



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CAMPUS DE JACAREZINHO - PR
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA
DOUTORADO**

ADRIANO ARANÃO

**RESTRIÇÕES LEGAIS AO EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL
DE REUNIÃO: POSSIBILIDADE E PARÂMETROS**

DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

**JACAREZINHO - PR
2020**



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CAMPUS DE JACAREZINHO - PR
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA
DOUTORADO**

ADRIANO ARANÃO

**RESTRIÇÕES LEGAIS AO EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL
DE REUNIÃO: POSSIBILIDADE E PARÂMETROS**

DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Doutorado em Ciência Jurídica (Área de Concentração – Teorias da Justiça; Justiça e Exclusão), da Universidade Estadual do Norte do Paraná – Jacarezinho – PR, desenvolvida sob a orientação do Professor Doutor Renato Bernardi.

**JACAREZINHO - PR
2020**

Ficha catalográfica elaborada pelo autor, através do
Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UENP

AA679r ARANÃO, ADRIANO
RESTRIÇÕES LEGAIS AO EXERCÍCIO DO DIREITO
FUNDAMENTAL DE REUNIÃO: POSSIBILIDADE E PARÂMETROS /
ADRIANO ARANÃO; orientador RENATO BERNARDI -
Jacarezinho, 2020.
380 p. :il.

Tese (Doutorado em Direito) - Universidade
Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências
Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em
Ciência Jurídica, 2020.

1. DIREITO DE REUNIÃO. 2. RESTRIÇÕES A DIREITOS
FUNDAMENTAIS. 3. RESTRIÇÕES NÃO EXPRESSAMENTE
AUTORIZADAS PELA CONSTITUIÇÃO. 4. RESTRIÇÕES AO
DIREITO DE REUNIÃO NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL E
NO DIREITO ESTRANGEIRO. 5. RESTRIÇÕES AO DIREITO DE
REUNIÃO NO BRASIL. I. BERNARDI, RENATO , orient. II.
Titulo.

ADRIANO ARANÃO

**RESTRIÇÕES LEGAIS AO EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL
DE REUNIÃO: POSSIBILIDADE E PARÂMETROS**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Doutorado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UENP, como requisito parcial à obtenção do Título de Doutor em Direito.

Data de aprovação: 04 de novembro de 2020

Orientador: Prof. Dr. Renato Bernardi

Examinador: Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

Examinador: Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczak

Examinador: Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso

Examinador: Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira

**JACAREZINHO – PR
2020**

Dedico este trabalho aos homens e mulheres que todos os dias vestem suas fardas cinza-bandeirante e oferecem seu suor e o seu sangue para proteger pessoas e salvar vidas. Aos heróis e herdeiros da Força Pública de Tobias de Aguiar. Sem Polícia não há democracia!

AGRADECIMENTOS

Depois de quase 04 anos de intensa pesquisa, muito estudo e algum sofrimento, é chegado o tão sonhado momento de agradecer. E não são poucos as pessoas que merecem o meu mais singular e sincero muito obrigado!

O primeiro agradecimento dirijo ao Criador, Deus de todas as criaturas e criador de todas as coisas. Muito obrigado pela vida que me permitiu viver. Muito obrigado pelas pessoas com quem me permitiu conviver e aprender. Muito obrigado!

Agradeço à Universidade Estadual do Estado do Paraná e, em especial, ao Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Faculdade de Direito, na pessoa do seu coordenador e meu estimado amigo, professor Dr. Fernando de Brito Alves.

Agradeço ao meu amigo professor Dr. Luiz Fernando Kazmierczak, Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Há irmãos de sangue e há irmãos de vida. Você é meu irmão de vida!

Agradeço aos professores do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da UENP e aos meus amigos da 2ª Turma do Programa de Doutorado pelo convívio e pelas lições compartilhadas.

Rendo meu especial agradecimento ao professor Dr. Renato Bernardi, meu amigo e orientador nesta longa e difícil caminhada da elaboração da tese. Sua dedicação, seu auxílio e, sobretudo, sua confiança e seu incentivo foram imprescindíveis para que eu pudesse avançar na pesquisa e concluir este trabalho. Muito obrigado!

Agradeço aos funcionários da Faculdade de Direito da UENP e, em especial, à Natalina, que com amor, responsabilidade, correção e muita dedicação faz com que o Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da UENP seja reconhecido pela excelência das suas atividades.

Agradeço aos meus pais, Elio e Ilda, a quem devo o sopro da vida e o meu caráter.

Ao amor da minha vida, minha esposa Adriana, minha companheira de todos os dias, de todas as alegrias e de todas as angústias. Você acompanhou cada passo nesta jornada e sem você não teria resistido à primeira pedra do meu caminho. Te amo para sempre!

Aos meus filhos, Giulia e Guilherme, vocês são minha inspiração de viver. O mais intenso e puro significado da palavra amor só consegui compreender depois que

vocês aportaram na minha vida. Ser pai é o meu maior, melhor e mais importante projeto de vida.

A todos aqueles que compartilharam o viver comigo nestes anos de dedicação e muito estudo. Muito obrigado!

A aprovação da presente tese não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

ARANÃO, Adriano. **Restrições legais ao exercício do direito fundamental de reunião: possibilidade e parâmetros**. 2020. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica), UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a análise da admissibilidade constitucional e parâmetros da lei disciplinadora do exercício do direito fundamental de reunião. O art. 5º, XVI da Constituição Federal de 1988 não apresenta reserva legal expressa e, por isso, a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm recusado a admissibilidade de lei para disciplinar o exercício do direito de reunião. Em sentido contrário, o autor admite a possibilidade e, mais incisivamente, afirma a necessidade da elaboração de lei para disciplinar o exercício do direito de reunião como instrumento para a sua efetividade e compatibilização com os direitos fundamentais colidentes de terceiros no espaço público. Sem recusar as teorias jurídicas, mas sem render-se às suas abstrações, o trabalho adota o método hermenêutico-concretizador para, a partir da experiência concreta das reuniões em lugares públicos, propor uma análise jurídico-dogmática do direito em tela e apresentar soluções viáveis às colisões de direitos fundamentais decorrentes do exercício do direito de reunião em lugares públicos. Neste curso, o primeiro capítulo é dedicado à análise dos direitos fundamentais, com enfoque na definição da sua natureza jurídica, âmbito de proteção e conteúdo essencial. Diante do embate entre a teoria interna dos limites imanentes e a teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, posiciona-se a favor desta em razão de submeter-se aos sistemas de controle próprios do Estado Democrático de Direito. O segundo capítulo discorre sobre as restrições incidentes sobre o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e, de modo especial, critica a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais para admitir a disciplina legal no caso de direitos fundamentais não sujeitos a reserva legal expressa no enunciado normativo constitucional. O terceiro capítulo é dedicado à análise do direito de reunião na ordem jurídica internacional, no Direito Constitucional estrangeiro e no Direito Constitucional brasileiro. A partir dos elementos que integram o enunciado normativo do art. 5º, XVI da Constituição Federal de 1988, delinea-se o âmbito de proteção do direito de reunião. O quarto capítulo discorre sobre a sistemática de restrições ao direito de reunião no contexto da ordem jurídica internacional e do Direito estrangeiro, com especial atenção às leis de reunião da Espanha, Portugal e Alemanha. O quinto e último capítulo analisa o estado da arte da disciplina jurídica das restrições ao direito de reunião no Brasil. São analisadas decisões do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Paraná, que revelam um *déficit* na prestação jurisdicional na tutela do direito de reunião, são apresentadas experiências policiais na gestão das reuniões em locais públicos e analisados os projetos de lei em curso no Congresso Nacional. Ao final, após reafirmar a admissibilidade constitucional de lei disciplinadora do direito de reunião, são apresentados os parâmetros que, na visão do autor, devem orientar a elaboração do marco legal em epígrafe.

Palavras-chave: Democracia. Direito de reunião. Liberdade de manifestação. Âmbito de proteção. Restrições legais.

ARANÃO, Adriano. **Gesetzliche Beschränkungen für die Ausübung des Grundversammlungsrechts: Möglichkeit und Parameter**. 2020. Doktorarbeit (PhD in Law), UENP - Staatliche Universität von Nordparaná, Jacarezinho, PR.

ZUSAMMENFASSUNG

Ziel dieses Papiers ist es, die verfassungsrechtliche Zulässigkeit und die Parameter des Disziplinarrechts für die Ausübung des Grundversammlungsrechts zu analysieren. Kunst. 5, XVI der Bundesverfassung von 1988 stellt keine ausdrückliche gesetzliche Reserve da, und, daher, haben die brasilianische Doktrin und Rechtsprechung die Zulässigkeit des Gesetzes zur Disziplinierung der Ausübung des Versammlungsrechts verweigert. Im Gegenteil, der Autor räumt die Möglichkeit ein und, bekräftigt genauer, die Notwendigkeit der Ausarbeitung eines Gesetzes, um die Ausübung des Versammlungsrechts als Instrument für seine Wirksamkeit und Vereinbarkeit mit den Grundrechten Dritter im öffentlichen Raum zu disziplinieren. Ohne Rechtstheorien abzulehnen, ohne sich jedoch ihren Abstraktionen zu unterwerfen, übernimmt die Arbeit die juristisch-soziologische Methode, so dass sie auf der Grundlage der konkreten Erfahrung von Treffen an öffentlichen Orten eine rechtsdogmatische Analyse des Gesetzes auf dem Bildschirm vorschlägt und tragfähige Lösungen präsentiert Kollisionen von Grundrechten infolge der Ausübung des Versammlungsrechts an öffentlichen Orten. In diesem Kurs widmet sich das erste Kapitel der Analyse der Grundrechte, wobei der Schwerpunkt auf der Definition ihrer Rechtsnatur, ihres Schutzzumfangs und ihrer wesentlichen Inhalte liegt. Angesichts des Konflikts zwischen der internen Theorie der immanenten Grenzen und der externen Theorie der Beschränkungen der Grundrechte spricht er sich dafür aus, weil er sich den Kontrollsystemen unterwirft, die der demokratischen Rechtsstaatlichkeit eigen sind. Das zweite Kapitel erörtert die Beschränkungen des Schutzzumfangs der Grundrechte und kritisiert insbesondere die Theorie der Anwendbarkeit von Verfassungsregeln auf die Zulassung von Rechtsdisziplin bei Grundrechten, die nicht der in der normativen Verfassungserklärung zum Ausdruck gebrachten gesetzlichen Reserve unterliegen. Das dritte Kapitel ist der Analyse des Versammlungsrechts in der internationalen Rechtsordnung, im ausländischen Verfassungsrecht und im brasilianischen Verfassungsrecht gewidmet. Basierend auf den Elementen, die die normative Aussage der Kunst ausmachen. 5, XVI der Bundesverfassung von 1988, wird der Umfang des Schutzes des Versammlungsrechts umrissen. Im vierten Kapitel wird das System der Beschränkungen des Versammlungsrechts im Kontext der internationalen Rechtsordnung und des ausländischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Versammlungsgesetze in Spanien, Portugal und Deutschland erörtert. Das fünfte und letzte Kapitel analysiert den Stand der Rechtsdisziplin der Beschränkungen des Versammlungsrechts in Brasilien. Es werden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und der Gerichte von São Paulo und Paraná analysiert, die ein Defizit in der Zuständigkeitsbestimmung zum Schutz des Versammlungsrechts aufzeigen, polizeiliche Erfahrungen bei der Verwaltung von Versammlungen an öffentlichen Orten vorlegen und die Gesetzentwürfe analysieren läuft auf dem Nationalkongress. Am Ende werden nach erneuter Bestätigung der verfassungsmäßigen Zulässigkeit eines Gesetzes, das das Versammlungsrecht diszipliniert, die Parameter vorgestellt, die nach Ansicht des Autors die Vorbereitung des oben genannten Rechtsrahmens leiten sollten.

Schlüsselwörter: Demokratie. Versammlungsrecht. Freie Meinungsäußerung. Schutzzumfang. Rechtliche Beschränkungen.

ARANÃO, Adriano. **Legal restrictions on the exercise of the fundamental law of assembly: possibility and parameters**. 2020. Teshis (Doctorate in Law), UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the constitutional admissibility and parameters of the disciplinary law for the exercise of the fundamental law of assembly. Art. 5, XVI of the Federal Constitution of 1988 does not present an express legal reservation and, therefore, Brazilian doctrine and jurisprudence have refused the admissibility of law to discipline the exercise of the law to assembly. In the opposite sense, the author admits the possibility and, more pointedly, affirms the need for the drafting of a law to discipline the exercise of the law of assembly as an instrument for its effectiveness and compatibility with the fundamental law of third parties in the public places. Without refusing the legal theories, but without surrendering to their abstractions, the paper adopts the juridical-sociological method to, based on the concrete experience of meetings in public places, propose a legal-dogmatic analysis of the law on screen and present viable solutions for the collisions of fundamental law resulting from the exercise of the law to assembly in public places. In this course, the first chapter is dedicated to the analysis of fundamental law, focusing on the definition of their legal nature, scope of protection and essential content. Faced with the shock between the internal theory of immanent limits and the external theory of restrictions on fundamental law, it stands in favor of this because it submits to the control systems proper to the Democratic Rule of Law. The second chapter discusses the restrictions on the scope of protection of fundamental law and, in particular, criticizes the theory of the applicability of constitutional rules to allow legal discipline in the case of fundamental law not subject to the legal reserve expressed in the constitutional normative statement. The third chapter is dedicated to the analysis of the law of assembly in the international legal order, in foreign Constitutional Law and in Brazilian Constitutional Law. Based on the elements that compose the normative statement of art. 5, XVI of the Federal Constitution of 1988, the scope of protection of the law of assembly is outlined. The fourth chapter discusses the systematic of restrictions on the law to assembly in the context of international legal order and foreign law, with special attention to the laws of assembly in Spain, Portugal and Germany. The fifth and last chapter analyzes the state of the art of the legal discipline of restrictions on the law to assembly in Brazil. Decisions of the Supreme Federal Court and the Courts of Justice of São Paulo and Paraná are analyzed, which reveal a deficit in the jurisdictional provision in the protection of the law to assembly, police experiences in the management of meetings in public places are presented and the bills ongoing at the National Congress. At the end, after reaffirming the constitutional admissibility of a law that disciplines the law of assembly, the parameters are presented that, in the author's view, should guide the preparation of the above legal framework.

