



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LUMA DINIZ LÚCIO

**LIMITES DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À
LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E À LIBERDADE DE REUNIÃO
FRENTE ÀS RECENTES MANIFESTAÇÕES POPULARES NO BRASIL.**

**NATAL/ RN
2014**

LUMA DINIZ LÚCIO

**LIMITES DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À
LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E À LIBERDADE DE REUNIÃO
FRENTE ÀS RECENTES MANIFESTAÇÕES POPULARES NO BRASIL.**

Pesquisa Monográfica orientada pelo Professor Ms. Felipe Araújo Castro, a ser apresentada como Trabalho de Conclusão de Curso à Banca Examinadora do Departamento de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

**NATAL/ RN
2014**

Catálogo da Publicação na Fonte.
UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA

Lúcio, Luma Diniz.

Limites da intervenção do Estado nos direitos fundamentais à livre manifestação do pensamento e à liberdade de reunião frente às recentes manifestações populares no Brasil / Luma Diniz Lúcio. - Natal, RN, 2014. 60f.

Orientador: Prof. Me. Felipe Araújo Castro.

Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Departamento de Direito.

1. Direito - Monografia. 2. Direitos fundamentais - Monografia. 3. Liberdade de expressão - Monografia. 4. Liberdade de manifestação - Monografia. I. Castro, Felipe Araújo. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA

CDU 342.727

AGRADECIMENTOS

A minha família, por todo o suporte e esforço empreendidos para que eu pudesse alcançar meu bem-estar.

A Alexandra, por todo o suporte dado e por me incentivar a sempre seguir meus objetivos.

Ao meu professor orientador, por sua dedicação em compartilhar seu conhecimento dos Direitos Fundamentais e pela prestimosidade na orientação deste trabalho.

Por fim, a todos os que, de algum modo, fizeram parte da minha vida acadêmica, meu muito obrigada. O mérito é de todos nós.

“La cultura dei costituenti non era una cultura Del passato come qualcuno há detto, ma anzi, sorprendentemente, del futuro. Essa li porto a scrivere una costituzione. Che, come Gustav Mahler diceva della su musica, era destinata non ai contemporanei, che erano sgradevolmente colpiti della sua novità, ma ai posteri.”

Paolo Barile, “Diritti dell’uomo e liberta fondamentali”.

RESUMO

Diante do recente contexto de manifestações políticas no Brasil, e da possibilidade de restrição destas pela ação dos Poderes Públicos, essa pesquisa trata de estudo delimitado no campo dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, mais especificamente os direitos fundamentais à liberdade de reunião e à livre manifestação do pensamento. Inicialmente se faz uma abordagem histórica e ontológica dos direitos fundamentais a liberdade de reunião e manifestação do pensamento, e também um breve estudo das atuais teorias dos direitos fundamentais e suas consequências para a atividade do intérprete da norma e aplicador do direito. Pretendeu-se, através da análise dos incisos IV e XVI do artigo 5º da Constituição Federal brasileira, estabelecer os limites dos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais à liberdade de reunião e à livre manifestação do pensamento para então analisar, em uma abordagem ampla, até que ponto o Estado detém a faculdade de neles intervir, seja pela atuação do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário. Através da compreensão das teorias dos direitos fundamentais se pretendeu fazer uma análise-jurídico dogmática da jurisprudência pátria no campo das liberdades de reunião e de manifestação do pensamento e dessa forma, se estabelecer parâmetros para um critério de decisão que permita o mínimo possível de traços de subjetivismo deixados pelo julgador.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais, liberdade de reunião, liberdade de manifestação do pensamento, manifestações políticas.

ABSTRACT

On the recent context of political manifestations in Brazil, and besides the possibility of their restriction by the action of the 'Public Administration' this research has defined its study in the field of constitutionally guaranteed fundamental rights, more specifically the fundamental rights of freedom of assembly and freedom of expression. Initially it studies the historical and ontological aspects of these rights, and also the current theories of fundamental rights and its consequences for the activity of the interpreter and applier of the law. It is intended, through the analysis of sections IV and XVI of Article 5 of the Federal Constitution, to establish the limits of the scope of protection of fundamental rights of free assembly and free expression and then analyze the extent to which the state holds the power to intervene in them. Through understanding of current theories of fundamental rights and legal dogmatic analyzes in the homeland jurisprudence in the field of freedom of assembly and expression of thought. Thus, it attempts to establish parameters for a decision criterion that allows the minimum possible traces of subjectivism of the judge.

Keywords: Fundamental rights, freedom of assembly, freedom of expression of thought, political demonstrations.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ASPECTOS HISTÓRICOS E ONTOLÓGICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO	12
2.1 O RECONHECIMENTO HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
2.2 POSICIONAMENTO ACERCA DAS TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	17
2.3.1 Teoria Axiológica	
2.3.2 Teoria Institucionalista	
2.3.3 Teoria Funcional-Democrática	
2.3.4 Teoria Liberal	
2.3.5 Teoria Social-Democrática	
2.3.6 Teoria Principiológica	
3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS LIBERDADES DE REUNIÃO E MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO: DELIMITAÇÃO DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL	27
3.1 DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO E LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE REUNIÃO	29
3.2 DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO E LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO	34
4 DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS LIMITES: O PAPEL DOS PODERES EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO	42
4.1 CONTRAPOSIÇÃO ENTRE O DEVER ESTATAL DE AGIR E DE SE ABSTER	43
4.2 UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS RESTRITIVAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE STATUS NEGATIVUS	44
5 ESTUDO DE CASO DAS RECENTES DECISÕES DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS NO ÂMBITO DA LIBERDADE DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO	47
5.1 O CASO “REVOLTA DO BUSÃO”	47
5.2 CASO DA “MARCHA DA MACONHA E DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	52
6 CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

1 INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2010, o jovem tunisiano Mohamed Bouazizi, impedido pelas autoridades locais de vender frutas como ambulante, ao atear fogo ao próprio corpo, num claro sinal de protesto contra as condições de vida à que estava submetido, causou comoção tal, que serviu de gatilho para a eclosão, no Oriente Médio, de uma série de revoltas questionando as ditaduras então vigentes. As manifestações que pouco a pouco se sucederam a esse episódio ficaram conhecidas como a Primavera Árabe¹.

Antes mesmo de eclodirem as revoltas no Oriente Médio, o movimento conhecido como *Occupy Wall Street*, surgido num primeiro momento na cidade de Nova Iorque, começou a se prostrar contra o funcionamento do sistema financeiro internacional e a influência que as empresas exerciam sobre as decisões políticas nos Estados. Sua principal característica era a ocupação das ruas através de passeatas, cartazes e atividades com o fim de conscientizar a população quanto à corrupção existente no centro mundial de poderio econômico e de suas repercussões na vida dos cidadãos.

No ano de 2013, no Brasil, o aumento das tarifas do transporte público em várias metrópoles brasileiras fez aumentar o já insurgente clima de indignação contra as injustiças sociais e a corrupção política generalizada. No mês de junho daquele ano, com a proximidade da realização da Copa do Mundo no país, dentro de um contexto de precariedade dos serviços públicos essenciais e da condição persistente de miserabilidade econômica, social e intelectual a que é relegada grande parte da população, manifestações populares de grande proporção começaram a surgir a partir de reuniões marcadas em redes sociais na internet.

Essas revoltas, inicialmente organizadas pelo Movimento Passe Livre² em virtude dos protestos contra o aumento tarifário nos transportes públicos, logo acabaram se fundindo com diversos outros movimentos políticos e mesmo com parte da população a priori não vinculada a partidos ou ideologias políticas determinadas, abordando as mais diversas reivindicações. As manifestações, que mais tarde ficaram conhecidas como as “Jornadas de

¹ Alusão à primavera de praga, que foi uma tentativa de liberalização política da antiga Tchecoslováquia, que pretendia a descentralização do poder vigente e a implantação de uma social-democracia no país. O período durou de 5 de janeiro de 1968, com a chegada ao poder do reformista Alexander Dubček, a 21 de agosto do mesmo ano, quando a União Soviética tomou o poder para impedir a concretização das reformas.

² O Movimento Passe Livre (MPL), reconhecida efetivamente pela organização em favor da gratuidade e qualidade do transporte público estudantil, é uma organização de âmbito nacional que se postula como “um meio para a construção de uma outra sociedade”. Extraído de: <http://www.mpl.org.br/?q=node/2>. Visualizado em 1 de março de 2014.

Junho³”, tomaram vulto, gerando um espectro de discussão e comoção social sem precedentes na história recente do país.

Concomitantemente ao fenômeno da multiplicidade ideológica do movimento, o uso de técnicas de guerrilha dentro das manifestações – que abrangeram desde a parcial destruição de prédios públicos e esquemas de ocupação destes, ao uso de barricadas e de coquetéis molotov – fez com que houvesse uma reação hostil de parte dos meios de comunicação, originando em boa parte da população uma tendência a hostilizar esse tipo de manifestação política. A morte de um jornalista durante uma das últimas manifestações⁴ ocorridas, já no ano de 2014, fez inclusive com que entrasse na pauta do Senado Federal o PLS nº 499, também conhecido como “Lei Antiterrorismo”, que pretende enquadrar algumas das práticas adotadas por parte dos manifestantes como crime de terrorismo.

Há que se observar, no entanto, que para impedir abusos de poder causados pela intervenção do Estado no campo das liberdades individuais, o legislador constitucional estabeleceu limites à atuação do Poder Público. Com base na moderna acepção de Estado Democrático de Direito, se pretendeu salvaguardar liberdades individuais das potenciais interferências daqueles que, por atribuição constitucional, governam, legislam e julgam.

Não é de se espantar que num sistema democrático as manifestações populares se revelem como importantes mecanismos de participação do povo nas decisões políticas, através de uma pressão dirigida aos governantes que nem sempre é alcançada pelo comparecimento às urnas. Logo não é de se espantar que em regimes ditatoriais a tentativa de mitigação dos direitos de reunião e de livre expressão do pensamento é recorrente⁵.

Diante desse contexto, se torna patente e paradoxal a problemática dos conflitos jurídicos envolvendo, de um lado, a intervenção do Estado nas liberdades individuais e, de outro, o direito à garantia dessas liberdades, daí a necessidade de estudos que se debrucem sobre a questão. O cenário político erigido nos últimos anos no Brasil e no mundo demonstra a importância de se analisar mais detidamente o assunto no âmbito acadêmico e jurídico.

A temática escolhida situa-se no âmbito do Direito Constitucional, mais especificamente no campo dos Direitos Fundamentais. A problematização em torno da área de

³ Termo usado pela imprensa brasileira para designar os protestos que ocorreram principalmente nesse mês.

⁴ Cf., notícias de 10/02/2014: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/02/10/morre-cinegrafista-da-band-atingido-por-explosivo-em-protesto-no-rio.htm> e <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/02/10/morte-de-cinegrafista-esquenta-debate-sobre-tipificacao-do-crime-de-terrorismo>.

⁵ Apesar de o fato ser de notório conhecimento, no Brasil temos o exemplo histórico dos “atos institucionais” baixados durante a vigência do golpe militar de 1964.

proteção das liberdades de reunião e expressão do pensamento, notadamente aquelas exercidas em espaços públicos, e os limites da intervenção do Poder Público nessas ocasiões serão os pontos fundamentais da discussão jurídico-dogmática aqui proposta.

Dentro do atual contexto e diante de um cenário onde crescente conscientização política facilita o surgimento de novas e mais recorrentes manifestações populares, o estudo ora proposto se debruça na análise do panorama que vem sendo delineado no campo dos direitos fundamentais à liberdade de reunião e de expressão do pensamento, com a ajuda da atual dogmática jurídica, à luz dos preceitos constitucionais vigentes e da mais recente jurisprudência pátria. Trata-se de análise que se debruçará mais especificamente sobre o dever e limites de atuação do Estado brasileiro frente às manifestações populares de cunho político, social, econômico e cultural, que ocorreram e ocorrem no Brasil.

A questão que aqui se coloca, pois, é a necessidade de se construir uma argumentação jurídico-dogmática suficientemente sólida para que se defina, de forma mais exata, quais seriam as possibilidades de intervenções justificadas no âmbito de proteção dos direitos fundamentais e quais seriam as proibições dessa intervenção. Logo, as principais questões sobre as quais se deterá a pesquisa, para que tenha o potencial de alcançar seu objetivo, são: Quais os critérios que o Poder Judiciário deve utilizar para definir os limites da atuação do Estado no âmbito dos direitos fundamentais à livre expressão do pensamento e à liberdade de reunião? Quais as possibilidades de o Poder Judiciário atuar, preventiva e/ou repressivamente, como interventor na relação Estado-sociedade? E, então, até que ponto o Estado brasileiro pode utilizar-se do seu poder interventivo quando ele implica em uma mitigação do âmbito de proteção das liberdades individuais?

2. ASPECTOS HISTÓRICOS E ONTOLÓGICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A garantia exarada pelos direitos fundamentais é critério jurídico que disciplina a relação do indivíduo com as autoridades ou órgãos estatais.⁶ As liberdades individuais que se encontram na área de proteção desses direitos têm eminente status negativus – verdadeiro âmbito de proteção da liberdade em face do Estado, que deverá respeitar a área constitucionalmente protegida, se abstendo de nela interferir – e têm sido tema de grandes debates jusfilosóficos.

Para uma melhor compreensão do papel dos direitos fundamentais na seara das recentes manifestações no Brasil, é necessário introduzir alguns dos principais aspectos relacionados ao surgimento e desenvolvimento desses direitos, mais especificamente aqueles que abarcam as liberdades de reunião e de expressão do pensamento.

Não se pretende fazer uma análise exaustiva de elementos históricos, até por que dispensável para a compreensão do objeto de estudo deste trabalho. Contudo se faz imprescindível debruçar-se, ainda que brevemente, sobre as recentes teorias dos direitos fundamentais e sobre como estes direitos passaram a ser reconhecidos e positivados ao longo da história. Pretende-se com isso facilitar a compreensão do papel dos direitos fundamentais dentro da atual conjuntura envolvendo as liberdades de reunião e de manifestação do pensamento.

O surgimento dos Direitos Fundamentais remonta à evolução da retórica em torno da inserção de valores tidos como intrínsecos à dignidade humana nos ordenamentos jurídicos, influenciados pela crescente doutrina jusnaturalista na Europa do século XVIII. Um marco dessa busca é a elevação desses valores à qualidade de normas a serem observadas pelo Estado, ou seja, uma primeira noção do conceito de direitos humanos, que tem seu ponto culminante com a declaração desses direitos pela Revolução Francesa⁷.

Outro grande salto da discussão teórica em torno desses direitos ou garantias fundamentais foi dado a partir do final da década de 40 do século passado, com o término da Segunda Guerra Mundial. À época, a queda do regime nazista fez com que os juristas europeus, em especial os alemães, passassem por uma espécie de revisionismo crítico que

⁶ DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 18.

⁷ A ‘Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen’ (Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão) foi documento aprovado pela Assembléia Nacional Constituinte da França em 1789, durante a Revolução Francesa com inspiração iluminista e influência do pensamento jurídico dos “direitos naturais”, entendendo que os direitos dos homens são válidos e exigíveis a qualquer tempo e lugar.

favoreceu o questionamento rigoroso do positivismo jurídico⁸, então vigente. O clima de reprovação moral provocado pelo repúdio internacional das práticas genocidas cometidas pelo regime nazista alemão e seus aliados, fez com que teóricos e aplicadores do Direito procurassem outras formas de definir a teoria jurídica na qual se deveriam pautar os Estados modernos⁹.

