

1. Introdução

O jurista contemporâneo enfrenta um grande desafio ao se debruçar sobre a noção de abusividade: o de superar a forte carga semântica que caracteriza o uso coloquial do termo. De fato, poucas palavras registram de modo tão emblemático a imoralidade e a ilegitimidade, na linguagem cotidiana, quanto o termo *abuso*. Em outros idiomas, “abusar” pode significar assediar e até mesmo molestar alguém (pense-se nos verbos *abuse* do inglês, *abuser* do francês ou *abusare* do italiano). Na língua portuguesa, embora também se empregue a palavra com tais conotações, “abusar” sugere, na acepção mais corrente, aproveitar-se da confiança ou liberdade recebidas (diz-se, ilustrativamente, que certa pessoa “é abusada”).

Mesmo no âmbito jurídico, alguns dos usos mais populares do termo remetem ao aproveitamento de vulneráveis ou à exploração da confiança alheia – assim ocorre, por exemplo, na publicidade abusiva e nas cláusulas abusivas previstas, respectivamente, pelos arts. 37, §2º e 51 do Código de Defesa do Consumidor. Ironicamente, essas duas hipóteses em nada se relacionam com a figura do abuso do direito, constituindo, em vez disso, casos típicos de ato ilícito – natureza que decorre de sua vedação expressa pela lei, de tal modo que sua verificação em concreto não representa o abuso de um direito, mas sim uma atuação *sem direito*.

De fato, o uso malicioso não corresponde à única possível acepção da palavra *abuso*. Em sua etimologia, abusar significa tão somente “usar inadequadamente”.¹ Embora não seja difícil concluir como esse sentido original alcançou a carga negativa hoje atribuída ao termo, não se pode, por isso, reduzir a noção de abuso à verificação de uma imoralidade. Ao contrário, são muitos os usos e aplicações do termo. No opúsculo *Ensaio sobre o entendimento humano*, por exemplo, John Locke trata pormenorizadamente do que denomina “abuso das palavras”: faltas e negligências que as pessoas cometem ao se comunicarem e que “tornam estes signos menos claros e distintos em seus significados do que naturalmente eles precisam ser”.² Na linguagem jurídica, alude-se tradicionalmente à

¹ O Dicionário Houaiss registra que “abuso” deriva do latim *abusus, us*, que significava “mal uso”.

² LOCKE, John. *Of the abuse of words*. London: Penguin Books, 2009, p. 86. Trata-se, como se percebe, do mal uso, mas não propriamente de um uso imoral, das palavras: “*He that hath names without ideas, wants meaning in his words, and speaks only empty sounds. He that hath complex ideas without names for them, wants liberty and dispatch in his expressions, and is necessitated to use periphrases. He that uses his words loosely and unsteadily will either be not minded or not understood. He that applies his names to ideas different from their common use, wants propriety in his language, and speaks gibberish. And he that hath the ideas of substances disagreeing with the real existence of things, so far wants the materials of true knowledge in his understanding, and hath instead thereof chimeras*” (pp. 108-109).

expressão romana *abusus* para designar a faculdade de disposição que integra o conteúdo do direito de propriedade porque ela também abrangia a possibilidade de destruição da coisa³ – o que atribui ao termo significado ainda mais amplo.

Especificamente no que tange à secular figura do abuso do direito, cumpre ao jurista investigar, superando o estigma semântico atribuído à expressão, qual pode ser seu significado nos dias atuais – e, ao fazê-lo, provavelmente descobrirá no instituto o primeiro grande fundamento absorvido pelo direito positivo em diversos países da família romano-germânica para o controle valorativo dos atos de autonomia privada pelo Direito. No caso brasileiro, sob a égide do Código Civil de 1916, o espírito inovador da teoria do abuso em relação à visão conservadora que o direito civil conservava até então do direito subjetivo (expressão máxima do poder da vontade individual tutelado por lei) parecia tão necessário à civilística nacional que sua base legal passou a ser extraída de interpretação *a contrario sensu* do dispositivo sobre exclusão da ilicitude pelo exercício regular de direito.

A ideia de revitalização da ordem jurídica parece, de fato, indissociável da figura do abuso do direito. Na lição de San Tiago Dantas, o instituto tem o papel “de antecipar as inovações, porque vai revelando, através da atividade dos magistrados, o desajustamento entre a norma jurídica e as situações novas apresentadas pela vida”. O que se afigura fascinante na técnica do abuso é justamente sua potencial transformação em casos de ato ilícito, por meio da intervenção legislativa, diante de reiterados exercícios abusivos de certa situação jurídica: “o legislador, tomando conhecimento do desajustamento, não tarda a consagrar numa norma nova a proibição que o magistrado tinha feito, algumas vezes, lançando mão da teoria do abuso”.⁴

2. Abuso do direito e sua relevância no direito brasileiro contemporâneo

A noção de abuso do direito sempre trouxe mais incertezas do que segurança à civilística. No direito pátrio, como já referido, antes da promulgação do Código Civil de 2002, o instituto encontrava-se atrelado ao ato ilícito e à intenção de prejudicar terceiros,⁵

³ Segundo José CRETILLA JÚNIOR, “*jus abutendi* é o direito que tem o proprietário de abusar da coisa, dispondo dela como melhor lhe aprouver, inclusive destruindo-a, isto é, alterando-lhe a ‘*substantia rerum*’” (*Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 171).

⁴ DANTAS, F. C. de San Tiago. *Programa de direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 320. No direito português, Menezes CORDEIRO é enfático: “O abuso do direito é um excelente remédio para garantir a supremacia do sistema jurídico e da Ciência do Direito sobre os infortúnios do legislador e sobre as habilidades das partes. Até hoje, não se encontrou melhor. [...] Há que usá-lo sempre que necessário” (*Tratado de direito civil português*. Vol. I, Tomo I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 248).

