

Abuso de direitos fundamentais na teoria estruturante do direito: a partir do “caso do pintor no cruzamento”

Abuse of fundamental rights in the structuring theory of law: starting off from the “case of the painter at the crossroads”

Fabio Carvalho de Alvarenga Peixoto*
Universidade de Fortaleza, Fortaleza – CE, Brasil

1. Introdução

O abuso, como noção dogmaticamente autônoma, é negado tanto por aqueles que se alinham a uma teoria externa, como por aqueles que argumentam em favor de uma teoria interna dos direitos fundamentais, como Friedrich Müller. Se confirmada essa dupla rejeição, será inevitável concluir que não há espaço para o abuso na dogmática dos direitos fundamentais.

Contudo, mesmo atacada pelos dois lados extremamente opostos, a noção de abuso de direitos fundamentais insiste em existir: o art. 9º, § 2º, da CRFB menciona os abusos cometidos no exercício do direito de greve, e o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, considerou existente o abuso, indicando mesmo sua possível autonomia com relação à máxima da proporcionalidade.

Isso deveria significar ou que a dogmática não corresponde à realidade constitucional brasileira, ou que a dogmática não corresponde essa realidade. Porém, não necessariamente tem que ser assim: tanto as teorias externa e interna podem ser insustentáveis – não é isto que se analisa aqui –, como a noção de abuso

* Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Fortaleza. Pós-graduado em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procurador do Estado do Ceará. Advogado. E-mail: fabiocapeixoto@gmail.com.

rejeitada por elas pode ser estreita demais. O escopo do trabalho se limita a essa segunda questão, centrando-se na expressa repulsa da teoria estruturante do Direito, de Müller, à possibilidade de os direitos fundamentais serem limitados pela identificação, no caso concreto, de um abuso.

A teoria de Müller é mais conhecida no Brasil em decorrência da crítica feita por Robert Alexy – destacando-se aqui seus comentários sobre o “caso do pintor no cruzamento” – do que pelas próprias ideias de seu autor¹. Sem dúvidas, esse não é um enunciado científico: faltam-lhe praticamente todos os elementos que o poderiam assim qualificar. No entanto, pode ser tido como mais um alerta à necessidade de se exporem com transparência, no trabalho jurídico, todos os elementos de concretização do objeto da ciência do Direito – tarefa à qual Müller dedicou toda a sua vida acadêmica. Reforça-se aqui a imprescindibilidade de promover-se uma estruturada e racional “percepção da compreensão”².

É importante dizer que a crítica de Alexy a Müller é coerente, sob a consideração de que, na complexa teoria não positivista *alexiana* (conforme ele próprio a define³), não pode haver espaço para um pós-positivismo *mülleriano*. Müller, por sua vez, diversas vezes manifestou a sua preocupação de não conduzir sua teoria ao rumo de um retrocesso a um direito pré-positivista (não positivista)⁴.

Este artigo, no entanto, não analisará o trabalho de Müller segundo o pensamento de Alexy, este último amplamente adotado no Brasil. Diferentemente, será no contexto da própria teoria de Müller que a noção de abuso de direitos fundamentais será investigada: o objetivo principal é identificar se é compatível, com a teoria estruturante do Direito, a noção de abuso de direitos fundamentais.

Em sua *Juristische Methodik*, Müller⁵ dedica um único parágrafo ao tema. Praticamente condensando suas conclusões sobre o assunto, o título do tópico é *Grundrechts“Mißbrauch”* (isto é: “‘abuso’ de direito fundamental”) – com as aspas cumprindo o papel denotativo de síntese. Dedicava bem mais atenção ao abuso de direitos fundamentais em seus *Die Positivität der Grundrechte: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik* (*La positividad de los derechos fundamentales: cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*) e *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, nos quais critica especificamente a teoria apresentada por Hans-Ulrich Gallwas.

Há, porém, muito mais que se pode dizer sobre o tema. Este artigo, para atingir sua finalidade, apresenta a crítica feita por Alexy, em seu Teoria dos direitos fundamentais, à teoria de Müller, destacando em especial o “caso do pintor no cruzamento” como representação simbólica da divergência entre ambos – o que se denominou de liberdade de arte como questão em debate. Em seguida, expõe a crítica de Müller à concepção de abuso de direitos fundamentais de Gallwas, tachada por aquele de incontrolável; logo adiante, analisa a teoria deste. Por fim, são apresentados os elementos essenciais de uma dogmática da liberdade de arte – tais como apresentados por Müller –, bem como investigada a existência, na

1 Especula-se que isso se deva às faltas de sistematização e de tradução de boa parte das obras de Müller – em contraposição aos trabalhos de Alexy, amplamente disponíveis no Brasil, a maior parte em língua portuguesa ou espanhola, de mais fácil acesso à comunidade jurídica.

2 MÜLLER, 2008, p. 88.

3 ALEXY, 2009, p. 4-5.

4 Por todas: MÜLLER, 2007, p. 283-284.

5 2013, p. 111.

teoria *mülleriana*, de um espaço para o abuso de direitos fundamentais de liberdade.

Com isso, espera-se, como resultado de uma pesquisa científica que foi basicamente qualitativa e calcada em fontes bibliográficas e documentais, responder à questão sobre a existência (ou não) de um espaço dogmático, na teoria estruturante de Müller, para uma concepção contemporânea de abuso de direitos fundamentais, que se apresenta neste trabalho.

A metodologia adotada partiu da análise da crítica de Alexy à teoria de Müller; em seguida, analisou a crítica de Müller à teoria de Gallwas; passo seguinte, a teoria de Gallwas propriamente dita; finalmente, atualizou o pensamento de Müller, à luz de uma concepção contemporânea de abuso de direitos fundamentais, não mais presa à teoria de Gallwas. Isto é: enovelaram-se de início todas as teorias, para, ao final, desnovelar-se uma tese atualizada sobre o abuso de direitos fundamentais, conforme à teoria estruturante do Direito. O procedimento metodológico, embora não usual, favoreceu o enfoque nas questões debatidas, permitindo que divergências não essenciais ao tema tratado – muito embora de relevância teórica inquestionável – pudessem ser deixadas de lado, sem prejuízo científico; isto foi especialmente importante porque o referencial teórico, a obra de Müller, é tão extenso quanto assistemático.

Adiante, os resultados da pesquisa.

2. A rejeição ao abuso como noção autônoma pelas teorias externa e interna dos direitos fundamentais

Menezes Cordeiro observou que, na dogmática do abuso de direito, contrapõem-se teorias internas e externas: naquelas, “o abuso seria expressão do próprio conteúdo do direito subjectivo”; nestas, “haveria antes uma contraposição entre normas que garantiriam um direito subjectivo com determinado conteúdo e preceitos que, delimitando as possibilidades de exercício, dariam corpo ao fenómeno dito do abuso”⁶

Simetricamente – e isso por si só justifica a incursão pretendida por esta pesquisa –, Alexy⁷ apresenta uma distinção praticamente idêntica, na dogmática dos direitos fundamentais: a teoria externa impõe aos direitos já dados de antemão restrições que lhe são exteriores; para a interna, não há direitos até que seu conteúdo definitivo seja determinado. A teoria de Alexy qualifica-se como externa; a de Müller, como interna.

A anotação de Silva⁸ sobre o fenómeno de sincretismo, no Brasil, de métodos incompatíveis – como as propostas por Alexy e Müller – é importante: sendo incompatíveis, não se podem admitir as duas simultaneamente. De outro lado, há a necessidade de “diminuir o fosso [...] entre a teoria e a prática”, no dizer de Santos⁹. Isto é: as teorias somente fazem sentido se conectadas à prática. No Direito brasileiro – e especificamente na dogmática dos direitos fundamentais –,

6 CORDEIRO, 1987, p. 861 et seq.

7 ALEXY, 2011, p. 277.

8 SILVA, 2003, p. 625.

9 SANTOS, 2008, p. 16.

esse ponto é especialmente sensível, em razão da importação, muitas vezes acrítica, das principais ideias.

Tem-se, portanto, o seguinte: as teorias e respectivas metódicas de Alexy ou de Müller podem ser perfeitas sob uma lógica cartesiana, mas ainda assim não ser adequadas à ordem constitucional brasileira. Considerada essa suposta perfeição, das duas, uma: ou a dogmática não corresponde à realidade da Constituição brasileira, ou à dogmática não corresponde essa realidade. Descarta-se a segunda hipótese, porque a realidade constitucional deve prevalecer sempre. Resta então saber se a noção de abuso pode contribuir para testar a adequação das metódicas *alexynana* e *mülleriana* à Constituição brasileira.

Ambas negam a concessão de espaço dogmático, no que se refere aos direitos fundamentais, à noção de abuso – originalmente civilista. Seguindo a teoria de Alexy, Rovira Viñas¹⁰, em tese de doutoramento dedicada especificamente ao problema, conclui que a noção de abuso é desnecessária como limitadora das garantias de direitos fundamentais; para a função, já há o sopesamento. Struth¹¹ esclarece que há, na doutrina, duas grandes posições dogmáticas quanto ao abuso de direitos fundamentais: o abuso como limite, excluindo o comportamento do âmbito de proteção (*Missbrauchsvorbehalt*) e o abuso como elemento da proporcionalidade (*Argumentationstopos*). A autora se alinha ao segundo posicionamento, concluindo que o abuso só se descobre pela aplicação da máxima da proporcionalidade, em especial pela técnica do sopesamento. No outro extremo da dogmática, a posição de Müller¹² já foi apresentada na introdução, e é expressamente contrária ao que o autor denomina sempre de “abuso” - entre aspas.

Essa negação ao abuso de direitos fundamentais como noção autônoma contrasta com o texto da Constituição brasileira, que dispõe que: “Os abusos [do direito fundamental de greve] cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei” (art. 9º, § 2º).¹³ O abuso do direito de greve, mencionado especificamente no texto constitucional, não pode ser simplesmente igualado a um resultado da máxima da proporcionalidade – como o imporia a teoria de Alexy –, muito menos negado peremptoriamente – como o faz a teoria de Müller.