Keywords: Democracy. Law of assembly. Freedom of manifestation. Scope of protection. Legal restrictions.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Total de manifestações no Estado de São Paulo.....	152
Gráfico 2 – Total de público nas manifestações no Estado de São Paulo.....	153
Gráfico 3 – Total de policiais militares e de civis feridos nas manifestações.....	199
Gráfico 4 – Total de manifestações em Portugal.....	247
Gráfico 5 – Total de policiais empregados nas manifestações em Portugal.....	247
Gráfico 6 – Média de policiais empregados por manifestação em Portugal.....	248

LISTA DE ABREVIATURAS

SIGLA	SIGNIFICADO POR EXTENSO
ADI	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
ALPR	Assembleia Legislativa do Paraná
BVerfGE	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha
CF/88	Constituição Federal de 1988
CP	Código Penal
CPLP	Comunidade dos Países de Língua Portuguesa
CPM	Código Penal Militar
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
HC	Habeas Corpus
LO	Lei Orgânica
MP	Medida Provisória
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PL	Projeto de Lei
PLS	Projeto de Lei do Senado
PMESP	Polícia Militar do Estado de São Paulo
PMPR	Polícia Militar do Estado do Paraná
POP	Procedimento Operacional Padrão
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STgB	Código Penal utilizado na Alemanha, Suíça e Áustria
TCP	Tribunal Constitucional de Portugal
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJPR	Tribunal de Justiça do Paraná
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
1 RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	23
1.1 Normas de direitos fundamentais: princípios e regras.....	26
1.2 Âmbito de proteção do direito fundamental	37
1.3 Intervenções nos direitos fundamentais: restrições ou limites ...	60
1.4 Espécies de restrições a direitos fundamentais	79
2 RESTRIÇÕES NÃO EXPRESSAMENTE AUTORIZADAS PELA CONSTITUIÇÃO.....	87
2.1 A existência de restrições não expressamente autorizadas pela Constituição.....	90
2.2 A teoria dos limites imanentes como solução (in)suficiente para o problema dos direitos fundamentais sem reserva legal expressa	102
2.3 A admissibilidade das restrições a direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição como solução constitucionalmente adequada: a reserva geral imanente de ponderação	109
2.4 A reserva geral imanente de ponderação: a intervenção do legislador no âmbito de proteção dos direitos fundamentais sem reserva legal expressa.....	122
2.5 Críticas à teoria da aplicabilidade das normas constitucionais de José Afonso da Silva: a insuficiência do modelo proposto	137
3 DIREITO DE REUNIÃO	146
3.1 Direito de reunião e democracia	146
3.2 O direito de reunião na ordem jurídica internacional.....	157
3.3 O direito de reunião no Direito Constitucional estrangeiro.....	161
3.4 O direito de reunião no Direito Constitucional brasileiro	166

3.5	O âmbito de proteção do direito fundamental de reunião na Constituição Federal de 1988.....	177
4	RESTRIÇÕES AO DIREITO DE REUNIÃO NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL E NO DIREITO ESTRANGIERO.....	216
4.1	Restrições ao direito de reunião na ordem jurídica internacional	218
4.2	Restrições ao direito de reunião nos países da América do Sul e da CPLP.....	220
4.3	Restrições ao direito de reunião no Direito espanhol.....	227
4.4	Restrições ao direito de reunião no Direito português.....	246
4.5	Restrições ao direito de reunião no Direito alemão.....	265
5	RESTRIÇÕES AO DIREITO DE REUNIÃO NO BRASIL.....	281
5.1	Restrições diretamente constitucionais ao direito fundamental de reunião	282
5.2	O direito fundamental de reunião nas decisões do Supremo Tribunal Federal	287
5.3	O direito fundamental de reunião nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP).....	299
5.4	O direito fundamental de reunião nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR).....	307
5.5	A atuação da Força de Segurança nas reuniões públicas: a lei como parâmetro e limite	318
5.6	A disciplina jurídico-legal do direito fundamental de reunião ...	327
5.7	Parâmetros para a elaboração de lei disciplinadora do exercício do direito fundamental de reunião	337
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	342
	REFERÊNCIAS	346
	ANEXO A – LEI DE REUNIÕES DA ALEMANHA.....	362

ANEXO B – LEI DE REUNIÕES E PARADAS/DESFILES DA ALEMANHA (TRADUÇÃO DE IRIA ROCKENBACH).....	372
--	------------

INTRODUÇÃO

Tendo como ponto de partida o pressuposto de que as reflexões jurídicas devem alicerçar a solução de problemas concretos e contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais, o presente trabalho tem por objeto de pesquisa o direito fundamental de reunião e a possibilidade da previsão de restrições legais ao seu exercício.

A insatisfação popular com a agenda pública e a crescente descrença no sistema representativo eleitoral fez com que um ciclo de manifestações populares eclodisse em diversos países ao redor do mundo nesta última década – por todos, cite-se o movimento *Occupy* – e, em 2013, aportou no Brasil.

Com a justificativa do aumento da passagem de ônibus na capital do Estado de São Paulo, em julho de 2013, milhares de brasileiros tomaram as ruas. Em 2016 ocorreram diversas manifestações a favor e contra o impeachment da ex-Presidente da República Dilma Rousseff. Em 2017, as manifestações “Fora Temer” pediam a saída do ex-Presidente da República Michel Temer. Em 2019, teve o início o curso de uma série de manifestações a favor e contra o Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, que perduram até os dias atuais.

Assegurar o exercício da liberdade de reunião é uma exigência democrática e se impõe como inegável dever estatal. O direito de reunião é um dos mais importantes instrumentos de participação popular no seio das democracias e o seu percurso está umbilicalmente associado à afirmação histórica dos direitos humanos.

De outro lado, não se pode olvidar que também incumbe ao Estado a responsabilidade de proteger e garantir o exercício de uma gama de outros direitos, que igualmente ostentam o dístico da fundamentalidade e que, não raras vezes, são afetados pelo exercício da liberdade de reunião.

Destarte, diante deste embate entre o exercício do direito de reunião e os direitos fundamentais colidentes de terceiros surge para o Estado uma dúplice responsabilidade: de um lado o dever de não impedir (dever de prestação negativa) e de proteger (dever de prestação positiva) o exercício do direito fundamental de reunião; e, de outro, o de compatibilizar o seu exercício com o exercício dos direitos fundamentais colidentes de terceiros, harmonizando o uso do espaço público como *locus* da vivência democrática e cidadã. Aqui é necesssário, desde logo, um esclarecimento: a referência à expressão “espaço público” neste trabalho se faz na

sua dimensão espacial ou territorial, ou seja, de “lugar público”, a exemplo das ruas, rodovias e praças.

No desenvolvimento deste seu complexo dever de proteção o Estado não pode aniquilar ou mesmo restringir excessivamente um direito para realizar o outro, *v.g.*, não pode inviabilizar o exercício do direito de reunião para garantir a liberdade de locomoção e vice-versa. Encontrar a justa medida, proporcional e razoável, para harmonizar ambos e garantir-lhes a máxima eficácia possível é o cerne do dever de proteção estatal. Eis um problema a encontrar adequada solução nas democracias contemporâneas.

Não se trata de tarefa fácil. Ao contrário, justifica e exige profundas reflexões políticas e jurídicas e, sobretudo, absoluto e radical compromisso com os ideais democráticos, sob pena de inaceitável jugo autoritário. Atentar contra a liberdade de reunião é desferir um duro golpe na democracia.

Somente com a precisa compreensão dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, notadamente da centralidade axiológica da dignidade humana, da cidadania e do respeito à pluralidade, que é ínsita à própria noção contemporânea de democracia, é que o ente estatal poderá se desvencilhar desse seu dever de proteção dos direitos fundamentais.

Num primeiro momento, a proposta de restrições ao exercício do direito de reunião pode denotar uma afronta aos ideais democráticos de liberdade e de participação popular na vida pública, mormente quando ainda se sente o sabor amargo do autoritarismo e se vê todos os dias notícias de vilimpêndios perpetrados contra as riquezas do Brasil.

Entretanto, a ausência de restrições ao exercício do direito de reunião acaba por redundar no abuso de direito e, conseqüente, no ataque inaceitável a direitos fundamentais alheios, culminando, por vezes, em graves violências e, numa espécie de autofagia, na ofensa à própria liberdade de reunião. Não se pode, portanto, olvidar que a afirmação da existência de limites é *conditio sine qua non* para o reconhecimento e efetivação da liberdade de reunião.

Parte-se assim da hipótese de que a disciplina legal do direito fundamental de reunião se apresenta como um importante instrumento democrático para a harmonização dos direitos fundamentais em conflito e, ao final, contribui para a efetividade do exercício do próprio direito de reunião, barrando intromissões administrativas e judiciais autoritárias ou abusivas.

Com isso, o objetivo deste trabalho é a análise da admissibilidade constitucional de lei disciplinadora do exercício do direito fundamental de reunião e a apresentação de parâmetros aptos a orientar a elaboração deste marco legal.

Observe-se que o enunciado normativo do art. 5º, XVI da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que descreve o direito fundamental de reunião, não apresenta reserva legal expressa e, por isso, a doutrina e a jurisprudência brasileiras, sob o escólio das lições de José Afonso da Silva acerca da aplicabilidade das normas constitucionais, têm recusado a admissibilidade de lei para regular o exercício do direito de reunião.

Posicionando-se em sentido contrário, o autor admite a possibilidade e, mais incisivamente, afirma a necessidade da elaboração de lei para disciplinar o exercício do direito de reunião como instrumento para a efetividade do epigrafado direito e da sua compatibilização com os direitos fundamentais colidentes no espaço público da vivência democrática e cidadã.

Sem recusar as teorias jurídicas, mas sem render-se às suas abstrações, o trabalho adota o método hermenêutico-concretizador para, a partir da experiência concreta do exercício do direito de reunião e seus impactos nos direitos fundamentais colidentes de terceiros, propor uma análise jurídico-dogmática do direito em tela e apresentar soluções viáveis ao embate de direitos no espaço público.

Ao adotar a dimensão jurídico-dogmática do direito de reunião para a construção deste trabalho, o autor não deixa de reconhecer a sua essencialidade enquanto mecanismo de resistência e oposição popular em face dos avanços autoritários, estatais e não estatais, que são dirigidos contra os direitos fundamentais, sobretudo dos grupos minoritários. É nesse sentido que Roberto Gargarella (2007, p. 08) reconhece o direito ao protesto como o *primeiro direito*: “el derechos a exigir la recuperación de los demás derechos”.

A opção pela dimensão jurídico-dogmática do direito fundamental de reunião revela, na verdade, a pretensão do autor de enfatizar a autonomia do direito de reunião em face da liberdade de expressão. Até pouco tempo utilizado massivamente por grupos políticos de esquerda e hoje também apoderado pelos de direita, o debate em torno do direito fundamental de reunião muitas vezes se distancia da sua disciplina jurídico-constitucional para imergir no campo dos debates político-ideológicos como algo apropriável por uns e por outros não. E isto é um perigo para a democracia.

Neste curso, o primeiro capítulo da tese é dedicado à análise dos direitos fundamentais, com enfoque na definição da sua natureza jurídica, estrutura normativa, âmbito de proteção e conteúdo essencial.

Diante do embate entre a teoria interna dos limites imanentes e a teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, posiciona-se a favor desta em razão de melhor adequar-se às exigências e submeter-se aos sistemas de controle próprios do Estado Democrático de Direito.

O segundo capítulo discorre sobre as restrições incidentes sobre o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e, de modo especial, apresenta uma crítica à teoria da aplicabilidade das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva para assim admitir a disciplina legal no caso de direitos fundamentais não sujeitos a reserva legal expressa no seu enunciado normativo-constitucional, a exemplo do que ocorre com o direito de reunião no inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988¹.

O terceiro capítulo é dedicado à análise do direito de reunião na órbita da ordem jurídica internacional, no direito constitucional estrangeiro e no direito constitucional brasileiro.

Conforme leciona Pierre Legrand (2018, p. 19), o estudo do direito estrangeiro revela “o pressuposto de que a construção de si, no sentido rico do tema, deve passar pelo recurso ao outro.” Todavia, ao reconhecer que o Direito é um fenômeno histórico-cultural e, por isso, não se resume na positividade dos textos jurídicos, Pierre Legrand (2018, p. 30) adverte que “cada Direito responde às expectativas nacionais, que podem ser explicadas historicamente mediante o recurso a conceitos como ‘cultura’ e ‘tradição’”, ou seja, o método de pesquisa do direito comparado exige profunda imersão na realidade sócio-histórica e cultural do *outro* Direito.

Apesar do modelo ideal de estudo do direito comparado apresentado por Pierre Legrand, não é este o escopo desta pesquisa. Não há tempo e nem espaço nesta pesquisa para este esforço hermenêutico, mesmo reconhecendo a sua relevância. De todo modo, as referências aos textos de direito internacional e de direito estrangeiro serão, sempre que possível, acompanhadas de notas doutrinárias e jurisprudenciais.

¹ CF/88, 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.

No âmbito da ordem jurídica internacional são analisados alguns dos principais documentos internacionais que fazem referência ao direito de reunião, v.g., a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1953), a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1981) e, no continente americano, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966) e Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

Importante registrar que o Brasil é signatário do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos, os quais, portanto, integram a ordem jurídica brasileira com status supralegal e infraconstitucional.

No direito constitucional estrangeiro, os textos constitucionais foram selecionados a partir de alguns critérios que orientam a presente pesquisa. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha foi selecionada em razão da forte influência que o direito constitucional alemão exerceu na elaboração das Constituições portuguesa e brasileira, bem como pela influência que a doutrina e jurisprudência alemãs, sobretudo a partir da *teoria dos princípios* de Robert Alexy, exerce sobre a doutrina e a jurisprudência brasileiras, com franco acolhimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ainda que com as inadequações relatadas por Fausto Morais (2018).

A opção pela Constituição portuguesa também foi fruto da influência que esta teve na elaboração da Constituição brasileira e do reflexo que a doutrina constitucional lusitana exerce na cultura jurídica brasileira, podendo-se citar as obras de José Joaquim Gomes Canotilho, Jorge Miranda, Jorge Reis Novais, Vital Moreira, entre outros.

A decisão por colacionar neste trabalho os textos constitucionais lusófonos se deve, sinteticamente, por dois motivos: (i) uma questão histórico-cultural, que culminou, inclusive, na criação de *Comunidade dos Países de Língua Portuguesa* (CPLP); e (ii) pelo reconhecimento de uma tradição constitucional de língua portuguesa.

Por fim, a seleção dos países latino-americanos foi motivada pela afirmação de uma cultura jurídica latino-americana e da influência recíproca que exercem entre si.

Destarte, foi também selecionada a Constituição da Espanha que, pelos mesmos motivos acima expostos em relação à Constituição portuguesa, influenciou o direito constitucional dos países latino-americanos de língua espanhola. Além disso, a redação do inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988 foi inspirada na Lei

Fundamental da Alemanha (art. 8º) e na Constituição espanhola de 1978 (art. 21), que, diferente do que fez a Constituição de Portugal (art. 45, 1 e 2), dedicaram um único dispositivo ao direito de reunião e de manifestação.

Após discorrer sobre o percurso histórico do direito de reunião no constitucionalismo brasileiro, da Carta imperial de 1824 à Constituição republicana de 1988, a partir dos elementos que integram o enunciado normativo do art. 5º, XVI da Constituição Federal de 1988, delimita-se o âmbito de proteção do direito fundamental de reunião.

O direito de reunião é reconhecido como uma liberdade pública democrática de natureza principiológica e, portanto, realizável na melhor medida possível dentro das circunstâncias concretas do seu exercício.

Para definir o âmbito de proteção *prima facie* do direito fundamental de reunião, sem desconhecer e referenciar o recurso doutrinário que o decompõe em 05 (cinco) elementos (pessoal, espacial, temporal, organizacional e teleológico), a opção metodológica ora adotada é um pouco diferente. O estudo do âmbito de proteção do direito fundamental de reunião terá como ponto de partida o enunciado normativo do inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal e a análise tópica, sistemática e teleológica dos elementos (palavras) que o integram para, ao final, dar-lhe seu contorno estrutural. Trata-se do método jurídico-dogmático.

O quarto capítulo discorre sobre a sistemática de restrições ao direito de reunião no contexto da ordem jurídica internacional e do Direito estrangeiro, cuja seleção segue a mesma lógica acima delineada.

Dá-se, contudo, especial atenção às leis de reunião da Espanha, Portugal e Alemanha, as quais podem servir de orientação para a elaboração da lei de reuniões brasileira.

O quinto e último capítulo analisa o estado da arte da disciplina jurídica das restrições ao direito fundamental de reunião no Brasil.

No contexto jurisprudencial são analisadas decisões do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Paraná, que revelam um *déficit* de prestação jurisdicional na tutela do direito de reunião.

As experiências policiais na gestão do exercício do direito fundamental de reunião são detidamente apresentadas, sem olvidar dos riscos que o excesso de discricionariedade conferido à Força de Segurança em razão da ausência de uma disciplina legal pode representar à efetividade do direito de reunião.

Sob outra perspectiva, entende-se que a existência de um marco legal, tanto mais objetivo quanto possível, contribui para a segurança jurídica dos manifestantes e também dos próprios agentes da Força de Segurança na sua tomada de decisão.

No âmbito legislativo, são analisados os projetos de lei em curso no Congresso Nacional acerca do direito de reunião. A pesquisa foi realizada nos sites de internet do Senado Federal e da Câmara dos Deputados utilizando como parâmetro de pesquisa a expressão “direito de reunião”.

No site do Senado Federal não foi localizado nenhum Projeto de Lei em trâmite e no site da Câmara dos Deputados foram encontrados 32 projetos de lei, sendo que 15 estão arquivados e 17 em tramitação.

De modo geral, o que se observa nos projetos de lei em trâmite é que, apesar de alguns avanços, não há uma disciplina organizatória e procedimental satisfatória para o exercício do direito fundamental de reunião.

Não há, como se dá nas legislações espanhola, portuguesa e alemã, detalhamentos mais objetivos acerca do uso do espaço público e definição de critérios para balizar a ponderação entre os direitos de reunião e dos direitos fundamentais colidentes de terceiros.

Ao final, após reafirmar a admissibilidade constitucional de lei disciplinadora do direito de reunião, o trabalho apresenta os parâmetros que, na visão do autor, devem orientar a elaboração do marco legal em epígrafe.