⁵ Na lição de Caio Mário da Silva PEREIRA: “Em sua maioria, os autores situam a teoria do abuso do direito

muito embora a melhor doutrina já previsse seu desenvolvimento autônomo e sua objetivação.⁶ De parte as dificuldades em se lhe reconhecer autonomia científica, a teoria do abuso floresceu na prática diária dos tribunais brasileiros, impulsionada por prementes necessidades da análise de casos concretos, da mesma forma como surgira e se desenvolvera alhures.⁷ E mesmo os autores que criticam dogmaticamente o instituto não ignoraram sua relevância prática, considerando o abuso do direito um “conceito amortecedor”, cuja função precípua é a de “aliviar os choques frequentes entre a lei e a realidade. No fundo, técnica de reanimação de uma ordem jurídica agonizante, fórmula elástica para reprimir toda ação discrepante de novo sentido que se empresta ao comportamento social”.⁸

A doutrina do abuso do direito ganhou novo fôlego com a promulgação do Código Civil de 2002, que fez expressa referência ao instituto em seu art. 187. Sofreu, por outro lado, certo refluxo diante do crescente recurso (não raro excessivo ou mesmo desnecessário) ao princípio da boa-fé objetiva, ao qual o Código de 2002 aludiu no próprio art. 187, como parâmetro de aferição do exercício abusivo. Tamanha se revelou a força argumentativa do princípio, e tantas foram as esperanças de inovação e arejamento do Direito Civil tradicional nele depositadas, que a doutrina e, sobretudo, a jurisprudência passaram a invocá-lo em ocasiões das mais diversas – por vezes sem qualquer fundamentação e como justificativa genérica de decisões que, em verdade, se baseavam, quando muito, em juízos de equidade.⁹

no campo da responsabilidade civil por ato ilícito, atentando em que na noção fundamental deste reside o procedimento contrário ao direito” (*Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 340).

⁶ Em 1989, analisava Caio Mário da Silva PEREIRA que a teoria do abuso assumiria a categoria de um instituto autônomo: “Num estágio final, é de se prever que, estruturada a teoria do abuso de direito como instituto autônomo, marchar-se-á para o critério de apuração objetiva” (*Responsabilidade civil*, cit., p. 275).

⁷ Segundo SERPA LOPES, “a noção de abuso de direito, embora triunfante na doutrina como na jurisprudência, assim como em alguns códigos, todavia não é um assunto pacífico”. Indica o autor como os principais pontos causadores de controvérsias: “a) a sua definição; b) a sua posição num dado sistema jurídico; c) a pesquisa do critério que deve caracterizá-lo” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Volume I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 526).

⁸ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 120. Remata o autor: “A imprecisão do conceito [de abuso do direito] não tem sido obstáculo para traduzir, pelo menos, a tendência, geralmente aceita, da restrição dos poderes individuais. É que se tornou necessário, como produto contingente da impossibilidade em que se encontraram as formas jurídicas de seguirem de perto o mais acelerado e livre desenvolvimento da vida social, de adaptarem as manifestações desta e seus esquemas tradicionais e preencherem as lacunas deixadas pela aplicação destes” (Ibid., p. 120).

⁹ Veja-se a crítica formulada por Gustavo TEPEDINO e Anderson SCHREIBER, segundo os quais, antes do Código Civil de 2002, “a boa-fé objetiva ganhou na jurisprudência brasileira um papel, por assim dizer, reequilibrador das relações não paritárias, que nada tem com o conceito de boa-fé em si, mas que era fundamento do Código de Defesa do Consumidor em que a cláusula geral de boa-fé vinha inserida. Era natural, portanto, que os tribunais brasileiros, desconhecedores dos contornos dogmáticos da noção de boa-fé objetiva, atribuísem ao instituto finalidade e função que tecnicamente não eram suas, mas do código consumerista. Contribuiu para este fenômeno certa inexperiência do Poder Judiciário brasileiro em lidar com

Tão significativa tem sido a expansão da boa-fé objetiva que muitos autores chegam mesmo a sugerir que o abuso do direito teria perdido sua utilidade autônoma, podendo ser considerado absorvido pelos princípios do ordenamento que com ele se relacionam, notadamente a boa-fé objetiva.¹⁰ A positivação da figura do abuso, assim, equivaleria também ao seu sepultamento: a figura teria sido substituída pelos próprios parâmetros valorativos indicados pelo legislador para a sua aferição. De outra parte, afirma-se que o fato de reunir o art. 187 critérios tão díspares quanto a boa-fé objetiva, a função econômico-social e os bons costumes não permitiria identificar no dispositivo a positivação de um instituto unitário: em outros termos, se o abuso do direito congrega fatores tão diversificados, ao fim e ao cabo não se trataria de uma figura jurídica única, mas sim da simples enunciação de diversos valores juridicamente relevantes.¹¹

A afirmação da autonomia do abuso do direito em relação aos parâmetros previstos pelo art. 187, contudo, permite sustentar também a unidade do instituto, refutando-se, assim, ambos os entendimentos. De fato, a identificação do exercício abusivo de situações jurídicas subjetivas não deve se restringir aos parâmetros propostos pelo legislador no referido dispositivo, abrangendo qualquer forma de exercício que contrarie o perfil funcional da situação jurídica no caso concreto.¹² A doutrina contemporânea associa,

princípios e cláusulas gerais, o que resultava em uma ‘super-invocação’ da boa-fé objetiva como fundamento ético de legitimidade de qualquer decisão, por mais que se estivesse em campos onde a sua aplicação era desnecessária ou até equivocada” (A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29).

¹⁰ Os autores que reduzem o abuso à boa-fé, em geral, não dissociam o instituto de suas raízes subjetivistas. Ilustrativamente: “Durante muito tempo, a doutrina da inadmissibilidade do exercício de direitos subjetivos restou limitada às figuras do abuso de direito e da *exceptio doli*, esta proveniente do direito romano, aquela de construção da jurisprudência francesa. Uma e outra soluções, contudo, a par de dificultarem a sistematização dos variados casos de inadmissibilidade do exercício de direitos, estão ainda ancoradas numa perspectiva subjetivista [...]. Por isso a tendência, hoje verificável, de sistematizar estes casos através do recurso à boa-fé objetiva” (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 456). Em outra sede, afirma a autora que a boa-fé objetiva “é a que melhor se presta para sistematizar a variadíssima tipologia passível de abrangência pelo art. 187” (MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008 p. 87). Em sentido semelhante: “A aplicação direta dos princípios constitucionais dispensa, na verdade, a invocação de uma categoria semelhante [ao abuso do direito], mas a noção é útil, sobretudo em ambientes ainda inóspitos ao caráter normativo e à aplicabilidade direta das normas constitucionais” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 115).