É possível inferir que a doutrina positivista, até então amplamente aceita e utilizada pelos tribunais europeus, sofreu um grande golpe quando se iniciaram os questionamentos acerca da legalidade dos atos praticados pelas autoridades nazistas. Mas o que se questionava era, na verdade, a noção de justiça e a adequação desses atos aos interesses sociais.

Nesse contexto de rejeição da corrente juspositivista, o que se verificou foi uma pretensão de aproximar a ciência jurídica de concepções naturalistas, dessa vez, dos valores éticos considerados inerentes à dignidade humana. Apesar do impacto causado pelo questionamento do positivismo jurídico, não se buscou um retorno puro às teorias jusnaturalistas, que racionalizavam a existência um direito inato existente acima do direito criado culturalmente, mas uma reformulação do pensamento positivista clássico, na tentativa de inserir valores essenciais dentro do ordenamento jurídico¹⁰.

As Constituições dos Estados de Direito¹¹, apesar de já gozarem de superioridade hierárquica dentro dos sistemas jurídicos e se imporem como normas de cumprimento obrigatório, passaram por um fenômeno tanto de ampliação de seu conteúdo, começando a serem formuladas em textos analíticos que se lançavam sobre temas como a ordem econômica e social e as relações de trabalho, quanto de densificação de sua normatividade por meio da atuação mais ativa de suas recém criadas Cortes Constitucionais.¹²

⁸ A doutrina positivista tinha como pressuposto a imposição de uma obediência estrita às normas legais, independentemente do seu conteúdo. Diametralmente oposta ao que ficou conhecido como ‘jusnaturalismo’, vez que enquanto este buscava o fundamento de validade de uma lei no fator ‘justiça’ nela inserida, aquele o buscava na própria validade jurídica. Esse aspecto mais tarde foi tido como um aliado na manutenção dos regimes autoritários e na legitimação de partidos de extrema-direita, dentre os quais aqueles que pregavam práticas de segregação racial e violações a direitos humanos.

⁹ Cf., MARMELSTEIN, 2011, p. 10.

¹⁰ Idem, 2011, p. 11.

¹¹ Joaquim José Gomes Canotilho afirma que “o Estado de direito transporta princípios e valores materiais razoáveis para uma ordem humana de justiça e de paz. São eles: a liberdade do indivíduo, a segurança individual e colectiva, a responsabilidade e responsabilização dos titulares do poder, a igualdade de todos os cidadãos e a proibição de discriminação de indivíduos e de grupos. Para tomar efectivos estes princípios e estes valores o Estado de direito carece de instituições, de procedimentos de acção e de formas de revelação dos poderes e compe tências que permitam falar de um poder democrático, de uma soberania popular, de uma representação política, de uma separação de poderes, de fins e tarefas do Estado”. (CANOTILHO, [199-?] p. 7)

¹² O próprio conceito de Estado de Direito veio à tona quando da ascensão do Estado Liberal, ainda no século XIX, com a necessidade de que fosse garantido o respeito aos direitos humanos através do estabelecimento de um âmbito de proteção jurídica a estes.

No Brasil, a existência do que hoje se compreende como direitos fundamentais remonta à Constituição do Império, outorgada em março de 1824, apesar de sua concretização ter sido comprometida pela criação do Poder Moderador, que concedia ao imperador poderes constitucionalmente ilimitados. Nesse contexto, vale ressaltar o surgimento dos direitos relacionados à liberdade de reunião e de livre manifestação do pensamento na história constitucional do Brasil.

A liberdade de manifestação do pensamento surgiu no Brasil desde os primórdios do ordenamento constitucional brasileiro. A Constituição do Império, em 1824, já garantia que era a todos permitido expressar seu pensamento, fosse pela via oral ou escrita, e ainda, publicá-los pela imprensa independentemente de censura, mas sujeitos a responsabilização por abusos cometidos no exercício desse direito¹³. Apesar de parcialmente atrelada à noção de liberdade de imprensa, essa disposição já se configurava como uma clara norma de status, onde o âmbito protegido era a liberdade de expressão do pensamento.

O direito fundamental à liberdade de reunião, por sua vez, só passou a ser previsto no ordenamento pátrio com a promulgação da Constituição Republicana de 1891, a qual dispunha sobre a licitude das associações e reuniões, inferindo ainda que a polícia nelas não poderia intervir, salvo se para proteger a ordem pública¹⁴. O texto da Carta de 1891 tem conteúdo, apesar de mais aberto, bastante similar à atual proteção constitucional¹⁵. O direito fundamental a liberdade de reunião também é protegido no seara internacional por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, onde se incluiu a liberdade de reunião e associação pacífica, tal como previsto em seu artigo XX.

Nas Constituições que se seguiram, houve avanços e retrocessos na seara dos direitos fundamentais à liberdade de reunião e de manifestação do pensamento, mas os retrocessos podem ser percebidos nitidamente nas Constituições outorgadas em períodos ditatoriais¹⁶. A Constituição de 1967, por exemplo, condicionava a existência da reunião à comunicação a

¹³ Art. 179, IV - “Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publica-los pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar”.

¹⁴ Art. 72, § 8º - “A todos é licito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a policia senão para manter a ordem publica”. (Outro importante passo tomado pela Carta Republicana foi no sentido de estender os direitos fundamentais aos “estrangeiros residentes no país”, em clara evolução com relação à Constituição anterior, que concedia essa proteção exclusivamente aos brasileiros).

¹⁵ Art. 5º, XVI, da CRFB/88

¹⁶ Vide: Atos Institucionais decretados durante a Ditadura Militar no Brasil, mais especificamente AI-2, AI-5, AI-13 e AI-14.

autoridade, que seria a responsável por designar o local de sua ocorrência¹⁷. A mesma carta política afirmava ser livre a manifestação do pensamento, contudo, condicionava espetáculos e diversões públicas à censura, respondendo os seus organizadores pelos ‘abusos’ que cometessem¹⁸.

O que se viu durante a vigência da ditadura militar no Brasil foi uma sistemática programação de limitações ao exercício dos direitos fundamentais à liberdade de reunião e manifestação do pensamento, a espelho do que acontecia com as demais garantias individuais.

Nesse contexto, somente com a Constituição promulgada em 1988 houve um real comprometimento com a efetivação dessas garantias. Isso porque as disposições contidas no art. 5º, incisos IV e XVI, a espelho dos demais direitos individuais previstos na atual Constituição, se revestem de uma pretensão de efetividade que não foi vista nos textos anteriores, sobretudo, como já foi dito, naqueles editados durante a vigência de regimes ditatoriais no país.

É inquestionável que a Constituição Federal de 1988 inaugurou, pelo menos em tese, um novo ciclo no cenário democrático do país. O prestígio dado aos direitos fundamentais, pela tantas vezes chamada “Constituição Cidadã” se nota tanto pelo simbólico posicionamento destes logo nas suas primeiras seções, ao contrário das Cartas anteriores – as quais relegavam os últimos capítulos à matéria¹⁹ – mas principalmente pela previsão do art. 60, §4º, IV, que considera como cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais nela inseridos, ou seja, retira a possibilidade de abolição dos direitos fundamentais do espaço de deliberação política.

2.1. O RECONHECIMENTO HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Se durante o reinado do positivismo o direito se confundia com a crua interpretação da lei, dado que o intérprete estava adstrito a uma atividade mecânica de retirada do sentido

¹⁷ CF 1967. Art. 150, § 27 – “Todos podem reunir-se sem armas, não intervindo a autoridade senão para manter a ordem. A lei poderá determinar os casos em que será necessária a comunicação prévia à autoridade, bem como a designação, por esta, do local da reunião”.

¹⁸ _____. Art. 150, § 8º - “É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe”.

¹⁹ Cf., Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967.

gramatical dos dispositivos normativos, depois do seu declínio no campo jusfilosófico, o texto normativo passou a ser interpretado de forma a se harmonizar com a categoria dos princípios constitucionais. Os valores, uma vez que elevados à categoria de princípios positivados, passaram a ser tratados como normas jurídicas exigíveis. Assim, por mais abstrata que fosse a formulação do texto constitucional, o princípio tido como norma jurídica passou a impor o seu cumprimento de forma universal, vez que legitimado pelas teorias dos Direitos Fundamentais.

Dentro dessa perspectiva histórica, a teoria dos Direitos Fundamentais surgiu justamente da necessidade de se impor limites não somente às possíveis arbitrariedades do poder executivo, mas sobremaneira ao legislador, dado que, como sabido, “o papel aceita tudo”²⁰. Em outras palavras se pretende dizer que a legalidade, a garantia do respeito ao direito positivo, não seria suficiente para realização dos projetos humanos, pois, tudo pode ser escrito no papel, que não apresenta resistências ideológicas e/ou práticas.

Assim, diante da necessidade de traçarem-se limites à atuação estatal, e no intento de proteger contra a ação ou omissão deste os direitos dos indivíduos que lhes são titulares, chega-se a conclusão de não se poderem aceitar leis que imponham restrições que não se compatibilizam com valores explícita ou tacitamente expressos na norma constitucional.

Em linhas gerais, o termo "direitos fundamentais", em seu sentido mais restrito, se aplica àqueles direitos reconhecidos ao ser humano e positivados em uma carta constitucional, enquanto que a expressão "direitos humanos" teria uma conotação mais ampla, guardando relação com o direito internacional, por se referir aos posicionamentos jurídicos que reconhecem o ser humano como tal, independente da sua vinculação com algum ordenamento constitucional, vez que esses direitos aspiram a uma validade universal²¹.

Por outro lado, importante elucidar que a comparação entre “direitos humanos” e “direitos naturais” é criticada por boa parte da doutrina. É que o fato de estarem positivadas, mesmo que em documentos de direito internacional, revela a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, o que os tornaria uma categoria avulsa à dos direitos naturais²².

Os direitos fundamentais não surgiram a um só tempo, de forma que cada época demandou uma especificidade de bens jurídicos a serem protegidos. Por causa dessa situação histórica, eles foram divididos de acordo com “gerações” ou “dimensões” de direitos fundamentais.

²⁰ Ditado popular alemão amplamente difundido no meio jurídico.

²¹ SARLET, 2010, p. 29.

²² Idem, p. 29.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão²³, que compreendem aqueles oriundos da tradição liberal-individualista, e que são o objeto da pesquisa em tela, não surgiram, necessariamente em um primeiro momento. Os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão, ou ‘direitos sociais’, como comumente são chamados, já haviam sido recebidos por algumas constituições antes mesmo daqueles, como é o caso da Constituição francesa de 1791, a promulgada no México em 5 de fevereiro de 1917 e na Alemanha, em 11 de agosto de 1919, a Constituição de Weimar²⁴. Logo, não é adequado o termo “gerações” de direitos fundamentais, que provoca a ideia de que uma surgiu posteriormente à outra.

2.2. POSICIONAMENTO ACERCA DAS TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O trabalho do intérprete do direito é condição indispensável ao funcionamento do sistema jurídico. Toda interpretação depende de seu intérprete e, embora este ato de interpretação seja, a priori, um processo científico e, portanto, supostamente neutro, ele acaba por revelar algum resquício da subjetividade²⁵, isso quando não está totalmente vinculada à vontade do operador do Direito.

A maneira mais razoável de se afastar ao máximo essa fagulha voluntarista da interpretação jurídica é através da justificação das decisões judiciais por meio de uma teoria hermenêutica dos direitos fundamentais. Nesse caso, a adoção de uma das teorias se torna um fator de legitimação, vez que em se estabelecendo uma metodologia objetiva, a racionalidade dessa decisão pode ser mais facilmente aferida²⁶.

Como será visto em seguida, essas teorias possuem diferentes graus de objetividade, o que as tornam mais ou menos vulneráveis à subjetividade do intérprete. De um modo geral, pode-se dizer que as teorias que apresentam um maior grau de objetividade são aquelas que mais limitam a atuação do aspecto subjetivo do intérprete e aplicador a norma. Nesse sentido é o argumento de Peter Häberle, o qual infere que a vinculação à lei e a independência pessoal

²³ Apesar da divergência doutrinária a respeito da qualificação da evolução histórica dos direitos fundamentais, a opção pelo termo “dimensão” de direitos fundamentais foi baseada na concepção bastante clara de que a expressão “gerações” não denotaria somente a localização dos direitos fundamentais no tempo, mas também uma noção de que cada ‘geração’ de direitos tivesse sucedido a anterior. Além do mais, Cf., DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo, Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, Revista dos Tribunais, 2009, p. 30-31, demonstra que não há uma ordem cronológica estática no surgimento das garantias, o que denota mais uma vez, a imprecisão técnica da terminologia.

²⁴ DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 30.

²⁵ COELHO, 1997, p. 13.

²⁶ Sobre isso: MARTINS, 2011; DA SILVA, 2010, etc.

e funcional do juiz em relação ao caso objeto de sua decisão, não podem esconder o fato de que o julgador interpreta a Constituição “na esfera pública e na realidade”²⁷.

Assim, no âmbito das contemporâneas teorias dos direitos fundamentais, será trazida a esquematização criada por Böckenförde²⁸ que, de acordo com um critério dimensional subjetivo ou objetivo, dividiu as teorias então existentes em duas segmentações distintas. Além das teorias esquematizadas por Böckenförde, trataremos da teoria principiológica dos direitos fundamentais, em função de sua elaboração ter sido posterior à sua sistematização do autor e, sobretudo, por sua ampla aceitação no atual contexto jurídico brasileiro.

Dito isto, pode-se afirmar que as teorias subjetivas dos direitos fundamentais explicam as normas de direitos fundamentais a partir da ótica jurídico-subjetiva do titular dos direitos, ou seja, da análise do próprio sujeito a que se destinam as liberdades garantidas pelo Estado através da sua Constituição²⁹. Dentre as teorias subjetivistas dos direitos fundamentais, se incluem a teoria liberal e a social-democrática. As teorias objetivistas, por sua vez, procuram entender os direitos fundamentais não mais pela perspectiva do indivíduo, mas a partir da ótica do Estado, do ordenamento jurídico vigente. Dentre elas tem-se a teoria axiológica, a institucionalista, a funcional-democrática e a principiológica.

Dentro do vasto campo teórico surgido com o estudo dos Direitos Fundamentais, não se optará, neste trabalho, pela adoção de uma única teoria hermenêutica em detrimento das demais, no entanto serão demonstradas, ao longo do texto, as que se mostram mais ou menos frágeis na sua aplicação jurisprudencial. Deve-se lembrar, ademais, que o ordenamento jurídico brasileiro, como já ponderado em decisões proferidas por ministros do Supremo Tribunal Federal, não se limita a recepção de somente uma teoria dos direitos fundamentais. Na verdade, ele permite que qualquer das teorias dos direitos fundamentais possa ser utilizada como fundamentadoras de uma decisão jurídica, desde que observadas e respeitadas suas metodologias internas.

Como já fora dito, algumas dessas teorias podem apresentar-se mais ou menos aptas à solução objetiva de um caso concreto e, mesmo consideradas abstratamente, podendo resultar numa técnica muitas vezes imprecisa e capaz de dar ao juiz verdadeiro poder de arbitrar a questão segundo sua opinião. Nesse sentido, uma grande polêmica no âmbito dessa

²⁷ HÄBERLE, 1997, p. 17-18. Apud SILVA, 1999.

²⁸ Em 1974 o juiz alemão Ernst-Wolfgang Böckenförde sistematizou as principais teorias dos Direitos Fundamentais então existentes, organizando-as de acordo com uma divisão entre teorias subjetivas e objetivas dos direitos fundamentais.

²⁹ MARTINS, 2012, p. 9.

discussão foi vista recentemente quando dois ministros do STF³⁰ se utilizaram da teoria principiológica para proferir votos diametralmente distintos. Por esse motivo essa teoria tem sido largamente questionada por parte da doutrina³¹. Isso gera, no mínimo, o questionamento quanto à sua consistência jurídica dentro de um cenário de recorrentes casos de autêntica ‘legiferância’ pelo Poder Judiciário.