Também o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência sólida reconhecendo a existência do abuso de direitos fundamentais. Citem-se o reconhecimento da possibilidade de cometimento de “abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa”¹⁴, e as conclusões de que “o abuso da liberdade de expressão não pode ser objeto de controle prévio, mas de responsabilização civil e penal, *a posteriori*”¹⁵, o “exercício regular do direito de crítica [...] não se reduz à dimensão do abuso da liberdade de expressão”¹⁶, o “direito de crítica, quando motivado por razões de interesse coletivo, não se reduz, em sua expressão concreta, à dimensão do abuso da liberdade de imprensa”¹⁷,

10 VIÑAS, 1980, p. 287-288.

11 STRUTH, 2019, p. 258-259, p. 306.

12 MÜLLER, 2003, p. 111.

13 BRASIL, 1988.

14 BRASIL, 2009a, grifo nosso.

15 BRASIL, 2009b, grifo nosso.

16 BRASIL, 2010, grifo nosso.

17 BRASIL, 2011b, grifo nosso.

abusos “podem acontecer e acontecem, mas em relação a qualquer direito. [...] Mas o direito preconiza formas de serem reparados os abusos, por indenização [...]”¹⁸, a “medida própria para a reparação do eventual abuso da liberdade de expressão é o direito de resposta e não a supressão liminar de texto jornalístico”¹⁹, e “eventual abuso da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização”.²⁰

Todas as decisões acima aparentemente contrastam de maneira definitiva com a negação peremptória da teoria de Müller: o abuso de direitos fundamentais existe. Sua existência, contudo, é autônoma com relação à máxima da proporcionalidade? Se o for, o contraste com a teoria de Alexy também será inegável. Novais²¹ defende algo nesse sentido, ao sustentar uma “concepção restritiva mitigada”, que impõe uma “limitação imanente fundamentada em abuso de direito”, portanto excluída como elemento de entrada da proporcionalidade.

O caso Ellwanger, também julgado pelo Supremo Tribunal Federal, é simbólico do debate sobre a autonomia da noção de abuso dos direitos fundamentais, com relação à máxima da proporcionalidade: enquanto o Min. Celso de Mello votou pela denegação do habeas corpus por entender que a norma prescrita no art. 5º, XLII²², da Constituição da República busca “inibir [...] comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações racistas, disseminar, criminosamente, o ódio”, o Min. Gilmar Mendes, fundamentado expressamente na teoria de Alexy, entendeu ser necessário “examinar se a decisão [...] atendeu às máximas do princípio da proporcionalidade”.²³

Negando-a expressamente, ou reduzindo-a à máxima da proporcionalidade, ambas as teorias parecem extrapolar os limites impostos pelo texto do art. 9º, § 2º, da Constituição brasileira, retirando-lhe o sentido mínimo e autônomo que a palavra “abuso” denota. Não há espaço, neste trabalho, para analisar a questão sob os dois pontos de vista – das teorias de Alexy e de Müller –; isto deverá ser feito em outro lugar. Aqui, coloca-se como objetivo investigar a rejeição desta última teoria à noção de abuso. A escolha se justifica-se pela negação desta ser expressa, e apresentada pelo próprio autor.

A análise crítica partirá das objeções de Alexy à teoria de Müller, tal como exemplificada pelo “caso do pintor no cruzamento”. É o que se faz adiante.

3. A crítica de Robert Alexy à teoria de Friedrich Müller: o “caso do pintor no cruzamento”, e a liberdade de arte como questão em debate

Alexy²⁴ dedica grande atenção (crítica) à teoria estruturante de Müller. Porém o capítulo *A teoria das normas de direitos fundamentais de Friedrich Müller* (do seu *Teoria dos direitos fundamentais*) não é a parte de sua obra mais relevante para

18 BRASIL, 2015.

19 BRASIL, 2018a, grifo nosso.

20 BRASIL, 2018b, grifo nosso.

21 NOVAIS, 2010, p. 427, p. 484.

22 “[...] a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. (BRASIL, 1988).

23 BRASIL, 2004, grifo nosso.

24 ALEXY, 2011, p. 76 et seq.

esta pesquisa. Para o que interessa aqui, importa anotar a posição daquele autor ao tratar dos “direitos fundamentais garantidos sem reserva” – tal como o de liberdade de arte (art. 5, par. 3, frase 1, da Lei Fundamental alemã²⁵). Segundo ele, a teoria de Müller é uma das

tentativas de solucionar o problema dos direitos fundamentais garantidos sem reserva por meio não do estabelecimento de restrições, mas de limitações ao suporte fático. Um exemplo de uma tentativa nesse sentido é a teoria de Müller acerca das modalidades de ação materialmente específicas. [...] aqui será suficiente um breve exame de um caso utilizado por Müller como exemplo. Trata-se do caso do pintor que quer pintar no meio de um cruzamento viário. Segundo Müller, a proibição de realizar essa ação não intervém no direito fundamental à liberdade artística, porque ela não estreitaria qualquer “forma de ação específica protegida pelo direito fundamental”. Decisivo seria que uma “modalidade específica, (...) equivalente e intercambiável, (...) permanecesse aberta”. Se se pressupõe que não há grande diferença - nem subjetivamente para o artista, nem objetivamente para a obra de arte - se a pintura for realizada no cruzamento ou em uma faixa de grama ao lado dele, então, o critério de Müller é claramente aplicável. Mesmo assim, é facilmente perceptível que ele não é aplicável sem um recurso ao sopesamento. Suponha-se que o cruzamento estivesse bloqueado ao tráfego e que, por isso, a pintura nesse cruzamento a ninguém incomodasse nem afetasse qualquer interesse público. Nessas circunstâncias, obrigar o pintor a se deslocar até a faixa de grama não é justificável nem mesmo sob as condições aceitas acima, porque, nesse caso, não haveria razão suficiente para que o pintor fosse expulso. A intercambiabilidade não é alterada. Mas, ao contrário, se houver diferença entre pintar em um cruzamento movimentado e em um cruzamento bloqueado, então, a intercambiabilidade não pode ser o critério decisivo. O critério decisivo é o impedimento e ameaça ao trânsito. Isso e o direito fundamental devem ser contrapostos. No necessário sopesamento que daí surge, a intercambiabilidade pode desempenhar um papel importante, porque nos casos em que há uma alternativa viável a intervenção é menos intensa que nos casos em que não há. Mas o critério da intercambiabilidade não consegue substituir o sopesamento.²⁶

À longa – porém escusável, porque inevitável – citação, deve-se acrescentar uma observação interessante: Alexy²⁷ fundamenta sua censura específica à Müller com embasamento tão somente na obra *Die Positivität der Grundrechte* (1990) – em que a liberdade de arte foi tratada apenas de forma bastante superficial –, e não na obra *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik* (1969), dedicada exclusivamente ao tema, e publicada anteriormente à obra geral sobre os direitos fundamentais.

Provavelmente por isso, a visão da teoria de Müller apresentada por Alexy é também superficial, não fazendo jus à complexidade dos fundamentos de uma teoria estruturante dos direitos fundamentais. Demonstrativa dessa superficialidade é a conclusão de Alexy²⁸ de que, se a via pública estivesse fechada ao tráfego, a teoria de Müller falharia, por não haver, na hipótese, “razão suficiente para que o pintor fosse expulso”. Faltou a Alexy perceber que, para Müller, o fato de o pintor não estar protegido pela garantia jusfundamental da liberdade de arte – estando o cruzamento aberto ou fechado – não impõe ao Estado a sua remoção; outra norma jurídica pode impor a intervenção estatal (*Untermaßverbot*), mas ela então não decorrerá da não proteção da liberdade de arte, sim da proteção a outro

25 “Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. [...]”. (ALEMANHA, 1949).

26 ALEXY, 2011, p. 129-130, grifo nosso.

27 ALEXY, 2011, p. 129, notas de rodapé 120 e 121.

28 ALEXY, 2011, p. 129.

bem ou direito – como no caso da liberdade de locomoção, estando o cruzamento aberto. Isto é: a não qualificação como arte apenas não fornece garantia jusfundamental contra uma eventual intervenção estatal; equivocam-se os que, como Alexy, fazem decorrer da desproteção *mülleriana* uma expulsão do cruzamento, no caso hipotético.

O que deve ficar claro – e isto Alexy aponta com razão – é que, para Müller, é irrelevante, na adstrição do fato à norma, se o cruzamento está liberado ou não ao tráfego veicular, uma vez que, ao contrário do que foi suscitado por Alexy, não é a “ameaça ao trânsito” que definirá se o que pintor realiza é ou não arte. Como deve ser feita essa definição é algo que será apresentado no último tópico.