¹¹ Vale registrar o entendimento de José de Oliveira ASCENSÃO: “Não há nenhum instituto cuja base seja o art. 187 CC/2002. Não só não há base para se admitir um regime comum, por a junção ser meramente causal, como a unificação seria até nociva” (A desconstrução do abuso do direito. In DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005 p. 47). O autor aduz que os critérios do art. 187 aplicar-se-iam de maneira diferenciada: os bons costumes e o fim econômico-social podem ser detectados *ex officio* pelo juiz, o que não ocorre com a boa-fé. Alega, ainda, que nem todos os critérios ensejam responsabilidade civil, a obstar sua reunião em instituto unitário.

¹² “Há efetivo exercício inadmissível de posições jurídicas, como instituto jurídico autônomo, se a análise das

com efeito, o abuso do direito ao exercício *disfuncional* de determinada situação jurídica: age de forma abusiva o titular do direito que contraria as finalidades, valores e interesses pelos quais o ordenamento lhe reconhece aquela prerrogativa.¹³ Como se percebe, é a verificação em concreto desse exercício em contrariedade ao perfil funcional da situação jurídica que confere unidade ao conceito de abuso, ao mesmo tempo em que o autonomiza em relação à boa-fé, à função econômico-social e aos bons costumes.

Trata-se de vitória da doutrina finalista de Louis Josserand, expoente da doutrina francesa que, evoluindo da plena negação do abuso¹⁴ ou da refutação de seu caráter jurídico¹⁵ ao seu paulatino reconhecimento,¹⁶ encontraria na obra do autor o ápice da formulação teórica do abuso do direito.¹⁷ Segundo Josserand, absolutamente todos os direitos são relativos em seu conteúdo, vez que exercidos no âmbito da convivência humana¹⁸ e, portanto, incompatíveis com um exercício anti-social, vale dizer, contrário ao seu *espírito*, à finalidade que justifica sua tutela jurídica.¹⁹ Essa concepção, que também serviu à superação do caráter subjetivista do abuso (inicialmente associado aos chamados atos emulativos, voltados maliciosamente a prejudicar terceiros),²⁰ corresponde à definição

decisões concretas, passada pelo crivo da Ciência do Direito, demonstrar a ocorrência de delimitações jussubjetivas irredutíveis às restrições comuns. Essa irredutibilidade tem de ser materialmente constatada e não deduzida de proposições – por exemplo, cláusulas gerais – que lhes estejam na origem: as construções centrais esgotaram as suas potencialidades históricas, tendo de, uma vez por todas, abandonar os hábitos mentais dos juristas. [...] Uma resposta pode ser dada pela ideia de disfuncionalidade jurídica” (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 880).

¹³ “O abuso é o exercício contrário ou de qualquer modo estranho à função da situação subjetiva. Se o comportamento concreto não for justificado pelo interesse que impregna a função da relação jurídica da qual faz parte a situação, configura-se o seu abuso” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 683).

¹⁴ Para autores como Marcel PLANIOL, tratar-se-ia de verdadeira contradição em termos (PLANIOL, Marcel e RIPERT, Georges. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. Tome II. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952, p. 344).

¹⁵ Para Georges RIPERT, o abuso consistiria em problema moral apenas parcialmente inserido no âmbito jurídico. Cf. *A Regra Moral nas Obrigações Cívicas*. Campinas: Bookseller, 2000, pp. 173-174.

¹⁶ Ilustrativamente, René SAVATIER entendia passíveis de abuso apenas determinados direitos, por ele considerados como direitos de prejudicar terceiros (*Traité de la responsabilité civile en droit français*. Tome I. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, pp. 51-52).

¹⁷ Para um histórico mais detalhado dessa evolução, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr-jun/2012.

¹⁸ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Dalloz, 1927, p. 299.

¹⁹ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*, cit., p. 10.

²⁰ “Precedente imediato da teoria do abuso de direito é a opinião dos juristas medievais sobre a ilicitude dos atos de emulação, aqueles que o proprietário ou o vizinho pratica sem qualquer vantagem econômica mas com o objetivo de prejudicar terceiros” (AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 208). No mesmo sentido, LIMA, Alvíno. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, pp. 223-224. Ilustrativamente, tornou-se notório na França o caso Clément-Bayard (julgado pelo Tribunal Civil de Compiègne e pela Corte de Amiens em 1913 e pela Câmara de Requerimentos em 1915), no qual certo proprietário rural, vizinho ao hangar de um fabricante de dirigíveis, edificou em seu terreno, sem qualquer interesse útil, enormes torres de madeira com hastes de ferro pontiagudas, apenas para criar manifesto perigo para a manobra das aeronaves na propriedade contígua. Sobrevindo acidente com um dos

de exercício abusivo das situações jurídicas subjetivas que confere sentido e unidade à figura ora prevista pelo art. 187 do Código Civil brasileiro: um exercício que, conquanto estruturalmente conforme ao conteúdo da situação jurídica, fere objetivamente seu aspecto funcional – em uma palavra, um exercício *disfuncional* dos direitos.²¹

Como se percebe, a figura do abuso do direito funcionou como uma grande porta de entrada da análise funcional do direito na tradição romano-germânica – papel que desempenha até hoje, encontrando-se em franca expansão o processo de funcionalização dos institutos de direito privado.²² Lamenta-se, por isso, que parte da doutrina a desqualifique, seja pela dificuldade em se superar a semântica de má-fé ou emulação contida em sua origem, seja pela redução do conceito de abuso à noção de ato ilícito, seja, enfim, pela consideração de que a simples incidência dos princípios tornaria desnecessário o recurso ao abuso.

Particularmente no que tange a esta última concepção, nela se percebe, antes de tudo, verdadeiro desvio teórico. Se é verdade, como se sustenta, que o ato ilícito corresponde à violação de um comando normativo expresso (portanto, violação *estrutural* ao conteúdo de um direito) e o ato abusivo, por sua vez, indica a lesão ao direito em seu aspecto valorativo ou *funcional*, então afirmar que a aplicação dos princípios daria conta de todas as hipóteses antes qualificadas como abuso afigura-se tão impreciso quanto afirmar que as normas cogentes que vedam determinadas condutas na ordem civil tornariam ociosa a figura do ato ilícito. Com efeito, a inobservância, por exemplo, da boa-fé objetiva no exercício de determinado direito corresponde ao cometimento de um ato abusivo, da mesma forma que o descumprimento de uma regra expressa do ordenamento configura um exercício ilícito da autonomia privada. A violação de certo princípio e o abuso do direito não correspondem, assim, a uma mesma categoria jurídica: a primeira diz respeito ao modo pelo qual se fere o ordenamento; a segunda, à natureza jurídica do ato de autonomia.