Para que sejam melhor compreendidas, necessário trazer um resumo, ainda que sucinto, dos fundamentos retirados das principais teorias dos direitos fundamentais hodiernas, tais como sistematizadas por Böckenförde ainda em 1974, segundo sua tipologia e critérios de finalidade e alcance material.

2.3.1 TEORIA AXIOLÓGICA

A teoria axiológica está inserida dentro do espectro das teorias objetivistas. Ela é uma derivação da teoria da integração (Integrationslehre) criada pelo jurista alemão Rudolf Smend³², segundo o qual o Estado seria um processo de constante integração entre uma comunidade cujos valores culturalmente criados são o seu elemento catalisador³³. Os direitos fundamentais seriam, segundo preceitua, os fatores constitutivos desse processo integrativo, vez que fixam os valores mais essenciais a uma determinada comunidade ao mesmo tempo em que normatizam, ou seja, positivam esse sistema de valores³⁴.

Em linhas gerais, essa corrente teórica tem por base a afirmação de que a liberdade perpetrada pelos direitos fundamentais não pode ser considerada uma liberdade preexistente à noção de Estado, mas uma que nasce deste³⁵. Assim, ela só existe na medida em que o próprio Estado a garante com o fim de concretizar os valores carregados pelos direitos fundamentais, uma vez que positivados. Em outras palavras, defende a razão segundo a qual os direitos fundamentais se constituem como normas objetivas, fixadoras de valores sociais constitucionalizados a partir de decisões valorativas integradoras e inspiradoras de toda a ordem constitucional³⁶.

³⁰ Cf., tópico 2.2.6

³¹ Cf., MARTINS, 2012; NEVES, 2013; e outros.

³² Rudolf Smend construiu uma crítica ferrenha à ‘Teoria Pura do Direito’, do jusfilósofo austríaco Hans Kelsen. Para ele, o direito deveria ser uma ciência integrada ao espírito de um povo e a sua cultura, ou, em outras palavras, ele buscava uma ligação entre a realidade social e a ciência jurídica, enquanto a doutrina kelseniana afirmava que o único objeto da ciência jurídica deveria ser a norma jurídica, independente do conteúdo moral que ela carrega.

³³ BÖCKENFÖRDE, 1991, p.129. Apud VICTORINO, 2007, p. 15.

³⁴ STOLLEIS, 1999, p. 174 e seg. Apud MARTINS, 2012, p. 13.

³⁵ MARTINS, 2012, p.13.

³⁶ BÖCKENFÖRDE, 1991, p.130. Apud VICTORINO, 2007, p. 15.

De acordo com essa teoria, ainda, as liberdades individuais, uma vez que existentes no campo da valoração, informam que a correta aplicação dos direitos fundamentais se dá a partir da observância de uma hierarquia não explícita, porque pode se transformar até mesmo com o passar do tempo e a mudança de valores em uma sociedade.

A despeito dos aspectos positivos – como a visão da própria existência dos valores como um fator determinante para a existência dos direitos positivados – reside a fragilidade dessa teoria na tentativa de retirar do indivíduo a condição de liberdade *per se*, transformando-a exclusivamente em um objeto de proteção do Estado, o que traz um grande impasse na aplicação dos direitos fundamentais. Se o valor imiscuído na norma for aquele a que o juiz, no caso concreto, reconhece como priorizado em detrimento de outros, então e pode retirar múltiplos resultados, a depender da própria noção valorativa do julgador. Isso torna o sistema axiológico extremamente inseguro juridicamente, vez que depende tanto de conceitos rapidamente mutáveis no tempo, quanto pode dispor o direito de forma arbitrária nas mãos do juiz.

2.3.2. TEORIA INSTITUCIONALISTA

A segunda teoria objetivista dos direitos fundamentais que analisaremos é a teoria institucionalista; teve como um dos seus mais expressivos defensores Peter Häberle. Como o próprio nome faz perceber, essa teoria parte da perspectiva de que os direitos fundamentais se concretizam na medida em que são institucionalizados, pelo Estado, como implantadores de uma garantia jurídico-constitucional de ‘âmbitos vitais’, regulados e conformados com ajustes a critério da liberdade. Não se trata aqui, pois, exclusivamente de uma relação unidimensional entre indivíduo e Estado³⁷. Em outras palavras, os direitos fundamentais são aqui colocados não dentro de uma dimensão subjetiva, mas se depreendem de uma instituição, a qual lhe fornece o aspecto objetivo que lhe faz ser exigível.

Assim, para a teoria institucionalista, sendo os direitos fundamentais frutos de uma realidade objetiva, que no caso é a própria instituição, estes podem ser limitados em favor de ‘bens constitucionais coletivos’. Em virtude disso ela permite também um maior espaço de conformação reservado ao poder legislativo. Os direitos de liberdade deixam de ser direitos em si mesmos, uma vez que sua interpretação deve levar em conta também a realização dos interesses albergados pela instituição³⁸.

³⁷ VICTORINO, 2007, p.15.

³⁸ MOTA, p. 6365.

Essa postura é diametralmente oposta a da teoria liberal, vez que, enquanto para esta a liberdade encontra seu significado no próprio conceito de livre-arbítrio, aquela concebe a ‘liberdade jurídica’ somente como um instituto, um dado objetivo a ser provido pelo Estado. Por ser assim, só pode ser desenvolvida através de uma configuração ou conformação jurídica, de modo que haja uma adaptação entre a ideia de liberdade e os dados pertinentes à esse ‘instituto’³⁹.

O principal problema da teoria institucionalista reside no fato de que ela pode subtrair “com os argumentos do discurso institucional, os direitos fundamentais à ação limitativa do legislador”. Dessa forma, em nome da instituição, a atividade de conformação legislativa poderia servir de justificativa a uma limitação indevida dos direitos fundamentais⁴⁰. A questão, no entanto, pode dizer respeito a: quando se pode afirmar configurada uma limitação indevida na esfera dos direitos fundamentais, ante a generalidade das normas que os carregam? Essa pergunta, apesar de pertinente a todas as teorias aqui informadas, não será objeto de discussão nesta seara, de forma que sua discussão será relegada a um momento futuro.

Ainda no que concerne à fragilidade dogmática dessa teoria, temos o posicionamento expresso por Leonardo Martins, que aponta para existência de duas tendências que se devem destacar. Uma delas está relacionada ao *status quo* infraconstitucional. Segundo o doutrinador, ele adquiriria um status de intocabilidade, pois quando a configuração do direito fundamental passa a ser tratada como necessidade de conformação (adequação) institucional, ela valeria como a própria realização do direito fundamental. A outra é a da extrema associação do conceito de liberdade subjetiva aos mandamentos institucionais do Estado. Dessa forma, as regulamentações não poderiam significar intervenção no direito fundamental do seu titular, vez que este deriva da própria instituição. Pelos motivos apontados, a teoria institucionalista dos direitos fundamentais não se mostra salutar para a pretensão de eficácia dos direitos fundamentais.

2.3.3. TEORIA FUNCIONAL-DEMOCRÁTICA

A hermenêutica da teoria funcional-democrática parte do pressuposto de que os direitos fundamentais têm, sobremaneira, uma função pública, pois elas devem servir ao estado de bem-estar social. Essa visão objetivista está atrelada à noção de Estado Democrático

³⁹ MARTINS, 2012, P. 15.

⁴⁰ BONAVIDES, 2004, p. 621. Apud MOTA, p. 6366.

de Direito, estampada na Constituição⁴¹. Isto porque a liberdade aqui não consiste em liberdade pura e simples, mas a liberdade como meio de prossecução e segurança do processo democrático, pelo que se torna patente o seu caráter funcional⁴².

De acordo com essa teoria, o conceito de liberdade não é entendido como aquela liberdade *per se*, contra um cerceamento imposto pelo Estado, mas uma “liberdade para, em razão de um objetivo”⁴³. Em sua análise da teoria funcional-democrática, Böckenförde diz que, na verdade, o sujeito aqui protegido é o processo político democrático, e não o indivíduo, de forma que a liberdade seria somente um instrumento garantidor desse processo, diferente da teoria liberal onde ela se torna o próprio objetivo dos direitos fundamentais.

Essa lógica demonstra que os direitos fundamentais só existiriam para beneficiar o indivíduo enquanto membro de uma comunidade, só podendo subsistir nessa função, e quando não degradarem o próprio contexto para o qual foram projetados⁴⁴.

As mais resolutas críticas a essa teoria se resumem na afirmação de que ela não observa, a espelho das demais teorias objetivistas, a própria razão de ser dos direitos fundamentais, pois retira do indivíduo ou da *persona* a intenção protetiva, operando a partir de uma funcionalidade extremada, no intuito de preservar a ordem por eles estabelecida.

2.3.4. TEORIA LIBERAL

O centro da teoria liberal consiste em colocar os direitos fundamentais como instrumento para assegurar que o Estado não poderá se imiscuir no seu poder para ameaçar a liberdade individual. Os direitos fundamentais se comportariam, pois, como direitos subjetivos dos seus titulares a não terem sua liberdade mitigada pela interferência do Estado nas suas vidas, no limite em que suas ações não limitem outros direitos fundamentais.

É certo que essa teoria recebeu muitas críticas pelo seu *status quo* jurídico, uma vez que parte de uma perspectiva onde o sujeito dos direitos fundamentais parece ser o próprio regulador da ordem jurídica. Não é o caso. A teoria liberal tem como base o entendimento de que a única razão de existência de leis é para que a liberdade possa ser exercida na sua maior plenitude. Dessa forma, a lei é feita para o indivíduo, o sujeito para o qual a prestação do Estado deve ser destinada.

⁴¹ Vide Art. 1º, da CRFB/88.

⁴² SILVA, 1999.

⁴³ BÖCKENFÖRDE, 1976, p. 236. Apud MARTINS, 2012, p.26.

⁴⁴ SILVA, 1999.

Não é coerente, pois, como têm feito alguns doutrinadores, afirmar que segundo a teoria liberal, o Estado não tem participação no processo de realização das liberdades, relegando-as somente ao indivíduo ou à sociedade⁴⁵. Fato é que o Estado regula a própria realização desses direitos, mas deve fazê-lo segundo um critério de não interferência ou mitigação das mesmas, utilizando o seu poder de intervenção somente nos casos em que o uso de liberdade, por um indivíduo ou mais, atrapalhar o uso da liberdade de outro indivíduo ou de uma coletividade. É justamente nesse ponto que iremos focar para analisar a questão da necessidade de intervenção ou abstenção do Poder Público na esfera dos direitos inscritos nos incisos IX e XVI do artigo quinto da Constituição brasileira.

2.3.5. TEORIA SOCIAL-DEMOCRÁTICA

A teoria social-democrática, de vertente subjetiva, difere da teoria liberal na medida em que pugna pela mudança de leitura do ‘âmbito da vida’ como uma autarquia individual, por aquele que compreende a sociedade como um todo, com a existência de prestações no intuito de se assegurar uma maior igualdade material ou, pelo menos, uma igualdade de chances e condições entre os seus sujeitos⁴⁶.

Como aqui a liberdade é concebida como instrumento que viabiliza o processo democrático e, neste ponto, se equipara à teoria funcional-democrática – diferindo, entretanto, pelo caráter objetivista daquela – há uma hierarquização do poder de usufruir de um direito fundamental de acordo com o papel deste para a sua concretização. Em linhas diretas, acontece que os direitos que não protegem uma liberdade coletiva, mas somente a do indivíduo *per se*, são tidos, de acordo com essa sistemática, menos preponderantes em relação àqueles que resguardam uma função tida como viabilizadora da democracia.

Dentro desse contexto, a própria ideia de liberdade como é entendida na sua essência, é esquecida, dando espaço ao surgimento de uma ideia de liberdade baseada num funcionalismo para um segundo objetivo que não o seu gozo, como direito inerente ao ser. Essa liberdade então passa a ser protegida somente quando fundamental para um exercício democrático coletivo. É, portanto, inegável que essa teoria pode se consubstanciar como verdadeira tentativa de socialização do Estado através do direito, em alusão a uma visão

⁴⁵ BÖCKENFÖRDE, 1991, p. 123. No mesmo sentido, v. CANOTILHO, 1998, p. 1243. Apud VICTORINO, 2007, p. 14.

⁴⁶ MARTINS, 2012, p. 10.

marxista. Seu embasamento em uma necessidade de prestação material igualitária, com vistas a viabilizar o exercício do direito, pode ser entendida como uma forma de atingir tal objetivo.

Apesar de esse aspecto, por si só, não representar uma proposição negativa e, pelo contrário, demonstra uma preocupação com a extensão dos direitos fundamentais universalmente, ela pode gerar um efeito colateral nocivo para as liberdades individuais, uma vez que não mereceriam especial atenção do estado, por não se tratar da consecução de um benefício ‘coletivizável’. Pode ser interpretada como verdadeira ditadura da maioria, e em uma visão menos otimista, em uma ditadura dos administradores públicos.

2.3.6. TEORIA PRINCIPIOLÓGICA

A teoria principiológica, a despeito de não estar presente na sistematização de Böckenförde, por ter surgido em momento posterior àquela, tanto ganhou grande repercussão jurídica nos últimos anos, como vem sendo objeto de duras críticas por parte da doutrina⁴⁷. Diante disso, consideramos que ela merece especial atenção neste capítulo.

Essa teoria, criada por Robert Alexy surge como uma tentativa de racionalização da interpretação axiológica das normas de direitos fundamentais⁴⁸, e se propõe a solucionar a problemática distinção entre regras e princípios constitucionais, a partir de uma estruturação dos mandamentos de otimização⁴⁹.

Tendo surgido em momento posterior à sistematização de Böckenförde, como já enfatizado, não houve uma exata caracterização dessa teoria como pertencendo a uma dimensão objetiva ou subjetiva, no entanto, entende-se por objetiva, vez que baseada em valores e não no indivíduo. Leonardo Martins aponta que apesar de essa classificação ser problemática, ela se caracterizaria como teoria de dimensão objetiva⁵⁰ pois nela haveria uma ‘estruturação dos mandamentos de otimização’ de caráter objetivo, bem como que as formulações dos teóricos dessa doutrina enfatizam sobremaneira a liberdade real, o que a aproximaria da teoria social-democrática.

Marcelo Neves, na recente obra *Entre Hidra e Hércules*, assevera que a retórica principialista, no Brasil, na verdade tem servido ao afastamento de regras claras e “completas”

⁴⁷ Cf., MARTINS, 2012, p. 76-88; NEVES, 2013, p. 12 et seq.

⁴⁸ BÖCKENFÖRDE, 1976, p. 237. apud MARTINS, 2012, p. 27.

⁴⁹ De acordo com a concepção de Robert Alexy, princípios são mandamentos de otimização, normas que ordenam algo a ser realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, enquanto regras são mandamentos definitivos, normas que só podem ser cumpridas ou não cumpridas.

⁵⁰ MARTINS, 2012, p. 27-28.

para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses particularistas, de forma que tanto advogados idealistas quanto estratégicos puderam utilizar com êxito a “pompa” dos princípios e da ponderação, e que sua trivialização fez com que se ela emprestasse a qualquer tese em tom de respeitabilidade⁵¹.

O que os críticos da teoria principiológica questionam, de uma maneira geral, é justamente a abertura que ela dá, por seu alto grau de imprecisão, generalidade e discricionariedade no momento do sopesamento dos princípios no caso concreto, para que o aplicador da lei a utilize para corroborar os mais distintos fundamentos. Nesse sentido, faz-se necessário abrir aqui uma crítica a essa teoria.