4. A crítica de Friedrich Müller à teoria do abuso de direitos fundamentais de Hans-Ulrich Gallwas: incontrolabilidade

Apresentada a questão-cerne do debate – o “caso do pintor no cruzamento” –, é necessário deixá-la agora de lado, para retomá-la ao final deste trabalho. Neste momento, deve-se iniciar outra linha analítica, esta relacionada a não aceitação, pela teoria estruturante, da noção de abuso de direitos fundamentais. Müller tece crítica contundente a ela:

A independência das garantias dos direitos fundamentais é, assim, negligenciada. A fórmula do abuso torna-se um Estado de direito incontrolável, porque não pode ser racionalizado, uma entrada para valorações de todos os tipos, generalizadas independentemente da validade especial de cada garantia individual. A discriminação tipificada da fórmula geral sofre não apenas a versão ainda indefinida e a tendência de evasão metapositiva, mas, sobretudo, o fato de não se basear na validade do direito fundamental que deve ser limitado e que deve ser mostrado como "abusado". Isto substituirá disposições constitucionais positivas, conforme necessário.²⁹

Especificamente na parte que se refere à “discriminação tipificada da fórmula geral”, Müller cita diretamente a tipificação proposta por Hans-Ulrich Gallwas, em seu *Der Mißbrauch von Grundrechten*, e acresce que se trata de “cláusulas gerais tipologicamente dispersas, que são, no entanto, concebidas de tal forma que, em muitos casos, nada resta senão o recurso à fórmula material vazia indiferenciada”.³⁰

Esta não é a única menção crítica à teoria de Gallwas, nas obras de Müller. Em seu *Positivität der Grundrechte: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik (La positividad de los derechos fundamentales: cuestiones para una dogmática*

29 “Damit wird die Eigenständigkeit der Grundrechtsgarantien übersehen. Die Mißbrauchsformel wird zum rechtsstaatlich unkontrollierbaren, weil nicht rationalisierbaren Einlaß für Wertungen verschiedenster Art, die ohne Rücksicht auf den besonderen Geltungsgehalt jeder Einzelgarantie verallgemeinert werden. Die typisierende Aufgliederung der Pauschalformel leidet nicht nur an ihrer weiterhin unbestimmten Fassung und an metapositiver Ausweichtendenz, sondern vor allem daran, nicht vom Geltungsgehalt des zu begrenzenden, des als ‘mißbraucht’ auszuweisenden Grundrechts her abgestützt zu sein. Damit werden positivrechtliche Regelungen der Verfassung je nach Bedarf übergangen”. (MÜLLER, 1969, p. 28-29, tradução nossa, grifo nosso).

30 “Damit wird die Eigenständigkeit der Grundrechtsgarantien übersehen. Die Mißbrauchsformel wird zum [...] typologisch aufgelockerten Generalklauseln, die jedoch so angelegt sind, daß vielfach nichts als der Rückgriff auf die undifferenzierte materiale Leerformel übrig bleibt”. (MÜLLER, 1969, p. 28, notas de rodapé 56 e 59, tradução nossa).

práctica de los derechos fundamentales), no extenso capítulo dedicado ao abuso – estruturado sobre a obra de Gallwas –, Müller destaca que

do ponto de vista terminológico, deveria ser mais bem diferenciada esta interpretação de outras teorias que partem também da possibilidade de “abuso” dos direitos fundamentais e que - como o provam outras hipóteses de delimitação já aqui discutidas - desenvolvem igualmente aspectos de tipo geral-material para a restrição dos direitos e liberdades.³¹

Essa crítica é, portanto, muito severa apenas em sua aparência; na verdade, Müller chega a admitir uma possível concepção do abuso compatível com a sua teoria, porém se preocupa com os efeitos da utilização do termo, de forma irrefletida:

Na medida em que o juízo de “abuso” é usado como julgamento de subsunção, que delimita o uso do não-uso de um direito (fundamental), isto é, na medida em que o fazer uso do direito fundamental que está em relação com um comportamento que é factualmente-normativamente pertencente ao conteúdo de validade do direito é diferenciado de um fazer uso que não pode mais ser baseado dogmaticamente em um direito fundamental, o “abuso” é uma descrição da limitação factual de todas as posições jurídicas, incluindo as garantias de liberdade de constituição, e da necessidade de elaboração dogmática do conteúdo, estrutura e limitação das garantias factuais individuais. Por causa da ambiguidade terminológica, é melhor que se evite essa expressão para essa variante da teoria do “abuso”.³²

Evitável é apenas a expressão, não necessariamente o juízo. Müller opta, assim, “para cada direito fundamental, por uma determinação de tipo ‘imaneente’”, portanto, uma “reserva de abuso” de exercício de um direito fundamental deve tratar “mais de elementos da norma deduzidos da estrutura do marco normativo e da especificidade do conteúdo da validade do direito, e não tanto de partículas de uma reserva geral distribuídas por partes entre os direitos fundamentais”.³³

Como se verá adiante, deve-se dar razão ao juízo de Müller sobre a incontrolabilidade da constatação de abuso, na teoria de Gallwas. Esta última passa a ser objeto de crítica, agora.

31 “[...] desde una perspectiva terminológica, debería de diferenciarse mejor esta interpretación de otras teorías que también parten de la posibilidad de ‘abuso’ de derechos fundamentales y que – como prueban otras hipótesis de delimitación ya discutidas aquí – desarrollan igualmente aspectos de tipo general-material para la restricción de derechos y libertades”. (MÜLLER, 2016, p. 79, tradução nossa, grifo nosso).

32 “Soweit das ‘Mißbrauchs’urteil als Subsumtionsurteil gebraucht wird, das den Gebrauch eines (Grund-)Rechts von seinem Nicht-Gebrauch abgrenzt, d. h., das jedes Sich-berufen auf das Grundrecht bei einem Verhalten, das sachlich-normativ zum Geltungsgehalt des (Grund-)Rechts gehört, von einem Rückgriff unterscheidet, der sich dogmatisch nicht mehr auf das Grundrecht stützen kann, ist ‘Mißbrauch’ eine Umschreibung für die sachliche Begrenztheit aller Rechtspositionen, auch der Freiheitsgarantien der Verfassung, und für die Notwendigkeit dogmatischer Ausarbeitung von Inhalt, Struktur und Begrenzung der einzelnen sachgeprägten Verbürgungen. Wegen der terminologischen Mißverständlichkeit sollte für diese Variante der ‘Mißbrauchs’lehren dieser Ausdruck besser vermieden werden”. (MÜLLER, 2016, p. 79, tradução nossa, grifo nosso). (MÜLLER, 1969, p. 26, tradução nossa, grifo nosso)

33 “En lugar de ello, se opta para cada derecho fundamental, por una determinación de tipo inmanente». [...] en situaciones de «reserva de abuso» de ejercicio de derechos fundamentales, hay que hablar más de elementos de la norma deducidos de la estructura del marco normativo y de la especificidad del contenido de validez del derecho y no tanto de partículas de una reserva general distribuida por partes entre los derechos fundamentales”. (MÜLLER, 2016, p. 83-4, tradução nossa)

5. A teoria do abuso de direitos fundamentais de Hans-Ulrich Gallwas: adoção do conceito civilista pela teoria dos direitos fundamentais

Glaeser reconhece que o “trabalho apresentado por Gallwas [...] é a primeira tentativa de esclarecer, em princípio, o fenômeno do abuso de direitos fundamentais”³⁴. Por sua originalidade, a teoria de Gallwas, apresentada em seu *Der Mißbrauch von Grundrechten*, tornou-se referência na doutrina germanófila: para citar apenas obras mais recentes, ela desempenha um papel-chave nas ideias de abuso de direitos fundamentais de Knödler³⁵, Wiedmann³⁶ e Struth³⁷ – além da forte influência, já vista acima, sobre o pensamento de Müller.

A teoria do abuso de direitos fundamentais de Gallwas parte do pressuposto de que, onde a Lei Fundamental alemã não estabeleceu reservas de lei, os direitos fundamentais devem ser garantidos de maneira irrestrita, dentro dos limites impostos pela própria Lei Fundamental. Segundo Gallwas³⁸, o contrário retiraria do direito parte de sua evidência (“*einen Teil seiner Evidenz*”).

Não à toa, Steinmetz³⁹ a qualificou como uma “teoria da imanência de caráter geral”. Porém, apesar de não a rejeitar de todo, Gallwas entende afastar-se da teoria da imanência, por entender não ser necessário “tentar obter o ponto de referência metodológico para o imanente na tríade de barreiras do Art. 2, par. 1, Lei Fundamental”⁴⁰ (isto é: não violação dos direitos de outros, da ordem constitucional e da lei moral).

Gallwas reconhece que a teoria do abuso limitava-se, à época, ao âmbito civil, e seu cerne era uma incongruência entre “a aparência de um direito, como indicada pela formulação explícita ou já interpretada de uma norma, e o conteúdo real do direito”.⁴¹ Assim, a extensão do conceito civilista do abuso à dogmática dos direitos fundamentais somente será aceitável (1) se for possível identificar, no âmbito dos direitos fundamentais, aparências de direito; e (2) se tais aparências puderem ser incongruentes com o “conteúdo real” do direito fundamental. Segundo Gallwas:

A opinião de que as formulações relativas aos direitos fundamentais são, em princípio, inadequadas para dar a aparência de uma autorização seria incompatível com a Lei Fundamental. Estaria em contradição com o art. 1, par. 3. O que deveria vincular o legislador, a autoridade executiva e o poder judicial como “lei diretamente aplicável”, se não a vontade do constituinte, objetivada nas formulações dos “direitos fundamentais subsequentes”. Q

34 “Die Bedeutung der von Gallwas vorgelegten Arbeit ist daher schon vom Thema her hoch zu veranschlagen. Das gilt um so mehr, als es der erste Versuch ist, das Phänomen des Grundrechtsmißbrauchs prinzipiell zu klären”. (GLAESER, 1969, p. 321, tradução nossa).

35 KNÖDLER, 2000, p. 162 et seq.

36 WIEDMANN, 2002, p. XXIV.

37 STRUTH, 2019, p. 240 et seq.

38 GALLWAS, 1967, p. 5.

39 STEINMETZ, 2000, p. 44.

40 “Außerdem brauchte dann nicht versucht zu werden, aus der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG den methodischen Anhaltspunkt für das Immanente zu gewinnen”. (GALLWAS, 1967, p. 18, tradução nossa).

