede (1366,1375, 2208).

⁴⁷ Art. 1366 Interpretazione di buona fede

Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede (1337,1371,1375)

⁴⁸ Art. 1375 Esecuzione di buona fede

Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede (1337,1358,1366, 1460)

praticados no Brasil, destacando-se no direito Italiano a figura da equidade, a qual deve ser respeitada pelas partes presentes no processo de execução.

3. ABUSO DO DIREITO EM FACE AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade conceituados pelo próprio art. 11 Código Civil de 2002⁴⁹, possuindo explicitamente as características da não transmissibilidade e da não possibilidade de seu titular renunciar este direito.

Há que se ressaltar o fato da presença de outros predicados, implícitos, inerentes aos direitos da personalidade, presente na doutrina de Elimar Szaniawski, que ao classificá-los entre aqueles que a Constituição Federal de 1988 impôs a condição de cláusula geral, nos seguintes termos:

Verifica-se, pois, que a Constituição em vigor adota a cláusula geral, como princípio fundamental da ordem jurídica constitucional brasileira. Nossa Constituição, embora não possua inserido em seu texto um dispositivo específico destinado a tutela a personalidade humana, reconhece e tutela o direito geral de personalidade através do princípio da dignidade da pessoa, que consiste em uma cláusula geral de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo⁵⁰.

Desta forma, constitui-se em abuso do direito toda e qualquer medida que venha a macular, inviabilizar, restringir o pleno exercício dos direitos da personalidade. Todavia, há que se ressaltar o fato de que, a exemplo dos demais direitos presentes em nosso ordenamento jurídico, os direitos da personalidade não gozam de proteção absoluta, necessitando, da devida ponderação, no caso concreto, de qual direito antagônico deverá prevalecer no caso concreto.

A exemplo do que nos referimos acima, existem direitos da personalidade que podem ser objeto de abuso de direito, os quais podem ser praticados por pais, tutores, curadores, agentes delegados do serviço público, a exemplo dos notários e registradores, os quais podem, com suas ações acarretar prejuízos ao titular do direito da personalidade em face do abuso do direito.

Destarte, abusa do direito de conceder um nome ao filho (a) que possua tais características, bem como o notário e registrador deve velar para que esse direito de registrar o assento com o nome do filho (a) seja feito com o claro desejo de preservar a sua

⁴⁹ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

⁵⁰ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 137.

personalidade, bem como o art. 55, parágrafo único, da Lei 6.015/73⁵¹, estabelece que aos oficiais de registro civil não assiste razão em registrar prenomes suscetíveis de expor ao ridículo seus portadores.

Neste mesmo diapasão, destacando o abuso do direito e não liberdade de escolha, do pai, a atribuir nome vexatório ao filho (a), na lição de Luiz Guilherme Loureiro:

Não se pode confundir o direito à liberdade de escolha do prenome do filho com a imposição de prenome capaz de enxovalhar ou ridicularizar o filho: não haveria, em tal hipótese, exercício de direito, mas abuso de direito, que deve ser obstado pelo agente estatal. Não se conformando o genitor com a recusa do Oficial de Registro, poderá requerer ao juiz que determine ao assento do nome escolhido.⁵²

No mesmo sentido, o abuso do direito de liberdade de expressão, direito fundamental insculpido no art. 5º inc. IX⁵³, sendo, ainda vedado qualquer ato de censura no art. 220, e seus parágrafos⁵⁴, todos da Constituição Federal.

Todavia, não há como se prestar a ofertar as devidas garantias constitucionais previstas no inc. IX do art. 5º, bem como as prerrogativas conferidas pelo art. 220 da Constituição Federal, quando estes ficam despidos do caráter informativo, instrutivo, educativos ou culturais e passa a atacar a honra, a imagem a privacidade de outrem, (direitos da personalidade clássicos presentes na Constituição Federal) com o claro objetivo de causar constrangimento, prejuízos morais, sociais, empresariais entre outros.

Neste caso, há efetivamente a prática abusiva do direito de informar, a qual requer a ação enérgica, por parte do Poder Judiciário com o intuito inibitório ou de ressarcir os prejuízos experimentados pelo titular do direito lesado.

Neste pensar, cita-se a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no AgRg no AREsp 606415 / RJ Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial Relator Ministro Raul Araújo, publicado em 01/07/2015, a qual consagra a tese aqui assumida que extrapola o

⁵¹ Lei 6.015/73

Art. 55. O assento do nascimento deverá conter:

Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.

⁵² LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos* : teoria e prática. Rio de Janeiro : Forense; São Paulo : MÉTODO, 2014, p. 64.