O julgamento do caso *Ellwanger*, correntemente citado pela doutrina como um marco jurisprudencial, por ter sido um dos primeiros a trazer grande repercussão à teoria principiológica no Brasil, é também merecedor de atenção. Esse caso se tornou emblemático não só por abordar o polêmico tema do antissemitismo, mas principalmente pelo fato de que dois então ministros do Supremo Tribunal Federal puderam proferir dois votos completamente divergentes amparados pela mesma teoria dos direitos fundamentais.

Sigfried Ellwanger foi acusado de praticar o crime de racismo contra o povo judeu, em razão de ter publicado diversas obras consideradas como antissemitas, tais como “Holocausto – Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira do século”. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul julgou, em 1966, a condenação do autor pela prática do crime de racismo, que também foi confirmada em decisão pelo STJ.

Apesar de existirem opiniões no sentido de que o autor somente propôs uma revisão histórica da matéria, desmistificando fatos sobre o genocídio judeu durante o 3º Reich alemão, o Supremo Tribunal Federal indeferiu o *habeas corpus* nº 82.424, que procurava retirar a acusação quanto à tipificação do ato como crime de racismo, vez que os judeus não constituiriam uma “raça”. Assim, sendo somente imprescritível o crime de discriminação *racial*, a conduta do autor ao discriminar os judeus e não a ‘raça judia’, não recairia no tipo penal.

A discussão do STF se enveredou por dois campos distintos. Um deles foi ao sentido de perquirir sobre a etimologia dos termos ‘raça’ ou ‘racismo’, numa tentativa de aferição da possível tipificação ou não da conduta do Sr. Ellwanger. O outro se envolveu na abordagem da colisão entre os princípios da liberdade de expressão versus dignidade da pessoa humana.

⁵¹ NEVES, 2013.

Mas a questão que aqui importa é: tanto o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Marco Aurélio utilizaram critério da proporcionalidade nos seus votos, e chegaram a conclusões distintas. Como aceitar, pois, a utilização desse método como segura para a aplicação dos direitos fundamentais?

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS LIBERDADES DE REUNIÃO E MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO: DELIMITAÇÃO DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 é um verdadeiro tratado dos Direitos Fundamentais dentro da Carta Política brasileira. Apesar de patente o fato de que os direitos fundamentais não se encontram esquematizados em um único capítulo da CRFB, o artigo quinto é, sem dúvidas, o que mais abrange esse rol de direitos e garantias individuais.

Apesar da conexão entre as garantias fundamentais dentro do contexto objeto do presente trabalho, com o fim de conservar alguma clareza e didatismo, e pela extensão necessária à abordagem de cada um dos aspectos indispensáveis a sua compreensão, as garantias à liberdade de reunião e de livre expressão do pensamento serão analisadas em separado, tal como a delimitação dos seus espaços na Constituição.

Quanto à titularidade dos direitos fundamentais, ela será aqui analisada como sendo restritamente associada ao indivíduo. Via de regra, os direitos individuais, sociais e políticos estão vinculados a interesses e necessidades de caráter pessoal e não podem ser exercidos por pessoas jurídicas. Logo, pessoas jurídicas de uma maneira geral não podem, em tese, configurar o polo passivo de um direito fundamental. Já o contrário não é verdadeiro, pois elas podem atuar ativamente na restrição de um direito fundamental do particular.

Antes de adentrar no mérito da delimitação do âmbito de proteção, cabe comentar brevemente sobre a *teoria do suporte fático dos direitos fundamentais*, que, apesar de ainda pouco explorada pela doutrina⁵², tem importante papel na compreensão do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, bem como nas intervenções neles pelo Estado.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, um dos principais percussores dessa discussão, o suporte fático dos direitos fundamentais é equivalente ao conceito de ‘tipo’ do direito penal, ou a ‘fato gerador’ e ‘hipótese de incidência’ no direito tributário. No contexto dos direitos fundamentais ele pode ser tido como uma “construção fundamental na garantia constitucional da liberdade individual contra o poder estatal”⁵³. Ele pode ser tido como a definição daquilo que é constitucionalmente protegido, qual a extensão dessa proteção e qual sua relação com as possíveis intervenções⁵⁴. A decisão por uma teoria do suporte fático amplo ou restrito implica, por sua vez, em diferentes resultados.

⁵² Cf., DA SILVA, 2010.

⁵³ KLOEPFER, 1976. Apud, DA SILVA, 2010.

⁵⁴ DA SILVA, 2010, p. 70.

O conceito de suporte fático restrito está atrelado à ideia de que existem situações e comportamentos que são excluídas, de antemão, do âmbito protetivo dos direitos fundamentais, erigindo a ideia de que há um conteúdo essencial guardado por essas normas. Assim, quando o Min. Maurício Corrêa sustenta que “um direito fundamental não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas”⁵⁵, ele está afirmando, implicitamente, que existem exclusões de condutas do âmbito de proteção dos direitos fundamentais que são realizadas *a priori*. Logo, pode-se inferir que qualquer teoria que se estruture de acordo com a consideração de um suporte fático restrito tem como papel principal a delimitação do que deve ou não ser incluído no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Tarefa que não se aplica a uma teoria que se baseie num suporte fático amplo⁵⁶, como será visto.

O suporte fático amplo não se imiscui nesse questionamento, vez que o importante aqui não é a definição de limites e do próprio âmbito protetivo, mas antes a preocupação com a argumentação possível dentro do aspecto da fundamentação constitucional das intervenções. É uma verdadeira mudança de foco, pois aqui há um deslocamento do trabalho jurisdicional para o momento onde é realizada a fundamentação da intervenção na norma constitucional⁵⁷.

Diante de tais considerações, tem-se que quando se adota a teoria do suporte fático amplo, a definição do âmbito de proteção é apenas um dos aspectos, já que as situações abarcadas por um direito fundamental ainda passarão, eventualmente, por um ‘sopesamento’⁵⁸ no caso concreto antes de se chegar à conclusão de até onde serão protegidas, ou seja, até que ponto o princípio que protege essa conduta poderá ser aplicado.

Dentre essas duas teorias, a que se enxerga como mais adequada à efetividade dos direitos fundamentais, bem como a sua proteção, é a teoria do suporte fático amplo, vez que a exclusão, *a priori*, de determinados comportamentos ou situações, da área de proteção desses direitos, pode ser derivada de uma interpretação equivocada do texto normativo. Na dúvida, o direito fundamental protege tudo o que pode ser abarcado pelo conteúdo da norma. Assim, vale ressaltar que ainda que se adote metodologicamente a teoria do suporte fático amplo, não se consideram irrestringíveis os direitos fundamentais que ora se estuda.

Mas aqui, diante da necessidade de delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, algumas restrições interpretativas se fazem visivelmente necessárias, é o caso de não se poder considerar como reunião um aglomerado de pessoas desconhecidas que

⁵⁵ Cf. DA SILVA, 2010, p. 80. Em referência ao HC 82.424. (RTJ 179/225 (270)).

⁵⁶ DA SILVA, 2010, p. 94

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Cf., Idem.

cruzam uma faixa de pedestres num dia de grande movimentação. Nesse sentido passemos a analisar mais detidamente cada um deles.

3.1. DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO E LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE REUNIÃO

Na prática das manifestações de caráter sociopolítico, a liberdade de reunião prevista no art. 5º, XVI⁵⁹ da Constituição Federal, é muito dificilmente dissociável da liberdade de manifestação do pensamento inserta no inciso IV⁶⁰ do mesmo artigo quinto. É que a própria ideia de reunir-se em locais públicos tem, em sua essência, a de comunicação, seja de um pensamento ou ideologia. Pieroth e Schlink afirmam ainda que o direito fundamental à liberdade de reunião tem por função proteger, na verdade, uma importante forma de comunicação entre as pessoas, que é reunir-se.⁶¹

A liberdade de reunião é hoje reconhecida como uma das garantias mais essenciais ao saudável desenvolvimento do sistema democrático. Um governo que não assegure à população em geral, sem distinção, a liberdade de ocupar e utilizar os espaços públicos que lhes são de direito, para que nele possam expor suas ideias, convicções políticas, religiosas, etc., participando ativamente da tomada de decisões políticas, não pode ser considerado na essência democrático.

O termo “soberania popular” se encaixa bem na essência da liberdade de reunião. É justamente o direito à formação de reuniões, agrupamentos, passeatas, associações, etc., independente de autorização de uma instituição ou autoridade, que possibilita que as ideias e pensamentos circulem livremente e, portanto, tornam possível o exercício dessa soberania. Sem um sistema político garantidor dessa liberdade, a suposta democracia que ele carrega verá impossibilitada sua própria razão de ser.

Não se contesta o fato de que inexistente democracia sem a participação popular na tomada das decisões políticas. Apesar de não existir no Brasil uma democracia direta, onde todos os cidadãos decidem livremente cada decisão a ser tomada - até pela impossibilidade física de isso acontecer em uma sociedade com tal nível de desenvolvimento demográfico - a democracia indireta também não pode dispensar a participação dos seus membros.

⁵⁹ Art. 5º, XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

⁶⁰ Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

⁶¹ PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 257.

A importância da liberdade de reunião para a concretização da democracia é tanta que a maior parte dos documentos jurídicos e políticos, nacionais e internacionais, que tratam de direitos humanos/fundamentais mencionam expressamente a necessidade de se proteger esse direito⁶². Como exemplo, podemos citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas em 1948, que diz no seu artigo 20 “*toda a pessoa tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas*”, e ainda a Convenção Americana dos Direitos Humanos, ou Pacto de San José da Costa Rica, que diz ser livre a reunião pacífica e sem armas, condicionando o seu exercício à limitação imposta por outras garantias individuais⁶³. Vê-se, na maioria desses documentos, uma preocupação com o caráter pacífico dessas reuniões, com vistas a salvaguardar a integridade dos seus participantes e a segurança e ordem pública, como analisaremos mais adiante.

A Constituição Federal de 1988, como já enfatizado, foi a primeira a consagrar a liberdade de reunião como direito fundamental destinado a todos, desde que ocorra sem armas, e exigindo tão somente a comunicação à autoridade competente do local e hora da sua realização. Passemos, pois, à interpretação extensiva da norma inserta no art. 5º, XVI, da CF/88.

Primeiro há que se entender que não pode se caracterizar como reunião qualquer aglomerado de pessoas. Segundo a concepção de Pieroth e Schlink não seriam reuniões, mas mero ajuntamentos, uma concentração de pessoas após um acidente de carro ou um público num concerto musical, em que todos prosseguem um mesmo fim, mas não um fim em comum, visto que não precisam um dos outros para a prossecução desse fim, ou seja, estão se comportando como curiosos, por exemplo, mas não como ‘atores’ do acontecimento. Todavia, também os meros ajuntamentos podem se transformar em verdadeiras reuniões, caso apareça uma ligação subjetiva que os una como tal⁶⁴.

Logo, a concentração temporária de pessoas sem o fim comum de reunir-se, mas ocasionalmente ou mesmo acidentalmente encontradas no mesmo lugar, como pessoas que assistem a um show musical, não é objeto da proteção constitucional específica da liberdade de reunião⁶⁵.

⁶² MARMELSTEIN, George. 2011, p. 125.

⁶³ Artigo 15 – “Direito de reunião: É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício desse direito só pode estar sujeito às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança ou ordem pública, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas”.

⁶⁴ PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 258.

⁶⁵ Idem.

O objeto de proteção do Direito Fundamental a liberdade de reunião não é, portanto, extensível ao aglomerado ou concentração de pessoas, mas as situações cujo conteúdo se encaixa na área de proteção constitucional. Resta, pois, analisar a norma ponto a ponto e entender até onde se estende o seu manto protetivo, bem como quais os limites ao seu exercício, quando impostos pela própria Constituição.

Um dos critérios que asseguram o âmbito de proteção contido no art. 5º, XVI, é que a reunião se dê em local aberto ao público. Aqui pode ser entendido como local aberto ao público não somente as vias públicas, mas todos aqueles que, por sua natureza, permitem, ou deveriam permitir, o acesso de qualquer pessoa, tal como shoppings, parques, as próprias casas legislativas municipais, estaduais etc. Logo não representaria afronta à constituição uma reunião convocada para acontecer, por exemplo, em horário aberto ao público, na Câmara de vereadores de determinado município.

O instituto também prevê que deve haver prévio aviso à autoridade. A interpretação mais objetiva da norma é translúcida quanto ao fato de não ser exigida qualquer autorização do Poder Público para que aconteça a reunião. O aviso consiste, na melhor das hipóteses, em uma forma de evitar que duas reuniões diferentes ocorram no mesmo local e, ainda, que possa ser convocada a segurança necessária ao seu acontecimento.

Parte da doutrina aponta, ainda, para a necessidade de se comunicar um número estimado de pessoas esperadas para a reunião. Importa observar, entretanto, que tal exigência não abrange reuniões marcadas para acontecer em locais privados ou fechados ao público. Se assim fosse, estaríamos muito certamente diante de uma situação de evidente violação à intimidade e vida privada.

Resta indagar, também, se a manifestação que não foi comunicada fica sem a proteção constitucional. O mandamento contido na CRFB/88 quanto a esse aspecto é extremamente aberto, ele não define qual seria a autoridade competente para a comunicação do evento, e nem mesmo qual seria o intervalo de tempo em que deve haver a comunicação à referida autoridade competente, antes da reunião. O que se questiona é: no caso de uma reunião convocada sem prévio aviso à autoridade, podem as forças policiais dissolvê-la sob essa justificativa? Há opiniões dos dois lados, mas aqui se pretende esclarecer que o intuito do prévio aviso tem por intenção a assegurar a ocorrência das reuniões, de forma a não coexistirem duas reuniões que se choquem por terem sido marcadas para um mesmo horário e no mesmo local.

A norma contida no artigo 5º deve ser interpretada em toda a sua extensão, retirando dela o seu sentido e sua razão de ser. Logo, se os direitos fundamentais de *status negativus*,

segundo o entendimento aqui esposado, buscam estabelecer esferas de proteção à atuação do Estado, seria incongruente que esse mesmo direito fundamental veiculasse um mandamento implícito de repressão contra o objeto que ele protege, ou seja, a liberdade de reunir-se.

Assim, compreende-se que a reunião que frustra outra marcada para o mesmo local, poderá ser dissolvida se não houve prévio aviso, no intuito de assegurar o direito de reunião que esteve totalmente amparado pela norma constitucional. Nesse caso não se configuraria, pois, abuso de poder ou limitação arbitrária de um direito fundamental, vez que a atuação do Estado é justificada na proteção do próprio direito de reunião, só que destinado ao grupo que se revestiu inteiramente da proteção constitucional.

Na esteira do que foi dito, a ordem de “não frustrar outra reunião marcada para o mesmo local” é direta e tem sua razão de ser na proteção do direito de reunião. Ora, se um grupo pretende reunir-se em local aberto ao público, comunicando a realização de reunião no local fixado, e tem sua reunião mitigada ou frustrada por outra que ali se instalou, há que observar-se se houve descuido das autoridades avisadas, no caso de ambas terem sido comunicadas, ou se uma delas não foi comunicada.

A ausência de armas é um fator determinante para a proteção do direito subjetivo à manifestação, e não para a existência da manifestação em si. O fato de um manifestante encontrar-se portando uma arma não pode descaracterizar toda uma reunião como pacífica, se o indivíduo ou os indivíduos que são encontrados armados não representam a intenção do grupo.

