

AS OBRIGAÇÕES DE NÃO-FAZER COMO MEIOS DE CONTROLE DAS LIBERDADES MAL EXERCIDAS

O homem, imerso na modernidade do mundo, tornou-se hipersensível com quase tudo que interage.

A evolução cultural, incrementada pelo *status* social, cada vez mais presente como valor integrante do homem, não afastou, muitas vezes, o interesse econômico diante de situações das quais o sujeito pudesse tirar proveito. As expressões não saem espontaneamente, mas impregnada – *premeditadamente* – da intenção de despertar na sociedade valores morais em torno daquelas situações, as quais, num juízo sereno e na compreensão da dimensão do “amar a Deus sobre todas as coisas e ao próximo como a ti mesmo”, se afigurariam, como disse o Ministro MARCO AURÉLIO, um preço justo por vivermos em sociedade.

Até porque, a socialização é impulso natural do homem. Ele, a despeito de todo mal social, não consegue se isolar; não encontramos nenhum ROBSON CRUSOÉ.

Por isso, a vida em sociedade nos põe, diuturnamente, em xeque com interesses antagônicos, com situações subjetivamente reprováveis, e em muitas das inter-relações existentes os interesses são tão conflitantes por razões materiais (condutor do atuar humano), morais, ou subjetivas, não havendo outra alternativa para pacificar o convívio de diferentes, imposto pela democracia, que não se faz pela vontade da maioria, senão pela convivência harmônica e pacífica de diferentes em um todo, senão atuar sobre o exercício das liberdades.

Ao fazer isto o Estado haverá de limitar as liberdades, às vezes impedir, temporariamente, o exercício de umas. As *permissões jurídicas* devem ser exercidas no limite do atendimento do *direito subjetivo* assegurado e da *função social*. Quando este limite é ultrapassado, invadindo direitos e liberdades subjetivos de outrem, igualmente tutelados e assegurados, as obrigações de não-fazer afiguram-se instrumentos hábeis para o restabelecimento e manutenção da convivência pacífica e harmônica – *normalidade* –, desejada pelo ordenamento jurídico.

1. O PATRIMÔNIO DO SER HUMANO – A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:

O ser humano não é coisa, embora alguns tiveram esta qualificação odiosa no passado. Todos, desde a fecundação, recebem da ordem jurídica proteção que se lhes garante a sobrevivência no útero materno e o nascimento saudável, inclusive o reconhecimento potencial ou possibilidade de outros direitos se vierem nascer com vida.

Ao nascer o homem já adquire direitos como os *direitos da personalidade* e a *capacidade de direito*¹. Dessa forma, o neonato já é *sujeito de direito*, e como tal apto à aquisição patrimonial e o seu reconhecimento como titular.

O corpo é o primeiro e o principal patrimônio que o ser humano “adquire”, embora ser-lhe uma dádiva celíflua, por ser o instrumento de sua manifestação neste plano denso da existência cósmica², já que o homem é espírito, é eterno. É por esta razão que se protege em larga escala e desde os primórdios da humanidade a integridade física da pessoa humana e consequentemente sua vida, donde matar ou lesionar a pessoa ou os direitos protetores do campo energético de sua atuação, constituírem crime.

O corpo é apenas a *expressão densa do ser*, a sua feição nesta densidade, não se esgotando somente nele a patrimonialidade do homem, pois, adquire igualmente os *direitos da personalidade*, dos quais decorrem, como instrumentos a assegurar a **dignidade da pessoa humana e existência digna**, o direito à *liberdade*, à *igualdade*, à *segurança*, ao *uso*

e *fruição* das permissões legais²⁶, à integridade *moral* – honra objetiva e subjetiva –, à integridade *psíquica* – paz consciencial –, à integridade *espiritual* – consciência do “eu” – e à integridade *física* – incolumidade do corpo –, tanto que a Constituição Federal, fundamento e estrutura do sistema, norteadora de todo regime sociopolítico e sociojurídico do país, assegura: a *igualdade*, a *segurança*, a *propriedade*, a *vida*, a *liberdade*, a *consciência* e a *crença religiosa*, a *honra*, a *educação*, a *saúde*, o *trabalho*, a *moradia*, o *meio ambiente*, o *bem-estar comum*, a *livre iniciativa*, o *amparo à velhice*, todos como instrumentos de garantia e concretização da **dignidade da pessoa humana**, arts. 1º, 5º, *caput*, IV, VI, X, 6º, 170, 193, 225 e 230.

Dessa forma, pode-se dizer que o patrimônio do homem não consiste apenas nas coisas que possui para fora e além de seu corpo, mas, igualmente, constitui seu patrimônio bens jurídicos reconhecidos e imensuráveis, como o *corpo*, a *moral*, a *psique* e o *espírito*, o homem em si; todos estes constituem o patrimônio imaterial ou incorpóreo do homem. Garanti-los contra a interferência de outrem, principalmente malévola, é preocupação que remonta aos primórdios da sociedade.

Por isso, diz-se tratar de direitos *inatos* da personalidade: “Os ‘inatos’ (como o direito à vida, o direito à integridade física e moral), sobrepostos a qualquer condição legislativa, são absolutos, irrenunciáveis, intransmissíveis, imprescritíveis: *absolutos*, porque oponíveis *erga omnes*; *irrenunciáveis*, porque estão vinculados à pessoa de seu titular. Intimamente vinculados à pessoa, não pode esta abdicar deles, ainda que para subsistir; *intransmissíveis*, porque o indivíduo goza de seus atributos, sendo inválida toda tentativa de sua cessão a outrem, por ato gratuito como oneroso; *imprescritíveis*, porque sempre poderá o titular invocá-los, mesmo que por largo tempo deixe de utilizá-los”.

(CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA)¹.

Como direitos integrantes do patrimônio do próprio homem, prescreve ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO: “primeiramente os direitos exercem-se **sobre a própria pessoa**, são os direitos da personalidade, incluídos agora no texto do novo Código, depois, exercem-se **sobre um bem jurídico fora da pessoa** (sempre de valor econômico), são os direitos obrigacionais ou reais”³. (grifamos)

Só se pode conceber “*bem jurídico fora da pessoa*” se se reconhecer como bem jurídico, a própria pessoa e os direitos provenientes de seu campo energético como os direitos da personalidade, pois do contrário não haverá razão alguma para a locução “fora da pessoa”. De outro modo, só se pode reconhecer o exercício de direitos sobre a própria pessoa e o exercício de direitos fora da pessoa, se se reconhecer serem o *corpo*, a *moral*, a *psique* e o *espírito*, o patrimônio inerente à pessoa humana em si mesma – patrimônio imaterial.

Infere-se disto, a amplitude do conceito moderno de propriedade a abranger não apenas as coisas corpóreas ou materiais de valores econômicos, mas também, aqueles “bens” que integram o patrimônio do ser em si mesmo quando nesta densidade: o *corpo*, a *moral*, a *psique* e o *espírito*, como referências enunciativas ou genéricas, não taxativas, dos *direitos patrimoniais* do homem, assim reconhecidos para submeter as liberdades à limitação do bem-estar de todos.