Deve-se, por fim, fazer uma advertência. Apesar da relevância do direito fundamental de reunião no Estado Democrático de Direito e da pulsão popular que tem tomado as ruas, avenidas, praças e rodovias de todo o Brasil nesta última década, há um grande vácuo na produção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

É com a intenção de contribuir, ainda que minimamente, para as reflexões necessárias para o preenchimento deste vazio jurídico que a presente pesquisa foi desenvolvida, sempre com os olhos voltados para a realidade concreta das manifestações populares e seus impactos na partilha do espaço público como *locus* da vivência democrática e cidadã de todas e de cada um das pessoas.

1 RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

O reconhecimento de que não há direitos fundamentais absolutos é o ponto de partida desta pesquisa. Esta afirmação peremptória pode soar antidemocrática aos ouvidos que se apressam na trincheira de defesa dos direitos fundamentais, mas, como se verá, esta percepção inicial é afoita e equivocada.

Ao contrário, é justamente sob os influxos dos valores que alicerçam a vivência complexa e plural no contexto do Estado Democrático de Direito que a relativização dos direitos fundamentais se põe como uma exigência indeclinável para a harmonização e efetividade do seu exercício compartilhado pelas pessoas nos espaços públicos.

A vida humana só se realiza plenamente enquanto tal na intersubjetividade das relações com o outro e, por isso, afirma-se que viver para o homem não é senão conviver. Ao assumir esta premissa como intrínseca à própria condição humana, é oportuno destacar a lembrança feita por Peter Häberle (2003, p. 47) de que os direitos fundamentais não garantem uma liberdade em si ilimitada, posto que:

La imagen del hombre de la Ley Fundamental [da Alemanha], de la que son características la referencia y la vinculación comunitarias, veda considerar al individuo al otro lado de la Comunidad, el Estado y el Derecho.

Destarte, para além das discussões teóricas acerca da natureza jurídica desta necessária relativização dos direitos fundamentais, ou seja, se constituem limites (teoria interna) ou restrições (teoria externa) ao âmbito de proteção jusfundamental, o que se pode desde logo afirmar é que não há direito algum marcado pelo selo da intangibilidade.² Esta é uma imposição da *vida real dos direitos*.

O Direito não pode deixar de mirar a realidade, pois é no plano do mundo concreto que os homens vivem e exercem os seus direitos. O Direito não pode ser só teoria, mas deve contemplar a *práxis* que inunda a vida cotidiana das pessoas reais.

² Entre nós, a inexistência de direitos fundamentais absolutos já foi reiteradas vezes reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de modo que “podem ser limitados quando e na exata medida em que confrontarem/afetarem a preservação de outros valores constitucionais de igual hierarquia”. Entre outros: HC nº 82424/2004; Inq. nº 2727/2010; RE nº 592024/2011; RE nº 643362/2014; ARE nº 1035047/2017; RE nº 1072029/2017; Pet nº 8825 AgR/2020; Pet n 8825 AgR/2020.

O Direito do papel não passa da ilusão vivenciada na caverna platônica, distante que se faz do mundo concreto.

O distanciamento entre a teoria e a *práxis* da vida cotidiana serve apenas para afastar cada vez mais o *cidadão comum* do Direito, que o enxerga como o mundo inacessível e fantasioso de Alice, muitas vezes destinado apenas a uma casta privilegiada de atores sociais. O Direito é feito para ganhar as ruas e participar da vida das pessoas. Não se despreza o ideal abstrato das teorias jurídicas, mas o que, desde logo, afirma-se é que estas devem brilhar como estrelas-guias a iluminar os caminhos da vida cotidiana.

Outro não é o sentir de Peter Häberle (2003, p. 120) ao afirmar que “la esencia de um derecho consiste em el ejercicio de hecho por sus titulares”. Na doutrina pátria, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2018, p. 153) revelam o mesmo sentimento:

Um estudo dos direitos fundamentais que se limite à interpretação dos conceitos implicados e, na melhor das hipóteses, de sua estrutura sistêmica, é muito insuficiente quando não totalmente inútil em face de problemas concretos (patologia).

No plano da vida real não há como se admitir a existência de direitos fundamentais absolutos, posto que o reconhecimento de limites é uma exigência prática que se depreende da própria coexistência humana. O homem não é o deus aristotélico e sua humanidade depende da partilha do mundo com os outros homens.

De outro lado, não se pode olvidar que o reconhecimento dos direitos fundamentais representou um importante avanço na tutela dos direitos dos homens em face dos abusos perpetrados pelo Estado na esfera da liberdade dos indivíduos. Sobretudo a partir da Segunda Grande Guerra, a afirmação de um espaço de liberdade imune à intervenção estatal – inclusive a legislativa – representou um enorme passo na tutela dos direitos humanos.

Mas os direitos fundamentais não impedem apenas as ingerências e os abusos estatais na liberdade individual. Também representam uma barreira ou limite às intervenções de terceiros na esfera de vida livre do indivíduo, sobretudo uma proteção dos direitos das minorias em face da maioria.

Entre nós, sob a inspiração dos ares democráticos que alçaram foro após a redemocratização do Brasil (1985), os direitos fundamentais ganharam corpo e se irradiaram por toda a estrutura estatal e social, galgando primazia na arquitetura jurídico-constitucional brasileira a partir da Constituição Federal de 1988. Desde

então, com o reconhecimento da força normativo-axiológica da dignidade da pessoa humana, o discurso jurídico tem destacado a centralidade do homem na conformação do Estado brasileiro.

Como já era de se esperar, a oposição ao autoritarismo estatal fez com que a blindagem às liberdades conduzisse a uma visão ampliada dos direitos fundamentais, sobretudo sob uma perspectiva individualista. Entretanto, com o passar dos anos e a retomada da dimensão comunitária dos direitos fundamentais, fruto do amadurecimento democrático e da afirmação da sua dimensão jurídico-objetiva, a doutrina e a jurisprudência passaram a dedicar maior atenção aos limites que se lhe impõem para a garantia da vivência democrática numa sociedade dinâmica, plural e complexa, sustentada pelo pilar da dignidade humana.

Parece ser esta a reflexão proposta por Fernando de Brito Alves (2012, p. 270) no sentido de que:

A contemporaneidade aspira a convivência de valores e princípios, de modo que uma espécie de pluralismo conforma a convivência coletiva através de valores como: a livre iniciativa, mas também as reformas sociais; a igualdade perante a lei, mas também as ações afirmativas; os direitos individuais e por outro lado os direitos coletivos, etc.

Destarte, com o pressuposto de que os direitos fundamentais não se realizam senão na vida em sociedade, o que já era sintetizado no velho adágio latino *ubi societas ibi jus*, e que mesmo os direitos de liberdade possuem, a um só tempo, uma dimensão individual e outra comunitária, surge o relevante debate sobre as intervenções estatais no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Não se pode negar que falar em limites ou restrições a direitos fundamentais pode, *ab initio*, soar antidemocrático, sobretudo quando a efetivação desses direitos ainda está distante de uma significativa parcela da sociedade. Por isso, desde logo é importante observar que, ao discorrer sobre a possibilidade de imposição de restrições legais ao exercício do direito fundamental de reunião, não se está a defender as imposições autoritárias de cerceamento dos direitos fundamentais, mas, muito antes e para além dessa perspectiva reducionista, as restrições legais são aqui compreendidas como uma exigência para a efetivação dos direitos fundamentais nas sociedades democráticas.

É, pois, sob esta ótica que o presente trabalho se põe a analisar o tema das restrições aos direitos fundamentais, a representar, em sentido amplo, as intervenções estatais ablativas no fértil universo desses direitos.

1.1 Normas de direitos fundamentais: princípios e regras

Não se cuida neste trabalho de retomar toda a teoria dos direitos fundamentais e, sem negar a relevância das suas dimensões histórica³ e filosófica, ter-se-á como ponto de partida a perspectiva jurídico-dogmática de tais direitos como posições jusfundamentais reconhecidas no âmbito do direito constitucional e assim situadas no tempo e no espaço.

Com alicerce nesta proposta teórico-metodológica, a análise das normas de direitos fundamentais dar-se-á a partir da estrutura dos seus dispositivos e das suas inserções sistemáticas no ordenamento jurídico-constitucional, de modo a determinar os seus âmbitos de proteção e a possibilidade de intervenções estatais ablativas.

Têm-se assim os direitos fundamentais como sendo “os interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar a todas as pessoas. É o mínimo necessário para a existência da vida humana” (BREGA FILHO, 2002, p. 66). Nas Constituições contemporâneas, tais direitos são, em regra, traduzidos em textos ou enunciados normativos, cujas formulações linguísticas podem assumir a estrutura deontológica de princípios ou de regras. Numa primeira aproximação, que será melhor detalhada a seguir, pode-se dizer que os princípios possuem uma abertura semântica e axiológica maior do que as das regras, que são mais objetivas e fechadas.

À luz da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949), Robert Alexy (2006, p. 68) propõe um critério formal-estrutural para identificar as disposições de direitos fundamentais⁴ e classifica como tais todas “as disposições do capítulo da

³ Conforme leciona Vladimir Brega Filho (2002, p. 03) “o estudo da sua história [dos direitos humanos] é de grande importância para a doutrina dos direitos fundamentais”. Nesse sentido, Paulo Bonavides (2009, p. 40) lembra que a primeira dimensão dos direitos fundamentais surge na esteira da luta burguesa contra o absolutismo estatal e, por isso, “na doutrina do liberalismo, o Estado sempre foi o fantasma que aterrorizou o indivíduo” e assim é retratado como “o maior inimigo da liberdade”.

⁴ Como bem adverte Robert Alexy (2006, p. 66) “há previamente que se distinguir entre norma e enunciado normativo, sendo este último o conjunto linguístico donde é possível extrair o comando normativo”. Pode-se assim dizer que a disposição de direito fundamental é o enunciado normativo da norma de direito fundamental.

Constituição alemã intitulado ‘Os Direitos Fundamentais’ (arts. 1º ao 19)” e também “as disposições garantidoras de direitos individuais dos arts. 2, § 4º, 33, 38, 101, 103 e 104 da Constituição alemã” como normas de direitos fundamentais.

Trata ainda o referido autor das *normas de direitos fundamentais atribuídas*, que são aquelas que não estão expressas no texto constitucional, mas que decorrem da abertura semântica e estrutural das disposições constitucionais. Para Robert Alexy (2006, p. 74, grifo do autor):

[...] uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma *correta fundamentação referida a direitos fundamentais*.

A afirmar a existência de direitos fundamentais implícitos, Peter Häberle (2003, p. 10) também leciona que os bens jurídicos protegidos pela Constituição não estão exaustiva e expressamente previstos no texto magno. Dando sequência no seu raciocínio, o epigrafado autor alemão defende que o direito constitucional vigente numa determinada época não encontra expressão completa no texto da Lei Fundamental e que não se pode exigir do legislador constituinte o esgotamento expreso de toda a regulação jurídica da vida social (HÄRBELE, 2003, p. 11). Esse raciocínio denota o caráter aberto, dúctil e dinâmico da Constituição como norma jurídica superior a regular as relações sociais plurais, complexas e, na sociedade contemporânea, cada mais vez dinâmicas.

Entre nós, reconhecendo a existência de direitos fundamentais expressos e de direitos fundamentais implícitos na ordem jurídico-constitucional brasileira, Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 91) leciona que:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

Na Constituição Federal de 1988 têm-se o assento concentrado dos direitos fundamentais no Título II – *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, mas isto não significa que não há direitos fundamentais dispersos por todo o texto constitucional.

Ao contrário, é remansoso o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que há normas de direitos fundamentais em vários outros dispositivos constitucionais, a exemplo do que se dá com o princípio da legalidade tributária (CF/88, art. 150, I).

Têm-se ainda, por força do disposto no § 3º do art. 5º da CF/88⁵, que confere *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional através do processo legislativo qualificado de tramitação das emendas constitucionais, o reconhecimento de direitos fundamentais expressos em tais documentos.

O reconhecimento dos direitos fundamentais implícitos é objeto do §2º do art. 5º da CF/88⁶ ao prescrever que, além dos direitos fundamentais expressos na Constituição, há outros que decorrem do regime e dos princípios por ela adotados.⁷

No escopo deste trabalho, que tem por objeto o estudo do direito fundamental de reunião esculpido no inciso XVI do art. 5º da CF/88 interessa especialmente os chamados direitos fundamentais expressos⁸ e, sobretudo, a análise da estrutura deontológica dos seus enunciados normativos (disposições de direitos fundamentais) enquanto princípios ou regras, com especial interesse na determinação do seu âmbito de proteção e na possibilidade (ou não) da incidência de restrições legais legítimas. Parte-se assim da distinção entre princípios e regras proposta por Robert Alexy no bojo da sua teoria dos direitos fundamentais⁹. Segundo o autor alemão (2006, p. 90-

⁵ CF/88, art. 5º, §3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004);

⁶ CF/88, art. 5º, §2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte;

⁷ A respeito dos direitos fundamentais implícitos, Daniel Sarmiento (2001, p. 54) aponta que “a doutrina é indiscrepante ao admitir a existência de princípios constitucionais implícitos, que, embora não estatuídos expressamente no texto constitucional, defluem do sistema adotado pelo constituinte, podendo dele ser inferido através de um processo de abstração. Tais princípios desfrutam da mesma estatura e dignidade dos cânones explicitamente albergados na Lei Fundamental, também podendo entrar em tensão com estes, em face de casos concretos”.

⁸ Os direitos fundamentais implícitos serão analisados no capítulo seguinte ao tratar das restrições não expressamente autorizadas a direitos fundamentais.

⁹ Entre nós merece destaque a obra de Humberto Ávila (2019a), sob o título *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*.

91), a distinção entre princípios e regras é de caráter qualitativo e não meramente do grau de generalidade dos seus enunciados¹⁰.

Os princípios são normas jurídicas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, caracterizando-se como mandados de otimização. O maior ou menor grau de realização de um princípio está condicionado às condições concretas de sua colisão com outros princípios e regras, sem que isto afete sua validade.

As regras, por seu turno, são normas jurídicas que não admitem realizações em graus variados, submetidos às condições fáticas e jurídicas reinantes. Ou uma regra é válida e, ao se constatar a ocorrência concreta do suporte fático da sua hipótese normativa abstrata, deve ser realizada integralmente, ou é inválida e não deve ser realizada.

Na esteira deste raciocínio, Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 45, grifo do autor) explica que:

O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. Nos casos das *regras*, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos *princípios* são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.

Contra-pondo-se a essa cisão classificatória entre princípios e regras proposta por Robert Alexy e acolhida, muitas vezes inadequada e irrefletidamente, por boa parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras, a incluir aqui o Supremo Tribunal Federal (MORAIS, 2018), Humberto Ávila (2019a) propõe uma nova compreensão das dinâmicas relações que permeiam entre princípios e regras, além de inserir uma terceira categoria normativa nesse debate: os postulados normativos aplicativos.

¹⁰ “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2006, p. 90-91, grifo do autor).

Partindo da distinção entre texto normativo (dispositivo) e norma¹¹, Humberto Ávila (2019a, p. 54, grifo do autor) defende que “justamente porque as normas são reconstruídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo *contém* uma regra ou um princípio”. Com esse raciocínio, Humberto Ávila (2019a, p. 61) não está negando por completo a classificação alexyana das normas jurídicas em princípios e regras, mas afirmando que essa distinção não se subsume na estrutura linguística do texto normativo ou, nas suas palavras, “a existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação linguística e, por isso, não pode ser elemento distintivo de uma espécie normativa”.

A norma jurídica é fruto do esforço hermenêutico levado a efeito pelo intérprete e, portanto, é orientada fática, axiológica e finalisticamente pelas conexões por ele estabelecidas. Sendo a norma jurídica fruto de uma reconstrução de sentido, Humberto Ávila (2019a, p. 55) defende que “a qualificação de determinadas normas jurídicas como *princípios* ou como *regras* depende da colaboração constitutiva do intérprete”.

A crítica de Humberto Ávila também se dirige aos modos de aplicação e de solução de conflitos normativos entre princípios e regras propostos por Robert Alexy. Para Humberto Ávila (2019a, p. 74), a ponderação não é um método privativo de aplicação dos princípios e também se estende às regras. A distinção, argumenta Humberto Ávila (2019a, p. 81-82), está no tipo de ponderação a ser realizada pelo intérprete, de modo que:

No caso das regras, [o intérprete deve] avaliar a correspondência conceitual da norma com a construção conceitual dos fatos, com base na finalidade da regra e dentro de um âmbito de normatividade aplicativa, e, no caso dos princípios, avaliar a correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os comportamentos necessários à sua promoção.