A questão em torno da caracterização de ‘armas’ também gera uma discussão doutrinária ainda controvertida. Não há dúvidas de que um rifle ou pistola, instrumentos construídos e utilizados com propósitos belicistas, são armas em sentido estrito. Mas o que dizer em relação a instrumentos de trabalho com características de armas brancas, que possuem utilidade não bélica? Essa discussão esbarra nas manifestações realizadas pelo Movimento dos Sem Terra, nas quais grande parte dos manifestantes carregam instrumentos agrícolas, como enxadas, foices, etc. Nesses casos, há que se verificar se os instrumentos em questão estão sendo utilizados para fins não pacíficos, situação na qual a manifestação não estaria protegida pela liberdade de reunião, caso contrário, a utilização dos mesmos com fins exclusivamente simbólicos ou de representação cultural, não pode frustrar o acontecimento de uma manifestação.

Interpretação em contrário conduziria à consequência esdrúxula de restarem desprotegidas reuniões artísticas nas quais fossem utilizados os instrumentos em questão, ou

ainda, estariam também sem proteção aquelas manifestações culturais com uso de armas brancas, e.g., dos facões utilizados em rodas de capoeira.

A finalidade pacífica é, pois, o elemento indispensável. Uma reunião sem armas, mas com objetivos não pacíficos, estará fora da guarida da liberdade de reunião.

Há que se levar em conta, ainda, se a finalidade belicosa ou violenta parte do grupo como um todo, ou de indivíduos que estão ali presentes, sem ligação subjetiva com os demais participantes. Resolver essa questão é um desafio dentro de manifestações onde há um grande número de participantes, muitas vezes totalmente desconhecidos e desvinculados ideologicamente, como foi o caso das manifestações ocorridas em meados de 2013.

Estes dois últimos tópicos são motivo de grande questionamento no contexto das recentes manifestações no Brasil. José Cretella Jr. infere que os direitos subjetivos e as pretensões à reunião são tantos quanto os indivíduos que vão à praça, ou à casa, ou ao pátio, ou campo, ou à praia, para se reunirem⁶⁶. Dessa conclusão ele extrai duas consequências: uma delas diz respeito ao fato de que estar armado um, ou alguns dos manifestantes, faz elidir-se, o direito daquele somente, não atingindo a esfera subjetiva constitucionalmente protegida dos demais; em um segundo momento, que a finalidade ilícita pretendida por um, ou alguns dos presentes, não se contagia aos fins dos outros.

Schlink e Pieroth explicam ainda que a conduta não pacífica de particulares deva ser apreciada a parte, e caso as violações jurídicas não sejam apoiadas pelo grupo em sua globalidade o caráter pacífico da reunião não é prejudicado no seu todo⁶⁷. Por esse motivo, a cessação ou proibição de realização de manifestação pública pela ação delituosa de um ou mais participantes afronta o direito subjetivo de todos os outros que não compartilham da intenção de infringir a lei. Logo, também será inconstitucional a ação policial que inflige determinada coação ou limitação à liberdade de um grupo maior do que aqueles dos indivíduos que, por suas ações, se encontram fora da área de proteção constitucional, seja pelo porte de armamento ou pela atitude não pacífica.

É tarefa muitas vezes difícil, mas necessária, conscientizar a população de que o dever da polícia é a proteção dos seus direitos, e não sua mitigação. Ela tem por atribuição garantir o exercício do direito de protestar e de manifestar uma opinião, descontentamento ou política. A repressão, nesse caso, só é a conduta adequada quando há o impedimento, por outrem, de um direito constitucionalmente protegido.

⁶⁶ MERLONE, 2013.

⁶⁷ SCHLINK; PIEROTH, 2012, p. 259.

As medidas policiais devem ser destinadas contra os que, por ato seu, perderam o direito de reunir-se, e não contra os que se acham no exercício de um direito constitucionalmente garantido. Nesse sentido Luís Roberto Barroso, José Afonso da Silva e Cretella Jr., se manifestam no sentido de que reuniões em locais públicos, com uso de armas, ou não, mas com fins não pacíficos, são ilegítimas e ilegais, afrontando a Constituição e, por isso, passíveis de dissolução⁶⁸.

A questão é discutível. A aferição, no caso concreto, da ‘intenção’ ou finalidade de lesar o patrimônio público ou uso de violência contra pessoas é muito precária. Noutro pórtico, há o seguinte questionamento: No caso de haverem somente alguns armados, mas as armas, ou mesmo a intenção de provocar ‘terror’ pertença à massa de manifestantes, é legítima a dissolução? Em tese sim. Mas o critério de análise, pelo Estado, se pautado numa finalidade definida não por atos concretos, mas pela intenção dos manifestantes é inseguro e altamente subjetivo, e pode terminar tanto no abuso de poder pelas forças policiais quanto, no lado oposto, na proteção de atos delitivos encobertos pela manifestação.

Outra questão que interessa ao estudo do âmbito de proteção da liberdade de reunião seria quanto à questão de quais instrumentos podem ser considerados como armas, tendo em vista o uso de instrumentos que muitas vezes não são armas facilmente identificáveis ou mesmo de ferramentas comuns que podem ser interpretadas como armamento? É, por exemplo, o caso das manifestações promovidas pelo Movimento dos Sem Terra, que usam como símbolo o machado e a foice, instrumentos agrícolas, mas que podem muito bem servir a ações não pacíficas. Assim como esses mencionados, existe um grande espectro de instrumentos que podem ser considerados como armamento em dependendo da finalidade para a qual são utilizadas. São muitas questões de teor subjetivo que podem influenciar ou não na intervenção policial completa ou parcial, dentro de uma manifestação.

3.2. DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO E LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DA LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

Liberdade de manifestação do pensamento consiste no direito de manifestar livremente opiniões, ideias e pensamentos. É um direito precipuamente de *status negativus*, na medida em que direciona ao Estado um mandamento de não intervenção na manifestação de

⁶⁸ Cf., MERLONE, 2013.

pensamentos ou ideias, ainda que em determinadas situações possa demandar uma prestação estatal para sua garantia.

A garantia à livre manifestação do pensamento, como está expressa no art. 5º, IV da Constituição Federal, é um conceito basilar nas democracias modernas nas quais a censura não tem respaldo moral, além de ser um elemento inerente à própria existência do sistema democrático. Ela propicia a livre circulação de ideias, o debate e a formação de opinião de forma mais equitativa e democrática, assegurando a todos o direito de expressar – dentro dos limites traçados pelos próprios direitos fundamentais – seu pensamento e compartilhá-los com os demais. Essa garantia evita que o Estado, através de seus agentes e governantes, controle o tipo de informação que a população pode ter acesso e assegura, de forma mais ou menos equilibrada, que todos podem ser difusores e receptores dessas informações.

O Estado democrático é, antes de tudo, um defensor da essência da liberdade. No caso da liberdade de manifestação do pensamento ela é assegurada tanto sob o aspecto positivo, através de uma proteção à exteriorização da opinião, como sob o aspecto negativo, referente à proibição da censura⁶⁹.

O constituinte de 1988 foi enfático quanto à necessidade de se proteger a livre circulação de ideias; fato provavelmente ensejado pelo trauma do regime militar, que tinha como característica a utilização da censura de forma banalizada⁷⁰. Tal conclusão também pode ser extraída de outro dispositivo da CRFB/88, é que o art. 220, ‘caput’, ao tratar da comunicação social, aduz que a manifestação do pensamento, bem como a criação, expressão e informação não sofrerão restrição⁷¹. Os incisos que se seguem aprofundam essa retórica, limitando ainda mais a possibilidade de interferência do Estado no âmbito protegido da liberdade de expressão do pensamento, seja na sua forma político-ideológica, cultural, artística, etc.

Há teóricos que defendem, ainda, a liberdade de manifestação do pensamento como um direito que não se exaure no mandamento de não-intervenção, mas que para assegurá-lo são necessárias ações positivas do Estado⁷². Segundo essa visão a liberdade de expressão desempenha além do papel de direito subjetivo individual, que estaria mais relacionado à proteção da liberdade do cidadão comum, de artistas, escritores, manifestantes, etc., também

⁶⁹ FERREIRA, Pinto. Comentários...V.1, p.68 apud MAFRA, 2005.

⁷⁰ MARMELSTEIN, George. 2011. p. 128.

⁷¹ “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

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

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

⁷² Cf., SARMENTO, 2007.

desenvolveria um papel objetivo, vez que serve de instrumento para a livre formação da opinião pública e para o intercâmbio de ideias entre os cidadãos, o que estaria mais relacionado à liberdade de imprensa.

A despeito de não se abordar, aqui, os possíveis efeitos dessa distinção, importa abrir o parágrafo para ressaltar que os avanços trazidos com a acessibilidade às redes de internet por boa parte da população dos países mais economicamente desenvolvidos, vêm mitigando cada vez mais o monopólio da informação por grandes empresas de telecomunicação e jornalísticas, o que faz com que essa diferenciação entre a liberdade de manifestação do cidadão comum e a de imprensa seja cada vez menos percebida.

Essa ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, desenvolvida no Direito Constitucional alemão com o julgamento do caso Lüth⁷³, demonstra que além de direitos subjetivos, os direitos fundamentais encarnam os valores mais relevantes da comunidade, que devem irradiar-se pelo ordenamento jurídico de forma a condicionar e inspirar a interpretação e a aplicação do Direito. Os direitos fundamentais não seriam, pois, somente limitadores, mas também uma orientação de ação ao Estado. Ele teria o dever, através de seus três poderes, não só de abster-se de violar a tais direitos, mas também de promovê-los e garanti-los frente à ação de outros indivíduos e de grupos privados⁷⁴.

Essa lógica tem potencial relação com a teoria funcional-democrática dos direitos fundamentais, vez que enxerga a norma como uma ferramenta à concretização do sistema democrático e da consecução de fins coletivos. Não se pode esquecer ou deixar de lado o fato que as liberdades aqui estudadas, apesar da possibilidade de atribuição de um caráter objetivista, tem sua razão ontológica na proteção de uma liberdade individual, como garantia essencial diante não só das arbitrariedades do Estado mas também de uma possível rejeição coletiva do uso que o indivíduo faz dessa liberdade.

Isso demonstra, em outras palavras, que a pessoa investida do seu direito de liberdade de expressão do pensamento pode opor esse direito a todos, não cabendo a qualquer indivíduo ou grupo tentar coibir ou invadir o seu espaço constitucionalmente garantido, por que este lhes desagrada. Não pode, pois, um grupo de católicos fundamentalistas obrigar, seja

⁷³ O caso *Lüth x Harlam* é um dos mais emblemáticos julgamentos do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Lüth foi um crítico de cinema que propôs aos alemães um boicote ao filme romântico de Veit Harlam, que durante o 3º Reich havia dirigido diversos filmes de discriminação contra o povo judeu. Harlam e a distribuidora do filme ingressaram com ação judicial contra Lüth, sob a justificativa de que o boicote atentava contra disposição do Código Civil alemão, que determinava a ordem pública. O crítico foi condenado na instância ordinária, mas recorreu à Corte Constitucional, onde a reclamação foi procedente, vez que entendeu o Tribunal que o direito fundamental à liberdade de expressão deveria prevalecer sobre a regra geral do Código Civil alemão. Foi o primeiro caso em que se decidiu pela aplicação horizontal dos direitos fundamentais.

⁷⁴ SARMENTO, 2007, p. 13.

pelo uso da força ou por meio do aparelho estatal, o fim de uma passeata a favor da retirada de crucifixos de órgãos públicos ou repartições judiciárias, por exemplo, assim como, ao reverso, não poderia o mesmo grupo frustrar manifestação que pregasse a inexistência de um profeta enviado por um deus.

Mas essa garantia, tal como todos os demais direitos fundamentais, não pode ser tida como absoluta. O próprio choque, no caso concreto, com outras garantias constitucionais, é capaz de mitigar o direito em questão. Logo, é incorreto afirmar que o Estado é impedido de coibir a manifestação de qualquer pensamento ou ideia em qualquer contexto.

Ilustra o exposto o caso brasileiro do autor que editava e publicava livros com suposto teor antissemita e foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pelo crime de racismo, conhecido como ‘caso Ellwanger’, foi não menos que uma interferência do Poder Judiciário na sua liberdade de expressão do pensamento, entendida como constitucionalmente justificada. Entendeu-se, entretanto, que a manifestação do seu pensamento não estava dentro da delimitação protegida pela CF, uma vez que a própria Norma Fundamental exara o mandamento de repúdio ao racismo, logo, tal intervenção seria justificada. É o que analisaremos ao final deste trabalho⁷⁵.

Na linha do que foi dito, a liberdade de manifestar qualquer pensamento que se tenha, pode concorrer com outros direitos fundamentais, inclusive com a própria dignidade da pessoa humana, de qual é corolário. Seria constitucional que essa garantia pudesse servir para práticas racistas, homofóbicas, terroristas, etc.? Este trabalho pretende demonstrar que a área de proteção das liberdades individuais, assim como a de qualquer direito fundamental, não é ilimitada. Mas para que o Estado nela intervenha, é imprescindível que apresente uma justificação constitucional pautada num critério de proporcionalidade.

3.3. ANÁLISE DOS LIMITES AO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, como já fora abordado aqui, não são mandamentos absolutos, eles podem e devem ceder em algumas situações. A relatividade desses direitos encontra duas motivações. A primeira delas é quanto ao fato de estes direitos poderem entrar em conflito uns com os outros, o que determina uma restrição recíproca. É o caso do direito de reunião se chocar com a liberdade de ir e vir, ou o direito à intimidade contra a liberdade de imprensa, por exemplo.

⁷⁵ Cf., Tópico 5.3.

O outro aspecto encontra razão na licitude dos atos praticados pelo sujeito. Dessa forma, pode-se considerar que estes não podem ser utilizados como forma de justificar a prática de atos ilícitos, por exemplo⁷⁶. Seria, na verdade, contraditório definir um mesmo comportamento como direito e ato ilícito. Nessa situação se encaixa a vedação ao uso da liberdade de expressão do pensamento como escudo para propagar ideias racistas, homofóbicas ou o chamado *hate speech*, como já definido pelo STF⁷⁷.

As posições que a área protegida pelo direito fundamental engloba podem sofrer restrições, já que não existem situações jurídicas fundamentais faticamente absolutas, podendo ser ou não constitucionalmente justificadas. Para que haja a possibilidade dessa justificação e eventual legalidade da restrição é necessário que haja um limite à garantia dos direitos fundamentais⁷⁸.

Podem ser limitações ao exercício dos direitos fundamentais a colisão entre direitos e a liberdade de conformação pelo legislador, ou o princípio da reserva legal. Antes da análise de cada um deles importa citar que hoje existem duas teorias sobre a limitação dos direitos fundamentais: a teoria externa e a interna. A primeira presume que as restrições aos direitos fundamentais são externas; ou seja, a definição, o contorno, a conformação ou a regulação de um direito fundamental seriam processos racionais anteriores à aplicação do direito e que, portanto, já seria imanente a exclusão de determinadas condutas da sua área de proteção⁷⁹.

No caso da teoria interna, o conteúdo de um direito só pode ser definido no confronto com os demais, de modo que não existiriam restrições em abstrato, mas somente definições, no caso concreto, do seu alcance⁸⁰. Ou seja, uma vez definido o seu âmbito protetivo é que se passa a examinar as possíveis restrições e suas justificações constitucionais⁸¹.

Quanto à colisão entre normas de direitos fundamentais, há que se abrir um parágrafo para diferenciá-la do conceito de concorrência, para que se evitem confusões terminológicas.

⁷⁶ Cf., DA SILVA, 2010, p. 80.

⁷⁷ Cf., “Caso Ellwanger”. Tópico 5.3. “(...) Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.” STF, Pleno, HC 82.424/RS, Relator para o Acórdão Ministro Maurício Corrêa, DJ de 19.03.2004.

⁷⁸ CASTRO, 2013, p. 105.

⁷⁹ Idem, p. 97.