41 “Zwischen dem Anschein eines Rechts, wie ihn der eindeutige oder bereits ausgelegte Wortlaut einer Norm ergibt, und dem eigentlichen Rechtsinhalt entsteht auf diese Weise eine Inkongruenz”. (GALLWAS, 1967, p. 11, tradução nossa).

intérprete dos direitos fundamentais deve, antes de mais, levar a sério esta fórmula, ou seja, deve partir do princípio de que qualquer cumprimento de uma norma de direitos fundamentais desencadeia a consequência jurídica adscrita. Porém, é precisamente aí que reside a parte suscetível a abuso da norma jurídica, a sua aparência jurídica “abusável”.⁴²

Admitida a possibilidade de abuso – em outras palavras: de incongruência entre aparência de direito e “direito verdadeiro” – na dogmática dos direitos fundamentais, Gallwas parte para a identificação do que pode causar essa incongruência: “Em nenhuma circunstância, a garantia dos direitos fundamentais pode legitimar uma conduta que contrarie uma norma constitucional superior ou um mandamento jurídico suprapositivo”.⁴³ Nestes casos, a aparência de direito é, no raciocínio jurídico, não confirmada, em razão da “evidência da contranorma [Evidenz der Gegennorm]”. No gênero “mandamentos suprapositivos”, Gallwas, identifica as espécies ideias fundamentais pré-constitucionais (“ideia que, embora não expressamente pronunciada na Constituição, está obviamente subjacente a uma norma constitucional singular ou a várias normas constitucionais”), e pensamentos jurídicos suprapositivos (“se uma disposição normativa puder ser derivada diretamente dos valores supremos da justiça, com certeza objetiva de conhecimento”).⁴⁴

Seriam possíveis três tipos de abuso: (1) abuso decorrente da violação dos interesses dignos de proteção de outro titular de direito fundamental; (2) abuso decorrente da violação dos interesses dignos de proteção da comunidade; e (3) abuso decorrente da violação dos interesses dignos de proteção do Estado.

Gallwas, em sua obra, especifica cada um desses tipos. Dentre os interesses dignos de proteção de outro titular de direito fundamental, encontram-se a dignidade humana, o princípio da igualdade, a cláusula do Estado social, os interesses protegidos pelo direito penal e os interesses protegidos pelo direito civil. Gallwas afirma, em síntese, que “o princípio formal de delimitação deste tipo foi demonstrado repetidamente como sendo o de sopesar os interesses”.⁴⁵ Sendo assim, na relação entre dois titulares de direitos fundamentais, em caso de uma colisão, o sopesamento identificará aquele que é o exerce “verdadeiramente”, e o que o exerce apenas aparentemente, de forma abusiva.

Diferentemente, no caso de abusos decorrentes de violação dos interesses dignos de proteção da comunidade, compreendidos como atentatórios à cláusula

42 “Die Ansicht, Grundrechtsformulierungen seien prinzipiell ungeeignet, den Anschein einer Berechtigung auszulösen, wäre mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. Sie stände im Widerspruch zu Art. 1 Abs. 3. Was sollte schon den Gesetzgeber, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung als ‘unmittelbar geltendes Recht binden’, wenn nicht der in den Formulierungen der ‘nachfolgenden Grundrechte’ objektivierte Wille des Verfassungsgebers. Der Grundrechts-Interpret hat zunächst einmal diese Formel ernst zu nehmen, d. h. er muß davon ausgehen, daß jede Erfüllung des Tatbestandes einer Grundrechtsnorm die zugeordnete Rechtsfolge auslöst. Gerade darin aber liegt der mißbrauchsanfällige Teil der Rechtsnorm, ihr mißbrauchbarer Rechtsschein”. (GALLWAS, 1967, p. 21, tradução nossa, grifo nosso).

43 “Unter keinen Umständen kann die grundrechtliche Gewährleistung ein Verhalten legitimieren, das einer höherrangigen Verfassungsnorm oder einem Gebot des überpositiven Rechts widerspricht”. (GALLWAS, 1967, p. 29, tradução nossa, p. 36).

44 “Eine vorverfassungsrechtliche Grundidee ist eine Vorstellung, die zwar nicht ausdrücklich in der Verfassung ausgesprochen ist, die aber einer einzelnen Verfassungsnorm oder mehreren Verfassungsnormen offensichtlich zugrunde liegt. [...] Mit einem überpositiven Rechtsgedanken hat man es zu tun, wenn ein Rechtssatz unmittelbar aus obersten Gerechtigkeitswerten abzuleiten ist, und zwar mit objektiver Erkenntnisgewißheit”. (GALLWAS, 1967, p. 35, tradução nossa).

45 “Oben, bei der Darstellung der ersten Mißbrauchstypen, zeichnete sich als derartiges formales Abgrenzungsprinzip immer wieder das der Interessenabwägung ab”. (GALLWAS, 1967, p. 71, tradução nossa).

de existência (*Bestandklause*)⁴⁶ – analiticamente: existência física, segurança e ordem públicas, lei moral e autodeterminação –, o sopesamento, segundo Gallwas, é completamente inadequado, uma vez que o “interesse da comunidade e um interesse individual que colide com ele não são em si mesmos comparáveis entre si, como os interesses conflituosos dos indivíduos”.⁴⁷ O mesmo ocorre com o abuso que é resultado da violação dos interesses dignos de proteção do Estado – proteção da existência do Estado, proteção das cláusulas pétreas, proteção da capacidade de funcionamento. Nestes casos, o abuso “só pode ser determinado, em última análise, com base no caso singular”.⁴⁸ Como exemplo deste último tipo, cita o seguinte exemplo:

Um funcionário público que se baseia num direito fundamental irrestringível para justificar uma conduta que viola os seus deveres viola esse direito fundamental, na medida em que o ato afeta o funcionamento dos poderes do Estado. A este respeito, o conteúdo do direito fundamental fica aquém do texto da garantia. Pensa-se, por exemplo, em um policial que foge de uma missão de desastre para participar de um evento religioso.⁴⁹

Em suma: a teoria do abuso de Gallwas é marcada por uma identificação completa – não de método, e sim de pressuposição – com a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, no sentido de que a formulação do texto positivo confere tão somente um indício de proteção (no caso de Gallwas, aparência de direito; no de Alexy, direito *prima facie*), o qual pode ou não ser confirmado, a depender de circunstâncias estruturalmente não deriváveis da formulação textual (no caso de Alexy, sempre por sopesamento; no de Gallwas, parte das vezes por sopesamento, parte por autoevidência).

Por sua vez, a crítica de Müller a Gallwas, já exposta acima, atinge duplamente o cerne da teoria formulada por este: por um lado, Gallwas falha ao estabelecer critérios metódicos específicos de sopesamento, nos casos em que este seria cabível (de violação dos interesses dignos de proteção de outro titular de direito fundamental); por outro, abstém-se totalmente de estabelecer critérios metódicos de identificação da autoevidência da contranorma prevalecente sobre a aparência de norma, quando mesmo o sopesamento “desestruturado” seria manifestamente inaplicável (violação dos interesses dignos de proteção da comunidade e do Estado).

Fica claro o motivo de essa concepção específica de abuso de direitos fundamentais ser negada peremptoriamente por Müller. O mesmo, porém, não se pode dizer necessariamente de outras concepções que não associem o abuso ao

46 GALLWAS, 1967, p. 72.

47 “[...] *Interessenabwägung* [...]. Hier, bei der zweiten Mißbrauchstyp, ist dieses Prinzip ganz und gar untauglich”. (GALLWAS, 1967, p. 71, tradução nossa).

48 “Was zu den unerläßlichen Voraussetzungen für eine sachgerechte Erledigung der verschiedenen staatlichen Aufgaben gehört, wird sich letztlich immer nur an Hand des einzelnen Falles ermitteln lassen”. (GALLWAS, 1967, p. 96, tradução nossa).

49 “Ein Beamter, der sich zur Rechtfertigung eines pflichtwidrigen Verhaltens auf ein uneinschränkbares Grundrecht beruft, mißbraucht dieses Grundrecht, sofern die Handlung die Funktionsfähigkeit der staatlichen Gewalten beeinträchtigt. Insoweit bleibt der Inhalt des Grundrechts hinter dem Wortlaut der Gewährleistung zurück. Man denke zum Beispiel an einen Polizeibeamten, der sich einem Katastropheneinsatz entzieht, um an einer religiösen Veranstaltung teilzunehmen”. (GALLWAS, 1967, p. 96, tradução nossa, grifo nosso).

sopesamento ou à autoevidência. Adiante, será vista uma delas, e sua possível adequação à teoria estruturante do Direito.

6. Uma concepção de abuso de direitos fundamentais não incompatível com a teoria estruturante do Direito: ainda o “caso do pintor no cruzamento”

Foi mostrado acima que, segundo Müller, a concepção de abuso de Gallwas não é compatível com a teoria estruturante. Isto, contudo, não encerra a investigação.

Em sua obra *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, sobre a liberdade de arte, Müller⁵⁰ parte da constatação de que o fato de a liberdade de arte ser garantida sem reserva gera problemas para a dogmática tradicional. Dentre os métodos dogmáticos tradicionais, critica especialmente o dogma do *sens clair*, o pensamento da imanência, e a suposição de uma ordem constitucional de valores fundamentada no sopesamento. Quanto a esta última, destaca que:

A totalidade de um “sistema de valores” fundamental não pode ser racionalizada, mesmo com a ajuda do princípio formal do “sopesamento de bens”. [...] Na medida em que a constituição torne tal “valor mais alto” claro por meio de normatização direta, mais exatamente: uma valoração mais alta de origem política ou ética por meio de regulação preferencial formal, ela é obrigatória de maneira normativa, tornando-se dispensável o “sopesamento de bens”. Na medida em que a constituição não o faça, a referência à “totalidade” não normativa da constituição ou a um “sistema de valores” constitucional não é suficiente como base para intervenções em direitos fundamentais”.⁵¹

A irracionalidade do sopesamento com fundamento em uma valoração constitucionalizada é um dos pontos-chave da teoria estruturante. Em contraposição à utilização do sopesamento como método, Müller⁵² propõe a análise do âmbito normativo na dogmática do âmbito singular de cada garantia de direito fundamental: é ao conteúdo de validade de cada direito fundamental que se deve dedicar a dogmática⁵³. Segundo ele, isto “deve aliviar a argumentação jurídica do peso da metafísica especulativa, bem como das fachadas conceituais cripto-especulativas” do positivismo.⁵⁴ Apenas em casos excepcionais, seria

50 1969, p. 11, p. 15, p. 18-9.