Destarte, Humberto Ávila (2019a, p. 91) adota o “fundamento axiológico” como critério distintivo entre princípios e regras. No desenvolvimento da sua teoria dos

¹¹ Conforme Humberto Ávila (2019a, p. 50-51), as “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos reconstruídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. A partir daí, o autor defende que não existe uma identificação unívoca e necessária entre um determinado dispositivo normativo (texto) e uma norma que lhe é subjacente. Segundo leciona, há casos em que há norma e não há dispositivo que lhe sirva de suporte textual; há outros casos em que há dispositivo e não há norma; há ainda casos em que há um dispositivo e dele são extraídas mais de uma norma; e, por fim, há casos em que uma norma é fruto da interpretação sistemática de mais de um dispositivo normativo.

princípios, Humberto Ávila (2019a, p. 101) afirma que as regras são normas imediatamente descritivas e mediatamente finalísticas e, ao contrário, os princípios são normas imediatamente finalísticas e mediatamente de conduta, que assim descrevem um “estado ideal de coisas a ser atingido”.

O caráter imediatamente descritivo das regras não afasta o processo ponderativo na sua aplicação concreta, mas apenas reduz o ônus argumentativo diante dos casos fáceis. Já diante dos casos difíceis – que são, na expressão de Humberto Ávila (2019a, p. 99), aqueles em que, embora os fatos se enquadrem na descrição conceitual do texto normativo, não se adequam à finalidade que lhe dá suporte – o ônus argumentativo exigido do intérprete é muito maior¹². Por outro lado, no caso dos princípios, não há distinção do ônus argumentativo na sua aplicação aos casos fáceis ou difíceis, haja vista que “como não há descrição do conteúdo do comportamento, a interpretação do conteúdo normativo dos princípios depende, com maior intensidade, do exame problemático” (ÁVILA, 2019a, p. 100).

Para sintetizar sua proposta de distinção entre princípios e regras, Humberto Ávila (2019a, p. 104) leciona:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação de correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correção entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havia como necessária à sua promoção.

¹² A título de exemplo, pode-se citar a aplicação do art. 270, § 5º do Código de Trânsito Brasileiro (CTB). Segundo prescreve este dispositivo legal, a despeito da previsão normativa da medida administrativa de retenção, o veículo não será retido pelo agente de trânsito se estiver transportando produto perecível, produto perigoso ou for destinado ao transporte coletivo de passageiros, salvo se houver risco imediato à segurança viária. Observe-se que a hipótese normativa é taxativa e só permite a liberação do veículo nos três casos elencados. Diante da mesma previsão normativa de retenção do veículo e das mesmas condições de segurança viária, não há autorização legal para o não recolhimento do veículo que estiver, por exemplo, transportando uma criança. A aplicação subsuntiva do art. 270, §5º do CTB pode levar ao contra senso axiológico de se liberar um veículo porque está transportando uma carga vegetal e de não se liberar um veículo que está transportando uma criança, em incisiva afronta ao postulado da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III) e da proteção prioritária aos direitos da criança e do adolescente (CF/88, art. 227). Com efeito, a extensão da regra do art. 270, §5º do CTB para sustentar o não recolhimento do veículo que está transportando uma criança exige do intérprete um ônus argumentativo maior a partir da finalidade da norma e da axiologia constitucional.

Além da apresentação de critérios distintivos entre princípios e regras, Humberto Ávila (2019a, p. 164) ainda inclui uma terceira categoria na classificação das normas jurídicas: os postulados normativos. Qualificados como normas jurídicas de segundo grau – os princípios e as regras são classificados pelo autor como normas jurídicas de primeiro grau –, os postulados normativos seriam metanormas que “instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação”, ou seja, estabelecem os critérios de aplicação das regras e dos princípios. Aqui situa-se, na teoria dos princípios de Humberto Ávila, a máxima da proporcionalidade como critério de aplicação dos princípios e regras.

As críticas de Humberto Ávila à classificação e distinções alexyana entre princípios e regras é confrontada por Virgílio Afonso da Silva. Após concordar com o apontamento de Humberto Ávila de que a categorização da norma jurídica como princípio ou regra não é fruto da estrutura textual do dispositivo normativo e sim da interpretação que dele se extraí, Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 59-60) pontua que, em nenhum momento, Robert Alexy defendeu que a diferença entre princípios e regras está sediada na vagueza ou dificuldade de interpretação dos seus termos linguísticos e que, na trilha da teoria alexyana, não se pode “confundir o ‘tudo-ou-nada’ ou ‘subsunção’ com ‘automatismo’ ou ‘facilidade de interpretação’”.

Destarte, a despeito da crítica de Humberto Ávila, seguir-se-á aqui com a proposta de distinção conceitual de Robert Alexy, que reconhece os princípios como mandados de otimização que atribuem direitos *prima facie* e as regras como normas jurídicas que atribuem direitos definitivos sem, por evidente, desconhecer as possibilidades de sua superação por princípios e regras colidentes.

Deste modo, é evidente que a abertura axiológica, semântica e estrutural das disposições de direitos fundamentais, sobretudo no campo dos princípios como mandados de otimização, acaba por ampliar as possibilidades de colisões¹³ e, conseqüentemente, exigem intervenções estatais capazes de conciliar a partilha do lugar público como *locus* da cidadania e da vivência democrática.

Com efeito, no caso do confronto entre regras, a superação se dá, com o emprego dos métodos clássicos de solução de conflitos legais (hierárquico,

¹³ Conforme leciona Daniel Sarmiento (2001, p. 36), a possibilidade de colisões entre princípios constitucionais é ampliada em razão do processo constituinte [de 1988] não ter se desenvolvido sob o signo do consenso e sim sob o abrigo de interesses e ideologias muitas vezes antagônicas.

cronológico e da especialidade), pela declaração de invalidade de uma delas ou então pela previsão de uma cláusula de exceção capaz de eliminar o conflito entre as posições jurídicas colidentes.

Já diante da colisão entre princípios, a técnica proposta por Robert Alexy (2006, p. 96) para superar a incompatibilidade é o sopesamento, de modo que um deles terá precedência sobre o outro diante das condições fáticas e jurídicas apuradas no caso concreto, com o que se estabelece uma *relação de precedência condicionada*.¹⁴

Pode ainda ocorrer uma colisão entre princípios e regras, caso em que Robert Alexy (2006, p. 90-141) afirma que também deve haver um sopesamento; entretanto, este não se dá entre o princípio e a regra colidentes, mas entre o princípio e o princípio que está na gênese da regra.

Posicionando-se em sentido diverso, Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 52) considera que essa estratégia é problemática, pois confere ao aplicador da lei uma ampla liberdade para deixar de aplicar a regra sob a alegação de que o princípio contrário deve preponderar na situação concreta, o que poderia conduzir a uma situação de insegurança jurídica. A partir daí, observa que, na verdade, a regra é fruto do sopesamento entre princípios colidentes feito pelo legislador legitimado para tanto, de modo que:

A relação entre a regra e um dos princípios não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição. A regra é a expressão dessa restrição. Essa regra deve, portanto, ser simplesmente aplicada por subsunção.

Ocorre que, mesmo no caso das regras, a indeterminação e a abertura semântica do seu enunciado normativo conduzem à necessidade de integração do seu sentido à realidade fenomênica e aos valores que a sustentam e que sustentam todo ordenamento jurídico.

Não se está a admitir que, em toda e qualquer situação, seja lícito ao intérprete afastar a aplicação da regra sob a justificativa retórica da precedência do princípio

¹⁴ Robert Alexy (2006, p. 96, grifo do autor) explica que nenhum princípio goza por si só de prioridade sobre outro princípio. Se, no caso concreto, um princípio impede a realização do outro, a colisão entre eles é solucionada através do estabelecimento de uma *relação de precedência condicionada*, que consiste na “fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro.” E adverte, “sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.” Com isso, reafirma-se que, no escopo da teoria alexyana, não há princípios absolutos e nem uma relação absoluta de precedência entre os princípios colidentes.

contraposto. Todavia, inadmitir de modo peremptório que a regra possa ceder diante de uma exceção que lhe é imposta a partir da sua colisão concreta com o princípio colidente seria o mesmo que negar a dinamicidade e ductibilidade da norma jurídica como instrumento de ordenação da vida social.

Não é outro o sentir de Luís Roberto Barroso que, apesar de afirmar o caráter subsuntivo da regra e ponderativo dos princípios¹⁵, observa que atualmente têm-se admitido que o princípio, no que diz respeito ao caráter definitivo de regra atribuído ao seu conteúdo essencial, deve ser sempre realizado e, portanto, aplicado no esquema do *tudo ou nada*; enquanto isso, a regra, apesar da sua construção objetiva e da sua aplicabilidade subsuntiva, pode, em razão das circunstâncias do caso concreto, sofrer ponderação para que não conduza a destino diferente daquele idealizado pelo fim ou valor que buscam materializar. (BARROSO, 2012, p. 357)

Mas a extensão deste campo de batalha entre princípios e regras depende, por evidente, da definição do âmbito de proteção das normas de direito fundamental, ou seja, da determinação daquilo que está (ou não) sob a proteção das normas de direito fundamental colidentes. Quanto mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental, maior a possibilidade de colisão com os outros direitos fundamentais.

Com efeito, o enunciado de direito fundamental enquanto regra apresenta uma estrutura mais objetiva e descritiva das condutas protegidas/proibidas, restando menor liberdade de determinação de sentido ao interprete. Já os enunciados dos princípios são mais abertos e dúcteis, o que lhes confere maior amplitude normativa.

Segundo leciona Robert Alexy (2006, p. 135), o modelo ideal de sistema jurídico é aquele que combine princípios e regras. Perfilando o mesmo entendimento, Luís

¹⁵ Com esse entendimento, Luís Roberto Barroso (2012, p. 353-354, grifo do autor) leciona que: “Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da *subsunção*: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade do *tudo ou nada*: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer. *Princípios*, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá ocorrer mediante *ponderação*: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio irá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.

Roberto Barroso (2012, p. 354) explica que, ao determinarem objetivamente as condutas normatizadas e suas consequências jurídicas, as regras conferem a segurança jurídica necessária ao desenvolvimento da vida no Estado de Direito; por outro lado, os princípios garantem a flexibilidade muitas vezes imprescindível para a realização da justiça no caso concreto e maior adaptabilidade da norma jurídica às mutações sociais.

O grau de abstração dos princípios impõe um ônus argumentativo para sua aplicação concreta e para a definição do âmbito de proteção do direito fundamental que carrega.

No frutífero campo dos direitos fundamentais, os princípios se revelam como sua base normogênica e as regras lhe dão concreção, aproximando-os da realidade da vida cotidiana.

Enquanto os princípios são normas jurídicas que representam valores ou fins a serem preservados e alcançados, as regras decorrem de opções valorativas ou finalísticas legitimamente efetuadas pelo legislador e que, por isso, descrevem condutas que devem ser observadas pelos seus destinatários (BARROSO, 2012, p. 355).

Insista-se, porém, que a despeito da maior aproximação da regra com o mundo da vida, fruto da legítima opção do legislador por condutas axiologicamente orientadas, não se deve perder de vista a distinção entre a disposição de direito fundamental (enunciado normativo) e a norma de direito fundamental (norma ou comando) que dele deflui, o que, se bem que em menor intensidade do que em relação aos princípios, também se observa em face das regras.

A disposição ou enunciado normativo é o conjunto linguístico que veicula o direito fundamental expresso na Constituição. A norma é o comando jurídico que emana da disposição do direito fundamental, conferindo direitos e impondo deveres aos seus destinatários. Sob as luzes dos valores subjacentes à Constituição, a construção do sentido da norma se dá a partir da interação dialética entre o enunciado normativo e a realidade da vida, não se reduzindo na mera literalidade das palavras contidas no texto.

Essa distinção entre enunciado normativo e norma é acentuada no caso dos princípios jurídicos, cujas disposições são preenchidas com forte carga axiológica e cuja estrutura textual e semântica abertas propiciam maior liberdade conformadora de sentido ao interprete.

Com efeito, Luís Roberto Barroso (2012, p. 347-348) observa que, ao contrário do que defende a dogmática jurídica tradicional, a norma jurídica não possui um sentido único e objetivo, válido para todas as situações e em que o papel do intérprete seria de mera revelação do seu conteúdo normativo preexistente. Ao contrário, salienta que:

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.

Ao mesmo tempo que a ductilidade normativa dos princípios amplia sua capacidade de se amoldar à dinamicidade e complexidade da vida real, possibilitando a construção de soluções jurídicas para os mais diversos problemas do cotidiano social, também é responsável por aumentar as possibilidades de colisões com outros princípios e regras.

Dado que nenhum dos princípios em colisão pode ser declarado inválido, o que se dá é a fixação de relações condicionadas de precedência, sujeitando-se ambos à realização na maior medida possível, mediante o sopesamento diante das condições fáticas e jurídicas reinantes. Observe-se que a sujeição às condições fáticas e jurídicas reinantes faz com que não se seja possível estabelecer uma relação de preferência absoluta entre os princípios, posto que a prevalência de um ou outro irá depender das circunstâncias concretas.

Nesse sentido, Virgílio Afonso (2017, p. 50, grifo do autor) observa assim que “(P1 **P** P2) C”, ou seja, o princípio 1 prevalecerá sobre o princípio 2 apenas na condição C; entretanto, enfatiza que numa condição C’ pode ser que o princípio 2 prevaleça sobre o princípio 1, de modo que “(P2 **P** P1) C”.

Anote-se que esta submissão da concordância entre os princípios às condições da colisão concreta, caso não seja bem entendida, pode atingir a própria efetividade dos direitos fundamentais em conflito, vez que sempre se estará a depender de uma análise concomitante ou posterior ao momento embate, oportunidade em que muitas

vezes a violação ao direito fundamental já ocorreu e, por vezes, o máximo que se pode obter é uma declaração de violação.

Na verdade, a referência ao caso concreto como parâmetro fático para o sopesamento entre os princípios colidentes não significa que, necessariamente, o fato deve ter materialmente ocorrido, sendo suficiente que se considere os fatos como usualmente acontecem.

É oportuna a reflexão proposta por Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 140, grifo do autor), *in verbis*:

Em face de algumas possíveis incompreensões, é importante esclarecer o que significa *caso concreto*. A expressão “caso concreto” pode significar duas coisas distintas: (1) *caso concreto* pode significar, na forma como pode ser compreendida também em sua acepção não-técnica a decisão de um caso específico por parte do *Judiciário* (o exemplo mais usual é a colisão entre a liberdade de imprensa e o direito à privacidade, honra ou imagem); (2) mas *caso concreto* pode também significar algo menos concreto ou, pelo menos, mais distante daquilo que usualmente se costuma entender por isso, já que aponta, nessa segunda acepção, a uma decisão do *legislador* acerca da colisão entre direitos fundamentais. Uma tal decisão legislativa, se, por um lado é mais abstrata que uma decisão judicial, não deixa de ter também sua dimensão concreta, já que o legislador não se preocupa, nesses casos, com a importância geral e abstrata de dois direitos fundamentais, mas sua importância relativa, em *situação hipotética*.

Esta compreensão acerca do que constitui o caso concreto para fins de sopesamento dos direitos fundamentais colidentes é fundamental para o escopo deste trabalho, que objetiva analisar a possibilidade da previsão de restrições legais ao direito de reunião a partir do sopesamento com outros direitos fundamentais que com ele usualmente colidem.

Antes, porém, de ingressar na análise da proporcionalidade como critério de solução de conflitos entre direitos fundamentais, é preciso analisar a definição do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, pois, como já foi dito, a sua maior ou menor extensão está diretamente associada à ocorrência de conflitos e colisões, a exigirem a legítima intervenção estatal.

1.2 Âmbito de proteção do direito fundamental

A definição do âmbito de proteção da norma de direito fundamental é imprescindível para a determinação das condutas que estão ou não abrigadas sob a

tutela constitucional, não sendo possível falar em intervenções restritivas sem antes determinar este espaço de proteção do bem jurídico fundamental.

O primeiro aspecto a ter em atenção para a determinação do âmbito de proteção do direito fundamental é a sua dupla dimensionalidade subjetiva e objetiva.