Dito isto, os *direitos da personalidade*, como a *dignidade da pessoa humana*, integram a patrimonialidade do homem e são declarados e reconhecidos de forma genérica e ampla, donde outros poderão surgir conforme a relação jurídica, o avanço histórico, cultural e científico. E como patrimônio imaterial devem atender à função social e ao bem-estar comum.

É o que se depreende das lições abaixo transcritas:

“Efetivamente, a partir do momento em que o direito constitucional brasileiro considerou que a propriedade tinha uma função social (art. 5º, XXIII), conceituando-a *amplamente*, ou seja, no sentido de abranger todos os bens, o mesmo princípio haveria de ser aplicado aos contratos”.

(ARNOLDO WALD)⁴.

“Os direitos da personalidade passam a integrar a esfera privada, protegendo o indivíduo, sua dignidade, contra a ganância e o poderio dos mais fortes”.

(CARLOS VELLOSO)⁵.

“Bem é uma utilidade que possui *extensão maior* que aquela mensurável economicamente, *abrangendo* não só os objetos corpóreos como os incorpóreos, suscetíveis de apropriação enquanto elementos de riqueza, mas *também objeto de direito sem valor econômico, como a vida, o nome*”.

(EVERALDO CAMBLER, citando CLÓVIS BEVILÁQUA)⁶.

“Outra aparente ‘dissonância’, que deve ser superada antes de tudo, diz respeito ao conceito restrito de propriedade, *não mais condizente com toda patrimonialidade*, correspondente ao conceito antecedente a 1917 (Código Civil). A Constituição de 1988, em contrapartida, retoma no art. 5º, *caput*, e inciso XXII, ao conceito amplo e patrimonial da propriedade. Dentre os incisos do mesmo art. 5º, novas disposições tratam da propriedade, reiterando-se a sua garantia no inc. XXII, conotação recebida em sentido amplo. *Compreendida no espectro amplo de patrimonialidade, a propriedade imaterial*”.

(JEFFERSON CARÚS GUEDES)⁷.

“É assim que o clássico direito de propriedade, pedra angular do sistema de direito privado, deverá ser conformado pelos princípios fundamentais constitutivos do Estado Democrático de Direito em nosso país, dentre os quais figuram, a ***dignidade da pessoa humana***”.

(WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO)⁸.

Os grifos são nossos.

O sistema jurídico redesenhado pela Constituição Federal inseriu uma estrutura nova, um novo paradigma, no qual a pessoa humana – e não poderia ser de outra forma – tornou-se o centro das atenções políticas, sociais e jurídicas, ganhando espaço, a defesa dos interesses não apenas da geração atual, mas, também das gerações futuras. Reconhecidamente um direito em potencial, porém, resguardado pelo ordenamento jurídico.

A evolução do conceito de propriedade – conceitos indeterminados – lançada pela nova ordem jurídica, apresenta-se com o manifesto propósito de se reconhecer a patrimonialidade dos *direitos imateriais*, aqueles outrora denominados extrapatrimoniais. Extrapatrimoniais porque o patrimônio se confundia com a propriedade material, ou direitos reais, aqueles bens de valor econômico, e susceptíveis de apropriação pelo homem.

A Evolução está a inserir no patrimônio da pessoa humana, outros direitos, não mensuráveis, porém, “*ideologicamente*” de valor muito maior, quicá, o *bem* maior do ser

humano. Por estas razões, os sistemas jurídicos modernos tendem, sempre, a preservar a *dignidade da pessoa*, pondo-a como norte e fim de todo sistema, um *bem* do homem.

Da lição de EVERALDO CAMBLER, infere-se a divisão, a separação do conceito de propriedade e patrimônio, confundidos com o de coisas economicamente apreciáveis e sujeitas à apropriação pelo homem, tendo por isso, na patrimonialidade, todas “as propriedades”, material e imaterial: “Destarte, a fixação do conceito de coisa deve levar em conta dois âmbitos distintos. Coisa, em sentido genérico, é tudo quanto existe, fora ou além do homem. Em sentido jurídico, coisa é tudo quanto seja suscetível de posse exclusiva pelo homem, sendo economicamente apreciável...”⁶

E este *patrimônio imaterial*, exercido pela pessoa sobre si mesma, tem o amparo da *proteção ampla*, na medida que todos os *direitos da personalidade são enunciados, como exposto acima, de forma genérica e enunciativa, não se esgotando a gama de outros, genuínos, acessórios ou derivados, que poderão surgir como instrumentos de proteção e concreção da dignidade da pessoa humana.*

A par da instrumentalidade dos direitos proclamados tem-se que “tanto o princípio da *proporcionalidade*, como o princípio da *isonomia* são necessários ao aperfeiçoamento daquele ‘sistema de proteção organizado pelos autores de nossa lei fundamental em *segurança* da pessoa humana, da *vida humana, da liberdade humana*” (WILLIS SANTIAGO FILHO)⁸. (grifamos).

Segurança esta que se dá não só pela *limitação* ao exercício dos direitos “*das propriedades*”⁷ em face da *função social* e da *concreção* da dignidade de todas as pessoas. Porquanto, um patrimônio a ser resguardado e regrado seu exercício, de sorte a não propiciar, pelo absolutismo retrógrado, da fruição indiscriminada das liberdades – como patrimonialidade do homem –, os prejuízos já causados a toda sociedade.

Pois, “se o titular de um direito absoluto age como se pudesse exercê-lo sem qualquer frenagem, e conduz o seu poder de ação de modo a penetrar na esfera jurídica alheia, transcende do justo e já não deve encontrar no ordenamento a proteção de sua conduta” (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA)¹.

2. A FUNÇÃO SOCIAL DAS PROPRIEDADES:

O conceito de *patrimônio*, como se viu, foi alargado pela Constituição Federal, dotando a ordem jurídica de um conceito genérico e abrangente a agrupar num só ramo, o domínio sobre coisas corpóreas – propriedade material – e todos os *direitos e liberdades* inerentes à pessoa e a *fruição* destes direitos por seu titular – propriedade imaterial. Tanto é assim, que a *função social* da propriedade se estende ao contrato, caracterizando *ilícito civil* o *abuso do exercício* de um direito (CC, arts. 421 e 187).

JEFFERSON CARÚS⁷ chega a indagar se a função social da propriedade se aplica “à *propriedade em sentido estreito* ou a *toda patrimonialidade*”. *O nobre professor e advogado não responde a questão por cingir seu trabalho à propriedade corpórea, justifica ele; mas não afasta a importância de se observar a função social da propriedade em sentido amplo, “mais extenso”, principalmente em face da escolha do título da obra que*

“induz à idéia da existência de mais de uma propriedade”, concluiu. Inferindo-se, pois, a inclusão dos *direitos da personalidade* no patrimônio do homem.