Ainda que superadas tais considerações teóricas, mesmo a doutrina que extrai a

dirigíveis, o fabricante das aeronaves pediu perdas e danos e a demolição das construções. O construtor das torres alegou como defesa o caráter absoluto da propriedade sobre seu terreno; o tribunal, porém, deu provimento à pretensão do dono do hangar, com base na teoria do abuso do direito (JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*, cit., pp. 25-26).

²¹ Cf. a síntese de CUNHA DE SÁ: “O ato abusivo é, pois, o ato contrário ao espírito ou finalidade da instituição, ou seja, a atuação intrinsecamente anti-social e anti-funcional por ao exercício do direito ter sido imprimida uma direção contrária ou disforme com a função e o espírito desse direito” (*Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 412).

²² Em matéria de análise funcional do direito, sempre obrigatória é a referência aos estudos de Norberto BOBBIO reunidos na obra *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito* (Barueri: Manole, 2007, *passim*). Para alguns comentários sobre o uso do termo “funcionalização”, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, n. 54. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun/2013, pp. 65 e ss.

vedação ao exercício abusivo da incidência de cláusulas do Código Civil como a boa-fé, ou da aplicação direta de princípios constitucionais como a função social, não pode ignorar o caráter eminentemente didático do abuso do direito, elemento concretizador²³ do conteúdo de cláusulas gerais (ainda) insuficientemente estudadas²⁴ e reiteradamente mal empregadas – tanto por aqueles que pretendem sua aplicação a certos ramos do direito total ou parcialmente incompatíveis com ela,²⁵ quanto por aqueles que expandem imprudentemente seu conteúdo além dos seus limites lógicos de aplicação.²⁶

Nessa ótica, embora o recurso aos princípios seja inerente à metodologia civil-constitucional,²⁷ não se pode refutar a utilidade do instituto do abuso do direito. A noção de exercício abusivo não apenas contribui para a concretização desses princípios, como também permite, como se verá a seguir, o controle valorativo do exercício em casos nos quais o merecimento de tutela – ao menos em sua formulação mais diretamente ligada aos princípios decorrentes da solidariedade social – mostra-se pouco útil, ou, ainda, traduz intrincada ponderação, nem sempre necessária para a materialização desse controle.

²³ José de Oliveira ASCENSÃO, embora negue a existência de um instituto unitário do abuso do direito no ordenamento brasileiro, afirma que o art. 187 representa, ainda assim, um avanço no “movimento de eticização e substancialização do Direito, em que o novo Código se empenhou. [...] Este é o contributo do art. 187 no domínio do exercício dos direitos” (A desconstrução do abuso do direito, cit., p. 54).

²⁴ Aduz-se sobre o princípio da boa-fé: “Numa opinião difundida, a boa-fé, no Direito civil, estaria fortemente representada na literatura. Não é assim. [...] O estudo do litígio concreto, a comparação de casos similares, a sua dogmatização e a sistematização subsequente formam a base essencial duma investigação sobre a boa-fé. Essa necessidade, dificulta, face à especialização dos juristas, o conhecimento juscientífico – logo real – da boa-fé por parte dos cultores que, a nível de Ciência do Direito, se pronunciam sobre o tema. A boa-fé objetiva, embora jurídica, parece escapar à lei. [...] A boa-fé continua indefinida, incapaz de delimitação conceitual” (CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, cit., pp. 41-44).

²⁵ Ainda no que concerne à boa-fé objetiva, afirma-se que seu domínio é o do direito obrigacional (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 456). Daí as dificuldades de sua aplicação a outras áreas. Ilustrativamente, nas relações existenciais de família, afirma-se que os princípios constitucionais, “sendo hierarquicamente superiores à tutela da confiança e à boa-fé objetiva, quase sempre antecipam para os conflitos instaurados neste campo uma certa solução. Tal solução pode não apenas se mostrar contrária à solução recomendada pela boa-fé objetiva, onde sua base negocial tiver decisiva influência, mas se revela, mesmo em caso de convergência, fundamentada em norma mais elevada sob o ponto de vista da hierarquia do sistema jurídico vigente, característica importantíssima na sua conservação” (SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 457).

²⁶ A boa-fé objetiva, expressa na forma de cláusula geral, é, por isso mesmo, dotada de grande flexibilidade. O preenchimento do conteúdo das cláusulas gerais exige verdadeira reformulação da teoria das fontes do direito, a se reconhecerem critérios de validade “extra-positivos” (tais como a justiça ou a natureza das coisas), subsidiários à lei e, em geral, apoiados no substrato juspositivo (CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, pp. 118-119). Nessa perspectiva, a cláusula geral da boa-fé encontra claros limites lógicos, e sua mera invocação pelo julgador não configura argumento legítimo em toda e qualquer hipótese, sem embargo da abertura que lhe é inerente.

²⁷ Indispensável a referência a Pietro PERLINGIERI: “Não existem, portanto, argumentos que contrariem a aplicação direta dos princípios constitucionais: a norma constitucional pode, mesmo sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina jurídica de uma relação de direito civil. Essa solução é a única permitida se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por elas expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por esses conteúdos” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 589).

3. Abuso do direito e merecimento de tutela: diferentes instâncias de controle valorativo da autonomia privada

Dispôs o codificador no art. 187 que “também comete ato ilícito” quem abusa de seu direito, reunindo as duas figuras sob a rubrica “Dos Atos Ilícitos”. Abriu margem, assim, a argumentos formalistas que identificam no abuso espécie de ato ilícito,²⁸ em consonância com a histórica associação, no direito brasileiro, entre as duas figuras.²⁹ Diversamente, a melhor doutrina tem interpretado a sistemática adotada pelo Código como evidência de que tanto ilícito quanto abuso são espécies de um gênero maior, usualmente designado “ato antijurídico”.³⁰ Nesse quadro, o ilícito difere do abuso por corresponder a descumprimento frontal a uma regra jurídica (portanto, a atuação *sem* direito, contrária à estrutura dos direitos do agente),³¹ ao passo que o abuso se verifica no plano funcional.

