



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 6, no. 2, jul./dez. 2013. ISSN 1982-4564.

Abuso de direitos fundamentais, pluralismo cultural e critérios de tratamento igual

*Lucas Fucci Amato**

Resumo: Este artigo sustenta a necessidade do desenvolvimento de critérios consistentes de tratamento igual, no âmbito do Estado democrático de direito, para o processamento de demandas emanadas da esfera pública constitucional. Primeiramente, apresenta a possibilidade de constitucionalização da doutrina do abuso de direito, pelo reconhecimento da categoria de abuso de direitos fundamentais. A seguir, apresenta alguns argumentos e critérios acerca do princípio constitucional da igualdade, da perspectiva tanto do formalismo jurídico quanto de teorias de princípios. Finalmente, coloca o problema do abuso de princípios constitucionais e defende uma teoria e uma prática que considerem o princípio da igualdade no tratamento de demandas traduzidas em direitos culturais.

Palavras-chave: Abuso de direito fundamental. Direito à igualdade. Tratamento igual. Abuso de princípios. Direitos culturais.

Abstract: This paper sustains the necessity of developing consistent criteria for equal treatment, considering rule of law, in processing demands emanating from the public constitutional sphere. It firstly presents the possibility of constitutionalizing the doctrine of abuse of rights, through the recognition of the category of abuse of constitutional rights. Then, it presents some arguments and criteria on the constitutional principle of equality, from the point of view of legal formalism and also of theories of principles. Finally, it places the problem of the abuse of constitutional principles and argues for a theory and a practice that consider the principle of equality in dealing with demands translated into cultural rights.

Keywords: Abuse of constitutional rights. Right to equality. Equal treatment. Abuse of principles. Cultural rights.

* Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

1. Introdução

Este artigo apresenta um tratamento teórico de pelo menos cinco temas caros ao constitucionalismo contemporâneo, mas aparentemente desconexos: 1) a constitucionalização da doutrina do abuso de direito, pelo reconhecimento da categoria de abuso de direitos fundamentais; 2) o princípio da igualdade, como critério de tratamento igualitário na esfera pública; 3) o papel estrutural da constituição dos Estados democráticos de direito na manutenção e na recepção das demandas ou interferências de uma esfera pública pluralista; 4) o reconhecimento dos direitos culturais como categoria de direitos fundamentais, com suas respectivas implicações para a consideração constitucional de valores, preferências e representações identitárias individuais e coletivas; 5) a teoria dos princípios constitucionais e a técnica da ponderação.

Urdindo esses cinco temas está a tese aqui defendida: de que a legitimação constitucional e o tratamento jurídico-constitucionalmente adequado das diferenças culturais em um Estado democrático de direito depende da garantia de uma esfera pública pluralista e da abertura às demandas nela representadas, com o tratamento igualitário de tais demandas, pela via de critérios solidamente construídos e consistentemente praticados.

A argumentação aqui apresentada divide-se substancialmente em três partes. A primeira trata de analisar a possibilidade da recepção constitucional da doutrina, classicamente civilista, do abuso de direito, concluindo pela possibilidade da categoria de abuso de direito fundamental. A segunda parte traz um levantamento de alguns critérios e conceituações firmados pela doutrina e teoria jurídicas na interpretação e aplicação do princípio constitucional da igualdade; são aqui consideradas tanto perspectivas do positivismo formalista, de inspiração kelseniana, quanto formulações das teorias principiológicas de Alexy e Dworkin. A terceira parte trata de vincular a garantia da – e a permeabilidade à – esfera pública pluralista à argumentação constitucional no plano dos princípios, tratando então de salientar a possibilidade de traduzir juridicamente as demandas por tratamento desigual (“na medida das desigualdades”) na forma da evocação de direitos culturais; nesse sentido é que o “abuso de princípios”, considerada a estrutura principiológica predominante nas normas de direitos fundamentais (tanto o direito fundamental à igualdade quanto os direitos fundamentais culturais), é contraposto à prática do tratamento igual constitucionalmente adequada.

2. Abuso de direito e abuso de direito fundamental

A doutrina do abuso de direito é elaboração civilista do final do século XIX e início do século XX. Trata-se de limitar o exercício de direito subjetivo (paradigmaticamente, a propriedade privada absoluta) que exceda manifestamente a utilidade obtível a partir de tal exercício, atingindo a esfera de interesses juridicamente protegidos de outrem; nos termos espaciais do paradigma jurídico liberal, a reconhecer esferas jurídicas concêntricas a cada indivíduo, a liberdade de um (inclusive no uso, gozo e fruição de seus bens) teria que se limitar assim que atingisse a esfera jurídica alheia. Daí o disciplinamento, de um lado, do ato emulativo e, de outro, do abuso de direito. As formulações do vigente Código Civil brasileiro são elucidativas a respeito. No artigo 1228, §2º, tal diploma veda o ato emulativo, nos seguintes termos: “São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.” Outras formas pode tomar, porém, o abuso de direito, praticado pelo “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” (art. 187). A conduta abusiva não é, assim, um *tertium genus*, entre a conduta lícita e a ilícita; pode, antes, ser entendida como uma “situação jurídica subjetiva” configurada quando da transgressão de um “dever jurídico genérico”¹.

Josserand pioneiramente teorizou o abuso de direito por via da argumentação da relatividade dos direitos subjetivos (inclusive propondo uma releitura jurídica da categoria da relatividade de Einstein!)². A doutrina que postulava pelo caráter absoluto dos direitos subjetivos teria sido aquela inspirada no formalismo do direito romano, culminando na idade média com uma visão matemática ou geométrica do saber e da prática jurídicos, pela qual os direitos subjetivos eram definidos rígida e absolutamente: “podem ser exercidos indefinidamente e com um propósito qualquer; trazem em si mesmos sua própria finalidade”³. Os direitos eram entendidos como *dominia*, poderes absolutos autorizados pelo Estado aos particulares, de modo que o proprietário tinha poderes de explorar de qualquer modo sua propriedade, do subsolo ao espaço aéreo, sem prestar quaisquer contas à administração ou aos tribunais, assim como o credor poderia reduzir seu devedor insolvente à escravidão ou à

¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. **Abuso del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 1992, pp. 141-5.

² JOSSERAND, Louis. **Del abuso de los derechos y otros ensayos**. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, p. 1.

³ *Idem*, pp. 2-3.

morte⁴. A teoria da relatividade dos direitos subjetivos, em contraposição, estaria a reconhecer possíveis abusos praticáveis pelo titular mesmo de um direito (para além do ato ilícito, praticado por quem não titulariza uma posição subjetiva reconhecida pelo ordenamento). Assim, “um ato cumprido em conformidade com determinado direito subjetivo pode estar em conflito com o direito em geral, com o direito objetivo, com a juridicidade [...]”⁵.

Nesta teoria, os direitos, produtos sociais, como o direito objetivo mesmo, derivam sua origem da comunidade e dela recebem seu espírito e finalidade; cada um se encaminha a um fim, do qual não pode o titular desviá-lo; são feitos para a sociedade, e não a sociedade para eles; sua finalidade está fora e acima deles mesmos; são, pois, não absolutos, senão relativos; devem ser exercidos no plano da instituição, em concerto com seu espírito, ou ao contrário seguirão uma direção falsa, e o titular que deles haja não usado, senão abusado, verá comprometida sua responsabilidade para com a vítima deste desvio culpável.⁶

A doutrina do abuso de direito considera que a responsabilidade civil advém não de qualquer fato “lesivo ao interesse de terceiro”, mas apenas daquele que, “dissimulando-se sob a aparência de uso de uma prerrogativa jurídica, reveste, na realidade, um cunho nitidamente antissocial [...]”⁷. Há, enfim, abuso de direito em três situações⁸: 1) na hipótese do comportamento emulativo, que visa apenas ao prejuízo de outrem; 2) quando o comportamento gera utilidades para seu exercente, mas também “desutilidades” a terceiro que não esteja juridicamente obrigado a aceitá-las; 3) quando do exercício de um direito resulta apenas desvantagem para terceiro que não está obrigado a aceitá-la (em (2) e (3), a configuração do abuso independe de culpa).