⁸⁰ Cf., FILHO, João Trindade Cavalcante. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf

⁸¹ CASTRO, 2013, p. 97.

Enquanto a colisão entre direitos fundamentais é analisada no momento da possível intervenção estatal, quando um direito fundamental de seu titular pode estar restringindo o exercício do direito fundamental atingido pela medida ou omissão do Estado. A concorrência, por sua vez, tem sua problemática na definição de um parâmetro de avaliação a ser adotado no exame de constitucionalidade. Isso ocorre quando o titular pode se valer de mais de um direito fundamental contra uma determinada intervenção estatal, porque esta supostamente atingiu mais de um direito fundamental deste titular.

As colisões entre direitos fundamentais nascem quando o exercício de um direito fundamental entra em conflito com outro ou com bens jurídicos-constitucionais. A dificuldade reside em definir os limites que permitem uma vivência harmônica entre os direitos colidentes. A doutrina aponta dois tipos de ferramentas para decidir os casos que envolvem esse tipo de conflitos. Uma delas é a interpretação sistemática ou harmônica da constituição, na qual o intérprete vai levar em consideração todo o texto para dele extrair uma interpretação a partir dos parâmetros estabelecidos pelo constituinte. A outra é o uso do critério da proporcionalidade.

A reserva legal, por sua vez, se constitui como um potencial limite ao alcance do direito fundamental, vez que, quando facultada ao legislador infraconstitucional pelo próprio conteúdo da norma, pode significar ingerências do Estado do âmbito de proteção desse direito.

Não é simples a questão que envolve a possibilidade de restrição de uma norma constitucional de direitos fundamentais. Há que se avaliar se os ditames da regra infraconstitucional afrontam o próprio conteúdo essencial de proteção do direito fundamental, quando poderá ser considerada inconstitucional.

Por fim, também a possibilidade de restrição pelo Estado dos Direitos fundamentais alcança limites a serem definidos. É daí que surge o a teoria dos ‘limites dos limites’.

Alguns doutrinadores colocam a razoabilidade e a proporcionalidade ora como um desses limites, identificando esses institutos como sinônimos, ora como um desses limites, considerando que a existência de um é exclusão do outro e, por fim, há ainda a defesa pela existência de ambos os institutos autonomamente⁸².

A teoria dos limites dos limites guarda intrínseca relação com a ideia de conteúdo essencial dos direitos fundamentais,

⁸² CASTRO, 2013, p. 113.

Por fim, deve-se apresentar aqui os critérios de proporcionalidade e razoabilidade. Apesar de ambos os institutos possuírem um mesmo objetivo, que é limitar a atuação arbitrária do Estado à área de proteção dos direitos fundamentais, e também controlar a criação e execução das normas jurídicas, existe uma diferença crucial entre razoabilidade e proporcionalidade, que por si já impossibilita uma equiparação. É, pois, o fato de que a proporcionalidade é um método rigoroso de criação e aplicação do direito, dividido em fases específicas e metodologicamente bem delineadas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), enquanto a razoabilidade, como dito, é somente uma exigência no sentido de ponderar as medidas a serem utilizadas na intervenção, um mandamento bem menos exigente e preciso⁸³.

No entanto, as diferenças entre os institutos não é de natureza meramente narrativa-histórica, na verdade, a estrutura e aplicação de cada um dos “princípios” são completamente diversas. Entendemos que o critério da proporcionalidade é significativamente mais amplo e abarca todos os aspectos da razoabilidade. E apesar das variadas teses, acreditamos que a proporcionalidade tenha gênese na vinculação dos três poderes aos direitos fundamentais e na virada da exigência de reserva de lei para a exigência da reserva de lei proporcional, a partir da metade do século passado.⁸⁴

A situação em nossa jurisprudência não diverge. O STF, quando menciona o critério da razoabilidade, declara-o sinônimo da proporcionalidade, citando as conhecidas fases do exame rigoroso de proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), mas não as aplica e acaba usando o recurso ao princípio da razoabilidade como argumento para esconder possíveis subjetivismos em suas decisões.⁸⁵

Quanto ao critério da proporcionalidade⁸⁶, a construção teórica de Humberto Ávila defende que a proporcionalidade é, na verdade, um postulado normativo; uma meta-norma, no sentido que é uma norma sobre como se aplicam outras normas, assim como seriam, para o mesmo autor, a razoabilidade e a proibição do excesso. Em suas palavras, os postulados são “deveres estruturais, isto é, deveres que estabelecem a vinculação entre elementos e impõem determinada relação entre eles”.⁸⁷

O uso reiterado do critério da proporcionalidade na jurisprudência do STF pouco ou nada acrescenta à discussão e apenas concretiza a noção de que o chamado princípio da

⁸³ Cf., CASTRO, 2013, p. 115.

⁸⁴ Idem. p. 114.

⁸⁵ Idem, p. 114.

⁸⁶ O uso do termo critério foi aqui adotado por não se entender que se trataria de um princípio, mas de uma regra ou critério para a aplicação de normas.

⁸⁷ ÀVILA, 2011, p. 154. Apud CASTRO, 2013, p. 117.

razoabilidade e a regra da proporcionalidade seriam sinônimos. A invocação da proporcionalidade é, no maior das vezes, um mero recurso a um 'topos', com caráter meramente retórico, e não sistemático⁸⁸.

O que se percebe da jurisprudência na maioria dos tribunais brasileiros, tem sido um comportamento reiterado dos julgadores quando, sempre que se pretende afastar alguma conduta considerada abusiva, recorrem à fórmula já muito popularmente difundida: "à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional"⁸⁹.

⁸⁸ AVILA, 2002, p. 9.

⁸⁹ Idem.

4. DA POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS LIMITES: O PAPEL DOS PODERES EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO.

Feitas as considerações sobre a área de proteção das liberdades individuais previstas no art. 5º, IV e XIV, da CF/88, resta analisar quais são as hipóteses de o Estado, através de cada um dos Poderes Públicos que o constituem, pode restringir parcial ou completamente o exercício desses direitos garantidos pela Lei Fundamental.

Como normas de caráter fundamental e, principalmente, erigidas à categoria de cláusulas pétreas pela Constituição de 1988, os direitos fundamentais são normas de aplicação direta que vinculam tanto o executivo quanto os legisladores e juízes. Note-se que essa condição, de acordo com uma ótica constitucionalista⁹⁰, só é possível pelo disposto no art. 60, §4º, IV, que assegura o impedimento de alteração das regras que dispõem sobre os direitos fundamentais.

Segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, o conceito de intervenção na área de proteção de um direito fundamental pode ser entendido como uma ação ou omissão estatal que pode levar a: (a) um impedimento parcial ou total de um comportamento abrangido pela área de proteção dos direitos fundamentais; ou ainda (b) a atribuir ao exercício desse direito uma consequência jurídica negativa pela imposição de uma proibição seguida de sanção⁹¹.

Existem duas problemáticas a partir das quais se dão os choques entre direitos fundamentais. A primeira delas é quando existe um choque de interesses entre indivíduos ou grupos que tem ao mesmo tempo, ou desejam ter, condutas que são, por razões fáticas, excludentes. É o caso de quando se impede a circulação de uma via de trânsito pela realização de uma manifestação no local. Nesse caso, as pessoas envolvidas no choque de interesses chamam para si o direito constitucional que o permite exercer a conduta desejada⁹².

A outra envolve um conflito direto entre o titular de um direito fundamental, que pretende exercê-lo mediante a prática de uma conduta ou pelo recebimento de uma prestação (no caso dos direitos sociais), e o Estado. Perceba-se que em ambos os casos há um caráter de reflexividade, pois o criador da norma é o mesmo do destinatário, no caso o Estado.

Pode-se inferir que o verdadeiro papel da dogmática dos direitos fundamentais não é a resolução direta dos diversos conflitos que ocorrem a todo tempo nas relações particulares e

⁹⁰ Isso porque a noção internacionalista considera a necessidade de proteção dos direitos humanos, tal como são tidos os que aqui se analisa, independentemente do ordenamento jurídico interno.

⁹¹ DIMOULIS; MARTINS, 2009, p.133.

⁹² Idem, p. 130.

com estes e o Estado, e sim uma análise das intervenções ou abstenções normativas do Estado em relação a sua conformação com o texto constitucional⁹³.

4.1. CONTRAPOSIÇÃO ENTRE O DEVER DE AGIR E DE SE ABSTER

Chega o momento de se perquirir até que ponto o Estado, por meio dos seus agentes, detém a faculdade e, por outro lado, o dever de intervir na esfera das liberdades individuais e das individuais de expressão coletiva, tendo em vista a coexistência dessas garantias com outras, também abarcadas pela Norma Fundamental. É, por exemplo, o caso da regra que direciona ao Estado a obrigação de manutenção da ‘ordem pública’⁹⁴ em face daquela que assegura a todos o direito de reunir-se pacificamente em locais abertos ao público. Logo, é imprescindível trazer a lume a contraposição entre a garantia constitucional ao exercício da livre expressão do pensamento e da liberdade de reunião – insertos nos incisos IX e XVI, do art. 5º da Constituição Federal – e a atuação do Estado como devedor de proteção a outras garantias fundamentais, na sua função de legislador, administrador e juiz.

O entendimento de Schlink e Pieroth⁹⁵ demonstra que relativamente aos direitos fundamentais, a Lei Fundamental de Bonn – documento equivalente o que para nós é a Constituição – quer deixar patente que a vida, (nela compreendida também a integridade física), a diversidade de opiniões, a arte, a ciência, a atividade profissional, o uso da propriedade, e etc. são preciosos e devem ser tratados como superiores ao interesse do particular, de forma que se garantam ingerências⁹⁶ nas suas respectivas liberdades.

Ademais, esses direitos seriam ‘objetivamente preciosos’, e uma vez que tidos como o sistema de valores éticos eleitos como prioritários pela comunidade, o Estado seria responsável por assegurá-los a todos e, por causa dessa responsabilidade, ele deveria reconhecer funções suplementares jurídico-fundamentais que vão para além das funções jurídicas abstencionistas. Em outras palavras, ele deveria atuar objetiva ou positivamente para assegurar a não intervenção nesses direitos, paradoxalmente, inclusive, intervindo sobre outros direitos fundamentais em questão.

Mas, como proceder diante de uma situação onde o Estado precisa mitigar o direito garantido constitucionalmente para assegurar outro proveniente da mesma garantia

⁹³ Idem, p. 131.

⁹⁴ Art. 144. Da CRFB/88 “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos (...)”.

⁹⁵ PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 54.

⁹⁶ Ingerência aqui ganha o sentido de limitação, restrição, limite de atuação por parte do Estado.

constitucional? A questão da intervenção nas liberdades individuais, de maneira geral, deve se munir de justificção, que também só pode ser extraída da norma fundamental.

Por exemplo, impedir, simplesmente, a existência da reunião sem uma clara justificativa constitucional para garantia de um direito de locomoção irrestrito seria medida claramente desproporcional, pois o preço para assegurar a liberdade de locomoção de uns seria aniquilar completamente a liberdade de reunião de outros. Numa tentativa de harmonização dos direitos, é mais lógico se pensar numa restrição temporal, por exemplo, ou mesmo uma que contemple uma limitação espacial (via pública, p. ex) da área destinada à realização da reunião. Essas medidas são na maior parte das vezes, demonstrativos de uma análise e ponderação de princípios no caso concreto, enquanto a ponderação em abstrato, é o que se percebe quando o julgador num caso envolvendo direitos fundamentais, pretende simplesmente proteger um em detrimento de outro, realizando um juízo de valor sem amparo nas teorias dos direitos fundamentais.

4.2. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS RESTRITIVAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE STATUS NEGATIVUS

Diante das considerações feitas até aqui, importante analisar a compatibilidade de leis restritivas à liberdade de reunião ou de expressão do pensamento com os mandamentos protetivos inseridos na Constituição. Com base em análise exclusivamente dedutiva como meio de interpretação, ver-se-á se os direitos fundamentais em questão poderão ser violados com a aplicação de norma infraconstitucional.

As recentes manifestações populares no Brasil, além de simpatizantes também receberam muitos antagonistas. A morte de um cinegrafista durante confrontos entre a Polícia Militar e manifestantes que protestavam contra o aumento da passagem de ônibus na cidade do Rio de Janeiro⁹⁷, juntamente com a divulgada ocupação de prédios públicos, provocou uma reação hostil por parte da sociedade. Tanto é verdade a afirmação que, a pressão política por contenção das manifestações, em parte, criada e fomentada pela chama grande mídia, acelerou o processo de tramitação de Projeto de Lei criado supostamente com o objetivo de conter ameaças terroristas, porém, claramente destinada a conter comportamentos desviantes dentro

⁹⁷ Fontes: Notícias Uol. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/02/10/morre-cinegrafista-da-band-atingido-por-explosivo-em-protesto-no-rio.htm>; e Portal de Notícias do Senado. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/02/10/morte-de-cinegrafista-esquenta-debate-sobre-tipificacao-do-crime-de-terrorismo>.

das manifestações públicas no Brasil, oportunamente num momento imediatamente anterior a celebração de megaeventos desportivos no país.

A repercussão das manifestações de 2013, no Brasil, foi tanta que o Senado Federal desentrou para votação o PLS - Projeto de Lei do Senado nº 499/13⁹⁸, que tem por finalidade definir o crime de terrorismo no Brasil. O que chama atenção para o projeto é o fato de ele pretender enquadrar diversas práticas ocorridas em manifestações populares dentro dessa categoria, prevendo, inclusive, o aumento de pena para crimes praticados durante o exercício dessa forma de reunião⁹⁹.

Ao contrário da Lei de Segurança Nacional, editada em 1983, ainda durante a vigência do regime militar no Brasil, as disposições contidas no novel projeto são vagas e permitem um enquadramento muito abrangente de condutas potencialmente terroristas. Segundo a lei em análise, entende-se como ato de ‘terrorismo’ a conduta que provocar ou infundir terror ou pânico generalizado. Essa tipificação deixa brecha para enquadrar como ato terrorista desde o uso de bombas caseiras em manifestações, à prática do que ficou conhecido como “rolezinho” nos shoppings brasileiros. Nessa esteira, há que se ter em mente uma potencial incongruência com a Constituição e retrocesso trazidos com a norma.

Primeiro por representar um retrocesso da democracia brasileira, uma tentativa de controle dos movimentos sociais e de restrição da liberdade de manifestação. Depois, porque difunde a ‘policialização’ da vida em sociedade. E, por fim, ainda prejudica o orçamento e a capacidade distributiva do Estado, dado que procurar efetividade do cumprimento de normas pelo aumento de penas são custosas e tem demonstrado trazer consigo efeitos negativos que muito provavelmente eclodirão no futuro¹⁰⁰.

Não pode passar despercebido, também, o fato de que o projeto, que tem apoio de grande parte dos legisladores tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal, pode ser votado em regime de urgência, fato esse que dispensaria a passagem pela Comissão de Cidadania e Justiça, meio essencial, ainda que não totalmente efetivo, ao diálogo das Casas legislativas com a população diretamente interessada. Fato é que em ano eleitoral, as manifestações populares podem ser extremamente negativas para a candidatura de determinados candidatos, então é extremamente conveniente a aprovação urgente de uma lei que limite possíveis perturbações a essas candidaturas.

⁹⁸ Projeto de Lei do Senado n. 499/2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=141938&tp=1>

⁹⁹ Fonte: Sítio do Jornal Estadão. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,lei-sobre-manifestacoes-sera-enviada-ao-congresso,1137504,0.htm>.

¹⁰⁰ SAAD-DINIZ. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-08/proposta-terrorismo-brecha-violacao-direito-manifestar#autores>

Já existe uma crítica jurídica aos projetos de leis propensos a imitar o direito de reunião e manifestação do pensamento, seja pela atribuição de uma maior penalização aos delitos praticados durante as manifestações políticas, seja pela vedação do uso de máscara durante estas.