⁵³ IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

⁵⁴ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

direito de informação quando o autor assaca expressões ofensivas ao titular do direito a ser preservado:

A liberdade de expressão, compreendendo a informação, a opinião e a crítica jornalística, por não ser absoluta, encontra algumas limitações ao seu exercício, compatíveis com o regime democrático, quais sejam: (I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*) - (REsp 801.109/DF).

A utilização de qualificativo, per se, objetivamente ofensivo à honra descaracteriza o "*animus narrandi*" e o "*animus criticandi*", pois extrapola os limites da crítica para ingressar no ataque à honra.

A fixação do valor da reparação decorrente do abuso do direito de informar e criticar deve ter como parâmetros o grau de culpa do ofensor, a gravidade de sua conduta, o nível socioeconômico das partes, o veículo em que a matéria foi difundida, a necessidade de restaurar o bem-estar da vítima, bem como desestimular a repetição de comportamento semelhante.

Cabe ressaltar que o Acórdão acima transcrito, já traz em seu bojo a determinação para a fixação do valor da indenização a ser paga pelo infrator, que levará em consideração a gravidade da conduta, o nível socioeconômico das partes e a necessidade de restaurar o bem-estar da vítima.

No mesmo diapasão, age com violação ao direito de informar, de publicidade dos atos administrativos praticados em face de agente político quando é exposto ao público como pessoa ímproba acarretando a condenação de reparação a título de dano moral, assim descrito no julgamento do Recurso Especial 1169337 / SP, cuja relatoria esteve à cargo do Ministro Luis Felipe Salomão, publicando em 18/12/2014:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA CONSIDERADA LESIVA À HONRA DO AUTOR. ADVERSÁRIO POLÍTICO. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DECLARAÇÕES DO RÉU QUE TRANSBORDAM OS LIMITES DO DIREITO DE CRÍTICA. ABUSO DO DIREITO. DANO MORAL CONFIGURADO. OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

Embora seja livre a manifestação do pensamento - mormente em épocas eleitorais, em que as críticas e os debates relativos a programas políticos e problemas sociais são de suma importância, especialmente para formação da convicção do eleitorado -, tal direito não é absoluto. Ao contrário, encontra rédeas tão necessárias para a consolidação do Estado Democrático de Direito quanto o direito à livre manifestação do pensamento. São os direitos à honra e à imagem, ambos condensados na máxima constitucional da dignidade da pessoa humana.

A liberdade de se expressar, reclamar, criticar, enfim, de se exprimir, esbarra numa condicionante ética, qual seja, o respeito ao próximo. O manto do direito de manifestação não tolera abuso no uso de expressões que ofendam à dignidade do ser humano; o exercício do direito de forma anormal ou irregular deve sofrer reprimenda do ordenamento jurídico.

No caso, o que se extrai da leitura dos excertos é, em suma, que o réu teria realizado diretamente condutas ligadas a atos de improbidade administrativa e mau uso de

dinheiro público, seja ao custear viagem de membros do Ministério Público à Suíça na busca de contas bancárias do recorrido, seja por superfaturar obra pública do Estado, inclusive cometendo atos tipificados como crime, unicamente com o suposto fim de perseguir o demandado. Salta aos olhos, portanto, que não se trata de "simples manifestação do seu pensamento e do exercício de seu legítimo direito de crítica", como pretende demonstrar. Ao reverso, pelo que se depreende, houve deliberada intenção de ofender a honra e imagem do Governador do Estado de São Paulo, declaradamente adversário político do reclamado, e que na época disputava as eleições para o mais alto cargo do Poder Executivo bandeirante, imputando a ele a pecha de pessoa afeta ao cometimento de ilícitos penais e administrativos. Recurso especial provido.

Quanto ao abuso do direito, no quadro exposto de proteção aos direito da personalidade há o transbordamento quando o direito excedido é exercido, a exemplo do pai, no poder/dever de registrar o filho (a) abusa deste direito ao fazê-lo com o intuito de ridicularizar o registrando. Nessa linha de conduta, pode-se destacar o abuso do poder familiar do pai que castiga imoderadamente o filho (art. 1638, I CC). No mesmo sentido, há efetivamente um abuso do direito quanto a liberdade de expressão quando a matéria jornalística possui o condão de ofender, de ridicularizar, pois, na verdade, não há informação que lhe dê guarida, mas sim o desejo de abusar de ofender.

A Constituição Portuguesa, em seu art. 26 consagra, entre os direitos fundamentais os direitos pessoais, assistindo o pleno desenvolvimento pessoal, assistindo a total garantia a preservação da dignidade da pessoa humana frente a práticas abusivas.