Tal elaboração civilista tem ultrapassado as quadras dos problemas jurídicos civis e comerciais, bem como se espalhado para além da tradição francesa ou eurocontinental, com crescente presença nas jurisdições de *common law*⁹. De fato, o abuso de direito pode ocorrer em qualquer quadrante do sistema jurídico, como no campo concorrencial (abuso de

⁴ *Idem*, p. 3.

⁵ *Idem*, p. 4.

⁶ *Idem*, p. 4.

⁷ MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o acto ilícito**. Rio de Janeiro: Renato Americano, 1935, p. 42.

⁸ COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. **Do abuso de direito**: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 44-5.

⁹ REID, Elspeth. The doctrine of abuse of rights: perspective from a mixed jurisdiction. **Electronic Journal of Comparative Law**, Utrecht, vol. 8, n. 3, 2004, pp. 13-5.

poder econômico) e no direito societário e trabalhista (a questão da desconsideração da personalidade jurídica pelo abuso ou exercício irregular de tal direito – à própria personalidade jurídica); no direito penal, o *habeas corpus* é o remédio processual contra o abuso de poder; o mandado de segurança é o processo constitucional utilizável contra o abuso de poder econômico ou no exercício de função perpetrado por agente no exercício de função do Poder Público¹⁰. Uma das manifestações da expansão do abuso de direito pelos diversos campos jurídicos é a teorização sobre o abuso de posições processuais ou “abuso do processo”. Assim, “a estrutura e sistematização do conceito de litigância de má-fé e da má-fé processual se escoram e encontram supedâneo no abuso do direito material, de modo que os fundamentos e as consequências são os mesmos”¹¹. Os atos processuais, traduzidos em situações jurídicas processuais – estas constituindo o próprio objeto do abuso –, dão azo via de regra ao abuso de direito, e não ao ato ilícito, trazendo então os três pressupostos de configuração abuso: 1) a aparência de licitude; 2) o desvio de finalidade; 3) o exercício de uma situação jurídica subjetiva (poder, dever, ônus ou faculdade)¹².

Ainda, há que se destacar as apropriações e releituras do abuso de direito no direito internacional, âmbito no qual é reconhecido como princípio geral de direito. Neste campo, tal princípio – da vedação do abuso de direito – operacionaliza restrições e mediações entre direitos invocados por Estados em conflito (por exemplo, na questão da poluição extraterritorial), bem como facilita a regulação jusinternacionalista de temas e áreas ainda não regulados, mas que demandam um rápido enquadramento jurídico (como o problema dos espaços comuns); ainda, o princípio (da vedação) do abuso de direito é capaz de promover inovações argumentativas e mudanças normativas, informando a interpretação cláusulas de tratados e proporcionando o desenvolvimento de subprincípios aptos a proporcionar um maior equilíbrio nas relações internacionais¹³.

Na seara do direito internacional, já surge um ponto de alto interesse para o tema deste artigo, uma vez que o direito internacional dos direitos humanos é articulado ao bloco de constitucionalidade nacional, já pela previsão do artigo 5º, §2º, da Constituição brasileira de 1988: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros

¹⁰ STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 62-4.

¹¹ *Idem*, p. 65.

¹² ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 254.

¹³ BYERS, Michael. Abuse of rights: an old principle, a new age. **McGill Law Journal**, Montreal, vol. 47, 2002, pp. 419-31.

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Ainda, os direitos humanos internacionais podem complementar a lista dos direitos fundamentais nacionais em hierarquia formalmente constitucional (pelo procedimento do §3º do citado artigo 5º) ou supralegal infraconstitucional (como decidido pelo STF¹⁴). No âmbito da Carta Internacional dos Direitos Humanos, vale já destacar como dispositivo normativo fundamentador do reconhecimento do abuso de direitos humanos (e) fundamentais o artigo XXX, que encerra a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) (instrumento não vinculante, mas integrado ao direito costumeiro internacional). Dispõe tal artigo: “Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos”. Ainda, o artigo 5º, 1, comum ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ambos de 1968, internalizados respectivamente pelo Decreto nº 592 e pelo Decreto nº 591, ambos de 06-07-1992), reitera que “nenhuma disposição do presente pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele prevista”. Finalmente, o instrumento normativo máximo do sistema interamericano de direitos humanos – a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica (de 1969, internalizado pelo Decreto n. 678, de 06-11-1992) – traz várias normas relevantes para a interpretação dos direitos humanos:

Artigo 29 - Normas de interpretação.

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;
- c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser

¹⁴ RE 466.343-1 São Paulo, voto-vogal Min. Gilmar Mendes (DJe 5.6.2009).

humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;

d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Artigo 30 - Alcance das restrições

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

Artigo 32 - Correlação entre deveres e direitos

1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.

2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática.

As normas trazidas pelo texto da Convenção Americana de Direitos Humanos apontam na direção da relatividade dos direitos humanos nela elencados, um dos pilares da doutrina do abuso de direito; ainda, estabelecem diretrizes hermenêuticas que afastam a invocação de direitos humanos reconhecidos pela Convenção quando tal invocação puder resultar em minoração do regime protetivo geral de direitos humanos. Nesse sentido, dada a internalização do direito internacional dos direitos humanos no ordenamento jurídico nacional, a doutrina constitucional brasileira tem reconhecido o princípio da vedação do abuso de direito como implícito no rol dos direitos e garantias fundamentais, bem como apontado para o reconhecimento desse princípio (muitas vezes pela via implícita, da argumentação que tal princípio fundamenta) na jurisprudência nacional, inclusive dos tribunais superiores¹⁵. Outra via de reconhecimento do abuso de direito em sede constitucional está na teorização sobre o abuso de princípios, uma vez reconhecida a predominância do tipo estrutural principiológico das normas de direitos fundamentais, ou mesmo a argumentação principiológica que os casos de direitos fundamentais não raro suscitam. Esta via de entendimento será explorada no tópico 4; mas, antes, cabe fixar algumas diretrizes hermenêuticas sobre o princípio da igualdade (como direito fundamental), para posteriormente analisar as possibilidades do abuso desse direito e alguns critérios para o reconhecimento ou a evitação de tal abuso, quando invocadas preferências, valores ou situações culturais.

¹⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 409-23.

3. Igualdade e critérios de tratamento igual

Interessa-nos neste tópico a revisão dos elementos que a doutrina e a teoria jurídica e constitucional contemporâneas têm aportado à elucidação do princípio da igualdade e do reconhecimento de critérios de tratamento igualitário. Cabe fixar que não adotaremos aqui a distinção entre discriminação e diferença, o primeiro termo em referência a desigualdades ilícitas (ou ilegítimas) e o segundo, em referência a discriminações positivamente exigidas. A referida distinção é retórica enquanto não se fixem os pressupostos jurídicos e fatuais que estabeleçam um tratamento igual ou desigual como lícito ou ilícito. Nesse sentido, a formulação de Sousa Santos¹⁶: “temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza”.