51 “Die Ganzheit eines grundrechtlichen ‘Wertsystems’ ist auch mit Hilfe des formalen Prinzips der ‘Güterabwägung’ nicht rationalisierbar [...]. Soweit die Verfassung durch direkte Normierung solche ‘Höherwertigkeit’ deutlich macht, genauer: eine Höherbewertung politischer oder ethischer Herkunft durch formale Vorzugsregelung normativ verbindlich zur Geltung bringt, ist ‘Güterabwägung’ entbehrlich. Soweit die Verfassung das nicht tut, reicht der Hinweis auf das nichtnormative ‘Ganze’ der Verfassung oder eines verfassungstheoretischen ‘Wertsystems’ als Basis für Grundrechtseingriffe nicht aus”. (MÜLLER, 1969, p. 21-2, tradução nossa, grifo nosso).

52 MÜLLER, 1969, p. 17.

53 MÜLLER, 2016, p. 107.

54 MÜLLER, 2008, p. 126.

admitida a concordância prática⁵⁵, precedida de “uma interpretação dogmática minuciosa prévia”⁵⁶, que trate, pelo menos, do seguinte:

exame para além do caso concreto e da sua individualidade, distinção de zonas de proteção intensiva diferenciadas dentro do âmbito de alcance jusfundamental; dissociação de linhas e enfoques de proteção diferenciados (como: possibilidades de conexão na atualização de um direito fundamental, distinção de medidas lícitas e ilícitas de atualização de direitos e liberdades fundamentais, determinação entre sanções admissíveis e não admissíveis relativamente aos próprios direitos fundamentais ou outros direitos fundamentais protegidos como consequência jurídica de uma atualização de direito fundamental); diferenciação de situações típicas de colisão entre direitos fundamentais de igual grupo sistemático ou de outro tipo independente; e, por último, divisão da conexão de paralelismos e divergências no marco normativo para casos de normas constitucionais aplicáveis e similares.⁵⁷

Isto é: na visão de Müller, enquanto o sopesamento apenas joga “palavras genericamente incluídas nos âmbitos materiais e de valência valorativa geral contra palavras”⁵⁸ – mantendo-se “no campo das palavras-chave abstratas”, ou seja, “palavra (com o campo material, conceitual e associativo deixado concretamente sem explicação) contra uma outra palavra”⁵⁹ com o fim de criar um sistema de apoio ao valor que já tinha primazia desde o princípio⁶⁰ –, a concretização promovida pela teoria estruturante adscribe proporcionalmente umas às outras “certas atualizações de direitos fundamentais de certos beneficiários”. Essa observação é, provavelmente, a mais importante no debate Müller-Alexy – e seria difícil contestá-la, com base na teoria de Alexy.

55 MÜLLER, 1969, p. 23. De acordo com Müller (2008, p. 286-7), a concordância prática reúne “os teores normativos e materiais dos princípios dos direitos fundamentais em um ordenamento racional”, enquanto o sopesamento pressupõe-os “como sistema de valores, a partir do qual se pudesse proceder a deduções”. A ideia de sistema – pressuposta no sopesamento –, porém, só pode ser sustentada em sentido impróprio, “como a noção de um ordenamento conjunto de garantias de valor intrínseco materialmente e juridicamente fundamentado, bem como racionalmente possível de interpretação” (MÜLLER, 2008, p. 296). No mesmo sentido: MÜLLER, 2008, p. 286, 2016, p. 72, p. 107.

56 “[...] una ponderación merecedora de tal nombre, por ejemplo, en caso de una «obra relevante» a la que se pueda tachar de obra lesiva de los valores constitucionales, por la «ley moral» o por la relación garantizada en el orden de valores de la Ley Fundamental explicitada en el parágrafo 166 del Código Penal alemán”, requiere de una interpretación dogmática minuciosa previa del artículo 5.3 de la Ley Fundamental [...]”. (MÜLLER, 2016, p. 73, tradução nossa).

57 “[...] examen más allá del caso concreto y su individualidad, distinción de zonas de protección intensiva diferenciadas dentro del ámbito de alcance jusfundamental; disociación de líneas y enfoques de protección diferenciados (como: posibilidades de conexión en la actualización de un derecho fundamental, distinción de medidas lícitas e ilícitas de actualización de derechos y libertades fundamentales, determinación entre sanciones admisibles y no admisibles respecto a los mismos u otros derechos fundamentales protegidos como consecuencia jurídica de una actualización de derecho fundamental); diferenciación de situaciones típicas de colisión entre derechos fundamentales de igual grupo sistemático o de otro tipo independiente; y, en fin, división de conexión de paralelismos y divergencias en el marco normativo para casos de normas constitucionales aplicables y similares”. (MÜLLER, 2016, p. 107-8, tradução nossa, grifo nosso).

58 “Andernfalls steht Güterabwägung in der zusätzlichen Gefahr, ohne dogmatische Klärung im wesentlichen nur Wörter mit pauschal erfaßten Sachbereichen und allgemeinen Wertungsvalenzen gegen Wörter auszuspielen. [...] Dabei sind nicht abstrakte Grundrechte ‘als solche’, sondern bestimmte Grundrechtsaktualisierungen bestimmter Berechtigter einander verhältnismäßig zuzuordnen”. (MÜLLER, 1969, p. 62, tradução nossa).

59 MÜLLER, 2008, p. 183, p. 281.

60 MÜLLER, 2016, p. 74.

Alexy⁶¹, ao analisar as liberdades de ciência, pesquisa e ensino, considera que, além da abertura estrutural – sua problemática sujeição à otimização pelo sopesamento⁶² –, a respectiva norma garantidora (segundo Müller, o texto de norma) é “semanticamente aberta em razão da indeterminação dos termos ‘ciência’, ‘pesquisa’ e ‘ensino’”. Entende ser possível “renunciar a uma análise mais acurada da abertura semântica”; admite, assim, sem nenhuma fundamentação, que:

O Tribunal Constitucional Federal cria regras semânticas quando afirma, por exemplo, que a atividade científica é tudo aquilo “que, por seu conteúdo e forma, pode ser encarado como uma tentativa séria e planejada de descobrimento da verdade”, ou quando afirma que não se trata de atividade científica quando “conhecimentos obtidos de forma contemplativa são adotados pelo programa de um partido político - ou seja, de um grupo que, por sua natureza, pretende participar de forma ativa na vida político-estatal - e que os utiliza como razões determinantes de sua ação política”.⁶³

Em sua *Teoria da argumentação jurídica*, Alexy reforça esse papel dos tribunais de definição semântica daquilo que ele entende como norma: quando há um “campo de vagueza”, não é possível uma especificação (*Feststellung*) semântica, devendo-se proceder a uma determinação (*Festsetzung*), posteriormente *justificada* (isto é: não previamente *descoberta*) por meio de argumentos genéticos, históricos, comparativos, sistemáticos e teleológicos. No seu dizer: “As formas de argumentação [...] servem, entre outras coisas, para justificar tais determinações”.⁶⁴

A crítica de Müller, portanto, atinge duplamente a teoria de Alexy: (1) por ceder ao dogma do *sens clair*; e (2) por, mesmo quando considera a impossibilidade de especificação semântica (*Feststellung*), tratar de maneira juridicamente irracional a sua determinação (*Festsetzung*) – ou apenas não a investigar. Müller, ao contrário, investiga profundamente, na identificação do programa normativo, como se dá a interpretação, por exemplo, do elemento textual “arte”. Observa que, no caso do âmbito normativo da arte – como nos da crença, consciência, confissão, ciência, casamento e família –, os “critérios substantivos da interpretação” derivam predominantemente dele, e não de valores consubstanciados em princípios pragmáticos, como o quer Alexy.⁶⁵

Isto, evidentemente, não impede que o texto de norma – consequentemente, também o programa normativo – dê claras indicações de restrição, dentro do âmbito material, do âmbito normativo efetivamente

61 ALEXY, 2011, p. 70.

62 Oliveira (2008, p. 215) coloca as seguintes questões: “Por que a liberdade profissional, que consta textualmente na Constituição, é um princípio, e não uma regra? Ou seja, o que faz um princípio ser um princípio? Fora do contexto justificador da ponderação – ressalta-se que é abstrato e superficial – não há como assegurar, com uma precisão mínima, o conceito de princípio proposto pela teoria da argumentação jurídica alexyana. [...] temos um problema na definição de otimização como característica específica dos princípios: a discricionariedade que emana da avaliação de até que ponto um princípio deve ser efetivado”.

63 ALEXY, 2011, p. 70, grifo nosso.

64 ALEXY, 2017, p. 217, p. 226 et seq., grifo nosso.

65 “Bei stark eigengeprägten und zu einem erheblichen Teil nicht rechtserzeugten Normbereichen wie Glaube, Gewissen und Bekenntnis, Kunst, Wissenschaft, Ehe und Familie ergeben sich die Sachkriterien der Interpretation überwiegend aus ihnen selbst”. (MÜLLER, 1969, p. 51, tradução nossa).

protegido. É o caso, por exemplo, da expressão “com armas”, no art. 4, par. 3, da Lei Fundamental alemã, que delimita a garantia de liberdade de reunião.⁶⁶

No caso da arte, porém, isso não ocorreu no texto constitucional. O que não significa, porém, que arte protegida possa ser qualquer coisa: um desenho de uma criança na neve não é considerado “arte” para fins de proteção da norma jusfundamental.⁶⁷ Há, assim, que haver critérios para determinar (*festsetzen*) – utilizando-se de uma terminologia de Alexy – o que é a “arte” constitucionalmente protegida; e a simples suposição *alexiana* de que os tribunais “criam regras semânticas” é, ao ver de Müller, juridicamente insuficiente. Estruturalmente, a solução de Alexy é tão incontrolável quanto a de Gallwas. Neste sentido, aplica-se à teoria daquele a crítica feita por Müller à teoria desse: ambas são incontroláveis, porque irracionais.