Na sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais atribuem aos indivíduos a possibilidade de fruição dos bens protegidos no âmbito de proteção jusfundamental. *Ab initio*, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais era associada apenas ao clássico *status negativus*, que, encontrando sua gênese no Estado Liberal, reconhece um espaço de liberdade ao indivíduo e o protege contra as intromissões estatais indevidas.

Ao elucidar a influência desse momento histórico na conformação dos direitos fundamentais, Vladimir Brega Filho (2002, p. 12) esclarece que os direitos fundamentais de primeira dimensão surgiram no constitucionalismo do século XVIII e tinham por característica o individualismo, delimitando uma zona de não intervenção do Estado na esfera de liberdade das pessoas.

A concepção individualista do ser humano que marcou o constitucionalismo do século XVIII representava a aspiração de liberdade do homem-burguês que, conforme relata Dalmo de Abreu Dallari (2010, p. 214), poderia ser “traduzida em termos jurídicos como o direito à liberdade individual, que cada indivíduo deveria exercer como quisesse e como pudesse”, de modo que as prioridades de cada homem era “o eu e o meu”. A retórica falaciosa da igualdade, que integrava a tríade dos revolucionários franceses, não resistiu aos primeiros tempos do novo Estado Liberal.

Já sob a égide do Estado Social, a dimensão subjetiva ganhou espaço e incorporou um *status positivus*, que passa a conferir ao titular do direito fundamental o poder de exigir do Estado as medidas prestacionais necessárias ao efetivo exercício dos direitos fundamentais (DIMOULIS; MARTINS, 2018, p. 138-139; PIEROTH; SCHLINK, 2019, p. 72). O *status positivus* dos direitos fundamentais está diretamente associado à sua dimensão objetiva enquanto uma ordem de valores e objetivos que condicionam a atuação estatal. Com efeito, leciona Jorge Reis Novais (2010, p. 54):

Portanto, independentemente da formulação constitucional encontrada, todas as normas de direitos fundamentais são reconduzíveis a uma estrutura típica cujo conteúdo consiste na imposição ao Estado de obrigações ou deveres de que, directa ou indirectamente, resultam para as particulares posições de vantagem juridicamente tuteladas, ou seja, os direitos fundamentais.

Para Peter Häberle (2003, p. 07), que é defensor da teoria interna dos limites imanentes, os direitos fundamentais, para além da perspectiva individualista que os qualificam como direitos subjetivos, constituem também uma ordem objetiva de valores que deve ser interpretada e concretizada em seu conjunto, com conformações e limitações recíprocas.

Destaca ainda o referido autor que esta dimensão objetiva dos direitos fundamentais enquanto uma ordem de valores não é estanque; ao contrário, durante o exercício das liberdades contempladas na Constituição, os indivíduos atualizam dinâmica e permanentemente o conteúdo desses valores e as relações que permeiam entre eles, de modo que, “com relación a los valores de la Ley Fundamental, se trata de valores que han sido concretizados y positivizados por la Constitución, y para los cuales se exige permanentemente una nueva actualización *hic et nunc*” (HÄRBELE, 2003, p. 10).

Enquanto constituem uma ordem objetiva de valores supremos, destaca Peter Häberle (2003, p. 08), a unidade dos direitos fundamentais conduz a um “mandado de interpretação em conjunto” da Constituição, de modo que os limites e conteúdo dos direitos fundamentais só podem ser compreendidos a partir desta visão de conjunto, ou seja, os conteúdos e limites dos direitos fundamentais só ganham sentido nas suas relações com os demais direitos fundamentais. Nas palavras de Peter Häberle (2003, p. 09), *in verbis*:

Los concretos valores jurídicos de la Ley Fundamental no se contraponen, ao respecto, como extraños e incomunicados, unos a otros. Se remiten unos a otros u están em una relación immanente. Dicho graficamente, em cada parte individual se refleja el conjunto, cuyo elemento constitutivo e integrador forma; se refleja la totalidad del sistema axiológico jurídico constitucional. En la relación com el conjunto se determina lo individual, y al contrario. [...] Cuando tienen lugar valoraciones de bienes jurídicos, ello sucede de modo que se reafirma tanto el bien singular como el conjunto y se alcanza un equilibrio entre los bienes jurídicos concurrentes.

Por seu turno, José Joaquim Gomes Canotilho *et al.* (2018, p. 188) apresenta como corolários da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais as seguintes consequências: (1) a sua eficácia irradiante, que fornece impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional; (2) imposição de deveres de proteção e promoção do Estado, impondo aos órgãos estatais a obrigação de zelar pelos direitos fundamentais dos indivíduos contra atos do próprio Estado e também de

particulares; (3) obrigação de criar órgãos e procedimentos para garantir o exercício dos direitos fundamentais (CANOTILHO *et al.*, 2018, p. 188).

Sobre a função organizatória e procedimental decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, JJ Gomes Canotilho *et al.* (2018, p. 188) explica:

Uma terceira função, igualmente vinculada à dimensão objetiva, e que, além disso, demonstra que todas as funções dos direitos fundamentais, tanto na perspectiva jurídico-objetiva, quanto na dimensão subjetiva, guardam direta conexão entre si e se complementam reciprocamente (embora a existência de conflitos), pode ser genericamente designada de função organizatória e procedimental. Neste sentido, sustenta-se que, a partir do conteúdo das normas de direitos fundamentais, é possível extrair consequências não só para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, evitando-se os riscos de uma redução do seu significado e conteúdo material. Neste contexto, há que considerar a íntima vinculação entre direitos fundamentais, organização e procedimento, no sentido de que os primeiros são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento (no mínimo, sofrem uma influência da parte destes), e também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais.

Não é sem razão o destaque conferido à função organizatória e procedimental irradiada pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais. O Estado precisa se organizar jurídica e materialmente através de instituições e procedimentos capazes de fazer frente às demandas de proteção e promoção aos direitos fundamentais, viabilizando assim o seu exercício, na maior medida possível, por todos e por cada um dos indivíduos.

Entre nós, Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 167) alerta para o fato que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais faz com que estes formem a base do ordenamento jurídico democrático, operando como limite do poder e diretriz da atuação estatal. Além disso, o reconhecimento da dimensão objetiva faz com que o direito fundamental não possa ser considerado exclusivamente sob a perspectiva individualista e, nesse sentido, “legitima o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em favor dos seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente valiosos”.

Reconhece-se com isso que os direitos fundamentais, a incluir os de liberdade, possuem uma dupla face, individual e comunitária, e que só se realizam integralmente

quando ambas estiverem harmonizadas, sejam entre os titulares do mesmo direito fundamental ou entre titulares de direitos diferentes que concorrem no espaço público.

A função social é intrínseca a todos os direitos fundamentais e, por isso, o exercício de um direito fundamental contrário à sua função social não está coberto pelo conteúdo deste direito. A partir dessa reflexão, Peter Häberle (2003, p. 11-14) rechaça uma visão unilateral dos direitos individuais de liberdade e, com maior razão, uma concepção liberal e individualista dos direitos fundamentais. Isto, porém, não significa que a dimensão individual dos direitos fundamentais deve sempre ceder diante da sua dimensão social; ao contrário, afirma Peter Häberle (2003, p. 13) que há um condicionamento recíproco entre ambas dimensões: “Para los derechos fundamentales rige el principio de que el interés individual y la función social están, uno respecto de la outra, em una relación de igualdad jerárquica”.

No julgamento da ADC nº 43, o ministro Luís Roberto Barroso (STF, 2016) expressou o mesmo entendimento:

A realidade é parte da normatividade do Direito. Essa é uma constatação que se tornou dominante em todo o mundo. Os textos oferecem um ponto de partida para a interpretação e demarca as possibilidades de sentido da norma. Na terminologia tradicional, fornecem a moldura dentro da qual o intérprete poderá fazer escolhas legítimas. Não escolhas livres: dentro das possibilidades de sentido de uma norma, o intérprete deverá escolher a melhor. *Não as de sua preferência pessoal, mas a que mais adequadamente realize os valores constitucionais e o interesse da sociedade.* Observe-se que respeitar os direitos fundamentais com proporcionalidade faz parte do interesse da sociedade. Não são coisas antagônicas.

Não é outro o sentir de Fernando de Brito Alves (2013, p. 127-130) ao lecionar que os direitos fundamentais funcionam, de um lado, como uma espécie de “espaço vedado” às deliberações coletivas e, de outro, a filosofia política contemporânea tem reagido com sensibilidade social ao pensamento individualista e racional.

A expressar essa reação à perspectiva individualista dos direitos fundamentais, Peter Häberle (2003, p. 20-23) defende que a dimensão comunitária dos direitos fundamentais deve ser considerada como o “fundamento funcional” da democracia e que o exercício desses direitos devem se situar no cruzamento entre os interesses público e individuais, *in verbis*:

Si los derechos fundamentales son constitutivos tanto para el individuo como para la comunidade, si son garantizados no sólo en favor del individuo, sino que cumplen también una función social e constituyen

el fundamento funcional de la democracia, de ello se deriva que la garantía y el ejercicio de los derechos fundamentales están caracterizados por un entrecruzamiento de intereses públicos e individuales.

Não se pode, pois, optar por uma ou outra dimensão (individual ou comunitária) do direito fundamental, com caráter exclusivo uma da outra. A força normativa e a unidade constitucional impõem que “si garantiza derechos no sólo a los ‘favorecidos’, sino también a todo el conjunto de ciudadanos (HÄRBELE, 2003, p. 25). Os interesses do indivíduo e da comunidade devem ser considerados no momento do exercício do direito fundamental na sociedade democrática, posto que, conforme adverte Peter Häberle (2003, p. 26), a essência de todas as normas jurídicas consiste na tutela simultânea dos interesses públicos e privados e que, por isso, as limitações aos direitos fundamentais também devem buscar este equilíbrio e união entre interesses públicos e privados.

Com efeito, não se pode admitir, sob a égide do Estado Democrático de Direito, que os direitos fundamentais sejam utilizados para a satisfação dos interesses egoísticos de quem quer que seja. O reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais orienta para esta necessidade de realização conciliada entre as dimensões individual e comunitária dos direitos fundamentais, as quais, por evidente, devem ser levadas em consideração no momento da determinação do âmbito de proteção da tutela jusfundamental.

Detalhado este primeiro e duplice olhar sobre os direitos fundamentais, é preciso apontar que toda norma jurídico-fundamental tem por objeto a tutela de um domínio da vida, o que constitui o seu âmbito de regulação e, dentro deste espaço, seleciona ou recorta a parcela de condutas à qual confere a sua tutela, ou seja, o âmbito de proteção da norma de direito fundamental (PIEROTH; SCHLINK, 2019, p. 121). Para exemplificar este recorte do âmbito de proteção, os constitucionalistas alemães discorrem sobre o direito de reunião e esclarecem que o âmbito de regulação são todas as reuniões e que, recortando parcela deste domínio da vida, a tutela constitucional é conferida apenas às reuniões pacíficas e sem armas, que assim constituem o seu âmbito de proteção.

Entre nós, Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 72) define o âmbito de proteção como “o âmbito dos bens protegidos por um direito fundamental; e *bens protegidos*, nessa definição, ‘são ações, estados ou posições jurídicas nos respectivos âmbitos temáticos de um direito de defesa’”.

Se uma determinada conduta¹⁶ está no âmbito de proteção de um direito fundamental surge para o indivíduo um direito subjetivo de exigir a sua observância, negativa (*status negativus*) ou positivamente (*status positivus*), e para o Estado o dever subjetivo de abster-se de intromissões indevidas, proteger, garantir e promover a realização daquela conduta protegida como consequência da eficácia jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, que vincula toda a atuação estatal.

Fora do âmbito de proteção do direito fundamental, o indivíduo não tem direito subjetivo à prestação estatal, negativa ou positiva. De outro lado, toda intervenção estatal restritiva no âmbito de proteção do direito fundamental exige justificção constitucional racional e idônea, sob pena de configurar uma violação (PIEROTH; SCHLINK, 2019, p. 120).¹⁷

A definição do âmbito de proteção tem como ponto de partida a interpretação da disposição de direito fundamental e, como aponta Gilmar Ferreira Mendes (2015, p. 192), abrange os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica e a sua consequente proteção.

No caso dos direitos fundamentais estritamente normativos, o constituinte confia ao legislador ordinário a missão de definir o próprio conteúdo do direito fundamental, falando-se assim em regulação ou conformação do âmbito de proteção do direito fundamental (CANOTILHO, 2003, p. 1263-1264; MENDES, 2015, p. 196).

Ao discorrerem sobre os direitos fundamentais estritamente normativos, apontam Bodo Pieroth e Benhard Schlink (2019, p. 125) que “o particular está em condições de fazer uso dos direitos fundamentais, não já pela sua natureza nem pela sua natureza social, mas apenas pela ordem jurídica”, de modo que a intervenção estatal visa “abrir possibilidades de conduta para que o particular possa fazer uso do direito fundamental”.

Anote-se, porém, que tal liberdade conferida ao legislador ordinário de conformar o âmbito de proteção do direito fundamental estritamente normativo não significa que dele pode dispor ou que esta liberdade seja absoluta, pois encontra na

¹⁶ Pieroth e Schlink (2019, p. 121, grifo do autor) esclarecem que a palavra *conduta* deve ser compreendida no sentido mais amplo possível, englobando assim “não apenas a atuação (a chamada liberdade positiva), mas também a omissão (a chamada liberdade negativa) e, em certas circunstâncias, o simples estar.” A partir de agora, este trabalho seguirá esta compreensão ampla da palavra *conduta*.

¹⁷ Conforme apontam Pieroth e Schlink (2019, p. 128) “uma ingerência num direito fundamental pode ser lícita ou ilícita. A violação de um direito fundamental é sempre ilícita; é a *ingerência ilícita* no direito fundamental”.

própria história e na tradição os seus parâmetros (CANOTILHO, 2003, p. 1264; PIEROTH; SCHLINK, 2019, p. 126).

Diferente se dá com os direitos fundamentais não estritamente normativos, que preexistem ao próprio ordenamento jurídico estatal, *v.g.*, o direito de igualdade e o direito de liberdade, e que, por isso, terão seu conteúdo limitado ou restringindo pela intervenção estatal.

Observe-se, com o escólio de Bodo Pieroth e Benhard Schlink (2019, p. 127), que nos direitos fundamentais estritamente normativos (ou marcados pelo direito) a conformação do âmbito de proteção pelo legislador, fixando as vias para o seu exercício, não significa necessariamente uma ingerência no âmbito de proteção e sim uma pré-condição necessária para o seu exercício. De outro lado, no caso dos direitos fundamentais não estritamente normativos (ou não marcados pelo direito) a fixação destas vias de exercício do direito fundamental já configura uma intervenção estatal no seu âmbito de proteção¹⁸, que deve ser sustentada por uma justificação constitucional idônea e racionalmente articulada.

Nem sempre esta intervenção estatal no âmbito de proteção dos direitos fundamentais não estritamente normativos tem um sentido negativo para o titular do direito fundamental, mas, ao contrário, pode ser uma forma de facilitar e apoiar o seu exercício efetivo. A título de exemplo, cite-se o caso do aviso prévio às autoridades públicas competentes acerca da realização das reuniões em locais públicos, que tempestivamente viabiliza a adoção das medidas necessárias pelos órgãos responsáveis pela segurança pública para garantir o exercício legítimo do direito de reunião e dos direitos colidentes.

O âmbito de proteção abstrato¹⁹ está *prima facie* determinado na disposição de direito fundamental e sua amplitude definitiva está ligada ao suporte fático que lhe dá sustentação, ao reconhecimento do seu conteúdo essencial e da incidência das intervenções legítimas que recaem sobre este espectro.

¹⁸ Sob a perspectiva da teoria interna dos limites imanentes dos direitos fundamentais (item 1.3 infra), a atuação do legislador no âmbito de proteção dos direitos fundamentais não configura uma intervenção restritiva e sim o reconhecimento dos limites preexistentes na ordem constitucional em razão da sua relação com os demais direitos fundamentais na vivência comunitária.

¹⁹ Conforme leciona Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 67-68), “o âmbito de proteção em abstrato se constitui pelas condutas tuteladas pela norma de direito fundamental e o âmbito de proteção em concreto se dá pela verificação no mundo real dos pressupostos de fato e de direito que integram aquele rol de condutas protegidas, deflagrando assim a consequência jurídica”.