O termo “igualdade” denota uma relação ou comparação em termos qualitativos, entre um grupo de pessoas, coisas, processos ou circunstâncias que, apesar de diferentes, possuem ao menos uma específica característica que os assemelha (termo de comparação); não se trata, portanto, nem de similaridade, como correspondência aproximada, nem de identidade, como correspondência absoluta entre as coisas, pessoas etc., quanto a todas as suas características¹⁷. Não seria hipérbole afirmar que toda teorização sobre a igualdade parte da filosofia platônica (*Leis*, VI, 757b-c) e aristotélica (*Ética a Nicômaco*, 1130b-1132b), sintetizadas na fórmula “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”.

Kelsen¹⁸ tratou da igualdade enquanto direito fundamental (ao lado dos direitos de liberdade, ambos na categoria que denominava de “direitos políticos”); considerou então que, uma vez estabelecida a igualdade como norma constitucional – e daí exigível o tratamento igual perante qualquer ato normativo estatal (lei, atos administrativos, sentenças judiciais) –, apenas a constituição poderia estabelecer diferenciações em decorrência de critérios bem delimitados (como raça, religião, classe ou patrimônio). A igualdade não significa a titularidade dos mesmos direitos e obrigações por todos, mas a incidência uniforme da lei

¹⁶ SOUSA SANTOS, Boaventura de. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: _____ (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 458.

¹⁷ GOSEPATH, Stefan. Equality. In: ZALTA, Edward N. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Spring 2011 Edition. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/equality/>>. Acesso em 27 ago. 2013.

¹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 157-8.

quando aplicada a cada um. O mandamento de igualdade, assim, resumir-se-ia à “igualdade *perante* a lei”: “os órgãos aplicadores do Direito somente podem tomar em conta aquelas diferenciações que sejam feitas nas próprias leis a aplicar”¹⁹ – caso contrário, as decisões serão ilegais; por outro lado a própria lei só pode diferenciar onde e quando autorizada pela constituição.

Aqui surge a necessidade de outras especificações, correlatas a questionamentos tais como: só a lei em sentido material (norma geral e abstrata) pode diferenciar (“discriminar” validamente)? A diferenciação juridicamente possível cinge-se a necessariamente a algum tipo de traço (caracteres biológicos ou circunstâncias contingentes)? Quanto à questão da lei em sentido material, são esclarecedoras as palavras de Bobbio:

[...] consideramos oportuno chamar de ‘gerais’ as normas que são universais em relação ao destinatário, e de ‘abstratas’ aquelas que são universais em relação à ação. Sendo assim, aconselhamos a falar de *normas gerais* quando estivermos diante de normas que se destinam a uma classe de pessoas; e de *normas abstratas* quando estivermos diante de normas que regulam uma ação-tipo (ou uma classe de ações). Às normas gerais se contrapõe aquelas que têm por destinatário um único indivíduo, e sugerimos que sejam chamadas de *normas individuais*; às normas abstratas se contrapõe aquelas que regulam uma ação singular, e sugerimos que sejam chamadas de *normas concretas*.²⁰

Bandeira de Mello²¹ aponta que toda norma abstrata será geral, pois cobrir uma classe de fatos – situações reproduzíveis – implica abertura quanto aos sujeitos normados: todos que praticarem o fato incidirão na norma, ainda que no presente apenas um sujeito satisfaça os requisitos para a ativação da norma. De outro lado, as normas gerais (que normam uma classe de sujeitos) podem ser concretas ou abstratas, dependendo de se sua hipótese de incidência é ou não (faticamente) reprisável. Assim, no plano legislativo (lei formal), a norma abstrata (sempre geral) e a norma geral e concreta não ferem a isonomia; a questão se coloca, pois, quanto às normas individuais e às normas concretas: a norma individual será compatível com o princípio da igualdade “se estiver reportada a sujeito futuro,

¹⁹ *Idem*, p. 158 (destaque no original).

²⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução de Denise Agostinetti. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 174.

²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 27.

portanto atualmente indeterminado e indeterminável”²²; a norma concreta não poderá ser também individual, mas apenas será isonômica se concreta e geral.

Bandeira de Mello²³ ainda realça o erro, inclusive de Kelsen, de supor que o ferimento ao princípio da igualdade estaria no elemento eleito como matriz de *discrímen*, havendo elementos inelegíveis para a diferenciação (como raça, credo, sexo); pelo contrário:

(...) *qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações* pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório [...], *quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição*.²⁴

Tal correlação lógica, ressalta o autor²⁵, depende de uma argumentação, e a coerência (jurídica/ constitucional) e adequação (social) dos argumentos (da aceitabilidade da diferenciação, portanto) é historicamente contingente. Então, “é o vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade das disciplinas estabelecidas em vista deles o *quid* determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia”²⁶. Nesse sentido:

Para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia [...] impende que concorram quatro elementos: a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absolutamente um só indivíduo; b) que a situação ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.²⁷

²² *Idem*, p. 29.

²³ *Idem*, pp. 15-6.

²⁴ *Idem*, p. 17 (destaques no original).

²⁵ *Idem*, p. 39.

²⁶ *Idem*, p. 37.

²⁷ *Idem*, p. 41, destaques no original.

A argumentação de Bandeira de Mello vincula-se rigorosamente ao princípio da legalidade como garantia fundamental do Estado de direito, cuja razão é evitar o arbítrio (perseguições ou favoritismos). Seja no plano da legislação (princípio da legalidade), seja no plano da administração (princípio da impessoalidade), é invocável então um direito público subjetivo à igualdade (de tratamento)²⁸. Poderíamos acrescentar tal direito no plano da jurisdição e, ainda, nas relações entre particulares, tema a que voltaremos adiante.

Partindo de outro paradigma teórico, Alexy²⁹ ressalta que a igualdade não é apenas um dever para o aplicador do direito, mas também para seu criador institucional (o legislador); o conteúdo de tal mandamento, porém, não se constitui pelo dever de igualação de todos nem quanto ao seu patrimônio jurídico concreto, nem quanto a suas condições fáticas em geral. Mas:

Se o enunciado geral de igualdade se limitasse ao postulado de uma prática decisória universalizante, o legislador poderia, sem violá-lo, realizar qualquer discriminação, desde que sob a forma de uma norma universal, o que é sempre possível. A partir dessa interpretação, a legislação nazista sobre judeus não violaria o enunciado ‘os iguais devem ser tratados igualmente’.³⁰

Os juízos sobre igualdade são juízos triádicos, sobre a igualdade ou desigualdade de duas pessoas com relação a dado aspecto – aspecto esse a ser valorado e contrabalançado pelo tratamento igual ou desigual, na medida da (des)igualdade (dever material de igualdade)³¹. A valoração da (des)igualdade de fato e do tratamento igualador correspondente estão justamente expressos na exigência de fundamentação (não arbitrariedade). A princípio, Alexy³² cogita reconhecer que o princípio da igualdade estabelece justamente uma precedência *prima facie* do tratamento igual, que apenas deve ser afastado quando houver razões suficientes para o tratamento desigual – o que implica um ônus argumentativo para a decisão no último sentido, ou seja, o peso superior de outros princípios colidentes com o da igualdade, ao final do processo de sopesamento (avaliação da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da medida de tratamento desigual). Há, porém, uma

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 45-6.

²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 393-6.

³⁰ *Idem*, p. 398.