Contra essas duas abordagens, Müller⁶⁸ defende uma dogmática singular da garantia jusfundamental da liberdade de arte, compreendendo o termo “arte” como sendo “uma palavra, em vez de um conceito [*eher ein Wort als ein Begriff*]”. Para que a concretização de uma garantia jusfundamental não chegue ao absurdo de assegurar proteção ao desenho de uma criança na neve – e considerada a inexistência de cláusula de reserva específica no texto constitucional –, deve-se considerar, segundo Müller, que “esse direito fundamental protege apenas as necessidades estruturais artísticas específicas da produção e comunicação artísticas, mas não as modalidades inespecíficas ‘ocasionais’” do exercício.⁶⁹

O ponto criticado por Alexy refere-se exatamente a um exemplo dado por Müller no contexto dessa explicação. Nas palavras de Müller:

Pintar no cruzamento não é coberto devido à falta de factualidade específica. Para poder realizar-se essencialmente, a fim de ganhar realidade de acordo com a estrutura para a qual elas são garantidas, as formas de garantia cobertas pelo âmbito normativo do art. 5, par. 3, frase 1 da Lei Fundamental não dependem da modalidade “no cruzamento”, nem se restringem a ela. Nesse sentido, uma modalidade de exercício é específica se não houver comprovadamente a falta de conexão factual com a estrutura (anteriormente esclarecida dogmaticamente) do âmbito normativo de direitos fundamentais.⁷⁰

Observe-se bem: o ponto central, para Müller, é a conexão entre fato e âmbito normativo. A dogmática do âmbito singular não deve questionar o que é arte, mas o que *não* é arte.⁷¹ Só é protegido pela garantia específica o que é arte

66 MÜLLER, 1969, p. 56, 2016, p. 116.

67 MÜLLER, 1969, p. 43.

68 MÜLLER, 1969, p. 40.

69 “[...] dieses Grundrecht nur kunst-spezifische Strukturnotwendigkeiten künstlerischer Produktion und Kommunikation schützt, nicht aber unspezifische Modalitäten ‘bei Gelegenheit’ der Grundrechtsausübung”. (MÜLLER, 1969, p. 59, tradução nossa).

70 “Das Malen auf der Straßenkreuzung ist mangels spezifischer Sachhaltigkeit künstlerischer Art damit nicht erfaßt. Um wesentlich realisiert werden zu können, um nach der Struktur dessen, worumwillen sie verbürgt sind, Wirklichkeit gewinnen zu können, sind die vom Normbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG erfaßten Garantieförmern auf die Modalität ‘auf der Straßenkreuzung’ weder angewiesen noch beschränkt. Eine Ausübungsform ist in diesem Sinn dann spezifisch, wenn ihr nicht nachweisbar der sachliche Zusammenhang mit der (zuvor dogmatisch zu klärenden) Struktur des grundrechtlichen Normbereichs fehlt”. (MÜLLER, 1969, p. 65, tradução nossa, grifo nosso).

71 Em outra obra, Müller (2016, p. 92-3) generaliza o mesmo raciocínio: “En un contexto de actualización (Grundrechtaktualisierung) de derechos fundamentales, hay una lesión de derecho fundamental si, y solo si, se ha perjudicado, de hecho, jurídica o directamente, por parte de un funcionario o autoridad del poder público del

(“A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres”); se determinada intervenção não torna a arte em não livre, ela não é constitucionalmente vedada pela garantia jusfundamental. Por outro lado, como já visto acima, a conclusão de inexistência de proteção jusfundamental no caso concreto (por “falta de factualidade específica”) não impõe, por si só, uma intervenção estatal. Assim, pode-se reformular a questão jurídica do pintor no cruzamento viário: a hipotética intervenção proibitiva estatal de pintura no local faria com que a arte deixasse de ser livre?

Para responder à pergunta, Müller identifica, no âmbito da norma (*Normbereich*), duas zonas de proteção (*Schutzzonen*) – isto é: duas “questões dogmáticas ‘dentro’ do conteúdo de validade jusfundamental [*dogmatischen Fragerichtungen ‘innerhalb’ des grundrechtlichen Geltungsgehalts*]” –: o âmbito da obra (*Werkbereich*) e o âmbito da afetação (*Wirkbereich*), ambos com suas peculiaridades; aquele protege o processo interno de criação, bem como a obra artística por si só, independentemente do contexto de criação; este se refere à esfera de comunicação da obra de arte, “da maneira como é apresentada, distribuída, usada, combinada, duplicada, criticada e como funciona como um todo”.⁷² Na dogmática brasileira, isso foi também apontado por Xerez⁷³, ao diferenciar “a) arte como experiência estética; b) arte como objeto cultural e c) arte como ato expressivo”. Sendo a primeira uma experiência que dispensa proteção – seu foro é tão íntimo que não se sujeita a intervenções estatais –, as duas outras correspondem ao que Müller intitulou, respectivamente, âmbito da obra e âmbito de afetação.

Esses dois âmbitos diferenciam-se em vários aspectos, no que toca aos graus específicos de proteção. No que diz respeito à *sujeição à convencionalidade*⁷⁴, o âmbito da obra pouco se sujeita⁷⁵, enquanto o âmbito de afetação é essencialmente submetido a ela⁷⁶:

[...] o típico no sentido do convencional chega mais forte nas áreas de comunicação. A cerca desmontada ainda não é “arte” no gênero típico no sentido do termo de conexão no art. 5, par. 3, frase 1, Lei Fundamental. Porém, esse é o caso, logo que é apresentada em uma exposição como um *objet trouvé* ou como uma cópia do gênero *ready made*.⁷⁷

A divulgação de arte em uma cerca no jardim não é típica, sob o ponto de vista convencional; já a mostra da mesma cerca em uma exposição de arte é convencionalmente típica, porque exposições de arte são, por convenção, modo de divulgação de obras artísticas.

Estado, al titular de un derecho fundamental; en una situación o acción que está garantizada y protegida específicamente a través de un derecho fundamental. La lesión, por tanto, no requiere a efectos de protección jusfundamental de su incardinación a algún otro tipo de hecho de conexión”.

72 “Die Sphäre der Kommunikation, vielleicht ‘Wirkbereich’ zu nennen, betrifft das Kunstwerk in der Art seiner Darbietung, Verbreitung, Verwendung, Kombination, Vervielfältigung, Kritik und Wirkungsweise im ganzen”. (MÜLLER, 1969, p. 65, p. 73-5, p. 86-7, p. 99, tradução nossa).

73 2012, p. 215 et seq.

74 Segundo Müller (1969, p. 40), “arte” não é mais “do que um termo usado convencionalmente”.

75 MÜLLER, 2016, p. 194-5.

76 Há, evidentemente, espaço para novas possibilidades – como o atípico, o individual, o novo e o espontâneo –, desde que elas tenham a mínima aptidão para formarem uma nova tradição de comunicação artística, tornando-se assim convencionais. (MÜLLER, 1967, p. 64-5, 2016, p. 173-4).

77 MÜLLER, 1969, p. 65.

Também quanto às *possibilidades de escolha do artista*: no âmbito da obra, um “artista ou produz de maneira que ele decide criar, ou não é livre em sua criação [Ein Künstler produziert entweder so, wie er sich zu schaffen bestimmt, oder er ist in seinem Schaffen nicht frei]”; já no âmbito da afetação, essa abertura às possibilidades não é tão larga: “o pertencimento da comunicação ao conteúdo essencial do âmbito de proteção dos direitos fundamentais é apenas quanto ao ‘quê’, e não simplesmente quanto ao ‘como’”.⁷⁸

Uma ideia crucial para a dogmática da liberdade de arte de Müller é a de isolabilidade (*Isolierbarkeit*); isto é: se determinada parte da obra artística pode ou não ser faticamente isolada e tratada, por exemplo, como opinião do próprio autor, e não da personagem (ou do próprio eu-lírico).⁷⁹ Assim, se no curso de um poema, injuriam-se pessoas, a sanção pelo crime de injúria dependerá da possibilidade de a menção injuriosa ser “isolada” do contexto da obra. Essa *possibilidade de isolabilidade* é também muito maior no âmbito da afetação do que no âmbito da obra:

Podem-se vender manteiga, canhões ou obras de arte. Essencialmente, arte comercial, gerenciamento de arte e publicação são grandes empresas, nada mais. Eles divulgam arte, mas não se tornam atividades específicas do objeto protegido pelo art. 5, par. 3, frase 1, Lei Fundamental.⁸⁰

Essa última fundamentação pode ser transposta para o caso hipotético do pintor no cruzamento – exatamente o que foi objeto da crítica de Alexy –: segundo Müller, o local (no cruzamento) pode ser facilmente isolado do ato de criação artística de uma pintura.

Isso remete, porém, ao problema: de que forma a conclusão de isolabilidade, em geral, é alcançada? Müller⁸¹ esbarra, aqui, em um dos “limites da solubilidade racional do conteúdo de direito fundamental [*Grenzen rationaler Auflösbarkeit des Grundrechtsgehalts*]”; não consegue, assim, fugir – e acompanha, no ponto, Böckenförde e Greiffenhagen – de uma remissão ao “observador médio normal [*normalen Durchschnittsbeobachter*]”. Não é difícil supor a quantidade de problemas que a adoção de um “observador médio” traz. Por exemplo: a média é de quê: conhecimento artístico ou conhecimento linguístico? Como se calcula a média? Os direitos fundamentais devem submeter-se a determinações médias?

Em suma: no caso do pintor do cruzamento, enquanto Alexy solucionaria o problema “o que é arte?” – assim como o fez quanto à ciência – semanticamente segundo a determinação dos tribunais⁸², Müller solucioná-lo-ia recorrendo à determinação de um hipotético (e metodicamente não explicado) observador médio. Nenhuma das respostas satisfaz: no caso do pintor no cruzamento, ainda

78 “Es gehört aber nur das ‘Daß’, nicht schlechthin auch das ‘Wie’ der Kommunikation zum grundrechtlichen Wesensgehalt und Schutzbereich”. (MÜLLER, 1969, p. 100-1, tradução nossa).