A extensão do suporte fático vai representar o limite máximo do âmbito de proteção do direito fundamental. A configuração do conteúdo essencial vai fixar um espaço intransponível que representa a tutela mínima de proteção jusfundamental. Sustentadas em fundamentação constitucional idônea e racionalmente articulada, a incidência das intervenções legítimas neste espectro delinea o âmbito de proteção definitivo do direito fundamental e determina o seu suporte fático abstrato, ou seja, as condutas que estão sob a guarda da proteção constitucional.

Nesse sentido, Bodo Pieroth e Benhard Schlink (2019, p. 129) explicam que:

Quanto mais amplo for o entendimento dos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais, tanto mais a atuação do Estado se apresenta como ingerência; quanto mais restrito for o entendimento dos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais menos o Estado entra em conflito com os direitos fundamentais.

De igual modo, Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 68, grifo do autor) aponta que:

A forma de aplicação dos direitos fundamentais – subsunção, sopesamento, concretização ou outras – depende da extensão do suporte fático; as exigências de fundamentação nos casos de restrição a direitos fundamentais dependem da configuração do suporte fático; a própria possibilidade de restrição a direitos fundamentais pode depender do que se entende por *suporte fático*; a existência de colisões entre direitos fundamentais, às vezes tida como pacífica em muitos trabalhos e decisões judiciais, depende também de uma precisa determinação do conceito de suporte fático.

A extensão *abstrata* do suporte fático dos direitos fundamentais está assim ligada não só àquilo que é ou não por ele *prima facie* protegido, mas também – e aqui está um dos pontos de relevo para este trabalho – à incidência de intervenções restritivas que incidem no seu âmbito de proteção, cuja legitimidade e controle são exigências democráticas.

Para Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 79-81), a adoção de uma extensão restrita do suporte fático significa a exclusão *a priori* de ações, estados e posições jurídicas (condutas) do âmbito de proteção do direito fundamental e, nesta esteira, não há que se falar em restrições a direitos fundamentais e tampouco em sopesamento entre princípios.

Entre os que defendem a ideia do suporte fático restrito encontra-se Friedrich Muller com sua teoria sobre o âmbito da norma, para quem a interpretação do programa da norma (enunciado normativo) e a determinação do âmbito da norma (realidade) seriam suficientes para definir o conteúdo e os limites do direito

fundamental, rejeitando assim a ideia de restrição como algo externo ao direito (SILVA, V. A., 2017, p. 87).

Para afastar a possibilidade de colisão de direitos – e conseqüentemente de restrições externas – e reconhecendo que não há direitos absolutos, Friedrich Muller propõe a *especificidade* como critério da delimitação interna dos direitos fundamentais.

Após admitir a dificuldade na compreensão do conceito de especificidade na teoria de Friedrich Muller, Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 88, grifo do autor) explica que *não-específica* seria:

Toda e qualquer ação que não seja estruturalmente necessária para o exercício do direito fundamental e que, nesse sentido, possa ser substituída por outra é uma ação não-específica, e, portanto, não protegida pelo direito fundamental. Assim, proibir uma tal conduta *não é restringir* o exercício do direito.

Crítico da teoria do suporte fático restrito, Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 97-100) defende que a exclusão *a priori* de determinadas condutas do âmbito de proteção do direito fundamental se dá por mera intuição e está calcada em subjetivismos, subtraindo-se à sindicabilidade a que se sujeitam as restrições externas como intervenções legítimas no campo dos direitos fundamentais.

A partir desses argumentos, Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 94) propõe a adoção de um suporte fático amplo no âmbito de proteção *prima facie* dos direitos fundamentais, sendo que qualquer intervenção restritiva nesse campo deve ser sustentada por uma fundamentação constitucional racional e idônea, que se exponha à sindicabilidade dos argumentos apresentados. Explica o autor que:

O decisivo, a partir desses modelos, não é o trabalho com o âmbito de proteção ou com o conceito de intervenção estatal, mas com a argumentação possível no âmbito da fundamentação constitucional das intervenções. De uma certa forma, o que ocorre é um deslocamento do foco da argumentação: ao invés de um foco no momento da definição daquilo que é protegido e daquilo que caracteriza uma intervenção estatal, há uma concentração da argumentação no *momento da fundamentação da intervenção* (SILVA, 2017, p. 94, grifo do autor).

Críticos da teoria do suporte fático, Bodo Pieroth e Benhard Schlink (2019, p. 131, grifo do autor) argumentam que não se deve de antemão optar por um suporte fático amplo ou restrito no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, devendo este ser determinado a partir da escorreita interpretação do seu dispositivo, *in verbis*:

Nenhuma presunção constitui argumento a favor do alargamento dos âmbitos de proteção. Também nenhuma presunção vem a favor do seu *estreitamento*. Os âmbitos de proteção de cada um dos direitos fundamentais têm de ser simplesmente determinados de maneira correta com os meios jurídicos normais de interpretação, a partir do seu texto, da sua história, da sua gênese e da sua posição sistemática. Também o conceito de ingerência não pode ser determinado a partir de quaisquer presunções, mas sim a partir da função e do conceito dos direitos fundamentais.

Com efeito, o âmbito de proteção de um direito fundamental não pode ser determinado isoladamente a partir da análise da disposição constitucional que o disciplina, mas deve também contemplar a sua relação sistemática com outros direitos fundamentais colidentes e demais disposições constitucionais.

Seguindo esta linha de raciocínio, Bodo Pieroth e Benhard Schlink (2019, p. 131-132) observam que a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar não permite que no interior deste [domicílio] o agente pratique ilícitos civis ou penais; do mesmo modo, a liberdade religiosa não permite a ofensa a outros direitos fundamentais, *v.g.*, do direito à vida.

No mesmo sentido, Jorge Reis Novais (2010, p. 264) leciona que:

O âmbito de protecção dos direitos fundamentais juridicamente relevante é o que resulta das disposições constitucionais de direitos fundamentais incluindo as cláusulas directas ou indirectas, constante expressa ou implicitamente da Constituição; ou seja, o âmbito de protecção dos direitos fundamentais juridicamente relevante é aquilo que “resta” ou resulta dos direitos do homem após a sua conformação constitucional.

Deve-se assim distinguir dois momentos: (1) a determinação da extensão do âmbito de proteção, que se dá a partir da escorreita exegese do enunciado normativo do direito fundamental, de modo que, para além da mera interpretação semântica e gramatical do seu texto, exige ainda uma análise sistemática de conjunto com outros direitos fundamentais colidentes e demais disposições constitucionais²⁰; e (2) a partir da colisão com outros direitos fundamentais, a ingerência neste âmbito de proteção previamente determinado, a exigir justificação constitucional racional e idônea.

Esse também é o sentir de Cláudio Pereira de Souza Neto e de Daniel Sarmiento (2012, p. 518) que se situam entre os extremos da teoria do suporte fático

²⁰ Como bem anota Eros Roberto Grau (2006, p. 44), não se interpreta o direito em tiras e “um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum”.

restrito, que possui íntima ligação com a teoria interna dos limites imanentes ao determinar a fixação *a priori* do âmbito de proteção do direito fundamental, e a teoria do suporte fático amplo, que, ao ampliar ao máximo o âmbito de proteção *prima facie* do direito fundamental e, conseqüentemente, a possibilidade de colisões constitucionais, sujeitam a tarefa de delimitação do conteúdo do direito fundamental à ponderação. Num primeiro momento, delimita-se o âmbito de proteção e, em seguida, sendo verificada a existência de uma colisão de direitos fundamentais, passa-se à fase da ponderação, *in verbis*:

Sustentamos, sim, que as normas em conflito devem ser interpretadas de maneira razoável — não necessariamente ampliativa ou restritiva — considerando-se todos os elementos importantes da hermenêutica jurídica (texto, história, sistema, finalidade da norma, valores subjacentes etc.). Só se passa à fase da ponderação propriamente dita se, nessa fase interpretativa, chegar-se à conclusão de que existe mais de uma norma constitucional em jogo, cada uma direcionando a solução do problema num sentido diferente. Caso contrário, a hipótese não será de ponderação, mas de mera aplicação da norma constitucional incidente (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 518).

Anote-se que enquanto a intervenção decorrente da colisão com outros direitos fundamentais é pontual e concreta, a determinação do âmbito de proteção a partir da relação sistemática dos direitos fundamentais é geral e invariável (PIEROTH; SCHLINK, 2019, p. 132).

Não se pode olvidar que, num primeiro momento, incumbe ao intérprete determinar, a partir da análise do enunciado normativo e da sua relação com outros direitos e disposições constitucionais, o sentido da norma jurídica e a definição do âmbito de proteção. Com isso se tem que a determinação do âmbito de proteção *prima facie* de um direito fundamental é fruto do escorreito processo interpretativo, racional e constitucionalmente fundamentado, e que, a partir desta definição, é que se situarão as ingerências ou intervenções restritivas no âmbito de proteção do direito fundamental. É nesse sentido o escólio de JJ Gomes Canotilho (2003, p. 1275) ao afirmar que, antes de se falar em restrições, a primeira tarefa é determinar o âmbito de proteção da norma de direito fundamental através da análise da estrutura do seu enunciado.

Isto não afasta, como defende Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 79-81), o conceito de intervenção estatal como ação restritiva externa ao direito fundamental e tampouco a possibilidade de controle e aferição da legitimidade da decisão tomada,

que deve ser sempre racional e constitucionalmente fundamentada. Primeiro é preciso, com o emprego dos métodos hermenêuticos propostos pela Ciência Jurídica, definir o âmbito de proteção *prima facie* do direito fundamental para, em seguida, avaliar a legitimidade das intervenções estatais que recaem sob a tutela constitucional.

Negar de pronto a determinação do âmbito de proteção do direito fundamental a partir da interpretação sistemática do seu enunciado normativo é, em última instância, refutar a própria cientificidade do Direito e a correção dos seus métodos. Não se têm dúvidas de que podem ocorrer desvios hermenêuticos capazes de subverter o sentido de proteção da norma de direito fundamental; mas, para enfrentá-los e superá-los, como de resto se faz em todos os casos de interpretação jurídica, deve-se submetê-los ao escrutínio dos métodos científicos da interpretação jurídica.

Se, num extremo, o suporte fático define o limite máximo do âmbito de proteção do direito fundamental, no outro o conteúdo essencial reflete o limite mínimo intransponível que, se afetado, atingirá fatalmente o próprio direito. A afirmação de um conteúdo essencial mínimo parece carregar duas ideias que são, a um só tempo, contraditórias e complementares. De um lado, o reconhecimento de que não há direitos fundamentais absolutos e, de outro, a afirmação de que tais direitos possuem um conteúdo essencial intangível que deve ser garantido e protegido contra violações de todas as ordens, sobretudo aquelas de origem estatal. São contraditórias na medida em que a afirmação de que não há direitos fundamentais absolutos orienta para o reconhecimento de limites ao exercício de tais direitos pelos seus titulares e complementares porque a afirmação de um conteúdo essencial intangível confere proteção contra restrições e regulamentações capazes de aniquilar a existência do próprio direito fundamental.

O reconhecimento de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais constitui uma barreira à atuação não só do juiz e do administrador, mas, em especial, também do próprio legislador ordinário. Ao deitar suas raízes na própria Lei Maior, cuja supremacia formal e material é afirmada no Estado Constitucional de Direito, vincula a atuação de todos os poderes do Estado (eficácia vertical) e até mesmo dos particulares (eficácia horizontal).

Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 24) leciona que:

A declaração de um conteúdo essencial destina-se, sim, ao legislador ordinário, pois é esse que, em sua tarefa de concretizador dos direitos

fundamentais, deve atentar àquilo que a Constituição chama de “conteúdo essencial”.

A compreensão do conteúdo essencial como barreira da intervenção legislativa no âmbito de proteção do direito fundamental também é destacada por Ana Maria D'Ávila Lopes *et al.* (2005, p. 98) ao asseverar que “a garantia do conteúdo essencial foi criada para controlar a atividade do Poder Legislativo evitando excessos que possam desnaturalizar o conteúdo essencial desses direitos”.²¹

Todavia, apesar de ressaltar que a gênese da afirmação de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais está ligada à intervenção legislativa, Ana Maria D'Ávila Lopes *et al.* (2005, p. 106) não desconhece que essa barreira também se ergue contra as intervenções ablativas desferidas pelos poderes Executivo e Judiciário no âmbito de proteção jusfundamental, *in verbis*:

[...] é importante ter presente que, ainda que a garantia do conteúdo essencial tenha surgido basicamente para limitar os abusos normativos da atividade reguladora do legislador ordinário, isso não impede, senão exige, que o alcance da garantia atue também em todas as fases da aplicação dos direitos fundamentais, na medida em que constitui o “limites dos limites” ou, como no direito alemão é referida, “limita a possibilidade de limitar”, isto é, assinala o limite que indica onde já não é mais possível a atividade limitadora ou reguladora dos direitos fundamentais, qualquer que seja a natureza dessa atividade, legislativa ou jurisprudencial.

²¹ Conforme explica Ana Maria D'Ávila Lopes *et al.* (2005, p. 99), a previsão constitucional de intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na Lei Fundamental da Alemanha foi uma reação às intervenções legislativas invasivas e autoritárias ocorridas durante o regime nazista, *in verbis*: “Por outro lado, na Alemanha, a incorporação da garantia do conteúdo essencial foi consequência da negativa experiência vivida durante a vigência da Constituição de Weimar de 1919, quando não foi possível evitar os excessos cometidos pelo Poder Legislativo no referente à regulação dos direitos fundamentais, provocando a desconfiança nas funções do legislador ordinário e motivando a necessidade da incorporação de uma garantia que especificamente resolvesse esse problema. Desse modo, incorporou-se na Lei Fundamental de Bonn de 1949 o artigo 19, proibindo ao legislador efetuar qualquer alteração restritiva ao conteúdo essencial (*wesensgehalt*) dos direitos fundamentais”.

A Constituição da República Portuguesa (1976)²², a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949)²³ e a Constituição da Espanha (1978)²⁴ expressamente exigem o respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais na edição de leis restritivas. O projeto da Constituição Europeia estabelece, no seu art. 112, também que “qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades.”

A discorrer sobre a prescrição constitucional alemã de que a lei deve respeitar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, Juan Carlos Gavara de Cara (1994, p. 13) observa que a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais tem servido de parâmetro do controle de constitucionalidade das leis e que:

Esta nueva garantía y, em general, toda la regulación de los derechos fundamentales se pueden considerar como una reacción a la conculcación de los derechos en el período nacional-socialista. Representa una toma de posición a favor de la limitación material del legislador em el ámbito de los derechos fundamentales. No es extraño pues que, desde um primer momento, la doctrina del Derecho público alemán considerara la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales como una disposición para proteger los derechos fundamentales frente al legislador y, por lo outro, como un limite frente a las limitaciones em los mismos.

A determinação do conteúdo essencial não é, todavia, tarefa das mais fáceis. O primeiro confronto se dá entre a afirmação da existência de um conteúdo essencial absoluto, que, em cenário algum, poderá ser afetado, sob pena de ilegítima intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental; e, de outro, a defesa da existência de um conteúdo essencial relativo, que varia para mais ou para menos, a partir de um juízo de ponderação formulado em vista das condições fáticas e jurídicas existentes.

Outro embate se dá entre a teoria objetiva e a teoria subjetiva do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Aquela – a teoria objetiva – afirma que o núcleo

²² A Constituição portuguesa afirma, no seu art. 18, nº 3, que “as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

²³ A Lei Fundamental da Alemanha prevê, no art.19, nº 2, que “em nenhum caso pode um direito fundamental ser afetado em seu conteúdo essencial”.

²⁴ A Constituição espanhola, em seu art. 53, nº 1, dispõe que “os direitos e liberdades [...] vinculam todos os poderes públicos. Somente por lei, que, em qualquer caso, deverá respeitar seu conteúdo essencial, poderá ser regulado o exercício de tais direitos e liberdades”.

essencial deve ser definido como norma objetiva e assegurar a eficácia do direito fundamental na sua globalidade; a teoria subjetiva apregoa que o núcleo essencial deve ser determinado a partir da dimensão subjetiva do sujeito do direito fundamental e do seu exercício concreto.

Posicionando-se diante deste embate entre a teoria objetiva e a teoria subjetiva, JJ Gomes Canotilho (2003, p. 459) afirma que seria irrealista defender uma leitura meramente subjetiva dos direitos fundamentais sem levar em consideração a função dos direitos na vida comunitária. Por outro lado, sem afastar os contornos objetivos do conteúdo essencial como garantia da comunidade, Bodo Pieroth e Benhard Schlink (2019, p. 153, grifo do autor) defendem que “na dúvida, o conteúdo essencial deve procurar-se na garantia não para a comunidade, mas *para o particular*”.