O que de fato se percebe da atuação do Poder Legislativo, nesse caso, são estratégias muito parecidas com aquelas adotadas durante o regime militar. Tanto lá quanto agora, se criou uma espécie de inimigo interno a ser combatido pelo bem da população. Ao se confundir segurança pública com segurança nacional, se causa medo, e esse medo é o ponto de pressão necessário para que a sociedade aceite verdadeiras arbitrariedades do Estado, que sob a desculpa de propiciar o bem geral, busca a perpetuação de um regime político por meio de violência, prisões e processos arbitrários¹⁰¹.

Caso semelhante se passa com a Lei Estadual nº 6.528/2013, do Rio de Janeiro, que proibiu o uso de máscaras nas manifestações políticas no Estado, e também merece ter sua constitucionalidade aqui analisada. Essa lei foi criada com o objetivo de regulamentar o art. 23 da Constituição Estadual do Rio de Janeiro¹⁰², o qual praticamente repete o disposto na Constituição Federal, acrescentando somente que força policial poderá intervir para garantir o direito de reunião e outras liberdades constitucionais, além da defesa da segurança pessoal e do patrimônio público e privado.

Essa lei também obriga o aviso prévio à autoridade policial sobre a realização de manifestações, sendo que, se o protesto tiver sido marcado pela internet com 48 horas de antecedência, o aviso à polícia ficará dispensado.

A constituição autoriza essa reserva legal, ou tratar-se-ia aqui de uma intervenção, pelo legislador, não justificada na área constitucionalmente protegida pelo direito fundamental à liberdade de reunião?

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² Art. 23, da CERJ “Art. 23 – Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo exigido apenas prévio aviso à autoridade.

Parágrafo único - A força policial só intervirá para garantir o exercício do direito de reunião e demais liberdades constitucionais, bem como para a defesa da segurança pessoal e do patrimônio público e privado, cabendo responsabilidade pelos excessos que cometer”

5. ESTUDO DE CASO DAS RECENTES DECISÕES PROFERIDAS POR JUÍZES E TRIBUNAIS BRASILEIROS NO AMBITO DA LIBERDADE DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

A aplicação das teorias dos direitos fundamentais nos tribunais brasileiros não tem sido, nem nunca foi, límpida e homogênea. Como é próprio da discussão jurídico-dogmática, muitos são os pontos que se busca definir para o estabelecimento de critérios na aplicação de regras e princípios num caso concreto, conservando ao máximo possível a imparcialidade do intérprete da norma.

Nesse sentido, importante se fazer uma análise da atual jurisprudência pátria, através do estudo de dois casos emblemáticos envolvendo as liberdades de reunião e de manifestação do pensamento. O primeiro deles, que começou com uma ação ordinária com pedido liminar julgado em primeira instância pelo juiz federal Magnus Delgado, que acabou chegando ao STJ, dá suporte à análise da aplicação do direito fundamental à liberdade de reunião. O segundo caso trata de emblemática Ação Direta de Inconstitucionalidade onde o STF decidiu sobre a aplicação da liberdade de manifestação do pensamento nos protestos que ficaram conhecidos como “marcha da maconha”.

5.1. CASO “REVOLTA DO BUSÃO”

O caso ‘Revolta do Busão’, como ficou conhecido o conjunto de manifestações, na cidade de Natal, contra o aumento da tarifa do transporte público pretendido pela administração municipal, é contemporâneo das ‘jornadas de junho’ e de tantas outras manifestações políticas que ocorreram nas capitais brasileiras no ano de 2013. Assim, no início daquele ano, quando anunciado pela mídia o aumento da tarifa das passagens de ônibus urbanos, várias manifestações políticas começaram a eclodir pontualmente, formadas principalmente por ativistas do ‘Movimento Passe Livre’ junto com integrantes de grupos estudantis.

É bem verdade que em um determinado momento as pautas da mobilização extrapolaram a reivindicação contra o aumento na tarifa de ônibus e abordaram temas como melhoria na educação, saúde, combate à corrupção e a homofobia, entre outros. As passeatas, inicialmente pequenas, começaram a expressar o desejo de melhoria das condições de vida na cidade e foram tomando proporção até se transformarem em uma manifestação onde parte

considerável da população foi às ruas no que foi dito, por fontes jornalísticas, o “maior ato público já visto na cidade”¹⁰³.

Após uma série de reivindicações realizadas nas principais vias públicas da cidade, com a perturbação e interrupção do tráfego¹⁰⁴, foi proposta uma ação perante a Justiça Federal do Estado, pelo Sindicato das Empresas de Transportes Urbanos – SETURN pleiteando, em sede de liminar, que fosse impedida pela da Polícia Militar e Polícia Rodoviária Federal a interdição da BR-101 pelos manifestantes da “revolta do busão”, por se tratar de uma via de grande fluxo de automóveis, importante para a entrada e saída de pessoas na cidade.

Fato é que após a concessão da liminar pelo juiz titular da 1ª Vara Federal onde foi ajuizada a ação, representantes do movimento ingressaram com ação de *habeas corpus* no TRF da 5ª Região, pleiteando o direito de reunião no local marcado, sob pena de restrição arbitrária do direito de ir e vir daqueles manifestantes. A pretensão foi negada nessa instância, e após HC impetrado junto ao Superior Tribunal de Justiça, o direito dos reclamantes foi reconhecido em decisão do Min. Herman Benjamin, a qual será analisada *a fortiori*.

A decisão proferida pelo Juiz Magnus Delgado, titular da 1ª Vara Federal do Estado do Rio Grande do Norte, como será visto, não se respalda em nenhuma das teorias dos direitos fundamentais, fato que, como já comentado no capítulo 2 deste trabalho, pode acabar por contaminar a decisão com a falta de critério jurídico-dogmático e termina revelando uma interpretação subjetivista pelo intérprete da norma. Passa-se, assim, a investigar mais pormenorizadamente o conteúdo dessa decisão.

O magistrado utiliza, para a fundamentação do caso, uma decisão anterior que versa sobre situação aparentemente similar ao dos autos, e adota seus fundamentos como razão para decidir a lide. No caso, a decisão foi em favor da pretensão do Sindicato de Empresas de Transportes Urbanos. Segue o dispositivo da decisão:

“defiro o pedido de antecipação de tutela para determinar aos réus, através dos Superintendentes da PRF e da PF, bem como o Cmte. da PMRN, que deverão ser oficiados neste sentido, que adotem imediatamente todas as providências acautelatórias e repressivas, estas últimas se necessário for, no sentido de assegurar o fluxo normal e contínuo da BR 101, em qualquer parte do seu trecho e em ambas as vias, permitindo apenas eventual manifestação pacífica, serena e ordeira nas marginais da pista, na data de hoje, ou em data futura desde que haja pertinência temática com a lide ora proposta. As tropas de

¹⁰³ Fonte: <http://ne10.uol.com.br/canal/cotidiano/obrasilnasruas/noticia/2013/06/20/manifestacao-reune-cerca-de-50-mil-pessoas-em-natal-426521.php>

¹⁰⁴ Fonte: JORNAL DE HOJE. Natal, 17 jul. 2013. Disponível em: <<http://jornaldehoje.com.br/manifestantes-da-revolta-do-busao-convocam-a-populacao-para-novo-protesto-nesta-sexta-feira/>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

choque da PRF e da PM devem ser requisitadas para que se dê fiel cumprimento à presente decisão.”

Os réus, Estado do Rio Grande do Norte e União, seriam, de acordo com a decisão, impelidos a conter a manifestação em qualquer das vias da BR-101. Observe-se, no entanto, que o pedido postulado pela SETURN, era no sentido de garantir-se o fluxo ou da via principal da BR-101 ou de suas marginais¹⁰⁵. Nesse sentido, o magistrado desde o início se equívoca ao realizar julgamento *ultra petita*, numa decisão que se revela claramente política.

Outros aspectos também devem ser observados. Em um dos trechos da decisão que utiliza para fundamentar a própria decisão do caso ‘revolta do busão’, o magistrado afirma que se faz necessária a “*harmonização*” dos interesses conflitantes entre “de um lado os estudantes e, de outro, os usuários da rodovia federal”. Resta saber, pois, quais os parâmetros utilizados para o estabelecimento dessa harmonização entre os princípios constitucionais conflitantes. Primeiramente, o termo ‘harmonização’ aqui utilizado é vago e não deixa perceber o seu conteúdo técnico¹⁰⁶.

A garantia do exercício de um direito fundamental não necessita de justificação do porque de garanti-la, mas a intervenção e restrição no âmbito protetivo desses direitos sim. Ocorre que na decisão em exame o que se observa é uma completa restrição da liberdade de reunião, sem qualquer vestígio de ponderação no caso concreto – que poderia, inclusive, com base numa justificação constitucional plausível, restringir parcialmente o exercício desse direito em virtude da liberdade de ir e vir¹⁰⁷, assegurada pelo art. 5º, XV da Constituição.

A ponderação em abstrato, quando existe, se faz como o único *critério* na justificação da intervenção policial. O magistrado considera, se referindo ao direito de reunião, que “não é razoável o abuso deste Direito em detrimento da ordem pública e da garantia dos demais indivíduos de transitarem nos locais previstos para o acontecimento da reunião”.

¹⁰⁵ Segue trecho da decisão onde infere: “Pede o autor que os requeridos disponibilizem e direcionem força policial (Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal e Polícia Militar), em efetivo suficiente para garantir o mínimo de ordem, assegurando a circulação - com a utilização pelos manifestantes de apenas uma dentre as duas vias de locomoção da área: ou a principal, ou a marginal - e a segurança dos ônibus e funcionários das empresas permissionárias de transporte urbano coletivo”.

¹⁰⁶ Sobre isso, Cf., MARMELSTEIN. Ele afirma que na técnica da ponderação, o jurista deverá, primeiramente, tentar conciliar ou harmonizar os interesses em jogo, pelo princípio da concordância prática. Somente depois, caso não seja possível a conciliação, é que se deve partir para o sopesamento ou para a ponderação propriamente dita.

¹⁰⁷ Art. 5º, XV – “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;”

A questão que se coloca, num primeiro momento, é que: se o direito à reunião do art. 5º, XVI da CRFB garante a todos o direito de reunir-se pacificamente e sem armas em local aberto ao público quando não frustrando outra reunião convocada para o mesmo local, qual a qualidade do *abuso* enxergado pelo magistrado? Considerar que há abuso na realização de uma manifestação em via pública deveria pressupor a inexistência de algum dos requisitos elencados pela norma fundamental, ou que seu exercício se deu para encobrir uma finalidade ilegal, o que não é o caso.

Apesar de ponderar que a garantia constitucional é de grande importância para a democracia, o juiz incorre na afirmação de que “é preciso considerar que a aglomeração poderia e pode ocorrer em local diverso, sem penalizar os cidadãos que não desejem tomar parte do movimento”. Aqui se percebe outro ponto onde a ponderação é esdruxula. Não há norma constitucional ou infraconstitucional que regule a ocorrência de manifestações políticas de forma a estabelecer horários ou locais exclusivos para a sua realização, logo, trazer a tona uma ponderação em abstrato de que a manifestação deveria ser realizada em outro local não se mostra congruente com a correta interpretação do direito fundamental a liberdade de reunião.

O que se poderia fazer, a partir de uma ponderação no caso concreto, era a limitação da duração da manifestação, de modo a permitir o trânsito nas horas mais caóticas, que poderia se dar, por exemplo, em virtude do supracitado art. 5º, XV, que abarca o direito de locomoção no território brasileiro, ou ainda o mandamento constitucional inserido no art. 144, de se preservar a segurança pública através da polícia rodoviária federal e militar, de forma a manter a ordem pública, caso esta se encontrasse em perigo concreto.

Outra medida que se proporia a solucionar a questão baseada numa ponderação entre as duas liberdades no caso concreto, seria a permissão de parte da via para o tráfego de veículos, de forma a não se impedir, em absoluto, a entrada e saída de pessoas e automóveis.

Importante destacar que não se enxerga nessa decisão a adoção metodológica de uma teoria dos direitos fundamentais, ainda que pouco efetiva, o que se denota de um estudo superficial do texto, é que ele carece em sua maior parte de qualquer fundamentação amparada nessas teorias, e ainda traz a superfícies inegáveis preferências ideológicas do magistrados.

É o que se percebe quando o juiz se indigna com o resultado das reuniões provocadas pelo movimento estudantil. Nos próprios dizeres do magistrado “os recentes acontecimentos provocados pelo movimento estudantil, que deseja revogar o aumento das passagens de ônibus praticadas neste Município, trouxeram um verdadeiro caos à nossa pacata cidade”. Tal

assertiva não pode ser considerada como expressão imparcial ou politicamente desvinculada, antes fosse deixado o comum resquício de voluntarismo, como se observa correntemente em decisões jurídicas. Ao contrário, o que se vê aqui é uma escancarada rejeição ao caráter reivindicatório e caótico – pelo menos segundo a visão do intérprete – desses movimentos, percebida em várias passagens escritas pelo julgador¹⁰⁸.

Em alguns momentos existe uma tentativa de afirmar que se protege o direito fundamental em questão, mas no mesmo instante se contradiz com a insistência na impossibilidade de mitigação do direito de ir e vir, como quando infere “deixo claro que o direito a eventuais protestos não está sendo negado. O que é inconcebível e inaceitável diz respeito ao bloqueio do trecho rodoviário, por quem quer que seja”. É clara a percepção da fragilidade metodológica em que se baseou a decisão em tela. Não se deve conceber que os direitos fundamentais, quaisquer que sejam, se submetam a esse grau de subjetivismo por parte do intérprete.

Baseado nisso, o que foi classificado na decisão como o “protesto de estudantes que está prestes a se realizar na data de hoje, por conta do reajuste dos preços das tarifas de ônibus”, através de advogados do Centro Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, inconformados com a fundamentação dada pelo magistrado, recorreram à tutela do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, mediante a impetração de *habeas corpus*, tendo, contudo, seu pleito indeferido. A solução possível foi ingressar com o mesmo instrumento no STJ, contra a decisão do Des. Relator do TRF 5.

No Superior Tribunal de Justiça, a decisão do ministro Herman Bejamim, concedeu finalmente a liminar em *habeas corpus*, determinando a suspensão da determinação do juiz federal que autorizava o uso de força policial caso os manifestantes viessem a ocupar a rodovia federal, nos seguintes termos: “entendo preenchidos os requisitos necessários à concessão da liminar, em razão da flagrante ilegalidade da decisão que impede a livre manifestação pacífica em território nacional, direito fundamental inalienável, nos termos do art. 5º, IV, XV¹⁰⁹ e XVI, da CF/1988”.

¹⁰⁸ Tal como se extrai de trecho que explicita: “O que é inconcebível e inaceitável diz respeito ao bloqueio do trecho rodoviário, por quem quer que seja. Para tanto deverá a Polícia Federal, em operação de apoio à Polícia Rodoviária Federal, efetuar de imediato a prisão em flagrante de todo aquele que se opuser ao comando judicial ora expedido. E com vistas à dispersão de eventuais baderneiros que venham por em risco as vidas dos cidadãos que trafegam pela BR 101, bem como as suas próprias vidas, requisito ainda a tropa de choque da Polícia Militar, que deverá atuar em sintonia com os órgãos federais acima referidos”.

¹⁰⁹ Não parece necessário a menção do inciso XV do artigo 5º vez que as normas contidas nos incisos IV e XVI são muito mais específicas ao conteúdo da decisão, que versa sobre manifestações políticas.