³¹ *Idem*, pp. 399-400.

³² *Idem*, pp. 407-11.

ambiguidade no princípio da igualdade como norma de direito fundamental: o dever imposto por esta norma é o de tratamento igual (“relacionado a atos”) ou de promoção de um estado de coisas de igualdade (sobre certo aspecto)? A orientação consequencialista implicaria uma aceitação do tratamento desigual mas equalizador³³. A “solução” teórica poderia ser sopesar, caso a caso, o princípio da igualdade (como dever de “igualdade jurídica” – tratamento igual) e o princípio do Estado social (a fundamentar o tratamento desigual em vista de suas consequências de redistribuição ou reconhecimento); Alexy³⁴, entretanto, a nega, tendo em vista que o princípio do Estado social não se referiria a um direito fundamental, não constituindo, assim, um direito subjetivo correspondente. A solução do autor será apresentar dois princípios – o da igualdade fática e o da igualdade jurídica; caso a caso, ter-se-á precedência do tratamento desigual ou do tratamento igual.

Há dois tipos de *direitos de igualdade definitivos abstratos*: o direito de ser tratado igualmente, se não houver razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual; e o direito de ser tratado desigualmente, se houver uma razão suficiente para o dever de tratamento desigual.³⁵

Teríamos então que admitir a validade de dois princípios, ao invés de um: o princípio da igualdade e o da desigualdade. Isto porque a pertinência de um princípio ao ordenamento jurídico apenas não se configura se tal princípio é incompatível “com todos os precedentes e normas aceitáveis” ou se, “em todos os casos”, “princípios em sentido contrário” têm precedência sobre aquele (potencial) princípio³⁶. A solução teórica de Alexy é problemática, pois cria pelo menos dois problemas ao resolver outro. De fato, soluciona a sempre difícil argumentação em favor do tratamento desigual em um sistema jurídico acostumado ao sentido estrito e liberal da isonomia, enquanto desconsideração de fatores a princípio alheios à conduta ou ao procedimento de que se está a tratar – assim, raça, gênero, idade pareceriam não ter relação direta com o sistema de ensino ou o mercado de trabalho, diferentemente dos diplomas e da qualificação profissional, que são direta e legitimamente critérios de diferenciação nesses respectivos âmbitos de vida. Por outro lado, o modelo de Alexy implica um desprestígio ao princípio da igualdade, ao desconhecer sua precedência sobre os

³³ *Idem*, pp. 416-7.

³⁴ *Idem*, pp. 419-28.

³⁵ *Idem*, p. 429

³⁶ ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 157.

tratamentos desiguais. Mesmo o tratamento igual – pelo legislador e pelo julgador, por exemplo – exige uma fundamentação quanto aos “sujeitos entre os quais se trata de repartir os bens e os ônus”, “os bens e os ônus a serem repartidos” e “o critério com base no qual fazer a repartição”³⁷. Mas a previsão constitucional e legal do tratamento igual – que “vale” “em regra”, quando não haja norma especial a reger a situação e a exigir determinado favorecimento – implica “sobrecarga argumentativa” para o tratamento desigual. “Nesse caso, impõe-se a comprovação de que o tratamento igual em um contexto promove, leva ou mantém o tratamento desigual ilegítimo em outros contextos mais abrangentes [...]”³⁸. Impor o reconhecimento do tratamento desigual no mesmo nível da exigência de tratamento igual seria problematizar desnecessariamente os procedimentos estatais e privados, pois em qualquer caso haveria o ônus de uma justificação exaustiva da decisão adotada, contra a evidência da precedência *prima facie* do tratamento igualitário, a não ser que haja razões suficientes em sentido contrário.

O segundo problema da tese de Alexy está em buscar uma justificação consequentialista do princípio da igualdade, que é antes um mandamento “de partida”, e não “de chegada”, uma obrigação de meio (tratamento igual), e não de resultado (promoção da igualdade fática). Nesse sentido, urge esclarecer duas questões: a questão do contraste entre igualdade formal (de tratamento) e igualdade fática (finalística) e a questão do caráter deontológico dos princípios, inclusive do princípio da igualdade.

Para a primeira questão, vale lembrar o comentário de Konrad Hesse³⁹, ao considerar a bipartição da igualdade jurídica em igualdade formal (“pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa”) e igualdade material (“[o] direito existente obriga e autoriza, portanto, seus destinatários não só sem consideração da pessoa, sem que se trate de seu conteúdo; mas esse conteúdo mesmo deve corresponder ao princípio da igualdade”). Tal bipartição seria melhor descrita como obrigação de igualdade de tratamento (meios) versus obrigação de igualdade de resultados (eficácia): de um lado, a isonomia, como dever de só consideração dos estritos *discrímenes* vinculados diretamente ao âmbito de vida em questão (as diferenças de qualificação profissional na seleção de cargos, as diferenças

³⁷ BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda**: razões e significados de uma distinção política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2 ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2001, p. 112.

³⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 69.

³⁹ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 330.

patrimoniais no imposto sobre a renda, etc.); de outro, a desigualação por fatores aparentemente logicamente desvinculados do âmbito em questão, mas privilegiados por escolhas de política pública ou por outras formas de discriminação positiva socialmente aceita (considerada a justificação histórica, sanitária, econômica etc., implícita ou explícita).

Não caberia descrever cada qual desses dois lados da norma de igualdade (como princípio e como política) como igualdade formal e substancial, como é recorrente na literatura jurídica. Sociologicamente, o direito ao tratamento igualitário ou à “igualdade perante a lei” (isonomia) surge como reforço jurídico à diferenciação dos âmbitos de vida⁴⁰: a política não pode se pautar por diferenças econômicas (voto censitário), mas a tributação, enquanto política econômica, pode, assim como a economia considera, por exemplo no mercado de crédito, as diferenças de patrimônio e capital. Não há um contraste entre a racionalidade formal e a racionalidade material: o direito moderno, formalista e procedimental, é expressão de uma lógica substancialmente utilitarista, afim à lógica econômica concorrencial⁴¹. Portanto, o contraste entre um direito formal, socialmente insensível, e um direito promotor de igualdade substancial é antes expressão de uma crítica do direito como superestrutura, como ideologia, falsa consciência – leitura esta que, no quadro estrito do pensamento marxiano, conduz à rejeição do reconhecimento de qualquer papel efetivamente emancipatório do direito⁴². O que o apelo à consideração da igualdade material pode representar é uma consideração finalística do direito, seu uso instrumental ou estratégico para a promoção de efeitos redistributivos (materiais e simbólicos), geralmente nos âmbitos que podem proporcionar uma potencialização desses efeitos (“externalidades positivas”), como o acesso ao ensino superior (que repercurte em reconhecimento social, nível de renda etc.).

Quanto à segunda questão apontada (o caráter deontológico dos princípios), é esclarecedor o contraste entre a principiologia de Alexy e a teoria do direito de Dworkin. No modelo de Dworkin, embora por vezes trate indistintamente dos princípios e políticas (*policies*) sob a referência a princípios (em sentido amplo), há uma diferenciação relevante

⁴⁰ LUHMANN, Niklas. **I diritti fondamentali come istituzione**. Tradução de Stefano Magnolo. Bari: Dedalo, 2002, pp. 242-75.

⁴¹ WEBER, Max. **Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva**. Tradução de José Medica Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez e José Ferrater Mora. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1964, pp. 64-5, 180, 254, 629, 637, 707.