Artigo 26.º

Outros direitos pessoais

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

Portanto, as garantias presentes no art. 26 da Constituição portuguesa, a exemplo do que encontramos no Brasil, representam verdadeiros pilares estruturais do sistema jurídico, os quais estão a assegurar o pleno desenvolvimento pessoal da personalidade em contraponto com as práticas abusivas, assim descritas, as referidas garantias por José Carlos Vieira de Andrade:

São “garantias” porque contêm normas de competência ou regras de acção estadual que visam proteger outros direitos, que constituem, para este efeito, posições primárias: os direitos –“direitos”, conceito normalmente utilizado quando se refere uma posição que tem como objecto imediato u bem específico da pessoa (vida,

honra,, liberdade física, nome integridade); ou os direitos-“liberdades”, que designam e definem espaços de decisão individual livres da interferência estadual.⁵⁵

Por sua vez, o Código Civil de Portugal inova o ordenamento jurídico, a exemplo do Código Civil brasileiro, em seu art. 70, disciplina, ao disciplinar, de forma expressa, os direitos da personalidade, nos seguintes termos:

Art 70º

Tutela geral da personalidade

1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.
2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

Ao formular um breve cotejo analítico entre a regra prevista nos arts. 70 e 334 do Código Civil português se chega a conclusão de que não será tolerado a violação aos direitos da personalidade, tanto de forma preventiva quanto repressiva, em face da prática de atos de abuso do direito. Cabe ainda ressaltar, por conseguinte, outro dispositivo do direito português que coaduna com a regra do art. 334 do mesmo diploma legal, bem como guarda similitude com o direito brasileiro, previsto no art. 81 do Código Civil lusitano.

Artigo 81º

Limitação voluntária dos direitos de personalidade

1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública.
2. A limitação voluntária, quanto legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.

Diante da relevância do assunto relacionado entre os direitos da personalidade e o abuso do direito, dentro da seara de limitação destes direitos, quando praticados de forma abusiva, conjugados os aspectos de ordem pública, de bons costumes presentes no art. 334 do Código Civil Português, cabe citar Pedro Pais de Vasconcelos:

A autonomia privada, dentro dos limites do artigo 81º do Código Civil, permite modelar o conteúdo da autorização, que pode ser concedida em exclusivo e com atribuição de poderes, se necessário de representação, para a defesa judicial desse exclusivo contra o uso abusivo por terceiros, assim como pode ser concedido como uma licença de uso não exclusivo.⁵⁶

⁵⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, Coimbra : Almedina, 1998, p. 172.

⁵⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Direito de personalidade*. Coimbra : Almedina, 2006, p. 159.

A defesa da boa fé, dos bons, dos fins sociais de defesa da personalidade em face das possíveis práticas só vem a corroborar essa defesa da vida em sociedade, respeitando cada um em sua integralidade e individualidade, o que só vem a confirmar a defesa da alteridade social, assim consideradas por Diogo Costa Gonçalves:

O homem do direito geral de personalidade é um absoluto, in se, que constrói e desenvolve a sua humanidade em face aos outros mas, sobretudo, contra os outros. O essencial de sua tutela é garantir a não intromissão, a total independência, o individualismo máximo de quem se realiza em si e por si e par que o outro é, fundamentalmente, um entrave à sua realização.⁵⁷

A defesa dos direitos da personalidade, em face prática abusiva, tanto em Portugal quanto no Brasil, possuem uma similitude muito grande na medida em que estão tutelados nas Cartas Constitucionais, bem como, de forma robusta nos seus respectivos Códigos.

Por derradeiro, faz-se necessário formular uma abordagem sobre os direitos da personalidade e abuso do direito na Itália. Neste pensar, necessário se faz recordar que naquele país europeu não há uma previsão legal específica sobre o abuso do direito, sendo este previsto em artigos da legislação civil.

O art. 2º da Constituição Italiana, reconhece e garante a inviolabilidade do homem e dos grupos sociais, assegurando, a preservação da dignidade humana, como corolário ao direito de personalidade, de forma implícita contra a prática de atos abusivos, nos seguintes termos:

Art. 2º. A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, como indivíduo, e nos grupos sociais onde ele expressa sua personalidade, e exige o cumprimento dos deveres obrigatórios de solidariedade política, econômica e social.⁵⁸ (tradução livre)

Por sua vez, o art. 4 da Constituição Italiana, reconhece a importância da liberdade pessoal do cidadão, o que vem ao encontro da proteção contra a prática de atos abusivos.