A inserção dos direitos da personalidade: *“direitos físicos, psíquicos e morais” e espirituais*, na patrimonialidade do ser humano, coaduna-se com o disciplinamento posto pela ordem jurídica quanto à função social da propriedade e do contrato, pois, *do contrário, não se garantiria o pressuposto norteador de todo o sistema que é a dignidade da pessoa humana, a existência digna, haja vista que, sem estes mecanismos de proteção e regramento, cairia no vazio aquele princípio, desviado que seria pelo exercício absoluto e ilimitado dos direitos da personalidade.*

De modo que, se “a propriedade deve, hoje, atender a uma função social, também o contrato, como meio, por excelência, de promover o exercício e transferência do direito de propriedade deve estar submetido à função social” (DANIEL MARTINS BOULOS)⁹.

Função social esta que se justificada como instrumento de preservação e regência de justiça e liberdade, em igualdade para todos, correspondente “a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica”⁷.

A amplitude do reconhecimento da função social para o exercício das liberdades, dá-se como corolário da *boa-fé*, do *bem-estar social*, da *igualdade* e da *justiça*, inalcançáveis se o conceber de modo absoluto e arbitrário, fora da patrimonialidade e imerso na subjetividade, *fato* que derruiria o próprio princípio da função social pela plena e absoluta liberdade de fruição dos direitos da personalidade, nos quais repousa a própria *vontade do homem*, pois, “a ‘propriedade’ e o ‘contrato’ são alicerces da economia mundial e, principalmente, da economia de mercado”.

(IVES GANDRA DA SILVA MARTINS)¹⁰

Se a propriedade e o contrato são alicerces de qualquer economia, sem se inserir os direitos da personalidade na patrimonialidade do homem, de sorte a se lhe reger a *liberdade* e o *comportamento* dentro desta liberdade de fruição dos bens pelos marcos da *função social*, ter-se-á banido este princípio, já que toda riqueza se transfere pelo contrato e este decorre da liberdade dos contratantes. Se aqueles não forem projetados neste marco, poder-se-ia, como princípio absoluto e ilimitado de um direito, contratar sem atender a *função social*, como fruto do exercício dos *direitos da personalidade*.

Vislumbra-se, portanto, a importância de se ver os *direitos da personalidade* dentro do conceito de patrimônio, a reger seu exercício pela *função social*, pois, a propriedade em seu sentido amplo “não é mais um direito subjetivo do proprietário; a função social do detentor da riqueza, deve-se pôr em novo exame qualquer conceito que exclua a propriedade do aproveitamento a toda a coletividade, ainda quando explorada individualmente por seu legítimo titular” (NORBERTO BOBBIO – SOCIEDADE CIVIL. DICIONÁRIO DE POLÍTICA)⁷.

De J.J. CALMON DE PASSOS: “A *igualdade essencial de todos os homens – postulado básico da democracia – implica a resultante, necessária, de que todo poder humano só se legitima enquanto serviço*”. Até mesmo na seara das *liberdades*, a liberdade privada haure uma *função social*, na medida que é ela regulada negativamente, hoje *“função social dos direitos subjetivos privados”*¹².

Não há dúvida, portanto, quanto à patrimonialidade dos direitos subjetivos, dos direitos da personalidade, possuindo-os o homem antes mesmo que se tornar titular do domínio de uma coisa para fora e além de si mesmo, devendo, o exercício destes direitos privados reportar à *função social*, de sorte a assegurar, igualmente, idêntico exercício pelos demais cidadãos, nacionais ou estrangeiros, naturais ou naturalizados.

3. O ABUSO DO EXERCÍCIO DOS DIREITOS:

Comumente se utilizam expressões “*possessivas*” no exercício de um direito subjetivo privado, a fim de o esgotar totalmente, ainda que sobre direito subjetivo alheio. Esta interferência pelo exercício de um direito, de uma liberdade, na esfera jurídica alheia, rompe a função social a qual ele está vinculado e, por isso, caracteriza o *abuso do exercício*, embora muitas vezes possa não gerar um *ilícito civil*.

Nos dois tópicos anteriores viu-se a importância de caracterizar os direitos da personalidade como patrimonialidade *imaterial* inerente e sobre a própria pessoa do titular, a fim de que o exercício das *permissões jurídicas*²⁶, assegure o exercício destas mesmas permissões aos demais co-cidadãos e atenda a *função social* a que se destina, no pressuposto de que há, hodiernamente, um sentido de coletivização ou socialização dos danos, decorrendo que todos devem, por isso, resguardar o máximo possível contra a produção de um evento danoso.

Como diz LIMONGI FRANÇA¹¹, *o direito de propriedade não é uma aptidão, é a permissão de usar, gozar e dispor de seus bens, concedida a quem já é proprietário, compreendido numa acepção mais ampla que o limite da relação entre um sujeito e uma coisa.*

É taxativo, portanto, que “*todo direito deve ser exercido nos limites do razoável, devendo a ordem jurídica coibir todo abuso ou desvio de finalidade perpetrado por seu detentor*” (DÁRCIO GUIMARÃES DE ANDRADE).

Abuso este que se mostra não apenas quando extrapola os limites da *razoabilidade*, mas também, quando ultrapassa os lindes do próprio direito a imiscuir, negativamente, no direito alheio.

Há de se advertir que, quanto à *função social*, princípio regente do exercício dos direitos *das propriedades* pode ocorrer o descumprimento desta função social, sem que haja abuso⁷. Então, não basta se situar o agente nos limites do exercício permitido para as “permissões jurídicas”, pois, se este exercício não atender à função social, da qual são corolários a boa-fé, o bem-estar comum e a justiça, há descumprimento da ordem jurídica. Por exemplo, alguém pode laborar a instituir em seu negócio mecanismos capazes de diminuir a carga tributária; estes mecanismos, embora circunscritos ao exercício das permissões jurídicas, podem violar a *função social* da propriedade.

Tem-se pois, a possibilidade de ocorrência de negação à função social da propriedade, não obstante o *exercício regular dos direitos subjetivos* ou dos *direitos patrimoniais imateriais*.

DANIEL BOULOS assevera não ser qualquer excesso “aos limites ditados pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico de um direito que torna ilícito o seu exercício”⁹; porém, é ilícito quando o excesso repercutir negativamente na esfera jurídica de outrem, como se dá àquele que provoca uma lesão permanente com o fim de receber seguro. Se permanecêssemos circunscritos a autolesão ele somente romperia os limites da boa-fé, da lealdade, dos bons costumes, e da função social do exercício de suas liberdades, mas, como aquela teve um fim diverso, caracteriza-se o *ato ilícito*.

FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ, todavia, assevera: “o exercício de direito, para ser considerado (equiparado ao) ato ilícito, há de ser tal que exceda, de forma manifesta, verdadeiramente clamorosa, os limites ditados pela boa-fé, pelos bons costumes e pelo fim social e econômico do direito em questão”⁹.

Logo, todo *direito subjetivo* invocado, não encontra em si mesmo sustentação, pendente que está do sistema jurídico, não podendo jamais ser exercido ampla e irrestritamente, eis que, há *limitações* como meio de garantir este mesmo direito aos demais.