⁴² MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2007, pp. 305-86.

entre ambas as categorias, ausente da teorização de Alexy. Para Dworkin⁴³, políticas são padrões que estabelecem “um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...]”; de outro lado, um princípio, em sentido estrito, é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Assim, enquanto as políticas são preceitos teleológicos, finalísticos (instrumentais ou estratégicos), os princípios são deontológicos. Nesse sentido a crítica de Habermas⁴⁴ a Alexy: como princípios e regras têm caráter deontológico, e não finalístico, não podem aqueles ser definidos como mandamentos de otimização e aplicados mediante ponderação de bens.

Tanto a teoria quanto a prática jurídica que aquela descreve, para Dworkin⁴⁵, dependem de uma urdidura coerente de valores, que os situe e dimensione em uma teia coerente, na interseção filosoficamente possível entre valores concorrentes. Nesta, o tratamento igual emerge como critério de legitimação política: “Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme o seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política [...]”⁴⁶. Tal consideração abrange tanto os princípios quanto as políticas, no âmbito das quais a atuação estatal redistributiva é mensurada em referência aos cidadãos que procura beneficiar. A exigência de igualdade nas políticas públicas está não na garantia de benefícios iguais a todos os cidadãos, mas no “tratamento igualitário – com igual consideração e respeito em deliberações e processos políticos que resultem em tais decisões”⁴⁷. A perda no mérito das propostas é legítima, enquanto não o é aquela que resulte de “vulnerabilidade especial ao preconceito, à hostilidade ou aos estereótipos e à sua consequente situação diminuída – cidadania de segunda classe – na comunidade política”⁴⁸.

As ações afirmativas baseadas em critérios fenotípicos representam o caso mais evidente de dificuldade descritiva e decisória. De um lado, poder-se-ia apresentar uma colisão

⁴³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 36.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia I: entre a facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 258.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Cambridge, MA: Harvard University, 2006, p. 168.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. ix.

⁴⁷ *Idem*, p. 584.

⁴⁸ *Idem, ibidem*.

intraprincípio, no sentido de que o próprio princípio da igualdade traz em si uma indefinição, por abrigar tanto a demanda da coletividade que defende um tratamento estritamente igualitário quanto da coletividade que pleiteia a desigualação equalizadora de certa desigualdade. O modelo de Alexy abre margem a tal descrição, na forma de uma colisão entre as pretensões *prima facie* de tratamento igual ou desigual, em havendo razões suficientes para um ou outro. O mesmo ocorreria caso se descrevesse a situação como uma colisão entre uma política de redistribuição ou reconhecimento e o princípio deontológico da igualdade, já que Alexy não acolhe a distinção entre tais espécies normativas (política e princípio). De outro lado, o dilema decisório se instaura desde já quanto à separação dos poderes: a medida da discricionariedade do governo (Executivo/ administração), o controle de legalidade pelo legislador e o controle de legalidade e constitucionalidade pelo Judiciário. Os três critérios da proporcionalidade flexibilizam essas fronteiras e tendem a ativar o Judiciário para a análise da adequação da meio proposto à finalidade pretendida (adequação/ razoabilidade), da inexistência de medida menos gravosa (aos princípios colidentes) que fomentasse o mesmo fim (necessidade) e da precedência, em concreto, do princípio/ direito que a medida busca realizar, em relação aos princípios/ direitos colidentes (proporcionalidade em sentido estrito)⁴⁹. A argumentação consequencialista proposta tende a expandir a judicialização das políticas públicas, ainda mais se considerada a relativa indeterminação dos critérios de mensuração do que seria o resultado ótimo, nos termos de uma teoria utilitarista da justiça⁵⁰.

Desde já, vale lembrar a conclusão de Bandeira de Mello sobre a elegibilidade de qualquer critério residente nas pessoas (inclusive etnia, gênero, idade) como fator de discriminação – diferenciação positiva em favor das minorias, *i.e.*, coletividades vulneráveis. Portanto, a situação não se confunde com o segundo princípio de justiça como equidade de Rawls⁵¹, segundo o qual as desigualdades só podem dizer respeito a posições e cargos atingíveis a todos (igualdade de oportunidades). A discriminação positiva pode eleger como critério uma característica natural (portanto, não acessível em regra por todos), desde que tal característica seja o que socialmente obstrui a “igualdade de oportunidades” – principalmente de acesso aos recursos materiais e simbólicos “privilegiados” (como a qualificação

⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 798, pp. 23-50, 2002.

⁵⁰ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 11-62.

⁵¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 64.

educacional). Ainda assim, as dificuldades argumentativas das ações afirmativas se mantêm. Ocorre que, especialmente quanto aos fatores fenotípicos permanentes, como a cor (no sentido de expressão social do fenótipo vinculada a uma representação étnica), o histórico de adoção desses fatores como critérios (em geral implícitos) de arbitrariedade e favoritismo (institucional ou difuso) dificulta tanto a argumentação pelo tratamento igual quanto pela desigualação jurídica⁵².

Não é o caso de desenvolver neste trabalho considerações mais exaustivas sobre as ações afirmativas, já que o propósito central não é discutir o cabimento jurídico dessas políticas públicas, mas sim discernir alguns parâmetros para o tratamento igual (no sentido deontológico, do princípio da igualdade) na rotina das pessoas e instituições – ou seja, quando não há uma política pública válida que inspire diretrizes a informar as decisões e procedimentos.

Uma última consideração pertinente ao presente tópico diz respeito à eficácia privada do direito fundamental à igualdade. Alexy apenas admite a eficácia direta (sem mediação legislativa) dos direitos fundamentais em face do Estado; por isso, na falta de lei, a violação de direito fundamental de um particular por outro só pode gerar mesmo a responsabilização do Estado. Isso porque “efeito direto perante terceiros não pode significar que os direitos do cidadão em face do Estado sejam, ao mesmo tempo, direitos do cidadão contra outro cidadão. [...] não se pode querer obter um efeito direto por meio da simples troca de destinatário dos direitos do cidadão contra o Estado.”⁵³ A responsabilização de particulares pela violação de direitos fundamentais de outrem, sem mediação legislativa, não é possível; para esses, só há eficácia indireta, por meio da legislação – a norma legal terá então, como parte de seu conteúdo, o respectivo direito fundamental que concretiza no plano infraconstitucional⁵⁴.

No âmbito da recepção brasileira da teoria dos princípios, a eficácia privada do princípio da igualdade tem resultados menos que modestos. Virgílio Afonso da Silva defende que, nas relações privadas, na ausência de disposição legal aplicável constitucionalmente válida, há uma precedência *prima facie* da autonomia privada diante dos direitos fundamentais, sendo tal precedência jurídica arrefecida quanto maior for o grau de restrição fática dessa autonomia e quanto maior for o grau de restrição do direito fundamental em

⁵² *Idem*, p. 587.

⁵³ ALEXY, 2008, p. 538.

⁵⁴ *Idem*, p. 542.

questão no caso concreto⁵⁵. No caso de colisão de direitos fundamentais principais em relações não contratuais entre particulares, dever-se-ia considerar o sopesamento realizado pelo legislador da disposição infraconstitucional referente aos respectivos direitos fundamentais⁵⁶ e, na ausência de disposição constitucional válida, a solução seria interpretar as cláusulas gerais (*e.g.*, ordem pública, boa-fé) conforme os direitos fundamentais⁵⁷.