Art. 4º. A República reconhece a todos os cidadãos o direito ao trabalho e promove as condições para cumprir este direito. Todo cidadão tem o dever, de acordo com o potencial pessoal e escolha individual, atividade ou função que contribua para o avanço material ou espiritual da sociedade.⁵⁹

⁵⁷ GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos de personalidade* : Fundamentação ontológica da tutela. Coimbra : Almedina, 2008, p. 90.

⁵⁸ Art. 2º La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale

⁵⁹ Art. 4º La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto.

Veja-se que a doutrina Italiana, por igual reconhece que os valores humanos são de tamanha envergadura, ao ponderar a sua releitura, com fundamento no texto constitucional, repulsando os ideários fascistas que imperam naquele país e que sobrepujaram os direitos individuais em prevalência ao abuso do direito, tendo como inspiração o totalitarismo estatal.

É compreensível, portanto, a doutrina e a jurisprudência ter reconstruído o sistema de direitos individuais através de uma constante referência à Constituição. Nele, o intérprete não tem apenas o reconhecimento explícito dos direitos da pessoa, mas, antes disso, a afirmação dos princípios fundamentais, à luz da qual ele é chamado para reler as regras codificadas. Estas, de fato, são decorrentes de um clima cultural, a do regime fascista, ultrapassadas pelos ideais democráticos e da Constituição, que é inspirado, e tomar no contexto renovado instruções regulamentadas nova luz, colocando-se não como fragmentos desconexos de uma proteção parcial e limitado, mas como aspectos, susceptível a interpretação analógico, o valor central retirado da pessoa humana.^{60 61}

Diante das violações produzidas pelo regime fascista o professor da faculdade de Siena, Andrea Pisaneschi, destaca que após este período a preservação dos direitos individuais passa a ficar em consonância com o constitucionalismo moderno, razão pela qual todo e qualquer ato de violação ou de abuso do direito, seja praticado pelo particular ou pelo governo devem ser entendidos como contrários aos novos ideários constitucionais.

Durante o regime fascista as liberdades foram severamente limitada pelos poderes concedidos à polícia que eram dependentes do governo, para que ele apareceu na garantia do contrário, que a liberdade só poderia ser limitado por ato anterior do Parlamento e a decisão do juiz. Do outro lado do princípio de que a lei, geral e abstrata, é uma garantia para a determinação dos casos de restrição da liberdade pessoal, e que o tribunal é autônomo e independente dos outros ramos do governo é também mais um elemento de garantia, representa um tradicional princípio de constitucionalismo moderno.^{62 63} (tradução livre)

Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, una attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società.

⁶⁰ Si comprende, pertanto, come dottrina e giurisprudenza abbiano ricostruito il sistema dei diritti della persona attraverso un costante riferimento alla Carta costituzionale. In essa l'interprete trova non solo il riconoscimento esplicito dei diritti della persona, ma, ancora prima, l'affermazione di principi fondamentali alla luce dei quali egli è chiamato a rileggere le norme codicistiche. Queste infatti sono figlie di una temperie culturale, quella del regime fascista, superata dagli ideali democratici e quali da Costituzione si ispira, e assumono nel rinnovato contesto ordinamentale nuova luce, ponendosi non più come frammenti disarticolati di una tutela parziale e limitata, ma come aspetti, suscettibili di interpretazione analogica, del valore centrale assunto dalla persona umana

⁶¹ NIVARRA Luca; RICCIUTO, Vincenzo; SCOGNAMIGLIO, Claudio, op. Cit. P. 107.

⁶² Durante le libertà regime fascista furono severamente limitate dai poteri conferiti alla polizia che erano dipendenti dal governo, in modo che è apparso nel garantire, al contrario, che la libertà potrebbe essere limitata solo previo atto del Parlamento e la decisione del giudice. Attraverso il principio secondo cui la legge, generale ed astratta, è una garanzia per la determinazione dei casi di restrizione della libertà personale, e che il giudice è autonomo e indipendente dagli altri poteri dello Stato è anche un ulteriore elemento di garanzia, è un principio tradizionale del costituzionalismo moderno.

Feitas estas considerações, ao contrário do Brasil em que encontramos, no texto do Código Civil expressa previsão quanto à prática de atos com abuso de direito, na Itália não há tal previsão legislativa, o que não lhe retira a devida proteção em face desta nociva prática, como já descrito acima. De outro lado, pela leitura dos textos constitucionais citados, bem como da doutrina colacionada, conclui-se que na história recente daquele país o autoritarismo foi responsável pela prática de atos abusivos, os quais não mais tem espaço social e legislativo.