A resposta correta parece estar no entrecruzamento da dimensão subjetiva e da dimensão comunitária dos direitos fundamentais, pois, como adverte Peter Häberle (2003, p. 26), “la esencia de todas las normas jurídicas consiste, en particular, en que se proponen la tutela simultánea de intereses públicos y privados”. Não se pode, pois, buscar a identificação do conteúdo essencial do direito fundamental exclusivamente a partir da sua significação para o sujeito individual ou para a comunidade. É na consideração recíproca entre ambas dimensões que se chega ao conteúdo essencial da tutela jusfundamental, posto que:

La imagen del hombre de la Ley Fundamental, de la que son características la referencia y la vinculación comunitarias, veda considerar al individuo al otro lado de la Comunidad. [...] En el Estado social de Derecho, la pretensión de libertad del individuo y la protección de la comunidad son exigencias igualmente legítimas. (HÄRBELE, 2003, p. 47)

Tendo assim assente que a determinação do conteúdo essencial do direito fundamental deve levar em consideração, a um só tempo, sua significação para o indivíduo e a comunidade, persiste a dúvida sobre quais são os seus contornos, ou seja, qual a extensão desse conteúdo essencial dos direitos fundamentais. É aqui que reside o debate entre os defensores da teoria do conteúdo essencial absoluto e da teoria do conteúdo essencial relativo.

A proposta da afirmação de um conteúdo essencial absoluto e objetivo, intransponível pelas intervenções estatais restritivas, parece, num primeiro momento, ser adequada aos ditames do Estado Democrático de Direito ao preservar um mínimo de efetividade aos direitos constitucionalmente tutelados para todos os seus titulares

e em todas as situações, posto que é defeso subtrair por completo o sentido e efetividade da posição jusfundamental. A teoria absoluta, explicam Bodo Pieroth e Bernhard Schlink (2019, p. 151), entende o conteúdo essencial como “uma grandeza fixa, independente do caso concreto e da questão concreta.”

Na sua defesa do reconhecimento de conteúdo essencial absoluto dos direitos fundamentais, Jorge Miranda (2000, p. 341) leciona que:

Afigura-se que para, realmente, funcionar como barreira última e efectiva contra o abuso de poder, como barreira ao legislador, seja qual for o interesse (permanente ou conjuntural) que prossiga, não deve romper, o conteúdo essencial tem de se entender como um limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito.

A dificuldade está na determinação de qual seria este conteúdo essencial absoluto. Crítico da teoria absoluta, Peter Härbele (2003, p. 02-10) aponta que os seus defensores deduzem o conteúdo essencial do direito fundamental às vezes com a ajuda das ideias do direito natural, complementadas com uma interpretação histórico-espiritual, e às vezes através de mera intuição, carecendo assim de um pensamento especificamente jurídico-constitucional. Por outro lado, destaca que os direitos fundamentais representam uma ordem objetiva de valores que garantem a liberdade dos indivíduos, os quais, por sua vez, atualizam dinamicamente o seu conteúdo, sendo que o conteúdo de cada direito só pode ser compreendido, a partir da ideia de unidade constitucional, na sua relação-interativa com a totalidade dos direitos fundamentais. A partir daí, estrutura a sua defesa de um conteúdo essencial relativo dos direitos fundamentais.

Diante de tal imprecisão e da dificuldade de se determinar qual seria este conteúdo essencial do direito fundamental, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2018, p. 196) concluem que inexistente tal requisito limitador das intervenções estatais restritivas, que devem sempre se orientar pelo critério da proporcionalidade, de modo que “não deve ser acrescentado um dever autônomo de preservar um suposto núcleo que aumenta o risco de avaliações subjetivas da constitucionalidade de leis regulamentadoras”.

Este posicionamento aproxima-se da ideia de conteúdo essencial relativo, que se opõe à determinação *a priori* de um conteúdo mínimo do direito fundamental, de modo que este depende das condições fáticas concretamente verificadas nas colisões

entre direitos e, por isso, pode variar em maior ou menor extensão a partir do sopesamento dos interesses e direitos em jogo (SILVA, V. A., 2017, p. 196).

Adepto do conteúdo essencial relativo, Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 198, grifo do autor) defende que:

Uma restrição que possa ser considerada como leve pode, mesmo assim, segundo uma teoria relativa, ser encarada como invasão do conteúdo essencial de um direito: basta que não haja fundamentação suficiente para a restrição. Nesse sentido, *restrições não fundamentadas, mesmo que ínfimas, violam o conteúdo essencial a partir das premissas relativas*. E restrições às vezes mais intensas podem ser consideradas constitucionais, isto é, não violadoras do conteúdo essencial.

Bodo Pieroth e Benhard Schlink (2019, p. 151) esclarecem que a teoria relativa defende que o conteúdo essencial deve ser determinado não só em relação a cada direito fundamental em concreto, mas também em cada caso *per se*, o que acaba por lhe equiparar ao juízo da proporcionalidade em sentido restrito (razoabilidade), que, junto com os juízos da adequação e da necessidade, compõe o princípio da proporcionalidade.

No mesmo sentido, JJ Gomes Canotilho (2003, p. 460) e Jorge Miranda (2000, p. 341) sustentam que, ao submeter a extensão do conteúdo essencial dos direitos fundamentais à ponderação com os direitos colidentes, a teoria relativa equipara o conteúdo essencial ao princípio da proporcionalidade.

Aliás, esta equiparação entre conteúdo essencial e a máxima da proporcionalidade é sustentada por Robert Alexy (2006, p. 301), apesar de reconhecer que o Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) alemão adota um conceito absoluto.

No contexto da sua teoria dos princípios, Robert Alexy defende (2006, p. 300-301) que é diante das condições fáticas e jurídicas concretas que se irá determinar se houve ou não afetação do núcleo essencial do direito fundamental. Entretanto, ressalta quanto mais restringido for um direito, mais seu núcleo se torna resistente às razões contrapostas capazes de legitimar novas investidas restritivas. Em consequência, a segurança da proteção é tão forte que, em cenários de normalidade, seria possível admitir uma proteção absoluta; entretanto, sem perder de vista que “a extensão da proteção ‘absoluta’ depende de relações entre princípios”.

É nesse sentido que Ana Maria D’Ávila Lopes *et al.* (2005, p. 98-99) destaca a importância da jurisprudência constitucional na fixação do conteúdo essencial dos

direitos fundamentais, a partir da análise dos casos concretos à luz da normatividade jusfundamental do direito e da sua colisão com outros princípios constitucionais:

O problema da imprecisão do conceito de conteúdo essencial resolve-se, precisamente, por meio do controle de constitucionalidade da lei reguladora do direito fundamental. É o Tribunal Constitucional, pois, quem decide quais são as convicções generalizáveis, quais são os interesses protegidos e quais são as faculdades que fazem um direito recognoscível como tal.

A relevância da atuação do Tribunal Constitucional na delimitação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais também é destacada por Juan Carlos Gavara de Cara (1994, p. 271) ao recordar que a existência de precedentes jurisprudenciais na determinação do conteúdo mínimo do âmbito de proteção jusfundamental orienta e limita a intervenção legislativa.

Na busca de contornos para a definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, Ana Maria D'Ávila Lopes *et al.* (2005, p. 104) invoca a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional da Espanha, no julgamento da Sentença nº 11/81, proferida em 08 de abril de 1988, *in verbis*:

Constituyen, el contenido esencial de un derecho subjetivo, aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente a ese tipo [...]. Todo ello referente al modelo histórico que cada caso trata y a las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales [...]. Se puede hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte, del contenido del derecho, que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidas. De este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

O excerto da decisão acima colacionada conduz à conclusão de que a determinação do conteúdo essencial de um determinado direito fundamental está sujeito não só à sua normatividade constitucional, mas também ao contexto sócio-histórico em que se situa o seu exercício. O conteúdo essencial seria assim um conceito jurídico indeterminado cuja densificação depende da atuação do intérprete à luz da dialética entre a normatividade jurídico-fundamental e a realidade fática, conduzida sob as luzes da axiologia constitucional.

De outro lado, a afirmação de um conteúdo essencial absoluto e objetivo, intransponível pelas intervenções estatais restritivas, preserva um mínimo de

efetividade ao direito constitucionalmente tutelado para todos os seus titulares e em todas as situações, sendo defeso lhe subtrair por completo o sentido e efetividade da posição jusfundamental. A força normativa do direito fundamental veda a intervenção estatal capaz de aniquilá-lo, posto que:

Los derechos fundamentales no pueden perder su valor 'práctico' a través de las regulaciones del legislador [e das intervenções administrativas e judiciais], éstas no pueden dejarlos sin relevância em su 'eficacia práctica' (HÄRBELE, 2003, p. 46).

Mais uma vez, a solução parece residir no entrecruzamento das teorias absoluta e relativa. Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 188-196) aponta uma vertente da teoria absoluta que defende a existência de conteúdo essencial absoluto-dinâmico, ou seja, que afirma que o conteúdo essencial, que constitui um espaço de não intervenção estatal, é atualizado a partir da própria dinamicidade da vida social.

O Direito é um fenômeno sócio histórico e cultural, devendo assim acompanhar as transformações da sociedade. Por isso, defender a existência de um conteúdo essencial-estático do direito fundamental é ferir de morte o próprio fenômeno jurídico enquanto disciplina da vida em sociedade. A própria dignidade da pessoa humana é um conceito axiologicamente aberto e em permanente construção, a exigir novas formas mínimas de realização. A título de exemplo, não se pode negar o impacto das inovações tecnológicas na configuração dos direitos e, conseqüentemente, do seu conteúdo mínimo.

A proposta do reconhecimento de um conteúdo essencial absoluto-dinâmico se aproxima, a um só tempo, das propostas da teoria absoluta e da teoria relativa, pois, conforme leciona Jorge Miranda (2000, p. 341), que é adepto da teoria absoluta, a configuração do conteúdo essencial se dá através da análise do percurso histórico-social dos direitos, da experiência jurisprudencial e doutrinária, subindo, a partir daí, até um sentido rigoroso (absoluto) na arquitetura constitucional, recordando que é na Constituição e não na lei que se radica o conteúdo essencial do direito fundamental.

Conforme explica Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 188), a defesa de um conteúdo essencial absoluto não é sinônimo da imutabilidade do núcleo intangível da posição jusfundamental. Sustentado nas reflexões de Claudia Drews, Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 188) destaca que:

Dinâmico e absoluto é o conteúdo essencial de um direito fundamental quando, embora constitua uma área intransponível em qualquer situação, seu conteúdo pode ser modificado com a passagem do tempo. A característica “absoluta” do conteúdo essencial não significa e nem exige, portanto, imutabilidade. Absoluto, nesse contexto, implica apenas que aquilo que é protegido pelo conteúdo essencial não sofre relativizações de acordo com urgências e contingências.

Destarte, a defesa de um conteúdo essencial absoluto-dinâmico parece conferir, a um só tempo, duas qualidades importantes para a tutela jusfundamental: de um lado, a afirmação de um conteúdo mínimo intangível às intervenções estatais restritivas; de outro, a necessária ductibilidade que decorre da dinamicidade e complexidade das relações que permeiam entre o Direito e a realidade social. Desta forma, além de preservar os interesses individuais na fruição dos direitos fundamentais, é possível conciliá-lo com as exigências da vida comunitária numa sociedade democrática, a cada dia mais complexa e dinâmica.

Com efeito, não há como fechar os olhos para a necessidade de permanente atualização do conteúdo dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, também da delimitação do seu conteúdo essencial. A assunção do caráter absoluto e objetivo do conteúdo essencial do direito fundamental não significa afirmar que ele deve ser considerado imutável e tampouco que pode ser desprezada a sua dimensão subjetiva. Sob outro ângulo, igualmente não se pode permitir que, sob os influxos do Estado Democrático de Direito, a tutela jusfundamental fique à mercê da insegurança das decisões *ad hoc*, sem conferir qualquer abrigo mínimo de proteção à posição jusfundamental subjetiva contra as investidas estatais e de terceiros. Afinal de contas, não se pode perder de vista que os direitos fundamentais não podem perder o seu sentido prático e, por isso, só fazem sentido se os seus titulares forem capazes de sentirem na pele o seu frescor.

Com esse mesmo sentir, Peter Häberle (2003, p. 65-66) leciona que o recurso ao princípio da proporcionalidade na determinação do conteúdo essencial do direito fundamental não significa uma recusa peremptória e completa à teoria absoluta e ao seu objetivo de proteção mínima à posição jusfundamental. Ao contrário, defende que o escorreito manejo do princípio da proporcionalidade permite proteger “de un modo absoluto el ámbito de libertat iusfundamental” a partir da sua valoração integrada com todo o conjunto constitucional de direitos fundamentais. Para Peter Häberle (2003, p. 67), as teorias absoluta e relativa “desarrollan puntos de vista que no se excluyen en

modo alguno, sino que frecuentemente permiten llegar a un conciliador 'no sólo, sino también'", o que, bem adverte, é algo comum nas controvérsias da Ciência do Direito.

Esta solução mediadora parece ser o caminho proposto pela ideia de um conteúdo absoluto-dinâmico dos direitos fundamentais: há um espaço mínimo intransponível na proteção do direito fundamental, que não pode, em nenhuma hipótese, perder por completo sua efetividade prática; mas este espaço mínimo intransponível não é petrificado e, ao contrário, se atualiza a partir das dinâmicas interações jurídicas e fáticas a que se submete no contexto sócio-histórico em que é exercido pelos seus titulares.

Imperativo, portanto, que a configuração do conteúdo essencial se dê através da análise do percurso histórico-social dos direitos, da experiência jurisprudencial e doutrinária, subindo, a partir daí, até um sentido rigoroso (absoluto) na arquitetura constitucional, recordando que é na Constituição e não na lei que se radica o conteúdo essencial do direito fundamental (MIRANDA, 2000, p. 341).

Este parece ser o entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello (2002, grifo nosso), ao asseverar, no julgamento do MS nº 24369/04²⁵, que o recurso ao princípio da ponderação entre direitos fundamentais não pode conduzir a um esvaziamento do conteúdo essencial desses direitos, *in verbis*:

A superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, "hic et nunc", em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, *desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, tal como adverte o magistério da doutrina.

No julgamento da ADI nº 3540/2005, novamente sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a existência de um conteúdo essencial a ser preservado no caso de colisões entre direitos fundamentais. Na hipótese, o julgamento versava sobre a colisão entre o direito fundamental ao meio

²⁵ Diante de pedido de suspensão de investigações instauradas com base em delação anônima de fraude em processo licitatório no âmbito do Conselho Federal de Farmácia, o julgamento enfrentou a colisão entre a vedação constitucional do anonimato (CF/88, art. 5, IV, *in fine*) e a necessidade ético-jurídica de investigação de condutas funcionais desviantes, consectária dos princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa (CF/88, art. 37, *caput*). (MS 24.369, Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 10/10/2002, publicado em DJ 16/10/2002 PP-00024).

ambiente ecologicamente preservado e o desenvolvimento econômico. Em outras oportunidades, o Pretório Excelso voltou a reafirmar o reconhecimento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.²⁶

No âmbito doutrinário brasileiro, também se afirma a existência de um conteúdo mínimo dos direitos fundamentais e da sua configuração como o “limite dos limites”, a protege-lo contra qualquer intervenção estatal restritiva (MENDES, 2015, p. 76).²⁷

Têm-se, portanto, que não se deve confundir o âmbito de proteção *prima facie* do direito fundamental, cuja extensão máxima se dá a partir da definição do seu suporte fático e a extensão mínima com a definição do seu conteúdo essencial, com as intervenções estatais restritivas que, em momento posterior, recaem sobre ele, as quais somente serão legítimas se estiverem alicerçadas em fundamentação constitucional idônea, racionalmente deduzida e observado o princípio da proporcionalidade.²⁸ De outro modo, não haveria que se falar em conteúdo essencial

²⁶ RE nº 345.580, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 17-8-2004, 1ª T, DJ de 10-9-2004. HC nº 98006, rel. min. Ayres Britto, j. 24-11-2009, 1ª T, DJE de 5-2-2010. ADI nº 3540, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-9-2005, P, DJ de 3-2-2006.