De todo modo, certo é que os juízos de licitude e não abusividade passaram a constituir, em conjunto, o conteúdo da noção de legalidade no direito civil (entendida como o limite imposto pelo direito para o exercício de prerrogativas particulares). Estas duas instâncias valorativas construíram um sistema de controle predominantemente negativo, compatível com a lógica tradicional que sempre visualizou no direito uma função

²⁸ Por exemplo, já se lamentou o fato de que “o novo Código [Civil de 2002] também não concebe o abuso do direito como instituto autônomo, persistindo no equívoco de considerá-lo simplesmente um ato ilícito” (CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. In BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*, cit., p. 78).

²⁹ Não será demais ressaltar que, sob a égide do Código Civil de 1916, extraía-se o reconhecimento da figura do abuso do direito no ordenamento brasileiro de interpretação *a contrario sensu* do dispositivo atinente às excludentes de ilicitude: “O Código Civil, art. 160, I, diz que não constitui ato ilícito o *praticado no exercício regular de um direito reconhecido*, e no art. 100, já declara que o *exercício normal de um direito* não se considera coação. Está nestas proposições o fundamento da teoria do abuso do direito” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980, p. 275). No mesmo sentido PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, cit., p. 275; LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, cit., p. 270. Tal interpretação, conquanto fundamental para a difusão do instituto no Brasil, contribuiu para sua confusão conceitual com o ato ilícito, o que seria corroborado pelo Código Civil de 2002.

³⁰ “A rigor, bem examinadas as coisas, tem-se de convir em que, no atual ordenamento, o ato ilícito passa a constituir um gênero, com duas espécies, a do art. 186 (violação de direito alheio) e a do art. 187 (abuso de direito próprio). Cada espécie tem seus pressupostos. Para apurar a ocorrência da segunda figura, a do ilícito consistente em abuso do direito, o essencial é verificar a presença dos pressupostos enumerados no art. 187, não a dos arrolados no art. 186. Se assim não fosse [...] tornar-se-ia inútil o art. 187. Haveria, não equiparação, mas identificação, ou melhor, subsunção da figura do abuso de direito na do ato ilícito, segundo o art. 186” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso do direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 13. Rio de Janeiro: Padma, jan-mar/2003, p. 104).

³¹ Alude-se aqui à ilicitude em sentido lato, muito embora a noção de ato ilícito, na tradição do ordenamento brasileiro, encontre-se atrelada a outros requisitos além da violação da norma jurídica ou dos direitos de outrem: cláusula geral de responsabilidade subjetiva, o ato ilícito, na acepção estrita do art. 186 do Código Civil, é apenas aquele realizado com culpa e que produziu dano ressarcível.

repressiva. A evolução do pensamento jurídico exigiria, porém, uma nova mudança nesse sistema, para acomodar o que se passou a denominar *função promocional do direito*.³²

Nesse contexto, não basta mais que certo ato se apresente conforme ao Direito, sendo igualmente necessário que se revele *merecedor de tutela* – o que equivale a dizer que as situações jurídicas subjetivas não se encontram mais limitadas apenas por critérios negativos (repressivos) de controle, mas também critérios positivos. Não à toa, afirma-se que o conceito atual de legalidade no direito privado corresponde à noção de merecimento de tutela. Sustenta Pietro Perlingieri: “*Per l’atto di autonomia negoziale, il controllo di legalità assume quindi i contorni di un diversificato controllo di meritevolezza che abbia conto particolarmente della sua precipua funzione e del suo oggetto*”.³³

Que sentido se poderia atribuir a este significado contemporâneo de legalidade? O próprio autor sinaliza, no trecho citado, que a noção de legalidade passa a levar em conta também o aspecto funcional, para além da perspectiva simplesmente estrutural que era associada à noção de “conformidade à lei”. O desenvolvimento da teoria do abuso do direito, porém, já havia realizado esta evolução, ao demonstrar que é vedado pelo ordenamento o exercício disfuncional de situações jurídicas subjetivas, ainda que tal exercício se apresente em conformidade com uma estrutura legalmente válida. A atual definição da legalidade como merecimento de tutela, portanto, sugere uma nova evolução conceitual, que vá além da vedação ao ilícito e ao abuso.

Essa evolução parece ser justamente aquela que acrescentou à função repressiva do direito uma função promocional. Em outras palavras, afirmar que a legalidade corresponde, hoje, ao merecimento de tutela indica que não se preveem apenas limites à autonomia privada na forma de vedações, mas também preferências conferidas aos atos de autonomia que promovam especialmente valores juridicamente relevantes – eis aí o *mérito*, maior que a simples *conformidade* (estrutural e funcional) ao direito, que pode apresentar o ato *negocial*.³⁴

³² A expressão foi consagrada por Norberto BOBBIO: “Nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece, cada vez com maior frequência, a função de promover” (A função promocional do direito. *Da estrutura à função*. São Paulo: Manole, 2007, p. 13).

³³ PERLINGIERI, Pietro. Il diritto di legalità nel diritto civile. *Rassegna di diritto civile*. Anno 31, n. 1. Milano: ESI, 2010, p. 187.

³⁴ Com efeito, a própria semântica da expressão “merecimento de tutela” permite inferir que não se trata do simples não descumprimento da lei; um ato *merecedor* de tutela deve trazer um significado adicional, um mérito a mais, promovendo ativamente valores em vez de apenas não violá-los. Segundo o Dicionário HOUAISS, “merecimento” significa, dentre outros sentidos, “aquilo que empresta valor a algo; aquilo que há de bom, vantajoso, admirável ou recomendável” em algo. Entre o antigo conceito de legalidade e o atual merecimento de tutela há, assim, uma distância semelhante àquela entre o correto e o recomendável.

O merecimento de tutela se revela uma instância positiva de controle dos atos particulares, que não visa diretamente à repressão de violações ao direito (papel já desempenhado pelos juízos de licitude e não abusividade), mas sim a conferir uma proteção privilegiada a determinado ato pelos valores que promove – ainda que a consequência indireta dessa proteção acabe por resultar na repressão a outro exercício particular conflitante com ele. De fato, pode acontecer que dois atos particulares sejam indubitavelmente lícitos e não abusivos, mas, ainda assim, encontrem-se, no caso concreto, em rota de colisão, de tal modo que o exercício de um não se compatibilize com o de outro.

É justamente neste ponto, quando já se verificou que não há ilicitude nem abuso de nenhuma das partes, e ainda assim um novo juízo valorativo precisa incidir sobre tais atos (de modo a decidir qual deles irá prevalecer), que se revela especialmente útil o juízo de merecimento de tutela. Trata-se de verdadeiros *hard cases*,³⁵ nos quais a decisão buscará proteger primordialmente o ato que se reputar mais promovedor dos valores do ordenamento, e apenas por via transversa negará tutela jurídica ao outro ato, apenas na medida em que for inevitável que ambos convivam.