Abuso caracterizador de *ato ilícito*, repousa justamente no fato de o rompimento dos limites do exercício de um direito, interferir no direito subjetivo alheio, quer quanto à propriedade material, quer quanto à propriedade imaterial ou *direitos da personalidade*.

Pois que, se o *ordenamento jurídico estabelece um âmbito jurídico para cada sujeito, delimitando sua esfera de poder*⁶, nítido está que o exercício, seja dos direitos da personalidade, seja dos direitos de propriedade *stricto sensu*, para além desta delimitação, refletindo sobre direitos de outrem, de mesma intensidade ou não, *caracteriza o abuso e consequentemente o ato ilícito*.

Trata-se de concepção objetiva do abuso, caracterizado, não pelo elemento anímico do agente, mas pelos elementos e circunstâncias de sua própria ação, pondo-a a sua frente.

Filiando-se a FERNANDO CUNHA DE SÁ, LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES, citando ANTUNES VARELA E PIRES DE LIMA: “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. ‘Não é necessária a consciência de se excederem, com o seu exercício, os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do direito; basta que se excedam estes limites’¹³”.

Disto, pode-se concluir, o *exercício* das liberdades individuais ou *permissões jurídicas*, só se consagra no sistema jurídico atual, como *função social*, como *serviço*, delimitado à objetividade de se garantir, igualmente, o mesmo exercício dos direitos da personalidade pelos demais concidadãos; o *exercício abusivo* destas liberdades, por si só, caracteriza a *antijuridicidade*, passível de intervenção estatal a regulá-lo como meio de restabelecer a normalidade quebrada pelo excesso verificado; nesta seara, a ordem jurídica sanciona o exercício dos direitos subjetivos com o “*intuito de preservar a dignidade humana, evitando a instrumentalização de um sujeito por outro*”, ocorrente não só na seara obrigacional ou contratual, como na satisfação egoística e torpe de interesses privados, muitas vezes anti-sociais.

Acrescente-se a isto, o princípio da *proporcionalidade* no exercício de um direito, para o qual, a desproporção caracteriza o *excesso* e, este por seu turno, caracteriza o ato antijurídico. Razão pela qual o mencionado princípio é também conhecido como “*princípio da proibição do excesso*”¹⁴, o que nos põe às claras com o conceito de abuso.

O “princípio da proporcionalidade em sentido estrito determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível”. (grifamos)

(WILLIS SANTIAGO G. FILHO)⁸

Estando, até mesmo o legislador, vinculado ao princípio em adequação *meio e fim* da norma jurídica, encontra-se o cidadão no exercício de suas liberdades, vinculado não só a estes limites, mas também, às permissões concedidas, abstendo-se das proibidas, havendo, por isso, “*sinonímia entre o princípio da proporcionalidade em sentido estrito e a proibição de excesso 'de ação'*”⁸.

De forma que, todo *excesso* é coibido por uma necessidade pública de pacificação e normalidade da convivência social; este *excesso* chega a caracterizar *ato ilícito* quando não apenas atinge princípios e objetivos jurídico-sociais, mas direitos alheios, pois que, nesta ordem, o ordenamento jurídico há muito fora violado (*antijuridicidade*).

4. A ANTIJURIDICIDADE:

Ato ilícito é todo comportamento comissivo ou omissivo antijurídico ou o exercício abusivo de um direito, causador, direto e imediato, de dano patrimonial material ou imaterial a outrem (CC, 186 e 187).

A ilicitude ou antijuridicidade repousa no comportamento do agente, o qual, quebra a normalidade prevista e querida pelo ordenamento jurídico em regramento ao exercício dos direitos pela *função social, pelos bons costumes, pela boa-fé, pelo bem-estar comum, pela existência digna, pelo fim econômico*, podendo, direta e imediatamente, gerar um dano para outrem. Havendo relação entre a violação da lei, ocorrida tanto na ação quanto na omissão, e um dano causado¹⁵ a outrem, tem-se o nexo causal e, portanto, o *ato ilícito*.

A dialética, *antijuricidade* e *ato ilícito*, se assim se puder expressar, existe em razão do fato de que o *ato ilícito* é a ação valorizada e a *antijuricidade* um juízo de valor desta ação, consistente “*num juízo sobre a ação... objetivamente, entre o fazer e a norma...*”²⁷; enquanto o *ato é ilícito* quando provoca um *dano* a direito alheio, como se positivou no Código Civil revogado (art. 159) e encontra-se no atual Código Civil (art. 186). Dessa sorte, o *ato ilícito* tem como elemento constitutivo um “dano”¹⁵, enquanto a *antijuridicidade* prescinde do “dano”, exsurgindo-se da só contrariedade da norma pela ação que valoriza.

Razão pela qual uma *ação* pode ser antijurídica sem caracterizar ato ilícito, por incidir sobre o conteúdo da norma jurídica, que é o objetivo por ela resguardado, sem alcançar materialmente direito alheio, por isso, não se confunde o dano com a *lesão jurídica*, “conteúdo da antijuricidade”²⁷, decorrente do desvalor à ordem jurídica por seu não atendimento.

DE PLÁCIDO E SILVA conceitua ATO ILÍCITO como sendo a ação ou omissão voluntária, *lesivas* a direito alheio: “se entende toda ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que viole direito alheio ou cause prejuízo a outrem...”²⁸; depreende-se, portanto, haver no ato ilícito um dano ao patrimônio de outrem, patrimônio este *material* ou *imaterial*.

Por isso, no exercício das liberdades conferidas, a ação do agente poderá ser *ilegal* ou *antijurídica*, sem caracterizar *ato ilícito*. Porém, exigindo a intervenção estatal neste exercício como forma de adequá-lo aos pressupostos da ordem jurídica, valorizante daquela ação que a contraria, que é pressuposto da *normalidade*.

O art. 187 do Código Civil, diz caracterizar *ato ilícito*, também, o exercício de um direito fora dos limites impostos por seu *fim econômico, social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*. Na verdade, diante dos ensinamentos de EVERARDO CUNHA LUNA²⁷, CAIO MÁRIO¹⁵, DE PLÁCIDO E SILVA²⁸, e NEY MELLO ALMADA²⁹, pode-se dizer que o referido artigo exige, na verdade, somente a *ilegalidade*, a *antijuridicidade* para reprovar a ação, não exige tenha esta causado um *dano* material ou imaterial, imprescindível se se cogitasse de “*ato ilícito*”.

Pela contrariedade da ação aos princípios e instrumentos de consecução e garantia da *dignidade da pessoa humana*, dispostos no ordenamento jurídico, justifica-se a atuação do Estado, através do Poder Judiciário, para coibir o *abuso do exercício* dos direitos patrimoniais.

Portanto, pode ocorrer, como disse DANIEL BOULOS⁹, violação da ordem jurídica no exercício dos direitos patrimoniais, pelo não atendimento à *função social*, à *boa-fé*, aos *bons costumes*, etc. – ilegalidade –, sem que se verifique dano algum – ato ilícito –, atendendo que basta a *antijuridicidade* para justificar a intervenção estatal na órbita do exercício das “*permissões jurídicas*”.