CONCLUSÃO

Em razão ao acima exposto, o tema relacionado ao abuso do direito é de difícil localização de sua origem histórica, a qual para parte da doutrina há uma previsão, ainda que embrionária de seus conceitos no direito romano e de outro lado os que fixam o início do abuso do direito com as decisões proferidas na França envolvendo direito de vizinhança, sendo que a positivação do abuso do direito encontra-se destacado na Prússia. De todo modo, há que se estabelecer o devido destaque ao tema, na medida em que a linha tênue que separa o que vem a ser o efetivo abuso do direito e sua extrapolação, a qual acarreta prejuízos a outrem é tarefa, por igual, de esforço singular.

Das pesquisas feitas, para elaboração do presente trabalho, fixou-se a limitação nas legislações brasileira, portuguesa e italiana, em razão da sua proximidade conceitual e similaridade entre o instituto do abuso do direito naquelas legislações. Por essa razão, o estudo comparativo demonstrou-se efetivamente proveitoso, em face da proximidade, similitude conceitual e legislativa, com pequenas diferenças, as quais estão fixadas na condição explícita do abuso do poder no direito italiano, de não consagrar uma previsão legal específica, ao contrário do que foi verificado do direito português e pátrio.

Além do mais, coube destacar alguns casos no decorrer da elaboração do trabalho, pinçados do direito pátrio, os quais, invariavelmente, colocavam em posição antagônica o suposto direito do titular e a possibilidade de sua utilização configurando o abuso do direito.

Sobreleva enfatizar o fato de que da leitura, das doutrinas transcritas neste trabalho, bem como, das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, chega-se a conclusão de

⁶³ PISANESCHI, Andrea. *Diritto costituzionale*. Torino : G. Giappichelli Editore, 2014, p. 493.

que não há um direito que assuma contornos de caráter absoluto, restando o transbordamento do direito, no caso concreto, para caracterizar o abuso do direito.

Por finalmente, nas razões de enfoque com o direito da personalidade, destacou-se outros direitos inerentes, os quais podem ser violados, pela prática do abuso do direito, sem que estes exemplos venham a esgotar enorme gama de direitos, os quais podem ser violados pela prática abusiva de um direito, mas, o que o presente trabalho pretende é despertar o debate para a preservação cada vez maior e consistente dos direitos da personalidade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito* : Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra : Almedina, 2006.

ALMEIDA, Tatiana Guerra. *Comentários ao código civil* : parte geral. (coord. FERNANDES, Luís Carvalho; PROENÇA, José Brandão. Lisboa : Universidade Católica, 2014.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, Coimbra : Almedina, 1998.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *A desconstrução do abuso do direito*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo código civil. Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo : Método. 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio, *Programa de Responsabilidade Civil*, São Paulo : Editora Atlas, 2014.

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil* : parte geral. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade Civil*. São Paulo : Atlas, 2015.

FRATINI, Marco. *Compendio di diritto civile*. Roma : Nel diritto Editore, 2014.

GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Responsabilidade Civil – Direito de Família – Direito das sucessões*, obra coordenada por Pedro Lenza, São Paulo, Editora Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos de personalidade* : Fundamentação ontológica da tutela. Coimbra : Almedina, 2008.

GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade civil por abuso do direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídica e o direito de danos*. São Paulo : Saraiva, 2011.

- LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso do direito*. São Paulo : Atlas, 2007.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil* : parte geral. São Paulo : Saraiva, 2013.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos* : teoria e prática. Rio de Janeiro : Forense; São Paulo : MÉTODO, 2014.
- MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e ato ilícito*. Rio de Janeiro : Forense, 1997.
- MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito* : ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas do direito privado. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2013.
- NEVES, António Castanheira. *Questão-de-Fato – Questão-de-Direito – ou o Problema Metodológico da Juridicidade* (Ensaio de uma reposição crítica). Coimbra : Livraria Almedina, 1967.
- NEVES, Iêdo Batista. *Vocabulário prático de tecnologia jurídica e de brocados latinos*. Rio de Janeiro : ADM, 1987.
- NIVARRA Luca; RICCIUTO, Vincenzo; SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Instituzioni di diritto privato*. Torino. G. Giappichelli Editore, 2013.
- PISANESCHI, Andrea. *Diritto costituzionale*. Torino : G. Giappichelli Editore, 2014.
- SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*, Coimbra : Almedina, 2005.
- SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do direito nas relações privadas*. Rio de Janeiro : Elsevier, 2013.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra : Almedina, 2005.
- VASCONCELOS, Pedro Pais. *Direito de personalidade*. Coimbra : Almedina, 2006.