79 MÜLLER, 1969, p. 112-3, p. 131.

80 “Man kann Butter, Kanonen oder Kunstwerke verkaufen. Im wesentlichen sind Kunsthandel, Kunstmanagement und Verlagsgeschäft big business, nichts weiter. Sie verbreiten Kunst, werden dadurch aber nicht selbst zu von Art 5 Abs. 3 Satz 1 GG sachspezifisch geschützten Tätigkeiten”. (MÜLLER, 1969, p. 101, tradução nossa, grifo nosso).

81 1969, p. 23, p. 113.

82 Segundo Müller (2013, p. 261), Alexy pressupõe uma conexão necessária entre texto e significado.

seria preciso esclarecer, para Alexy, por que os tribunais determinaram que a ação de pintar no cruzamento se insere no âmbito da arte protegida; e, para Müller, por que motivo o observador médio determinou que a proibição de pintura no cruzamento não afeta o âmbito protegido da liberdade de arte. Ou seja: ainda é necessário, em nome da exigida clareza metódica, investigar de que maneira determinaram o conteúdo *arte* tanto o observador médio como os tribunais – o que, aliás, acabou coincidindo, na decisão *Anachronistischer Zug*⁸³, proferida pelo Tribunal Constitucional alemão, o *Bundesverfassungsgericht* (ou *BVerfG*).

Aquele caso concreto tratava de uma releitura de um poema de Bertolt Brecht intitulado *Der Anachronistische Zug oder Freiheit und Democracy*. Um trem deveria deslocar-se pela Alemanha encenando a peça *Ein Zug zur Rettung des Vaterlandes oder Freiheit und Democracy*, como oposição a Franz Josef Strauß, então candidato ao cargo de primeiro-ministro. Em determinado dia, um ator com uma máscara do candidato levantou-se com uma placa onde se lia “*Hitler muß einmal tot sein* [Hitler uma hora precisa morrer]”. A questão era se o insulto seria ou não criminalmente punível. A decisão de primeira instância considerara a cena a partir da perspectiva de um “transeunte imparcial e prudente [*unvoreingenommenen, besonnenen Straßenpassanten*]”, e identificara, a partir da referência, uma menção à estreita afinidade entre o candidato e o regime nazifascista.

O *BVerfG* posteriormente rejeitou essa posição. Segundo esse tribunal:

O poema em que o evento se baseou era, sem dúvida, arte. Também não deve ser duvidoso que a sua encenação e execução pelos meios habituais do teatro num palco possa ser considerada como arte. A simples mudança do local para a rua não poderia eliminar o caráter artístico, uma vez assumido.⁸⁴

Vê-se que o tribunal atendeu à necessidade de delimitação do âmbito normativo da garantia da liberdade de arte. Fê-lo, aliás, expressamente: “Esta garantia de liberdade contém, em conformidade à redação e ao significado, antes de tudo, uma norma de princípio objetiva, que regula a relação do âmbito da vida ‘arte’ com o Estado”.⁸⁵ Para tanto, recorreu, inclusive, à convencionalidade do âmbito de afetação (diga-se de passagem, o tribunal reconheceu expressamente as duas zonas de proteção citadas por Müller, com expressa referência à obra *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*). É significativa, para os fins desta pesquisa, a seguinte observação:

O âmbito da vida “arte” é caracterizado através do conhecimento da essência da arte, que determina suas características estruturais únicas próprias. Subsequentemente, o quanto a Constituição estende a garantia de liberdade de arte e o que ela significa individualmente, não pode ser descrito por um conceito geral que seja igualmente válido para todas as formas

83 Müller (2016, p. 198) observa que “*el Tribunal, para encontrar una solución a esta colisión de derechos fundamentales, no ha llevado a cabo ninguna ponderación genérica por medio de la aplicación de un sistema de valores, sino que ha encontrado los límites esenciales concretos a partir de argumentos objetivos del caso*”.

84 “*Das der Veranstaltung zugrunde liegende Gedicht sei zweifelsfrei Kunst. Ebensowenig dürfte es zweifelhaft sein, daß seine Inszenierung und Umsetzung mit den üblichen Mitteln des Theaters auf einer Bühne als Kunst anzusehen seien. Allein die Verlegung des Spielortes auf die Straße könne den einmal angenommenen Kunstcharakter nicht beseitigen*”. (ALEMANHA, 1984, tradução nossa, grifo nosso).

85 “*Diese Freiheitsverbürgung enthält nach Wortlaut und Sinn zunächst eine objektive, das Verhältnis des Lebensbereichs ‘Kunst’ zum Staat regelnde Grundsatznorm*”. (ALEMANHA, 1984, tradução nossa).

de expressão da atividade artística e para todos os gêneros de arte. [...] A impossibilidade de definir a arte de uma forma geral não nos dispensa, contudo, da obrigação constitucional de proteger a liberdade do âmbito da vida da arte, ou seja, de decidir na aplicação concreta do direito se os requisitos do art. 5, par. 3, frase 1, GG [*Grundgesetz* - Lei Fundamental] foram preenchidos.⁸⁶

A solução do caso foi o reconhecimento de violação da garantia de liberdade de arte do ator criminalmente processado, uma vez que um “transeunte prudente e imparcial [*unvoreingenommenen, besonnenen Straßenpassanten*]” que levasse em conta todo o contexto da peça poderia ter várias interpretações da cena – algumas ofensivas ao candidato, outras não –, o que afastaria a possibilidade de isolar, no caso concreto, esta parte daquilo que, em seu conjunto, foi reconhecido como arte.⁸⁷

Voltando ao caso do “pintor no cruzamento”: a solução de sopesamento de Alexy se mostraria, assim, inaceitável para o *BVerfG* – que considera ser adequada, após a delimitação do âmbito normativo da garantia de liberdade de arte, tão somente uma concordância prática.⁸⁸ Não há, como o admitem tanto Alexy quanto Müller, maneira de partir-se exclusivamente do texto constitucional: o termo “arte” precisa ser – abstratamente para Alexy e concretamente para Müller –, atualizado.⁸⁹ De que forma se dá essa atualização? É evidente que ela ocorre de maneira gradual, incorporando os horizontes de sentido das interpretações dogmáticas e jurisprudenciais prévias⁹⁰, as quais são, por sua vez, formuladas também em textos.⁹¹ Em razão disso, forma-se um “contínuo de textos [*Kontinuum von Texten*]”, cuja atualização é tarefa do trabalho jurídico.⁹²

Esses textos jurídicos sobre o que é “arte” podem criar uma aparência de proteção (melhor dizendo: uma aparência de autorização), cuja pretensão de correção pode ou não ser confirmada, na norma de decisão. No caso de não confirmação, não se pode impedir que a isso se denomine *abuso*. Assim, por exemplo, se com base no texto da decisão proferida no caso *Anachronistischer Zug*, determinada pessoa decidisse, em determinada cena da mesma peça *Ein Zug zur*

86 “Der Lebensbereich ‘Kunst’ ist durch die vom Wesen der Kunst geprägten, ihr allein eigenen Strukturmerkmale zu bestimmen. Wie weit danach die Kunstfreiheitsgarantie der Verfassung reicht und was sie im einzelnen bedeutet, läßt sich nicht durch einen für alle Äußerungsformen künstlerischer Betätigung und für alle Kunstgattungen gleichermaßen gültigen allgemeinen Begriff umschreiben [...]. Die Unmöglichkeit, Kunst generell zu definieren, entbindet indessen nicht von der verfassungsrechtlichen Pflicht, die Freiheit des Lebensbereichs Kunst zu schützen, also bei der konkreten Rechtsanwendung zu entscheiden, ob die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG vorliegen”. (ALEMANHA, 1984, tradução nossa, grifo nosso).

87 ALEMANHA, 1984.

88 “Hingegen kann auch die Kunstfreiheit Grenzen unmittelbar in anderen Bestimmungen der Verfassung finden, die ein in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes ebenfalls wesentliches Rechtsgut schützen. Dies gilt namentlich für das durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Persönlichkeitsrecht. Allerdings zieht die Kunstfreiheit ihrerseits dem Persönlichkeitsrecht Grenzen”. (ALEMANHA, 1984).

89 A noção de atualidade é retirada de Gadamer (MÜLLER, 2013, p. 522). Segundo Müller (2010, p. 24, 2008, p. 183), a atualização é a efetivação da “validade” das normas na prática, atividade realizada pelas “funções” jurídicas, e contém fatores não trazidos pela história do texto. Nada obstante, há uma vinculação integral ao sentido do texto (MÜLLER, 2008, p. 55).

90 MÜLLER, 2013, p. 136.

91 Há textos que o jurista recebe (narrativa do caso, textos de normas, textos dogmáticos, textos históricos, textos jurisprudenciais), com os quais delibera (discussão, projeção e teste de argumentos) e produzidos por si (norma jurídica, norma de decisão, considerandos). (MÜLLER, 2005, p. 145-6).

92 MÜLLER, 2013, p. 136.

Rettung des Vaterlandes oder Freiheit und Democracy, apresentar um cartaz com referência ofensiva, por exemplo, à religião ou à orientação sexual de um vizinho que nada tem a ver com o contexto da obra, abusaria de seu (aparente) direito fundamental, mesmo que um “transeunte prudente e imparcial” não pudesse isolar tal ação do todo da peça; também abusaria de um (aparente) direito, por exemplo, o pintor que, sob o enunciado dogmático praticamente consensual de que “todo logradouro público é, em princípio, um lugar não somente de trânsito, mas também de participação, de protesto e de manifestação, foi adotada pelo constituinte de 1988”⁹³, montasse sua tela em um cruzamento viário, sob o pretexto de criar uma obra de protesto.