Relevante o pronunciamento de NEY DE MELLO ALMADA: “Revela ter presente, por fim, que nem tudo que se mostre *ilegal* é, necessariamente, *ilícito*”²⁹. De outra forma, nem tudo que é *antijurídico* constitui *ato ilícito*, pois, como dito, há na *antijuridicidade* um juízo de valor da ação frente à ordem jurídica.

Complemente-se com o fato de que o *ato ilícito* exige, como pressuposto da obrigação de reparar o dano, a culpa *lato sensu* do agente, enquanto a *antijuridicidade* prescinde do elemento anímico. É relação de valor entre a ação e a norma, por isso mesmo, objetiva, por independe de pressupostos *subjetivos*. “Na *antijuricidade*, a *relação coloca o fato perante a ordem jurídica; na culpabilidade (elemento anímico), perante o autor*”²⁷. Tanto que, em direito penal, a exclusão da *tipicidade* não induz exclusão da *antijuridicidade*, produzindo efeitos em outras searas do ordenamento jurídico.

A bibliografia de VICENTE RÁO, citada por NEY DE MELLO ALMADA²⁹, deixa-nos a existência de *atos*, por diversas manifestações, em desconformidade com a lei, sem afronta direta, e fatos dolosos e culposos, como categorias de *ilícitos (ATO JURÍDICO)*; podendo afirmar ser a *ilicitude* o gênero, donde a *antijuridicidade* e o *ato ilícito*, espécies ou categorias, diferenciadas pelo dano patrimonial verificado neste último e pela só lesão à ordem jurídica, na primeira. Via de consequência, “a *sanção civil* pode ser infligida ao infrator ainda quando o ato não se contenha em previsão típica, mas conflite com os bons costumes”²⁹, não necessitando tenha, sempre, um ataque a direito alheio, o dano materializado.

Sabendo-se que a moral é *recompensável*, por meio da compensação ao ofendido e penalização correcional-exemplar ao ofensor, tem-se que o dano tanto pode ser material ou moral; de outra forma, *tanto pode se dar no âmbito da propriedade material, quanto no âmbito da propriedade imaterial*.

Logo, tanto o *abuso do exercício* do direito quanto a *quebra dos preceitos* jurídicos reguladores da convivência social, caracterizam a *antijuridicidade*.

Situando-se, pois, no momento da ação do agente poder-se-á auferir a existência de *excludentes da antijuridicidade*; inexistindo estas, é de se dizer: “o direito ao próprio corpo é um complemento do poder sobre si mesmo (patrimônio imaterial), mas só pode ser exercido no limite da manutenção da sua integridade” (JOSÉ COSTA LOURES E TAIS LOURES DOLABELA GUIMARÃES)⁵, razão porque, *o exercício de nenhuma liberdade* poderá descambar para além do limite da simples preservação deste mesmo direito, sendo o *excesso* um abuso, respondendo o agente pelas consequências advindas.

Frisa-se, todos, pelo princípio da *igualdade*, são detentores de *direito da personalidade* contra qualquer ataque, porque “todo ato que implique atentado contra esta integridade é repellido por antijurídico” (ob. cit.). De contrário, abrir-se-ia espaço para a justiça privada, sempre e a todo instante.

Por isso, a importância da ordem jurídica em considerar *antijurídico* o *exercício abusivo* de um direito ainda que não chegue a atingir *direitos subjetivos* alheios, por colocar em risco o equilíbrio do convívio social e a objetividade jurídica.

5. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS PATRIMONIAIS:

“A não especificação dos direitos da personalidade deixa espaço bastante para o entendimento inteligente do texto na doutrina e na jurisprudência, de acordo com os fatos e relações supervenientes. A

jurisprudência, sobretudo, em que o tema encontrou, antes, significativo amparo, há de ter *função criadora*, em face das pretensões formuladas”.

(JOSAPHAT MARINHO)¹⁷.

Os fatos, portanto, determinarão o reconhecimento de *direitos da personalidade*, ainda não postos em norma jurídica, como exposto alhures, pois, o Estado moderno está voltado à proteção dos *direitos sociais* e dos *direitos humanos*, instrumentos de consecução da *dignidade humana*.

É preocupação que remonta aos primórdios da humanidade, ao menos ao renascimento do direito, como corolário de proteção à *dignidade da pessoa humana*: “Essa preocupação com a integridade física do homem, com a dignidade da pessoa humana se deve, especialmente, ao cristianismo (dignidade do homem), ao jusnaturalismo (direitos inatos) e ao iluminismo (valorização do indivíduo perante o Estado)”, conforme lição de CÉSAR FIÚZA, em DIREITO CIVIL⁵.

Impossível dar guarda e proteção à *dignidade da pessoa humana* se não se reconhecer outros *direitos da personalidade*, ainda que acessórios ou derivados e se não os proclamar como integrantes do patrimônio do homem.

É por tudo isto, que a nova ordem jurídica, filiando-se à Constituição Federal, expressa *cláusulas gerais* e *conceitos indeterminados*, “tendo como paradigma o denominado sistema aberto, em que são utilizados *conceitos jurídicos indeterminados* e *cláusulas gerais*, de modo a ter o magistrado grande liberdade no momento de prolatar a sua decisão e levar em consideração fatos metajurídicos”. (grifamos).

(VÉRA JACOB DE FRADERA)¹⁹.

No mesmo sentido, FRANCISCO AMARAL ao proclamar que a *equidade* se apresenta “*sob a forma de uma cláusula geral*”²⁰.

Com estas considerações impõe-se assegurar a todos um mínimo de garantia ao exercício das permissões jurídicas, não apenas quando violadas, mas, igualmente, quando ameaçadas por uma ação abusiva ou contrária ao direito, ambas caracterizadoras de *antijuridicidade*.

Assim se impõe, ante a proclamação dos *direitos humanos*, das *garantias* e dos *direitos fundamentais* do homem; por isso, “*direitos fundamentais*”, como forma de assegurar a *igualdade* de fruição destes mesmos *direitos*, de pacificar a convivência dos homens e, estabelecer a paz social, aquele harmônico equilíbrio das relações jurídico-sociais.

“A justiça social consiste na possibilidade de todos contarem com o mínimo para satisfazer às suas necessidades fundamentais, tanto físicas quanto espirituais, morais e artísticas”.

(saudosos, CELSO RIBEIRO BASTOS – COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL)¹⁰.

Esta proteção, decorrente do novo paradigma, do novo regime, não é benevolência, nem compaixão de se assegurar um mínimo necessário a alguém para se ter existência digna; *trata-se de um dever do Estado na relação com os cidadãos, destes entre si, e na interferência daquele nas inter-relações destes quando inobservados os princípios e objetivos decorrentes das normas jurídicas*.