Vale mencionar também a elaboração de Ricardo Martins⁵⁸, que procura apontar para a constitucionalização do direito privado pela categoria de abuso de direito, a qual seria paralela à categoria doutrinária de abuso de poder, por parte da administração. A partir da teoria dos princípios de Alexy, o autor⁵⁹ defende que o Estado tem o dever de buscar a máxima realização de todos os princípios (dever expresso na fórmula do “interesse público”), enquanto o particular pode – exceto as limitações expressas pela legalidade ampla (o que não é proibido, é permitido) – buscar somente a máxima realização dos princípios que beneficiem seus interesses. Ainda⁶⁰, os princípios podem obrigar o Estado a agir, editando certa norma, enquanto, com relação aos particulares, apenas podem limitar sua conduta quando estes decidirem “editar certa norma”. Finalmente, o poder de polícia é que poderá conter o abuso de direito, impondo, na falta de lei, restrições à liberdade e à propriedade: “Trata-se de um *poder* (*dever-poder*) correlato ao dever dos administrados de respeitarem os princípios constitucionais (tanto os princípios relativos a direitos individuais como os princípios relativos a bens coletivos)”⁶¹. Assim, os particulares não são obrigados a concretizar o interesse público, a dar precedência ao princípio mais pesado ao final de certa ponderação, mas apenas a respeitar tal interesse em alguma medida, segundo as cláusulas gerais, que teriam promovido uma parcial constitucionalização do direito privado⁶². Ora, a tese do autor é, primeiramente, artificial, ao presumir que o particular identificará seus interesses a princípios constitucionais, ponderará todos os princípios eventualmente colidentes e, então, saberá em que medida pode maximizar seu interesse e o respectivo princípio que o apóia (já que o particular não tem o dever de maximizar todos os princípios). Em segundo lugar, não

⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 159-60.

⁵⁶ *Idem*, p. 167.

⁵⁷ *Idem*, p. 169.

⁵⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 121.

⁵⁹ *Idem, ibidem*.

⁶⁰ *Idem*, p. 125.

⁶¹ *Idem*, p. 126.

⁶² *Idem, ibidem*.

traz qualquer avanço em relação à doutrina do abuso do direito, elaborada em meados do século XX.

4. Abuso de princípios, princípio da igualdade, dissenso e pluralismo

Como afirmamos, uma via de análise do abuso de direitos fundamentais se dá no plano do estudo do abuso de princípios constitucionais, vez que aqueles direitos via de regra tomam a forma estrutural principiológica ou veem-se envolvidos em conflito com princípios. A formulação de teoria dos princípios constitucionais que aqui adotamos para tal fito é a de Marcelo Neves⁶³, e pretendemos coordená-la com o modelo de Estado democrático de direito apresentado pelo autor⁶⁴, ao tratarmos da problemática da garantia do pluralismo diante da invocação de valores, interesses, preferências ou situações culturais peculiares, que podem justificar ou não um tratamento desigual (especialmente por parte do Estado, mas não excluindo a eficácia nas relações privadas).

Importa desde já notar que as considerações sobre o abuso de direitos fundamentais e sua relação com a garantia do pluralismo no Estado democrático de direito têm como horizonte um sentido amplo de direitos culturais. Os direitos culturais, como categoria de direitos humanos, ou o direito humano à cultura são expressamente reconhecidos pelo direito internacional, assim como podem ser elencados como direitos fundamentais a partir do texto constitucional brasileiro de 1988 (artigos 5º, IX, XXVII, XXVIII e LXXIII, 220, 2º e 3º, 23, 24, 30, 215, 216, 219, 221, 227 e 231)⁶⁵. Podem ser reconhecidos como direitos fundamentais culturais uma série de posições jurídicas, a tutelar desde a liberdade de expressão e a liberdade religiosa até o acesso a bens culturais (a exigir políticas públicas culturais). É nesse sentido amplo que trataremos aqui do direito fundamental à cultura e de seu eventual abuso. Note-se que questões diversas – etárias, étnicas, religiosas e de gênero – podem ser abarcadas pelo conceito de cultura e, então, na proteção conferida pelo direito fundamental à cultura. Assim, as diferenças biológicas mesmo apenas ganham sentido social quando significadas a partir de uma teia semântica construída historicamente, pano de fundo diante do qual ganham

⁶³ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

⁶⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, pp. 123-213.

⁶⁵ SANTOS, Tânia Maria dos. **O direito à cultura na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007; SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001; MACHADO, Maria Costa Neves. **Direito à diferença cultural**. Curitiba: Juruá, 2010.

sentido as representações tanto das diferenças biológicas quanto das práticas simbólicas, como o culto religioso. Daí o amplo suporte fático coberto pelo direito fundamental à cultura, ou pelos direitos fundamentais culturais. Por meio destes, podem ser traduzidas e apresentadas juridicamente demandas de reconhecimento; dentre estas, aquelas demandas a exigir um tratamento igual ou uma exceção a regras gerais, ou seja, um tratamento desigual consideradas as peculiaridades do caso, em que se afirma a justeza da distinção em virtude de certa correlação arguida entre o tratamento desigual e determinado fator de descrímen. A questão poderia colocar-se, então, em termos de uma colisão entre os princípios da igualdade e da desigualdade (tal como reconhecidos, ambos, por Alexy, conforme tratamos no tópico 3, acima), ou de uma colisão entre o princípio da igualdade e outro direito fundamental estruturado principiologicamente. Rotineiramente, porém, basta analisar a situação pelo esquema regra-exceção, sendo a regra estabelecida com base em uma normatividade oficial (uma lei, um ato administrativo, uma sentença) – respeitadora, *prima facie*, dos princípios da igualdade e da legalidade – e a exceção sendo justamente o tratamento desigual que se busca diante de tal regra. Em ambos os tipos de argumentação (a meramente principiológica e a exceptuadora de regra em concreto), há que se considerar a exigência de universalismo procedimental por parte do Estado, a informar inclusive a precedência *prima facie* do princípio da igualdade, sendo o tratamento desigual uma exceção sustentável apenas excepcionalmente.

Neves⁶⁶ elabora um modelo de Estado democrático de direito no qual a legitimação constitucional se dá pela absorção, por via dos procedimentos constitucionais (eleitorais, judiciais, administrativos), do dissenso reinante na esfera pública. Assim, dado o consenso procedimental, os procedimentos surgem como a via garantidora do dissenso substancial, colocando a constituição diante da exigência de uma fundamentação e institucionalidade universalista e procedimental, capaz de absorver e selecionar a multiplicidade de valores, preferências, interesses e exigências sistêmicas (educacionais, econômicas, sanitárias etc.) presentes na esfera pública constitucional.

Assim, a constituição, pela separação dos poderes, institucionalização de procedimentos e normatização de direitos fundamentais, precisa processar o dissenso democraticamente e, do ponto de vista do direito, gerar textos normativos capazes de espalhar

⁶⁶ NEVES, 2008, pp. 123-36.

pela sociedade regulamentações dos direitos fundamentais que atualizem a prática multicultural nas diversas esferas comunicativas, protegendo a cultura como bem coletivo e individual – a institucionalização do diálogo intercultural e as produções normativas especificadoras da implementação do direito fundamental à cultura têm dimensões coletivas (enquanto proteção da esfera cultural) e individuais. Cabe destacar dois problemas que marcam este processo de institucionalização; destacam-se os aspectos político-jurídicos desses problemas, embora possam aparecer isomorficamente em outros âmbitos.

Em primeiro lugar, se os direitos humanos emergem como garantia do dissenso⁶⁷, o próprio direito constitucional à cultura pode ser invocado na exigência de uma representação plural nas arenas de produção legislativa e na implementação de políticas públicas decorrente dessa produção. Emerge aqui, portanto, o problema do processamento do dissenso com a garantia da pluralidade cultural.