O voto do Ministro se colocou no sentido de não caber ao Poder Judiciário, previamente, a imposição do uso da força policial para a repressão da circulação de cidadãos que “buscam o legítimo exercício da cidadania, em prol de melhorias públicas”¹¹⁰.

5.2. CASO DA MARCHA DA MACONHA E DECISÃO DO STF

Um dos casos mais emblemáticos decididos pelo STF nos últimos anos envolvendo os direitos fundamentais aqui abordados, em especial a liberdade de expressão do pensamento, foi o da ADI 4.274, o caso “Marcha da Maconha”. O movimento político intitulado pelo mesmo nome ganhou grande repercussão na mídia a partir de 2007, após ter tomado vulto em grandes cidades brasileiras, como o Rio de Janeiro e São Paulo.

Em agosto de 2011, quando foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade da realização de reuniões públicas que defendessem o uso de substâncias ilícitas, através da ADPF 187, o Plenário decidiu unanimemente que a interpretação do art. 287 do Código Penal deve ser dada conforme a Constituição, no sentido de excluir qualquer posição que enseje a criminalização de movimentos de defesa da legalização das drogas, vez que amparadas no direito democrático à livre manifestação do pensamento.

Apesar de a ADPF não se debruçar sobre o estudo de um caso concreto, de forma a permitir uma maior compreensão do sistema metodológico de sopesamento e proporcionalidade no âmbito do STF, os votos proferidos pelos ministros servem de base teórica ao entendimento da posição da Corte quanto aos direitos fundamentais que ora se apreciam.

Assim, serão enfocados os aspectos fundamentadores de alguns dos votos proferidos na ADI 4.274 para demonstrar, ao final, que no campo do direito a livre manifestação do pensamento, seja através da sua forma artística, política, cultural, etc., e também da liberdade de reunião, a intervenção do Estado deve ser mínima, se condicionando não à legalidade do pensamento manifesto, mas na sua harmonização com a norma constitucional.

O voto do Ministro Celso de Melo, relator do processo, é o que será mais destacado na decisão do caso Marcha da Maconha, não só pela extensão do seu conteúdo, mas porquê contou com uma pragmática definição da área de proteção do direito fundamental a liberdade de reunião. Após uma grande dissertação sobre a história da liberdade de expressão de

¹¹⁰ “não cabe ao Poder Judiciário, previamente, impor o emprego da força policial para reprimir a circulação de cidadãos que buscam o legítimo exercício da cidadania, em prol de melhorias públicas. O periculum in mora está evidenciado pela iminência de possível repressão aos estudantes” disse.

pensamento e de reunião dentro da Corte Suprema, o Ministro definiu cinco elementos que constroem o conceito de reunião, como já visto em outro momento deste trabalho. São eles: o elemento pessoal, temporal, intencional, espacial e formal, como colocado a seguir.

O elemento pessoal pressupõe que a reunião conta com uma pluralidade de participantes, possuindo legitimação ativa ao exercício do direito de reunião os brasileiros e os estrangeiros aqui residentes; o elemento temporal, que diz ser a reunião necessariamente transitória, sendo, portanto, descontínua e não permanente, podendo efetuar-se de dia ou de noite; um elemento intencional, já que a reunião tem um sentido teleológico, finalisticamente orientado a um fim comum; um elemento espacial, pois o direito se projeta sobre uma área territorial limitada, podendo ainda ser pública (vias, ruas e logradouros públicos) ou interna (residências particulares); e por fim o elemento formal, segundo o qual a reunião pressupõe alguma organização e direção, embora precárias.

Ele afirmou que essa liberdade pode ser exercida tanto em locais públicos quanto privados, desde que inseridos no conceito de “aberto ao público” tal como erigido pela norma constitucional. Mas um ponto importante do seu voto se destaca quando traz a baila um importante aspecto da ideia de *status negativus* da liberdade de reunião, que se trata da impossibilidade de que os agentes do Estado esvaziem a proteção dada ao direito, através da intervenção por meio de exigências ao acontecimento da reunião:

“mais do que impossibilidade de sua interferência na manifestação popular, reclama que os agentes e autoridades governamentais não estabeleçam nem estipulem exigências que debilitem ou que esvaziem o movimento, ou, então, que lhe embarquem o exercício. (...) Disso resulta que a polícia não tem o direito de intervir nas reuniões pacíficas, lícitas, em que não haja lesão ou perturbação da ordem pública.(...) Assiste-lhe, apenas, a faculdade de vigiá-las, para, até mesmo, garantir-lhes a sua própria realização. O que exceder a tais atribuições, mais do que ilegal, será inconstitucional.”

Essa passagem deixa clara a intenção em se ampliar a ideia de *status negativus* dos direitos fundamentais, para uma noção de proteção, se preciso através de medidas ativas e impositivas, pelo Estado, no intuito de se preservar a efetividade do direito fundamental.

Após uma extensa retórica sobre a necessidade de se preservar os direitos das minorias e a sua defesa em face da maioria hegemônica e muitas vezes opressora, o voto do

ministro se detém na necessidade de interpretação de normas infraconstitucionais de acordo com a constituição. Esse aspecto se revela como de máxima importância no presente estudo, vez que a possibilidade de edição de leis restritivas da liberdade de reunião, diante do contexto já esboçado, pode demandar um ativo trabalho jurídico doutrinário na questão, por meio da análise de constitucionalidade dessas leis.

Noutro pórtico, a limitação do direito fundamental a liberdade de expressão também é demonstrada com o exemplo prático do discurso de ódio, ou *hate speech*, como no direito norte-americano.

“É certo que o direito à livre expressão do pensamento não se reveste de caráter absoluto, pois sofre limitações de natureza ética e de caráter jurídico. (...) É por tal razão que a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão.”

E por outro lado pondera – dentro de uma argumentação voltada à ação afirmativa do Estado, em detrimento da perspectiva que enquadra os direitos fundamentais de primeira geração como sendo exclusivamente direitos de *status negativus* – que a liberdade de expressão do pensamento:

“impregnada de essencial transitividade, destina-se a proteger qualquer pessoa cujas opiniões possam, até mesmo, conflitar com as concepções prevalecentes, em determinado momento histórico, no meio social, impedindo que incida, sobre ela, por conta e efeito de suas convicções, qualquer tipo de restrição de índole política ou de natureza jurídica, pois todos hão de ser livres para exprimir idéias, ainda que estas possam insurgir-se ou revelar-se em desconformidade frontal com a linha de pensamento dominante no âmbito da coletividade.”

Dessa forma, resta claro que o conteúdo essencial da liberdade de expressão do pensamento só encontra limites quando essa mesma liberdade esbarra em outros princípios constitucionais, como da igualdade, ou da dignidade da pessoa humana.

Além do mais, o voto do ministro Luiz Fux, por sua vez, fixou a importância de se estabelecer parâmetros para a realização das manifestações, ressaltando que elas devem ser

pacíficas, sem uso de armas e incitação à violência, e, que como sabemos e desnecessário repetir, também devem ser previamente noticiadas às autoridades públicas, inclusive com informações como data, horário, local e objetivo do evento. Disse ainda ser “imperioso que não haja incitação, incentivo ou estímulo ao consumo de entorpecentes” durante a marcha, deixando patente a ilicitude do consumo de entorpecentes durante a manifestação.

Logo, conclui-se mais uma vez que a limitação dessa liberdade constitucional esbarra na necessidade de cumprimento de outros preceitos constitucionais, como é o caso da proibição de venda e porte de substâncias ilícitas, e a reprimenda desses comportamentos pela polícia.

A ministra Cármen Lúcia, acompanhando o posicionamento do relator, citou ainda a seguinte passagem, de um jurista americano: “Se, em nome da segurança, abrirmos mão da liberdade, amanhã não teremos nem liberdade nem segurança”.

Diante do conhecimento e leitura minuciosa dos votos dos Ministros – que não cabe analisar um por um, na presente obra, para ilustrar o já foi percebido pela e análise ainda que superficial de algum deles – é inegável a existência de um eminente caráter político, e muitas vezes ausência de rigorosa fundamentação, nos votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal.

6. CONCLUSÃO

De uma maneira geral, a última década viu eclodir inúmeras manifestações populares, elas questionaram tanto os abusos de poder cometidos por chefes de regimes ditatoriais, quanto políticas governamentais de países democráticos que não vêm conseguindo consolidar princípios sociais, econômicos e culturais inerentes a esse sistema de governo, em benefício da sua população.

O déficit de participação política no sistema de democracia representativa adotada pela maioria dos Estados, incluindo o brasileiro, acaba muitas vezes distanciando o cidadão do necessário debate político capaz de estabelecer uma comunicação entre povo e governo. A saída acaba sendo a criação de outras formas de fazer valer a vontade popular. Dentro desse contexto, as manifestações populares têm se concretizado como um poderoso instrumento de pressão sobre os governantes.

Ao escrever sobre interdependência entre instituições democráticas e costume democrático, Bobbio afirmou que aquelas necessitariam, para durar, do enraizamento do povo nesse costume, o que transformaria a Constituição, segundo esse ponto de vista, no ponto de partida e não de chegada¹¹¹. Nesse sentido, é possível inferir o mesmo quanto aos direitos fundamentais.

A Constituição não encerra uma compreensão do que está posto socialmente e, portanto, deve ser observado. Ela se propõe, antes disso, a inaugurar uma nova arquitetura para as instituições democráticas¹¹². Logo, os direitos fundamentais não podem ficar presos a reservas legais que importem em uma abstrata mitigação do âmbito de proteção que a Constituição erige. Nesse sentido, a imposição de limites ao produto da atividade legislativa, através da análise de constitucionalidade das normas, é um importante instrumento na contenda contra possíveis arbitrariedades cometidas no âmbito desse Poder.

As palavras de Friedrich Muller na obra *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia* ilustram bem a perspectiva de que “Não existe democracia sem espaço público. Ele é o espaço do povo, quer dizer, da população”. Assim, a efetividade das garantias fundamentais à liberdade de reunião e de expressão do pensamento se mostra, nesse contexto, essencial e imprescindível para a consecução do ideal democrático estampado na Constituição. Essa efetividade, contudo, não será atingida enquanto o Executivo não observar

¹¹¹ BOBBIO, p. 39-41. Apud, LAFER, 2010, p. 12. (Retirado da obra “Qual Democracia?”, apanhado de textos do autor Noberto Bobbio, com organização de Mario Bussi e Prefácio de Celso Lafer.)

¹¹² Cf., BOBBIO.

os limites razoáveis de sua atuação, e principalmente, quando o Judiciário não for capaz de definir esses limites, pela persistência crônica do decisionismo subjetivista em grande parte da jurisprudência brasileira, amparado por critérios de pouco ou nenhum rigor metodológico.

É pela vinculação às teorias dos direitos fundamentais apoiadas em critérios que mitiguem os esforços voluntaristas do intérprete da norma, que se pode atingir um sistema, pelo menos em maior medida, fundamentado na razão e numa lógica jurídico-constitucional.

Mesmo se considerarmos que a decisão do magistrado está fatalmente condicionada, ainda que em grau mínimo, pelo subjetivismo inerente ao raciocínio humano, em especial nas ciências sociais, devemos ainda, buscar ao máximo o estabelecimento de critérios para que tal subjetivismo não se estabeleça como uma característica aceitável e plausível a se levar em consideração como justificativa de decisões que devem ser jurídicas, mas evitadas de visível argumentação política. Parafraseando Barroso, “a impossibilidade de chegar-se à objetividade plena não minimiza a necessidade de se buscar a objetividade possível”.

Esse intento no caso dos direitos fundamentais à liberdade de expressão do pensamento e de reunião é especialmente problemática, pois o próprio conteúdo dessas normas é essencialmente político. Todo o direito o é. O que preocupa é a possibilidade de que a arbitrariedade se ponha sobre o próprio Direito.

Quando o intérprete elabora um pensamento no intuito de justificar uma decisão, ele está dizendo implicitamente que os seus valores são corretos e devem ser impostos em detrimento de uma interpretação errônea do direito analisado. Quando ele, por outro lado, estabelece critérios pré-definidos de interpretação e aplicação da norma constitucional, mesmo que no seu íntimo existam diversas motivações para condenar ou aplaudir uma conduta ou situação presente no caso que analisa, essas motivações podem ser dirimidas pela objetivação.

Não se quer, com isso, afirmar que o operador do direito deve se comportar como um ser sem pretensão de justiça, pelo contrário, ele deve ser tão fiel à concretização dos princípios estabelecidos pela constituição, que a sua visão de si mesmo como instância de julgamento fique ofuscada pela visão de si como um instrumento de aplicação e concretização da norma constitucional.

A política deve ser concretizada pela vontade do povo, que mesmo em um sistema representativo ineficaz, não pode ser substituída pelas divergentes intenções daqueles que tem por atribuição legal, o dever de zelar pelas garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 - 10ª reimpressão.

_____. **Qual Democracia?**. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Teoria Geral do Estado**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Congresso. Senado. **Projeto de Lei do Senado N. 499 de 2013**: define crimes de terrorismo e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=141938&tp=1>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário, **ADI 4274**, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 23 nov. 2011. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=194435>. Acesso em 18 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 82.424**. Paciente: Segfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves. Coord. de Análise de Jurisprudência. Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_82424_RS_17.09.2003.pdf?Signature=mG4rpn+jO7IyBX2uFeZ1axpV4Ew=&Expires=1398277357&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf>. Acesso em: 20 mar. 2014.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CASTRO, Felipe Araújo. **A contribuição de Diké na formação do Emílio ou o papel da jurisdição constitucional na concretização do direito social à educação**. Natal: UFRN, 2013.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

CRETELLA JR., José. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª. ed., 2000, p. 235-236.

DA SILVA, Christine Oliveira Peter. O Projeto de lei nº 10 do Senado Federal: Uma Proposta Hermenêutica Democraticamente Adequada. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_03/projeto_de_lei_10_do_senado.htm>. Acesso em: 12 abr. 2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Lições de direito constitucional e teoria geral do Estado**. Belo Horizonte: Lê, 1991.

LAUTENSCHLAGER, Lauren. **Direitos fundamentais como limites jurídicos ao poder do Estado: conteúdo essencial dos preceitos constitucionais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2803, 5 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18644>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

MAFRA, Francisco. **Liberdade de pensamento**: algumas notas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VIII, n. 20, fev 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=789>. Acesso em 01 abr. 2014.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**: Leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

MERLONE, Nicholas. **Reflexões sobre a Liberdade de Reunião nas Manifestações de 2013**. Carta Forense. São Paulo. 13 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/reflexoes-sobre-a-liberdade-de-reuniao-nas-manifestacoes-de-2013/11820>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002.

MOTA, Marcel Moraes. **Uma Teoria Axiológica dos Direitos Fundamentais Constitucionalmente Adequada**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/marcel_moraes_mota2.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2014

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

NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado**. 2007. Disponível em: <http://temascontemporaneos.pbworks.com/w/file/fetch/66353296/LIBERDADE_DE_EXPRESSO_O_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2014.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Proposta sobre terrorismo dá brecha para violação a direitos**. 8 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-08/proposta-terrorismo-brecha-violacao-direito-manifestar#autores>>. Acesso em: 19 mar. 2014.

SCHLINK, Bernhard; PIEROTH, Bodo. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais: 2002. P. 23-50.

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

TRENTIN, Lorivan Antônio Fontoura. **A Importância do Constitucionalismo na Realização dos Direitos Fundamentais**. Dissertação de Mestrado, UNISINOS, 2003.

VICTORINO, Fabio Rodrigo. Evolução da Teoria dos Direitos Fundamentais. Revista CEJ, Brasília, ano XI, n. 39, p. 10-21, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/942/1115>>. Acesso em: 29 mar. 2014.