“Atualmente, não apenas se concebe os **direitos fundamentais** como dotados de um aspecto **prestacional**, a exigir ações por parte do Estado para implementá-los, mas também, sendo o que aqui nos importa particularmente destacar, se atribui a tais direitos eficácia reflexa ou eficácia perante terceiros (Drittwirkung), **tornando-os aptos a proteger seus titulares também contra ameaças e violações por parte de seus**

co-cidadãos, individualmente considerados ou coletivamente organizados". (grifamos).

(WILLIS GUERRA FILHO)⁸.

Dessa forma, qualquer ameaça aos *direitos fundamentais* do homem e aos *direitos coletivos*, há de se impor, ao agente, vedações ou restrições ao *exercício* de suas *liberdades* ou *permissões jurídicas*, ainda que isto represente interferir no absolutismo de seus *direitos da personalidade* – não absolutos –, pois, em jogo, direitos de mesmo quilate. *Só assim, poder-se-á assegurar a convivência digna e pacífica entre os homens, pacificando a sociedade, fim da ordem jurídica, a garantir existência digna a todos.*

6. A OBRIGAÇÃO DE NÃO-FAZER – RESTRIÇÃO À LIBERDADE:

Em princípio nenhum dos *direitos fundamentais* podem ser restringidos, aliás é garantia contra o Estado, a vedar qualquer medida tendente a solapar estes direitos fundamentais.

Todavia, quando em conflito direitos de mesma natureza e equivalência, importa a intervenção estatal, a fim de adequá-los à *convivência pacífica* e à *existência digna*, pois, encontram-se ameaçados *direitos da personalidade* pelos próprios co-cidadãos.

Uma forma de se alcançar este desiderato, sem dúvida, é a restrição à liberdade de ir e vir e estar. Com ela, pode-se impedir que agressor e agredido se aproximem e, destarte, assegura-se a paz social e a harmônica convivência digna de ambos com a sociedade, dentro da normalidade desejada e esperada.

O *direito de propriedades*, no que se incluem os *direitos da personalidade*, não é absoluto na interação e integração social. O seu exercício obtempera-se com a garantia de se permitir e não obstaculizar o seu exercício pelos demais membros da sociedade. Trata-se de *permissões* do exercício das faculdades humanas, nos limites do *interesse comum* e com vistas à *função social*.

Portanto, o “eu” do domínio da coisa, não se exaure ilimitadamente na fruição concedida pela ordem jurídica ao seu titular. Há um princípio salutar regente de sua liberdade de gozo, a atender a função social – *interesse público* –, a convivência pacífica – *paz social* –, e o exercício desta mesma liberdade a todos – *igualdade* –, e proporcionar a todos, existência digna – *dignidade humana*.

Trata-se, pois, sempre de liberdade, de discricionariedade, regradas em prol do crescimento social e do bem-estar comum, caracterizando verdadeiras limitações ao exercício de uso, gozo e disposição dos *direitos patrimoniais*.

“As limitações impostas ou as novas conformações emprestadas ao direito de propriedade não de observar especialmente o princípio da proporcionalidade, que exige que **as restrições legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais**”, afirma GILMAR FERREIRA MENDES.

Trazendo as lições postas a uma situação social, há de se perquirir: a restrição é adequada, proporcional e necessária? De modo que, pode-se **restringir** o exercício dos *direitos da personalidade*, na medida que, necessário e proporcionalmente, a garantir a paz social e o exercício de direito de mesma natureza e igual intensidade, sob pena de deixar inerme a proteção de direitos à *digna existência*, conforme lição acima de WILLIS GUERRA⁸.

É que todo *exercício abusivo* e para *além dos limites* do exercício consagrado pela norma jurídica, deve ser restringido ou delimitado ou conformado à necessária convivência social harmônica e pacífica; por isso, *sendo os direitos da personalidade, em*

sua generalidade, uma propriedade imaterial inerente e sobre a pessoa, seu exercício deve corresponder à possibilidade do mesmo exercício a quem seja, também, titular desta propriedade imaterial; razões pelas quais a função social, o bem-estar geral, a paz social, a justiça social, a existência digna e a dignidade da pessoa humana, impõem limitações explícitas ou implícitas no sistema jurídico, a este exercício.

Quando o sistema jurídico por si só não está sendo suficientemente capaz de tolher os abusos ou mesmo os atos natilesivos, pela autolimitação do exercício das liberdades, impõe-se ao legislador atualizar o disciplinamento do exercício das prerrogativas inerentes às propriedades, “tornando, muitas vezes, inevitável uma mudança do próprio conteúdo”²¹.

Enquanto isto não ocorre, socorre-se o *ameaçado* ou o *lesado* ao Poder Judiciário, o qual, ante as circunstâncias do caso concreto, estabelece a normalidade da convivência social desejada pela ordem jurídica, compreendida na *igualdade*, na *liberdade*, na *segurança* e na *dignidade da pessoa humana*, pois, não se afastará da apreciação da Nobre Instituição, a “lesão ou ameaça a direito”.

Então, em face dos *conceitos vagos e cláusulas gerais*, é de se reconhecer a possibilidade de se restringir, o Poder Judiciário, o exercício das liberdades inerentes aos *direitos das propriedades*, de sorte a assegurar, concretamente, a justiça social, que é representação da *dignidade da pessoa humana*, na medida que esta só se verifica quando aquela (instrumental) se estabelece em devido processo legal substantivo.

Isto, porque se trata de direitos de *mesma natureza e intensidade*, como se afirmou, positivado na realidade vivida pelos intervenientes no processo, havendo, portanto, na lição de WILLIS SANTIAGO, a possibilidade de restrição destes direitos, injuncionalmente, por haver esta possibilidade ao legislador, principalmente, porque a restrição atenta ao mínimo necessário a salvaguardar os mesmos direitos do agente e da vítima, protegidos, *igualmente*, pela Constituição Federal⁸.

Até porque, quando se fala em permissão ao Estado para restringir o exercício das liberdades, está-se dizendo: *qualquer um dos “poderes” da constituição montesquiana, no âmbito de sua competência, como ocorre na seara da Administração Pública, em certas circunstâncias, poderá restringir certas liberdades ao exercício das propriedades como as “limitações administrativas”, “ocupação temporária”, incidentes diretamente sobre os direitos subjetivos (individuais) do titular.*

Conclui-se, portanto, o Estado está “autorizado a limitar a liberdade dos indivíduos na medida em que for necessário, para que se mantenha a liberdade e segurança de todos” (FRIEDERICH WILHELM – REI DA PRÚSSIA – citado por WILLIS SANTIAGO – ob. cit.).

Nisto repousa a *possibilidade jurídica* de se formular pedido judicial restritivo do exercício de certas liberdades, a justificar a intervenção estatal, pelo Poder Judiciário, na vida privada dos intervenientes no processo, de sorte a regular sua convivência no seio social, assegurando a integridade dos *direitos patrimoniais*.

Sem dúvida alguma, ante circunstâncias reveladoras de afronta à ordem jurídica com interferência ou não à esfera jurídica de outrem, justifica-se, em prol do interesse comum, do bem-estar geral, da justiça social, da convivência pacífica, a limitação de liberdades mal exercidas.