Note-se que a solução conferida ao ato que não se considera merecedor de tutela não dista daquela direcionada ao exercício abusivo das situações jurídicas: a partir de uma análise funcional, identifica-se em que medida o ato precisa ser reprimido. A diferença está essencialmente no fundamento pelo qual se nega tutela ao ato. Em caso de abuso, verifica-se uma desconformidade à função que caracteriza e legitima a própria situação jurídica, aos valores e interesses que o sistema associa a ela. Trata-se de juízo que prescindir da existência de uma pretensão antagônica: o ato é abusivo porque exercido de modo contrário aos valores associados àquela situação subjetiva.³⁶ A conduta será reprimida e

³⁵ Vale ressaltar que tais casos não se reputam “difíceis” porque suas soluções adviriam de princípios e não de regras (como na terminologia aludida pela doutrina constitucionalista em matéria de ponderação de princípios). Tais hipóteses são difíceis porque, enquanto na maior parte dos casos o recurso à axiologia do ordenamento permite alcançar uma resposta definitiva para a controvérsia (a partir da identificação de uma posição particular ilícita ou abusiva a ser reprimida), aqui não há contrariedade a reprimir e, portanto, o regular exame dos limites à autonomia privada não oferece uma solução. A função do Direito predominante para dirimir esses casos, por isso, deixa de ser a repressiva e se torna a ainda pouco usual função promocional. Como essa função visa mais a estimular condutas do que a desestimulá-las, tem-se nela um âmbito muito maior de discricionariedade para o julgador – eis aí a dificuldade que caracteriza tais casos.

³⁶ Pense-se, por exemplo, no exercício do direito à resolução pelo credor que ainda tem interesse útil na execução do contrato, no exercício do poder familiar por um dos pais apenas com intuito emulativo em relação ao outro genitor, ou no exercício do proprietário que não cumpre a função social de seu bem. Nestes casos, a desconformidade do exercício se relaciona à própria função da situação jurídica abusada (respectivamente, a causa negocial que objetivamente determina o interesse contratual; o melhor interesse da criança, que deve sempre guiar o exercício do poder familiar; e a função social da propriedade, que conforma internamente o domínio e contra a qual este jamais pode ser exercido),

seus efeitos negados na medida necessária para que o exercício volte a ser compatível com a função da situação jurídica subjetiva.

Por sua vez, um ato que não se considere merecedor de tutela o será sempre em termos relativos (ou seja, não será merecedor de tutela *em relação a outro* exercício particular que lhe seja contraposto). No plano funcional, esse ato é plenamente conforme aos valores associados à sua tutela jurídica; sua repressão decorre tão somente de sua incompatibilidade com outro ato, também obediente à respectiva função, mas que, na axiologia do sistema, merecerá tutela preferencial. A medida da repressão do primeiro ato, assim, não será a sua própria função, mas a medida necessária para a tutela do outro, dito merecedor de tutela em sentido estrito. Não se pode afirmar, assim, que o primeiro ato seja *antijurídico*; não existisse uma posição particular contraposta que promovesse melhor os valores do sistema, esse ato teria sua eficácia reconhecida. Daí decorre a maior complexidade do juízo de merecimento de tutela em sentido estrito: nele, como nenhuma das duas posições antagônicas se mostra contrária à ordem jurídica, abre-se ao intérprete margem muito maior de discricionariedade para a sua decisão – tem-se aqui um espaço que muito se assemelha à ponderação dos interesses envolvidos.³⁷

4. Abuso de situações jurídicas subjetivas existenciais

A possibilidade de verificação do exercício abusivo nas situações existenciais foi há muito admitida pela doutrina. Louis Josserand, por exemplo, já fazia alusão ao abuso do pátrio poder.³⁸ Na mesma esteira, relevante parcela da doutrina brasileira contemporânea também reconhece que o exercício disfuncional pode recair sobre situações existenciais,³⁹

³⁷ A rigor, para o direito civil-constitucional, diante do imperativo metodológico de se aplicar a integralidade do ordenamento a cada caso concreto, a ponderação entre princípios e interesses potencialmente colidentes mas igualmente tutelados pelo ordenamento afigura-se uma tarefa constante do intérprete (e não apenas excepcionalmente aplicada na hipótese de casos difíceis, como propõe a doutrina constitucionalista). No caso específico do merecimento de tutela, porém, verifica-se uma aproximação maior em relação à ponderação, justamente pela necessidade de se compatibilizarem interesses antagônicos mas *a priori* conformes ao ordenamento. Sobre esta noção de merecimento de tutela e suas repercussões sobre a atividade hermenêutica, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun/2014.

³⁸ Por exemplo, na hipótese em que o pai, separado de fato, criasse entraves para que o filho, cuja guarda detinha, pudesse ter contato com a mãe, ou nos casos em que a concessão de emancipação ou a recusa a anuir com o casamento do filho incapaz fossem exercidos de forma contrária aos interesses do menor (JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*, cit., *passim* e, sobretudo, pp. 87 e ss).

³⁹ “A teoria do abuso de direito não se aplica somente na esfera dos direitos patrimoniais, como, a princípio, se supôs. [...] O desvio pode ocorrer igualmente no exercício de direitos extrapatrimoniais” (GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, cit., p. 121). No mesmo sentido: BODIN DE MORAES, Maria Celina. Recusa à realização do exame de DNA e direitos da personalidade. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, *passim*; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de*

citando como exemplos, dentre outros: a proibição de visita aos avós como abuso do exercício do poder familiar;⁴⁰ a recusa à realização de exame de DNA para fins de investigação de paternidade como abuso do direito à incolumidade física;⁴¹ o rompimento vexatório de noivado como abuso do direito à revogação ínsito às escolhas existenciais.⁴²

A jurisprudência, porém, raramente qualifica certo exercício particular como abuso de situações existenciais, decidindo os casos concretos com escassa fundamentação, quando muito amparada por juízos valorativos fluidos, baseados, em geral, na técnica da ponderação de interesses. Com efeito, um dos grandes desafios que enfrenta a civilística na disciplina dos interesses dessa natureza reside na extensão da liberdade a ser conferida à autonomia privada no exercício de tais situações jurídicas.⁴³ Por isso, não raro, faz-se referência à ponderação de interesses com base nos princípios constitucionais para a demarcação de limites ao exercício das escolhas existenciais.⁴⁴

Trata-se, porém, de mecanismo que nem sempre se revela, tecnicamente, o mais adequado para o controle valorativo de tais escolhas. De fato, o exercício disfuncional não se funda em interesse legítimo, mas sim na violação (no plano valorativo) de uma situação jurídica – postura antijurídica, a ser reprimida. E afrontaria a lógica ponderar um interesse legítimo (contraposto ao abuso) com outro antijurídico, quando se sabe de antemão que este deve ser cabalmente coibido na medida de sua disfuncionalidade.