Em segundo lugar, tanto na esfera privada quanto na pública, destaca-se a necessidade de compatibilização entre o respeito ao pluralismo cultural e a norma da igualdade, enquanto expectativa juridicamente qualificada de tratamento isonômico.

A garantia da representatividade pluralista na conformação e implementação dos direitos culturais está nos procedimentos democráticos consensuais que garantam o processamento do dissenso conteudístico⁶⁸. Entretanto, a capacidade de processamento das demandas abundantes e conflitantes pelos procedimentos políticos/jurídicos é tanto mais confrontada e reduzida quanto mais se pluraliza o conteúdo heterogêneo com que os procedimentos precisam trabalhar. Luhmann nota que, sob condições de enorme diversidade cultural (Estados “nacionais” multinacionais, com povo manifestamente multiétnico), o procedimento pode ser insuficiente para legitimar a política⁶⁹. Os procedimentos capazes de processar esse conteúdo altamente complexo demandam uma regulamentação precisa e complexa, dificultada pela multiplicidade de visões sobre o que é democracia, por exemplo. Mas, por outro lado, exigir um consenso mínimo sobre a organização democrática, a fim de

⁶⁷ NEVES, Marcelo. The symbolic force of human rights. *Philosophy & Social Criticism*, Thousand Oaks, vol. 33, n. 4, 2007, pp. 418-20.

⁶⁸ NEVES, 2008, pp. 125-56; 2007, p. 424.

⁶⁹ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p. 835.

evitar futuras deturpações nos procedimentos, talvez possa significar uma restrição ilegítima à própria pluralidade conteudística. Nesse sentido, cabe destacar a proposta de Denninger⁷⁰:

O caminho da integração pelo Direito é rico de pressupostos. Exige o *reconhecimento de todos os membros da sociedade como livres e iguais* – tanto o reconhecimento recíproco dos membros entre si como também esse reconhecimento na relação dos indivíduos com o Estado. E exige antes de tudo acordar conjuntamente e reconhecer *regras de procedimento*, que não de ser respeitadas por todos, para a geração do ‘Direito’. Não significa outra coisa o *consenso democrático fundamental* que idealmente precede a todos os esforços em favor de um ‘Direito correto’ do ponto de vista material: o acordo sobre a *procedimentalização* que se há de seguir para a criação do Direito, por exemplo mediante decisões majoritárias dos órgãos ‘representativos’ convocados para esse efeito. Se este acordo não se logra, o processo de integração não sairá de uma situação de guerra civil latente, mesmo que não se chegue a uso algum da força.

Já a necessidade da harmonização entre direitos fundamentais aparece quando se contrapõem o tratamento isonômico e as diferenças culturais, buscando-se um tratamento igual das diferenças. Com vistas a evitar um “abuso da ‘cultura’”⁷¹ – um exercício abusivo dos direitos culturais – duas posições se colocam: na definição do conteúdo essencial e das restrições possíveis a esses direitos ou a seu exercício tanto pode-se adotar a visão de um suporte fático amplo, restringindo o seu exercício apenas caso a caso, conforme os direitos culturais conflitem com (o exercício de) outros direitos, quanto se pode defender um suporte fático restrito, buscando-se excluir, desde já, por uma interpretação sistemática do texto normativo invocado, os limites do que estes tutelam e do que está excluído da proteção pela respectiva regra ou princípio asseguradores de direitos culturais⁷².

Adotando a perspectiva de um suporte fático amplo, Grimm⁷³ procura elaborar critérios de ponderação em conflitos ou colisões que envolvam direitos culturais. Apresenta, para tanto, quatro hipóteses possíveis de problemas e soluções:

⁷⁰ DENNINGER, Erhard. Derecho y procedimiento jurídico como engranaje en una sociedad multicultural. In: GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (Ed.). **Derecho constitucional para la sociedad multicultural**. Madrid: Trotta, 2007, p. 38 (destaques no original).

⁷¹ BARRY, Brian. **Culture and equality**: an egalitarian critique of multiculturalism. Cambridge: Harvard University, 2002, pp. 252-279.

⁷² Sobre o suporte fático amplo ou restrito para os direitos fundamentais, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 65-125.

⁷³ GRIMM, Dieter. Multiculturalidad y derechos fundamentales. In: GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (Ed.).

- 1) “Integrantes de uma minoria, por motivos culturais ou religiosos, desejam que se lhes permita fazer algo que está proibido com caráter geral”, caso em que se coloca a questão da “ampliação do marco de liberdade em benefício desse grupo”: aqui se deve determinar se a previsão jurídica invocada (proibitiva) visa a proteger o interesse individual ou o de terceiros. Em regra, se a proteção proibitiva visa ao próprio indivíduo, é possível permitir-lhe fazer o geralmente proibido. Se a proibição visa a terceiros, é necessário sopesar a intromissão na esfera cultural (ou religiosa) individual com gravidade dos riscos que se impõem (a terceiros) pela permissão excepcional de algo proibido;

- 2) “Integrantes de uma minoria desejam, por motivos religiosos ou culturais, que lhes seja reconhecido o direito de proibir aos membros desse grupo algo que está permitido com caráter geral”, caso em que se coloca a pretensão do “estreitamento do marco de liberdade”: é ilícita a limitação de um direito fundamental com eficácia interna a um grupo, proibindo-se o em geral permitido, se for contra a vontade do indivíduo; se tiver o seu consentimento, não demandará intervenção estatal, a não ser por provocação futura do indivíduo ao sistema legal;

- 3) “Integrantes de uma minoria cultural pretendem algo, em interesse da preservação de sua identidade ou do exercício da religião, que está reconhecido a quem forma parte da cultura majoritária”, caso em que se tem o problema da “igualdade de tratamento”: nos âmbitos em que esteja reconhecida a igualdade de tratamento das diferentes culturas (como no sistema escolar), esta é exigível; a conservação e transmissão de culturas específicas minoritárias devem ser protegidas pela liberdade cultural, mas não são, independentemente de normatização e de políticas públicas concretamente planejadas, um dever positivo do Estado;

- 4) “Integrantes de uma minoria cultural pretendem algo, por motivos religiosos ou culturais, que não se outorga com caráter geral”, caso em que se tem “a variante do princípio da igualdade que impõe tratar de modo

diferente os supostos distintos”: aqui, pelo princípio da proporcionalidade, deve-se sopesar a relevância do fator cultural para a pessoa e os custos (não só econômicos) para o tratamento diferenciado desta por parte do Estado.

A fixação de critérios de tratamento igual (em sentido amplo, a envolver os vários tipos de situação sobremencionados) é um processo histórico de consolidação de estruturas jurídicas ao mesmo tempo internamente coerentes e socialmente adequadas. Nesse ponto é que as exigências do pluralismo procedimentalmente mediado colocam-se ao Estado democrático de direito em tensão com o abuso de princípios jurídicos, especialmente constitucionais, os quais podem levar a soluções casuísticas e insustentáveis a longo prazo, minando assim a própria força normativa da constituição⁷⁴ e o valor da justiça como equidade – igual consideração e igual tratamento das pessoas. A hermenêutica da igualdade em situações de pluralismo cultural depende, assim, de uma solidificação do sistema jurídico, simultaneamente na produção constitucional, legislativa, regulamentar, jurisdicional e doutrinária. Do contrário, o abuso de direito fundamental – do direito à igualdade, inclusive – pode solapar o próprio regime protetivo global de direitos fundamentais, ao encontrar abrigo em uma prática decisória desconcertada e desconcertante. É tal a prática referida como “abuso de princípios constitucionais”.