7. A OBRIGAÇÃO INJUNCIONAL DE NÃO-FAZER:

“...Logo, a jurisdição, como consequência do monopólio Judicial pelo Estado, é chamada, não a dizer o direito, mas aplicar o direito, posto que, alguém ultrapassou os limites das permissões, rompendo a esfera jurídica de outrem, privando-o destas mesmas permissões”²², como único meio de assegurar ao lesado sua dignidade humana, sua existência digna, sua convivência social.

A restrição, decorre não apenas do interesse privado a ser protegido, mas também do interesse público, da ordem pública em manter a paz social. Não se estará, por certo, defendendo interesse privatístico ou egoístico de sujeição de um ao outro. Ao contrário, estar-se-á buscando, no interesse que o Estado tem em estabelecer o equilíbrio da convivência social – ordem pública –, a solução *adequada, necessária e proporcional*, para que direitos de mesma intensidade possam ser exercitados tanto por um quanto por outro, em *igualdade*, em *segurança*, em *legitimidade*.

Ações demonstrando nítido menosprezo pela ordem pública, pelas instituições, pela própria Justiça, põem em evidência ter o agente desvinculado-se do dever, a todos imposto, de contribuir para o bem-estar comum, ciente de que alargado o *conceito de propriedade*, todas as suas ações devem corresponder, embora a satisfação do interesse particular, ao bem comum, à *função social*, garantidora da *dignidade da pessoa humana*.

Da análise objetiva de determinadas ações, infere-se terem seus partícipes, num autoquerer, alçado a um “*status*” acima de todos, apresentando-se prepotentes e arrogantes, como se fossem ditadores de todas as normas de conduta – privilegiados, protegidos –, podendo fazer o que bem entenderem, como se a JUSTIÇA e o DIREITO, existissem somente nas cátedras.

Portanto, violam a ordem pública, a ordem jurídica, a paz social, numa conduta manifestamente anti-social, com precedente de *antijuridicidade* por não atenderem aos preceitos da função social e do bem comum, *o que pode ser agravado* em razão da interferência na órbita jurídica alheia – *ato ilícito*.

O art. 12 do Código Civil prescreve: “Pode-se exigir que cesse ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

Extrai-se do dispositivo em foco a *possibilidade* de se infligir ao agente a *restrição* do exercício da liberdade, cuja fruição malversada rompe a normalidade social com ou sem violação do direito subjetivo de outrem, para que este e toda comunidade possam ter assegurado o direito à segurança, à liberdade, à integridade física, mental, psíquica e espiritual, sem a interferência malévola daquele.

Pois, se inviolável a *vida privada*, a *intimidade* e os *bens* de cada pessoa, não se pode conceber possa o infrator, diante de ações ilícitas, pontencialmente geratrizes de *atos ilícitos*, continuar ameaçando a ordem jurídica e social e, igualmente a *integridade patrimonial material e imaterial* da vítima, sob os auspícios do exercício de uma liberdade.

O art. 287 do Código de Processo Civil estabelece a possibilidade jurídica de se impor ao *ofensor* a *restrição*, consistente na *obrigação de não-fazer*, na expressão “*abstenção da prática de algum ato*”, *in casu*, limitação do exercício de um direito subjetivo.

Fundamenta-se ainda, no MANDADO DE INJUNÇÃO, conceituado como “o procedimento pelo qual se visa obter ordem judicial que determine a prática ou a abstenção de ato, tanto da administração pública como do **particular**, por violação de direitos constitucionais fundada na falta de norma regulamentadora” (IRINEU STRENGER)²².

Evidente, cogitar-se-á da existência de norma regendo as liberdades, inclusive, agora, sancionando o *abuso* como *ato ilícito* (CC, art. 187); contudo, as limitações por violação ou ameaça a direito, não se encontram totalmente regidas a se assegurar, na prática, a efetividade do querer do ordenamento jurídico, ensejando, por isso, com respaldo no conceito injuncional, a ordem judicial limitando o exercício dos direitos da personalidade para que estes direitos possam ser exercidos pelo lesado ou ameaçado, em igualdade com o ofensor.

Pois, tratando-se de *direitos fundamentais*, constitucionalmente assegurados, negar um disciplinamento, ainda que judicial, ao exercício destes direitos, de sorte a consagrar a ordem pública, da qual decorrem o *convívio harmônico e equilibrado* e a *paz social*, é NEGAR A EXISTÊNCIA DESTES MESMOS DIREITOS, pondo os homens à mercê uns dos outros.

Não obstante a restrita aplicação de nosso *mandado de injunção*, serve ele como parâmetro fixador da possibilidade de, a teor dos arts. 12 do CC e 287 do CPC, restringir o exercício dos *direitos fundamentais* do ofensor para que estes mesmos direitos possam ser exercidos pelo ofendido. Sem a restrição pôr-se-á sob ameaça a liberdade e segurança deste último e com ela, a própria ordem jurídica, sua eficácia e efetividade.

Há, portanto, *correlação*, já que o juiz não poderá deixar de julgar alegando obscuridade ou lacuna da lei, nem mesmo falta de lei. E, desta correlação, vez que a negativa de tutela resultaria em submeter o homem ao guante do mais forte, à ameaça de dano previsível a sua *liberdade* e a sua *segurança*, portanto, à sua *integridade patrimonial*, **extraem-se os elementos eferentes da restrição a ser infligida.**

“Surge, assim, uma nova visão do direito na qual prevalece o direito de não ser excluído, ou seja, o direito de acesso e o conseqüente poder de usar o bem, passando a ter menor importância a propriedade e estabelecendo-se uma interdependência entre os usuários”.

(ARNOLDO WALD)⁴.

É esta visão de *interdependência* do uso dos bens pelos titulares, que faz emergir o pressuposto da *proporcionalidade* e *adequação* do exercício das liberdades a equilibrar as relações sociais. Dessume-se, pois, *o comportamento do indivíduo jamais poderá ser aquele anti-social de subtração da ordem jurídica e dos direitos alheios, para sujeitar o seu titular a seu interesse egoístico, mesquinho, vil, meramente caprichoso.*

Compreendendo-se os *direitos da personalidade* na patrimonialidade de cada um, sendo fundamentais à dignidade da pessoa humana, pressuposto e razão do sistema atual, a *liberdade*, a *igualdade*, a *segurança*, além de outros, o exercício deste patrimônio para fora e além da pessoa em si mesma, corrompe a *ordem pública*, torna-se *abusiva*, quebra a *ordem jurídica*, causa dano a quem suporta o *excesso*, impondo a **restrição** do exercício da liberdade ao causador deste dano, como *condição necessária* a assegurar o exercício deste mesmo direito pelo ofendido.

Portanto, cumpre ao Poder Judiciário restringir, de forma injuncional, o exercício de direitos subjetivos quando por ele seu titular corrompe a estrutura jurídica, determinando-se-lhe a *obrigação de não-fazer* (CC, 12 e CPC, 287) consistente na vedação do exercício das liberdades mal exercidas.

8. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA ESPECÍFICA:

A “*morosidade da justiça*” não é a causa de injustiça espalhada pelo país como pregam todos aqueles que se movem em torno de frases feitas, instigantes das massas a alçarem-se no “*poder*”.

A injustiça no Brasil se deve a grande impunidade dos ricos e potentes e a inutilidade da decisão final, porque descurada a praticidade, a utilidade, que deveria ter na convivência, na realidade vivida pelos intervenientes no processo.

A morosidade é um fator de atraso das decisões, mas não a causa de injustiça. Dizem-se, com força em RUI BARBOSA, que justiça tardia é igualmente injustiça, mas, justiça célere somente é o mesmo que justiça injusta e mais funesta. É a mesma coisa expressa de forma diferente, por corresponder a dois extremos de uma mesma vertente.

Como se expôs, o mau uso dos direitos patrimoniais faz exsurgir para o Estado em primeira análise, o direito de restringir a liberdade de fruição destes direitos, como pressuposto de adequação ao bem comum e à função social; porém, não apenas o Estado. Quando este mau uso dos direitos patrimoniais viola direitos subjetivos alheios, caracteriza o abuso o ato ilícito, ensejando a ação de obrigação de não-fazer como instrumento regulador da liberdade de fruição dos direitos patrimoniais, material ou imaterial, a restringir as “*permissões jurídicas*” do ofensor.

O art. 461 do Código de Processo Civil, em prol da celeridade da justiça, autoriza o juiz conceder a tutela específica de *obrigação de não-fazer*, liminarmente, quando tornar ineficaz o provimento final.

É preciso, portanto, garantir ao ofendido um *mínimo necessário* ao exercício de suas prerrogativas de ser humano, em igualdade com qualquer indivíduo, sem ameaças e com segurança, se não total (impossível), ao menos o suficiente para que seus direitos da personalidade possam valer enquanto o são, e somente o são enquanto houver possibilidade de exercê-los como instrumento de dignidade humana, não havendo como negar a necessidade de regulação restritiva do exercício do direito subjetivo do agente.

Negar a tutela específica liminar, negar-se-á a própria *dignidade humana* à vítima, que terá de aguardar o trâmite do procedimento, para poder sentir-se (direitos psíquicos) “capaz” de fruir, de gozar de sua liberdade, de seu direito subjetivo, com segurança, com integridade.

Pois, há o temor de que o ofensor, pelas ações anti-sociais rotineiras, ao tomar conhecimento da medida judicial, irrompa em novas agressões contra a ordem jurídica e social, pelo abuso do exercício de seu direito, cujas conseqüências danosas são imprevistas, mas, certa e indistintamente, negativas a toda sociedade.

Dito isto, de nada adiantará ao final da ação reconhecer a necessidade da *restrição*, se durante todo o trâmite do processo, o Estado não garantir ao ofendido o exercício de seus direitos, mantendo-o, sob a alusão do “*status quo*”, ao guante da prepotência do ofensor, sucumbindo os direitos fundamentais daquele.

TELMO ARISTIDES DOS SANTOS
ADVOGADO EM MINAS GERAIS
03.03.04

Publicado: www.foreense.com.br em 06.09.04.

BIBLIOGRAFIA:

- 1- PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA, "INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL – VOL I";
- 2- REIS, SÉRGIO NEESER NOGUEIRA, "JUSTIÇA DIVINA X JUSTIÇA DOS HOMENS";
- 3- AZEVEDO, ÁLVARO VILLAÇA, "O NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: TRAMITAÇÃO; FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO; BOA-FÉ OBJETIVA; TEORIA DA IMPREVISÃO E, EM ESPECIAL, ONEROSIDADE EXCESSIVA (*LAESIO ENORMIS*)";
- 4- WALD, ARNOLDO, "A EVOLUÇÃO DO CONTRATO NO TERCEIRO MILÊNIO E O NOVO CÓDIGO CIVIL";
- 5- VELLOSO, CARLOS MÁRIO DA SILVA, "OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS E NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO";
- 6- CAMBLER, EVERALDO, "AS OBRIGAÇÕES DIVISÍVEIS E INDIVISÍVEIS E O NOVO CÓDIGO CIVIL";
- 7- GUEDES, JEFFERSON CARÚS, "FUNÇÃO SOCIAL DAS 'PROPRIEDADES': DA FUNCIONALIDADE PRIMITIVA AO CONCEITO ATUAL DE FUNÇÃO SOCIAL";
- 8- FILHO, WILLIS SANTIAGO GUERRA, "O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM DIREITO CONSTITUCIONAL E EM DIREITO PRIVADO NO BRASIL";
- 9- BOULOS, DANIEL MARTINS, "A AUTONOMIA PRIVADA, A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E O NOVO CÓDIGO CIVIL";
- 10- MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA, "A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO";
- 11- JÚNIOR, GOFFREDO TELLES, "DIREITO SUBJETIVO I" – ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO – VOL. 28;
- 12- DE PASSOS, JOSÉ JOAQUIM CALMON, "FUNÇÃO SOCIAL DO PROCESSO";
- 13- GOMES, LUIZ ROLDÃO DE FREITAS, "A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA NO NOVO CÓDIGO CIVIL";
- 14- ROSAS, ROBERTO, "RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NO CÓDIGO CIVIL (2002)";
- 15- PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA, "RESPONSABILIDADE CIVIL DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988";
- 16- MONTEIRO, WASHINGTON DE BARROS, "CURSO DE DIREITO CIVIL – VOL. 5";
- 17- MARINHO, JOSAPHAT, "OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO";
- 18- GOMES, ORLANDO, "OBRIGAÇÕES";
- 19- FRADERA, VÉRA JACOB DE, "O VALOR DO SILÊNCIO NO NOVO CÓDIGO CIVIL";
- 20- AMARAL, FRANCISCO, "A EQUIDADE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO";
- 21- MENDES, GILMAR FERREIRA, "ANOTAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DO DIREITO ADQUIRIDO TENDO EM VISTA A APLICAÇÃO DO NOVO CÓDIGO CIVIL";
- 22- SANTOS, TELMO ARISTIDES, "INTRODUÇÃO AO DIREITO";
- 23- STENGER, IRINEU, "MANDADO DE INJUNÇÃO";
- 24- INJUNÇÃO – ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO – VOL. 44;
- 25- E SILVA, DE PLÁCIDO, "VOCABULÁRIO JURÍDICO – VOL. II";
- 26- FRANÇA, R. LIMONGI, "HERMENÊUTICA JURÍDICA";
- 27- LUNA, EVERARDO DA CUNHA, "ANTI JURIDICIDADE" – ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO – VOL. 7;
- 28- E SILVA, DE PLÁCIDO, "VOCABULÁRIO JURÍDICO – VOL. I";
- 29- ALMADA, NEY DE MELLO, "ILICITUDE" – ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO – VOL. 42.