A incompatibilidade da técnica de ponderação de interesses com esse tipo de caso concreto evidencia que não se trata aqui de hipótese de aplicação do já aludido juízo de merecimento de tutela. Percebe-se, no entanto, certa resistência na aplicação da noção de abuso do direito em matéria de relações existenciais – quando na verdade se sabe tratar-se de modalidade de controle (certamente diverso do merecimento de tutela, vez que negativo-repressivo, mas ainda assim de grande utilidade) aplicável a todo e qualquer caso, em se considerando que toda situação jurídica subjetiva traz em si uma composição de

responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2008, p. 153; VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 623; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 262.

⁴⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, cit., p. 121.

⁴¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Recusa à realização do exame de DNA, cit., p. 181.

⁴² MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 262.

⁴³ “No âmbito das situações existenciais, o valor principal a ser perseguido é a dignidade da pessoa humana, a qual se concretiza juridicamente nos princípios da igualdade, integridade, solidariedade e liberdade. Essa afirmação somente vem confirmar que a vontade não basta por si mesma, pois a liberdade é apenas um dos meios de realização da dignidade da pessoa humana. Saber quais os confins dessa liberdade direcionada a questões da própria existência da pessoa, porém, ainda é um desafio” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., pp. 92-93).

⁴⁴ Ilustrativamente: “só a ponderação de interesses pode identificar o dano indenizável, considerando a natureza essencialmente revogável das situações existenciais” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 264).

interesses – uma função – que pode restar desobedecida no momento do exercício.⁴⁵

Cabe destacar, assim, a figura do abuso como instrumento de grande valor para o intérprete também em matéria extrapatrimonial. Tome-se como exemplo o abuso do poder familiar, como no caso em que o pai se recusa a autorizar a mudança de domicílio do filho para outro país (manifestamente benéfica para o menor). A questão pode ser resolvida levando-se em conta o regulamento de interesses que qualifica essa situação jurídica. Como todo poder jurídico, seu exercício não deve obedecer ao interesse do titular, mas sim do terceiro em favor do qual a *potestà* se constitui.⁴⁶ O exercício contrário ao interesse do menor não será ilícito, pois o genitor não terá extrapolado os limites estruturais do poder familiar, nem estará, por outro lado, embasado qualquer interesse legítimo (não cabendo, portanto, ponderação com o melhor interesse da criança). Reputar-se-á, isto sim, disfuncional, inadmissível, e acarretará as consequências específicas do abuso – dentre as quais se reconhece possível o suprimento judicial da manifestação de vontade do pai.

Nesse diapasão, o instituto do abuso fornece valioso instrumento para a ainda frágil disciplina jurídica dos atos de autonomia existencial. Embora nem sempre se identifique parte legítima para alegar o abuso nas situações dessa natureza, o controle funcional do exercício mostra-se essencial nos casos em que houver interesse legítimo contraposto. Esse interesse pode integrar a função da situação subjetiva desde sua gênese (é o caso do abuso do poder familiar),⁴⁷ ou especificar-se pela violação da regra geral de não lesar ninguém (ilustrativamente, na hipótese da revogação de certas escolhas existenciais que venha a ocasionar dano a terceiros).⁴⁸ Em qualquer caso, se outro interesse, além daquele do titular, estiver integrado à *função* da situação jurídica, não será sua natureza existencial a impedir

⁴⁵ “Quer se trate de liberdades, facultades, direitos potestativos ou poderes, todos constituem vantagens, cuja configuração depende, em última análise, da estrutura qualificativa da norma jurídica. Logo, em reação a qualquer situação subjetiva será admitida a figura do abuso do direito, visto que nenhuma delas será jamais desprovida de fundamento axiológico” (CARPENA, Heloisa. O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 417).

⁴⁶ “A *potestà* é, portanto, uma situação jurídica complexa, que atribui não somente poderes, mas deveres que não devem ser exercidos no interesse do titular da *potestà*, o tutor, mas naquele do representado” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 700).

⁴⁷ Note-se que “o exercício da situação requer a manifestação de vontade de um sujeito, não necessariamente do titular do interesse. Por exemplo, o tutor que exerce direitos do menor [...]: o interesse é do menor, a vontade, ao revés, do tutor: o primeiro é titular do interesse, isto é, da situação subjetiva, o segundo é legitimado a exercê-la. Exercício significa também a capacidade de exercer, capacidade de fato” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 670).

⁴⁸ Embora se admita a possibilidade de dano ressarcível oriundo de escolhas existenciais, sua verificação exige certa cautela. Assim, por exemplo, “revogar o ato de autonomia existencial é ato lícito e, como tal, não gera o dever de indenizar. Isto porém não impede que possa ser configurado abuso de direito no caso concreto, tornando o dano indenizável. Como exemplo, imagine-se que o disponente de rim que revoga tal disposição frustra que seja destinado ao beneficiário do ato rim recebido no hospital” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., pp. 262-263).

o controle de abusividade do exercício.⁴⁹

Não significa, por evidente, que o controle de merecimento de tutela em sentido estrito não se aplique também às situações existenciais. Pense-se no clássico embate entre o direito à privacidade e a liberdade de expressão, caracterizado inclusive pela própria doutrina constitucionalista como um caso difícil.⁵⁰ Entre o jornalista, por exemplo, que pretende noticiar fatos relativos à vida íntima de certa celebridade e a pretensão desta a impedi-lo de divulgar tais informações pode não existir qualquer traço de ilicitude ou abusividade: basta imaginar que se trate, ilustrativamente, de dados sensíveis⁵¹ da pessoa (a justificar seu pedido de não divulgação), porém de inegável interesse público (como no caso do político que, tendo arregimentado eleitores por defender certos valores religiosos, mantém secretamente hábitos privados frontalmente contrários a tais valores).⁵²