Os princípios constitucionais, que se embasam na textualização normativa mais aberta linguisticamente e dão ensejo à formulação de normas com vinculação mais frouxa entre hipótese e consequência,

têm uma tarefa fundamental de selecionar, do ponto de vista interno do direito, expectativas normativas com pretensão de validade moral, valores-preferência ou valores-identidade de grupos, interesses por estabelecimento de padrões normativos, assim como expectativas normativas atípicas as mais diversas, que circulam de forma conflituosa no ambiente ou contexto do sistema jurídico. O que é princípio moral para um grupo não o é para outros; os valores de um grupo são antagônicos aos de outros; não só o interesse de um grupo se opõe ao de outro, mas também o que é interesse geral para certos setores da sociedade contradiz o que seja interesse geral na perspectiva de outros. Tanto em relação às regras em geral (na estática jurídica) quanto em relação aos princípios infraconstitucionais (na dinâmica jurídica), os princípios constitucionais apresentam,

⁷⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

respectivamente, maior mobilidade para exercer um papel seletivo perante essa diversidade contraditória, em um a esfera pública caracterizada pelo dissenso estrutural.⁷⁵

Se os princípios podem desempenhar relevante papel estruturante de abertura do direito a demandas sociais ainda não “tipificadas” suficientemente no regramento jurídico, a ponderação *ad hoc* e o uso indiscriminado de certos princípios (como a dignidade da pessoa humana), com pretensão de tê-los como critérios últimos de uma validação jurídica ou diretamente moral, pode trivializar “valores” constitucionais e abrir espaço à defesa de interesses particularistas sob o manto retórico da divagação axiológica. O manejo inconsistente dos princípios, fomentador de casuísmos, de uma judicialização “de exceção permanente” e do afastamento de regras nitidamente incontroversas, pode assim fomentar, antes que a abertura do direito à complexidade das controvérsias, a reiteração jurídica de hegemonias, corrupções e de um moralismo fundamentalista, avesso à democracia, à legalidade e ao pluralismo⁷⁶.

A cessão do direito a particularismos diversos – pressões econômicas, políticas, interesses familiares, fundamentalismos religiosos e pretensões culturais incompatíveis com o pluralismo a ser garantido na esfera pública constitucional – é circularmente reforçada por uma prática jurídica inconsistente e por uma doutrina e teoria jurídicas igualmente rarefeitas e construídas de ocasião sob a pressão desses particularismos; a segurança jurídica e a adequação social do direito ficam, ambas, prejudicadas⁷⁷. Nesse sentido é que o abuso de direitos fundamentais pode ser uma das formas de expressão desses bloqueios particularistas, que instrumentalizam o sistema jurídico e constitucional; a garantia do pluralismo e do universalismo constitucional, em tal contexto, é colocada em xeque, pois abre-se mão do ponto de partida e de chegada do direito, representado pela demanda de tratamento igual, que busca consolidar a liberdade dos sujeitos constitucionais com sua igual consideração pelo Estado – alicerçando, assim, a cidadania, em sentido amplo.

⁷⁵ NEVES, 2013, p. 128.

⁷⁶ NEVES, 2013, pp. 221-8; NEVES, Marcelo. Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal. **Conjur – Observatório Constitucional**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>>. Acesso em: 27 out. 2012.

⁷⁷ NEVES, 2013, p. 190.

5. Considerações finais

Este trabalho não foi exaustivo em apontar critérios e discernir argumentos para o tratamento igual dos cidadãos como ferramenta de garantia do pluralismo e de afastamento do abuso de direitos fundamentais (em especial do direito à igualdade e dos direitos culturais, em uma concepção aberta). Isso porque reconhece que tal empreitada envolve o desenvolvimento de longo prazo de uma doutrina e de uma jurisprudência consistentes a respeito dos temas aqui tangenciados.

Seja na técnica formalista do esquema regra-exceção, seja na técnica de ponderação, o princípio constitucional da igualdade apresenta desafios teóricos e práticos. Uma das formas com que tais desafios se apresentam é em pleitos por tratamento desigual que reconheça a necessidade de uma especialidade procedimental diante de vínculos culturais apresentados e representados por sujeitos de direito, individuais ou coletivos. Outra forma é na avaliação, diante da precedência *prima facie* da igualdade, da constitucionalidade de políticas que visem à compensação, ao reconhecimento ou à redistribuição de bens materiais e simbólicos. O que se impõe, em quaisquer dos casos, é o reconhecimento de que a cultura e a política de garantia do pluralismo não se colocam fora do sistema jurídico; antes, ganham juridicidade e dependem de critérios jurídicos de desdobramento de seus paradoxos e conflitos.

Referências bibliográficas

ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BARRY, Brian. **Culture and equality: an egalitarian critique of multiculturalism**. Cambridge: Harvard University, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução de Denise Agostinetti. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Direita e esquerda:** razões e significados de uma distinção política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2 ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2001.

BYERS, Michael. Abuse of rights: an old principle, a new age. **McGill Law Journal**, Montreal, vol. 47, pp. 389-431, 2002.

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

DENNINGER, Erhard. Derecho y procedimiento jurídico como engranaje en una sociedad multicultural. In: GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (Ed.). **Derecho constitucional para la sociedad multicultural**. Madrid: Trotta, 2007. pp. 27-50.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana:** a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Justice in robes.** Cambridge, MA: Harvard University, 2006.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. **Abuso del derecho.** Buenos Aires: Astrea, 1992.

GOSEPATH, Stefan. Equality. In: ZALTA, Edward N. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Spring 2011 Edition. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/equality/>>. Acesso em 27 ago. 2013.

GRIMM, Dieter. Multiculturalidad y derechos fundamentales. In: GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (Ed.). **Derecho constitucional para la sociedad multicultural**. Madrid: Trotta, 2007. pp. 51-69.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia I:** entre a facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. **A força normativa da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

JOSSERAND, Louis. **Del abuso de los derechos y otros ensayos.** Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 7 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea:** uma introdução. Tradução de Luís

Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

_____. **I diritti fondamentali come istituzione**. Tradução de Stefano Magnolo. Bari: Dedalo, 2002.

MACHADO, Maria Costa Neves. **Direito à diferença cultural**. Curitiba: Juruá, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o acto ilícito**. Rio de Janeiro: Renato Americano, 1935.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2007.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

_____. Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal. **Conjur – Observatório Constitucional**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>>. Acesso em: 27 out. 2012.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

_____. The symbolic force of human rights. **Philosophy & Social Criticism**, Thousand Oaks, vol. 33, n. 4, pp. 411-444, 2007.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REID, Elspeth. The doctrine of abuse of rights: perspective from a mixed jurisdiction. **Electronic Journal of Comparative Law**, Utrecht, vol. 8, n. 3, pp. 1-15, 2004.

SANTOS, Tânia Maria dos. **O direito à cultura na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas**

relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 798, pp. 23-50, 2002.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: _____ (Org.). **Reconhecer para libertar:** os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. pp. 427-461.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WEBER, Max. **Economía y sociedade:** esbozo de sociología comprensiva. Tradução de José Medica Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynes e José Ferrater Mora. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1964.

Artigo recebido em 04 de setembro de 2013.

Artigo aprovado para publicação em 26 de setembro de 2013.

DOI: 10.11117/1982-4564.06.16