Este último exemplo hipotético – deve-se admitir: bem mais verossímil que o do (psiquicamente perturbado?) pintor que, sem nenhuma justificativa concreta, fecha com seu cavalete o cruzamento viário – ajuda a explicar, além da existência do abuso, também a importância de uma dogmática singular das garantias jusfundamentais: assim como no caso do vendedor de arte (e, eventualmente, também de manteiga e canhões), cuja ação não é protegida pela garantia de liberdade de arte, também o pintor de protesto não tem sua ação protegida pela garantia de liberdade de arte, e sim pela garantia de liberdade de manifestação. Isso significa que, nesse caso concreto, a proibição de que o pintor crie sua obra no cruzamento não torna a arte, ali, em não livre, estando o cruzamento aberto ou fechado para o trânsito veicular.

Também fica claro, aqui, que uma tal concepção de abuso não poderia ser criticada por Müller, uma vez que se encontra fora do espaço teórico por si tratado. Em outras palavras: o surgimento da aparência de direito ocorre em um momento, segundo ele, não racionalizável. Por esse mesmo motivo, o reconhecimento da existência do abuso, no Brasil, não obriga à rejeição da teoria estruturante: uma vez identificada, no caso concreto, a aparência de um direito fundamental surgida de uma interpretação possível do contínuo de textos jurídicos, a proteção jusfundamental poderá ser concretizada (ou não) pela delimitação dogmática do âmbito normativo ou pela concordância prática; se não o for, haverá abuso.

7. Conclusão

O caso do pintor no cruzamento se tornou o cerne de dissenso entre as teorias de Müller e Alexy, porém apenas na aparência a divergência fica restrita somente ao âmbito teórico. Se a montagem do cavalete em via pública é um exercício *prima facie* do direito fundamental de liberdade artística, ou se não é jusfundamentalmente garantida – seja ou não por reconhecimento do abuso – é questão cuja resposta tem efeitos práticos decisivos.

A pesquisa mostrou que a objeção de Müller ao conceito de abuso, no âmbito dos direitos fundamentais, muito embora contundente, refere-se à concepção apresentada por Gallwas, consagrada na dogmática germanófona. Nada diz contra, aprioristicamente, outras concepções. Se adotada uma noção de abuso de direito fundamental como incongruência entre aparência de direito decorrente de certa interpretação de textos jurídicos e conteúdo concretizado do direito – este

93 MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 387.

delimitado de acordo com a dogmática do âmbito singular, e atualizado no caso concreto –, não há nada que a teoria de Müller possa opor a ela.

Por isso, há um indício de melhor adequação dessa teoria à ordem constitucional brasileira – que trata expressamente do abuso de direito fundamental (art. 9º, § 2º) –, se comparada à de Alexy, cujos adeptos reduzem o abuso ao resultado de sopesamento, retirando-lhe a autonomia extraível do texto constitucional. Ainda há, porém, espaço para um amplo debate: por exemplo, a concepção restritiva mitigada de Novais, ao aproximar-se da teoria externa sem deixar de reconhecer o abuso como noção autônoma à máxima da proporcionalidade, fornece um campo potencialmente fértil para investigação – a ela se devem dedicar novas etapas desta pesquisa.

Especificamente no que se refere ao objetivo proposto aqui – identificar a existência de um espaço dogmático, na teoria de Müller, para uma concepção contemporânea de abuso de direitos fundamentais –, pode-se dizer que a pesquisa se mostrou conclusiva ao identificar a inexistência de incompatibilidade apriorística, no ponto, entre a teoria estruturante e a concepção de abuso aqui apresentada.

Referências

- ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. *BVerfGE 67, 213*. 17 jul. 1984. Disponível em: <<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv067213.html>>. Acesso em: 18 de abr. 2020.
- ALEMANHA. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Berlim [Alemanha]: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 1949. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html>>. Acesso em: 18 abr. 2020.
- ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 maio 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Rcl 28.747 AgR*. [...]. Agravante: Marcelo José Cruz Auler. Agravado: Erika Mialik Malena. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 5 jun. 2018. Diário da Justiça, 9 nov. 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748634834>>. Acesso em: 22 ago. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *AI 675.276 AgR*. [...]. Agravante: Ricardo Terra Teixeira. Agravado: José Carlos Amaral Kfour. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 22 jun. 2010. Diário da Justiça, 13 abr. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622027>>. Acesso em: 22 ago. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *AI 705.630 AgR*. [...]. Agravante: Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho. Agravado: Claudio Humberto de Oliveira Rosa e Silva. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 22 mar. 2011. Diário da Justiça, 5 abr. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621516>>. Acesso em: 22 ago. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *RE 840.718 AgR*. [...]. Agravante: SAESP. Agravado: FJMS. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 10 set. 2018. Diário da Justiça, 17 set. 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748224897>>. Acesso em: 22 ago. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *ADI 4815*. [...]. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Brasília, 10 jun. 2015. Diário da Justiça, 29 jan. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 22 ago. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *ADPF 130*. [...]. Arguente: Partido Democrático Trabalhista. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 30 abr. 2009. Diário da Justiça, 5 nov. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *HC 82.424*. [...]. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 17 set. 2003. Diário da Justiça, 19 mar. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *RE 511.961*. [...]. Recorrentes: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão do Estado de São Paulo e Ministério Público Federal. Recorridos: União e Federação Nacional dos Jornalistas. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 jun. 2009. Diário da Justiça, 12 nov. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em: 23 ago. 2019.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra [Portugal]: Almedina, 1987.
- GALLWAS, Hans-Ulrich. *Der Mißbrauch von Grundrechten*. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 1967.
- GLAESER, Walter Schmitt. *Hans-Ulrich Gallwas: Der Mißbrauch von Grundrechten*. Archiv des öffentlichen Rechts, Vol. 95, N.º 2, pp. 320-4, 1970.
- KNÖDLER, Christoph. *Mißbrauch von Rechten, selbstwidersprüchliches Verhalten und Verwirkung im öffentlichen Recht*. Herbolzheim [Alemanha]: Centaurus, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MÜLLER, Friedrich. *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 1969.
- MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik, Band I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*. 11. Auf. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 2013.
- MÜLLER, Friedrich. *La positividad de los derechos fundamentales: cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*. Madri [Espanha]: Dykinson, 2016.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MÜLLER, Friedrich. *Recht – Sprache – Gewalt: Elemente einer Verfassungstheorie I*. 2. Auf. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 2010.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito, v. I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra (Portugal): Coimbra, 2010.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ROVIRA VIÑAS, Antonio *El abuso de los derechos fundamentales*. 1980. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad Autónoma de Madrid, Madri (Espanha), 1980.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-30, jan./jun. 2003.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2000.
- STRUTH, Anna Katharina. *Hassrede und Freiheit der Meinungsäußerung: Der Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit in Fällen demokratiefeindlicher Äußerungen nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, dem Grundgesetz und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*. Berlim [Alemanha]: Springer, 2019.
- WIEDMANN, Elke. *Der Rechtsmissbrauch im Markenrecht*. 2002. Tese (Doutorado em Direito) – Universität Konstanz, Constança [Alemanha], 2002.
- XEREZ, Rafael Marcílio. *Dimensões da Concretização dos Direitos Fundamentais: Teoria, Método, Fato e Arte*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

Recebido em 12 de agosto de 2020.

Aprovado em 12 de abril de 2021.

Resumo: A pesquisa trata da adequação da noção de abuso de direitos fundamentais à teoria estruturante do Direito, de Friedrich Müller. Muito embora tanto a teoria interna, de Müller, como a teoria externa, de Robert Alexy, rejeitem a noção de abuso de direitos fundamentais – indicando que não há espaço para ela, na dogmática dos direitos fundamentais –, essa encontra-se expressa no texto da Constituição brasileira e foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Investigam-se, com abordagem qualitativa bibliográfica e documental, os fundamentos específicos da aversão da noção pela teoria estruturante, dita interna. Parte-se da crítica dirigida por Alexy à dogmática do âmbito da liberdade de arte enunciada por Müller, em especial à solução dada no caso do pintor no cruzamento; analisa-se a crítica dirigida por Müller à concepção de abuso de direitos fundamentais de Hans-Ulrich Gallwas; testa-se a hipótese de abertura dogmática da teoria estruturante a concepção de abuso de direitos fundamentais distinta. Conclui-se que a rejeição da noção pela teoria estruturante somente se refere à concepção de Gallwas; e que o abuso de direitos fundamentais, entendido como incongruência entre uma aparência de direito decorrente da interpretação de textos jurídicos e o conteúdo real do direito, não é aprioristicamente incompatível com a teoria estruturante.

Palavras-chave: abuso de direitos fundamentais, teoria estruturante do Direito, dogmática do âmbito normativo, liberdade de arte.

Abstract: The research deals with the adequacy of the notion of abuse of fundamental rights to the Friedrich Müller’s structuring theory of Law. Although both Müller’s internal theory and Robert Alexy’s external theory reject the notion of abuse of fundamental rights - indicating that there is no room for it in the fundamental rights’ dogmatic - it is expressed in the text of Brazilian Constitution and was adopted by Federal Supreme Court. The specific foundations of the aversion of the notion to the structuring theory, so-called internal, are investigated with a bibliographic and documental qualitative approach. It starts from the criticism directed by Alexy to the dogmatic of the scope of the freedom of art enunciated by Müller, in particular to the solution given in the case of the painter at the crossing; Müller’s criticism of Hans-Ulrich Gallwas’s conception of abuse of fundamental rights is analyzed; the hypothesis of a dogmatic opening of the structuring theory is tested to a distinct conception of abuse of fundamental rights. It is concluded that the rejection of the notion by the structuring theory only refers to Gallwas’s conception; and that the abuse of fundamental rights, understood as incongruity between an appearance of law resulting from the interpretation of legal texts and the actual content of the law, is not a priori incompatible with the structuring theory.

Keywords: abuse of fundamental rights, structuring theory of Law, dogmatic of the normative scope, freedom of art.

Sugestão de citação: PEIXOTO, Fabio Carvalho de Alvarenga. Abuso de direitos fundamentais na teoria estruturante do direito: a partir do “caso do pintor no cruzamento”. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1605>.