Ainda no âmbito da mesma discussão, ganhou repercussão o tema, levado ao Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade, da publicação de biografias não autorizadas.⁵³ Os melhores argumentos contrários à publicação se relacionam com a tutela da privacidade do biografado, sobretudo no que tange à divulgação de dados sensíveis ou informações íntimas, que se prestariam apenas à satisfação da curiosidade popular, e não a interesse público objetivamente aferível.⁵⁴ De outra parte, os melhores argumentos em favor da dispensa de autorização aludem à historicidade social que pode estar contida na vida do biografado, a justificar o interesse

⁴⁹ Afirma-se que apenas a tutela da própria dignidade humana pode impor limites à autonomia existencial, a afastar a utilidade da função social para esse tipo de controle (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. *Na medida da pessoa humana*, cit., p. 127). Nesse sentido, afirma Stefano RODOTÀ sobre o poder insito à autonomia existencial: “*Questo potere di liberarsi da vincoli e di riconquistare pienezza di vita, tuttavia, incontra un limite nella vita degli altri. Quando si è dato il consenso alla fecondazione della propria moglie o compagna con il seme di un donatore, non è poi possibile revocarlo [...], perché quel consenso era parte di una comune decisione*” (*La vita e le regole*. Milano: Feltrinelli, 2006, p. 63).

⁵⁰ Cf., por todos, BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. *Temas de direito constitucional*, t. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, *passim*.

⁵¹ Designam-se *dados sensíveis* os dados pessoais, em geral relacionados à saúde ou à opinião, que, se divulgados, poderiam gerar discriminação (RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 79).

⁵² O caso aconteceu com o senador americano Roy Ashburn (que, tendo-se destacado como forte opositor dos homossexuais junto aos seus eleitores, foi detido ao sair dirigindo embriagado de um bar GLS) e é comentado por SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 154.

⁵³ Trata-se da ADIn. 4.815, proposta em 2012 pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL), pretendendo a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto dos arts. 20-21 do Código Civil.

⁵⁴ Segundo Maria Celina BODIN DE MORAES, os argumentos favoráveis à publicação associam a exigência de autorização prévia ao já superado ambiente ditatorial brasileiro de décadas atrás. Entende a autora que a publicação das biografias não autorizadas busca “garantir um pretense ‘direito fundamental da sociedade’ a conhecer as fofocas e os detalhes picantes”, “sendo isso, como se sabe, o que influencia diretamente a quantidade de exemplares vendidos” (*Biografias não autorizadas: conflito entre a liberdade de expressão e a privacidade das pessoas humanas? Civilistica.com*. Ano 2, n. 2. Editorial).

coletivo na publicação, já que aspectos dos mais íntimos da vida particular poderiam refletir-se na própria história do país ou influenciar seus rumos políticos, culturais etc.⁵⁵

Como se pode notar, nos casos de colisão entre privacidade e liberdade de expressão, a dificuldade maior não está nos casos em que as pretensões do biógrafo ou do biografado se revelem ilícitas ou abusivas, mas sim nas hipóteses em que as instâncias de controle negativo não permitam indicar a qual pretensão será negada a tutela jurídica. Em muitas outras hipóteses, porém, nas quais se verifique desvio funcional do exercício da liberdade de expressão, afigura-se mais simples (e mais tecnicamente correto) qualificar a conduta como abusiva, exigindo-se do intérprete menor discricionariedade, na medida em que lhe caberá tão somente restringir o exercício na medida da disfunção.

Retomando-se o exemplo das biografias, uma obra – que se pretenda biográfica – da qual se depreenda finalidade manifesta de vingança (por exemplo, por parte de biógrafo que já tenha sido da convivência íntima do biografado) com mais força do que uma função literária ou jornalística, possivelmente será reputada abusiva, não se fazendo necessário, neste caso, ponderar entre os dois interesses envolvidos – o ordenamento não alberga o exercício disfuncional, e a vingança não se insere no escopo funcional da liberdade de expressão. Mais simples ainda será o caso de uma biografia, por exemplo, que impute fato falso ao biografado: neste caso, estar-se-á no campo da ilicitude, o mais objetivo dos mecanismos de controle, e o exercício pretendido pelo biógrafo (supostamente de sua liberdade de expressão, mas na verdade conduta sem direito) não haverá de prevalecer.

5. Referências

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005.

BEVLÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. *Da estrutura à função*. São Paulo: Manole, 2007.

⁵⁵ Considera Gustavo TEPEDINO: “As biografias revelam relatos históricos descritos a partir de referências subjetivas, isto é, do ponto de vista dos principais protagonistas da cadeia de eventos cronológicos que integram a história” (*Opinião doutrinária*. Disponível em: <migalhas.com.br>. Acesso em 24.10.2013). Rebeca GARCIA lembra que esse papel histórico normalmente estimula o interesse na publicação da obra, tanto pelo autor quanto pelo público (Liberdade de expressão e privacidade na história da vida privada. *Revista de Direito Privado*, vol. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez/2012, p. 41).

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Biografias não autorizadas: conflito entre a liberdade de expressão e a privacidade das pessoas humanas? *Civilistica.com*. Ano 2, n. 2. Editorial.

_____. Recusa à realização do exame de DNA e direitos da personalidade. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. In BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARPENA, Heloisa. O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Vol. I, Tomo I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DANTAS, F. C. de San Tiago. *Programa de direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GARCIA, Rebeca. Liberdade de expressão e privacidade na história da vida privada. *Revista de Direito Privado*, vol. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez/2012.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Dalloz, 1927.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

LOCKE, John. *Of the abuse of words*. London: Penguin Books, 2009.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Volume I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso do direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 13. Rio de Janeiro: Padma, jan-mar/2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. Il diritto di legalità nel diritto civile. *Rassegna di diritto civile*. Anno 31, n. 1. Milano: ESI, 2010.

_____. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PLANIOL, Marcel e RIPERT, Georges. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. Tome II. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952.

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

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *La vita e le regole*. Milano: Feltrinelli, 2006.

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

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Tome I. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr-jun/2012.

_____. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, n. 54. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun/2013.

_____. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun/2014.

TEPEDINO, Gustavo. *Opinião doutrinária*. Disponível em: <migalhas.com.br>. Acesso em 24.10.2013.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2004.