²⁷ Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2018, p. 196) não reconhecem a existência de um conteúdo essencial mínimo do direito fundamental como limite às intervenções estatais restritivas. Segundo os autores, diante da “ausência de disposição [constitucional] expressa, assim como a particular dificuldade em se estabelecer o conteúdo nuclear de um direito fundamental, leva à conclusão de que inexistente tal requisito limitador das intervenções legislativas. Com se verá, todas as limitações impostas a um direito fundamental pelo legislador devem satisfazer o critério da proporcionalidade que tutela conteúdos essenciais do direito limitado”.

²⁸ A discorrer sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade no confronto entre o direito de reunião e o de circulação, o Tribunal Constitucional da Espanha (STC nº 163/06, p. 17) já decidiu: Esa ponderación casuística corresponde hacerla a los poderes públicos y en especial a la autoridad gubernativa que, en el supuesto de que decida prohibir la concentración, dado que se trata de limitar el ejercicio de un derecho fundamental y en atención a lo establecido explícitamente en el art. 21.1 CE, que habla de la existencia de ‘razones fundadas’, debe: a) motivar la resolución correspondiente (STC nº 36/82); b) fundarla, esto es, aportar las razones que le han llevado a la conclusión que de celebrarse se producirá la alteración del orden público proscrita; y, c) justificar la imposibilidad de adoptar las medidas preventivas necesarias para conjurar esos peligros y permitir el efectivo ejercicio del derecho fundamental. La autoridad gubernativa debe arbitrar las medidas adecuadas para garantizar que las concentraciones puedan llevarse a cabo en los lugares y horas programados sin poner en peligro el orden público; desviando, por ejemplo, el tráfico por otras vías o prohibiendo la ocupación prolongada de las calzadas y disponiendo los instrumentos necesarios para hacer efectiva tal prohibición. Sólo podrá restringirse el ejercicio del derecho de reunión cuando estas medidas preventivas resulten imposibles de adoptar, o sean infructuosas para alcanzar el fin propuesto —por ejemplo porque no permitan hacer accesible la zona afectada—, o sean desproporcionadas —por ejemplo, cuando los posibles itinerarios alternativos supongan retrasos o rodeos irrazonables.

como um “limite dos limites” na tutela jusfundamental, pois aquele se identificaria com o âmbito de proteção (sempre) definitivo do direito fundamental.

Em síntese conclusiva, adota-se, no contexto deste trabalho, a teoria do suporte fático restrito do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, cujo contorno será o fruto da interpretação sistemática do seu enunciado normativo, e a teoria do conteúdo essencial absoluto-dinâmico, de modo a garantir que nenhum direito fundamental seja destituído por completo do seu sentido e efetividade e, ao mesmo tempo, que seja capaz de acompanhar a dinamicidade e exigências da vida social.

É, pois, neste espaço entre o máximo do suporte fático e o mínimo do conteúdo essencial do direito fundamental que se situam as intervenções restritivas.

1.3 Intervenções nos direitos fundamentais: restrições ou limites

Como visto, o tema das intervenções estatais ablativas no âmbito de proteção dos direitos fundamentais é de alta relevância no contexto do Estado Democrático de Direito, merecendo a atenção da comunidade jurídica e política comprometidas com a efetividade das promessas constitucionais a todos e a cada um dos integrantes da sociedade.

Por isso, após discorrer sobre os direitos fundamentais e seu âmbito de proteção, é hora de enfrentar o tema das restrições que lhe são impostas e, sobretudo, de avaliar a legitimidade de tais intervenções limitativas do exercício da tutela jusfundamental.

Nesta seara, o primeiro debate a ser enfrentado é aquele travado entre os defensores das teorias interna e externa dos limites dos direitos fundamentais. Antes, porém, de enfrentar esse debate, deve-se advertir que, mais importante do que as defesas abstratas de uma ou outra corrente de pensamento, é apurar as suas implicações práticas. Afinal de contas, como bem lembra Fernando de Brito Alves (2013, p. 110), *in verbis*:

As discussões sobre a natureza das coisas sempre são absolutamente complexas, e não é incomum que os discursos que proponham esse tipo de abordagem caiam em delírios metafísicos que pouco ou nada explicam as realizadas que se pretendiam ver estudadas.

A pluralidade terminológica muitas vezes torna confuso o entendimento dos institutos e, não raras vezes, os termos são utilizados sem rigor metodológico, cada

um criando a sua própria classificação. Limite, restrição, ingerência, afetação, delimitação, regulação, conformação e redução são algumas expressões utilizadas para se referir a um fenômeno que, em síntese, é um só: a negação do caráter absoluto dos direitos fundamentais e a premente necessidade da sua relativização como pré-condição para a vivência democrática numa sociedade plural, complexa e dinâmica, alicerçada no pilar da dignidade humana, em que todos e cada um possa, a um só tempo e na maior medida possível, exercer os direitos que lhe são garantidos na Constituição.

Para Juan Carlos Gavara de Cara (1994, p. 163-164) essa proliferação terminológica utilizada para se referir às intervenções estatais no âmbito de proteção dos direitos fundamentais revela a dificuldade conceitual das soluções dogmáticas acerca da temática e, por isso, defende que, na atualidade, se tende a considerar intervenção qualquer ação estatal não contrária à Constituição e que incida no âmbito de proteção do direito fundamental, impedindo os seus titulares de realizarem ações que estariam inicialmente sob a tutela jusfundamental.

Sem perder de vista no horizonte o pressuposto prático que orienta este trabalho, adere-se, desde logo, à posição externada por Jorge Reis Novais (2010, p. 157) que, em sentido amplo, define restrição como toda:

[...] acção ou omissão estatal que afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, seja porque se eliminam, reduzem ou dificultam as vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades da sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental seja porque se enfraquecem os deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado.

E é nessa mesma linha que caminham Bodo Pieroth e Benhard Schlink (2019, p. 135) ao advertirem que os diferentes conceitos de ingerência, de limite, de limitação e de restrição, entre outros tantos termos empregados na literatura dos direitos fundamentais, não significam uma diferença material, ou dito de outro modo, chame-se como se quiser chamar, mas o fato é que seja limite ou restrição, a intervenção do Estado no âmbito de proteção do direito fundamental produz, em termos concretos, uma redução no gozo da posição jusfundamental, afetando-a desvantajosamente para o seu titular.

Ao titular do direito fundamental pouca importa se o que lhe dificulta o exercício do seu direito (ou do que supõe ser o seu direito) é uma restrição, limite, ingerência

ou qualquer outra coisa. O fato concreto é que a sua pretensão está sendo afetada negativamente. De fato, o que lhe interessa saber é se aquela afetação negativa na sua pretensão de exercício do direito é lícita e legítima, o que, sob a égide do Estado Democrático de Direito, põe em relevo a necessidade de aferição e controle da legitimidade constitucional da intervenção ablativa.

Destaque-se que as intervenções no âmbito de proteção dos direitos fundamentais podem advir de qualquer esfera do Poder estatal (Executivo, Legislativo e Judiciário), se constituir numa ação ou omissão e atuar em qualquer fase ou momento da vida do direito fundamental, afetando sua dimensão objetiva ou subjetiva. Podem ainda ter natureza individual (ato administrativo, sentença judicial) ou geral (lei, regulamento) (PIEROTH; SCHLINK, 2019, p. 124).

Não se pode olvidar também que, na prática, muitas vezes esta ingerência no âmbito de proteção do direito fundamental é praticada por outros indivíduos, que também estão submetidos à força normativa dos direitos fundamentais.

De todo modo, não há como fugir da necessidade de pontuar as principais características da teoria interna e da teoria externa dos direitos fundamentais, sobretudo para, a seguir, justificar a adoção, neste trabalho, da teoria externa como paradigma teórico das intervenções ablativas no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

A título de introdução, diga-se que os adeptos da teoria externa defendem que o direito e a sua restrição são coisas distintas. Há, portanto, o direito em si, não restringido, e a restrição, que faz surgir o direito restringido. A restrição se apresenta como uma necessidade de harmonização prática diante da colisão concreta entre direitos individuais e entre estes e a vivência comunitária. Por seu turno, os adeptos da teoria interna pontuam que direito e restrição não são coisas distintas, havendo apenas o direito fundamental com determinado conteúdo. A ideia de restrição é substituída pela de limite.

A explicar a distinção entre restrição e limite, Jorge Reis Novais (2010, p. 155, grifo do autor) aponta que:

Enquanto que *restrição* procura traduzir a ideia de uma intervenção ablativa num conteúdo pré-determinado, *limite* sugere a revelação ou colocação dos contornos de conteúdo, ainda que não colocação de limites a alguma coisa venha sempre implicado o deixar de fora da delimitação algo que poderia estar dentro.

Destarte, a teoria interna dos direitos fundamentais parte do pressuposto de que não há distinção entre o âmbito de proteção *prima facie* e o âmbito de proteção definitivo do direito fundamental como resultado da incidência das intervenções estatais legítimas sobre o campo das condutas *ab initio* tuteladas pela norma jusfundamental.

Recorrendo à ideia de limites imanentes, os adeptos da teoria interna defendem que ou a conduta está abrangida no âmbito de proteção do direito fundamental e, por isso, deve ser tutelada ou não está e, conseqüentemente, não deve ser admitida. Têm-se, com isso, só uma realidade: os direitos fundamentais e seu âmbito de proteção que, desde logo, é definitivo e, portanto, assume a natureza de regra que deve ser realizada sempre que presentes os elementos fáticos que integram a sua previsão normativa.

Nesse sentido, ao defender a teoria dos limites imanentes como adequada para a determinação do conteúdo e limites do direito fundamental, Peter Häberle (2003, p. 52) defende que o processo de concretização dos limites admissíveis dos direitos fundamentais não é um processo que os afete de fora. Ao contrário, a determinação do âmbito de proteção do direito fundamental seria algo que ocupa desde logo seus contornos no conjunto constitucional a partir da ponderação de bens jurídico-constitucionais. Com esse raciocínio, Peter Häberle (2003, p. 57) é taxativo ao inadmitir a ideia de restrições ou barreiras ao conteúdo do direito fundamental e assim defende que “el legislador que concretiza em el ámbito de los derechos fundamentales los límites conformes a la esencia regula límites que existen desde el principio”.

Os limites que definem o contorno do âmbito de proteção do direito fundamental são deduzidos, por meio do princípio da ponderação de bens, das relações que permeiam entre os direitos fundamentais que integram o conjunto unitário das normas constitucionais. Desta invocação do princípio da ponderação de bens, Peter Häberle (2003, p. 34) conclui que os direitos fundamentais estão sob uma reserva de lei geral e que assim defende que:

Si se coloca a los derechos fundamentales bajo una reserva de este tipo, ello significa dos cosas: sólo pueden ser limitados para la protección de bienes de valor constitucional igual o superior, pero pueden ser limitados siempre que ello sea necesario para la protección de estos bienes jurídicos. El valor de los derechos fundamentales y de los bienes jurídicos que los limitan hay que determinarlo exclusivamente a nivel constitucional.

Não há restrições legítimas ao direito fundamental no âmbito da teoria interna. Ou o legislador revela os contornos constitucionais, explícitos ou implícitos, do direito fundamental, ou, falhando nessa missão, viola-o. É assim que Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2012, p. 495-496) explicam que, no âmbito da teoria interna, não há que se falar de colisões entre direitos fundamentais e tampouco em ponderação como critério de solução dos conflitos, já que o âmbito de proteção da tutela jusfundamental é definido de antemão e, verificada sua hipótese de incidência, todos os seus efeitos jurídicos devem ser integralmente deflagrados, ou seja, todas as normas de direitos fundamentais teriam a natureza de mandamentos definitivos (regra) e seriam aplicadas no esquema do “tudo ou nada”.

Para Peter Häberle (2003, p. 43), à vista da unidade material das normas constitucionais enquanto uma ordem objetiva de valores, é através do princípio da ponderação de bens que o legislador determina os limites do âmbito de proteção de cada direito fundamental, de modo que “toda limitación de un derecho es al mismo tiempo una parte de la determinación de su contenido y al contrario”. Esta atuação do legislador é, por seu turno, desveladora dos limites constitucionais imanentes do direito fundamental e, por isso, afirma a natureza de norma-regra da tutela jusfundamental (HÄRBELE, 2003, p. 45).

A atuação legislativa não incide sobre o âmbito de proteção constitucional *prima facie* do direito fundamental e o restringe ao seu âmbito de proteção definitivo. O legislador ordinário apenas revela o âmbito de proteção do direito fundamental desde logo determinado pela Constituição enquanto ordenamento global, com o que se conclui que, no contexto da teoria interna, a norma de direito fundamental assume a natureza de regra e não de princípio. A discorrer sobre os limites imanentes, Peter Häberle (2003, p. 52) explica que:

En concepto de los límites inmanentes de los derechos fundamentales es adecuado. Muestra que la concretización de los límites admisibles de los derechos fundamentales no es un proceso que afecte a los mismos desde fuera. Entre los derechos fundamentales y sus límites o los bienes jurídicos protegidos por éstos existe una relación estrecha a la que sólo se puede hacer justicia caracterizándola como conforme a la esencia. Los límites de los derechos fundamentales conforme a la esencia asignan a cada uno de ellos el lugar que ocupa desde el principio en el conjunto constitucional.

Deve-se destacar que a teoria interna dos limites dos direitos fundamentais surgiu, a partir da década de 60, como resposta crítica à teoria externa²⁹. Segundo os seus críticos, a teoria externa estava presa a uma separação entre Estado e sociedade e a uma concepção liberal (e individual) dos direitos fundamentais, ou seja, da oposição entre liberdade natural ilimitada e intervenções estatais limitadas, a serem operadas através da lei, que servia então de instrumento de defesa do indivíduo contra as indevidas intromissões do Estado na sua esfera de liberdade.

Os críticos da teoria externa asseveram ainda que a concepção do Estado inimigo da liberdade que fundamenta o pensamento liberal – e que por isso deve ser controlado pela lei – esquece que os direitos fundamentais devem ser concretizados e conformados pela lei e que o Estado deve realizar tanto os interesses individuais quanto os interesses comunitários.

Deste modo, não há mais oposição entre Estado/Sociedade e entre Direito/Liberdade, senão que o Direito deve ser um instrumento do Estado para a realização jurídica e fática da liberdade, afinal de contas é imanente à essência dos direitos fundamentais a criação das condições de exercício da liberdade real, de modo que:

A liberdade não é mais o arbítrio subjectivo determinado exclusivamente pela vontade do direito fundamental, mas a liberdade material da realização de valores e da integração estatal, ou seja, como diz Häberle, “uma liberdade pública em função de um interesse público” (NOVAIS, 2010, p. 311).

No âmbito da teoria interna, as reservas de lei apostas aos direitos fundamentais no texto constitucional não seriam limitativas para a intervenção restritiva do legislador no terreno dos direitos fundamentais, mas, bem diferente, constituiriam um apelo à atuação legislativa delimitadora e conformadora dos direitos fundamentais.

A respeito dessa função reveladora da intervenção legislativa acerca do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, Cláudio Ferreira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (2012, p. 496) observam que para os adeptos da teoria interna:

²⁹ A teoria externa será analisada no próximo tópico, mas, em síntese, os adeptos desta corrente defendem que há duas realidades distintas: o direito fundamental e suas restrições. Com isso, afirmam que uma coisa é o âmbito de proteção *prima facie* e outra é o âmbito de proteção definitivo, que resulta da incidência das intervenções estatais legítimas sobre o âmbito de proteção *prima facie*.

[...] o legislador só poderia instituir restrições a direitos fundamentais nas hipóteses em que o próprio texto constitucional o autorizasse a fazê-lo. Estes direitos, contudo, apresentariam limites imanentes, que, conquanto não definidos no texto da Constituição, poderiam ser descobertos, por meio de uma interpretação teleológica e sistemática da Lei Fundamental, que levasse em consideração os fins que motivam a proteção de cada direito, assim como todo o universo de outros bens também constitucionalmente protegidos. Os limites imanentes, por já se encontrarem implicitamente contidos nas normas que consagram os direitos fundamentais, poderiam ser “explicitados” pelo legislador ou por decisões judiciais.

Ao admitir a reserva de delimitação ou ponderação de direitos fundamentais, a teoria interna consagra uma possibilidade de reserva abrangente de lei geral imanente ou intrínseca aos direitos fundamentais, de modo que o conteúdo e limites de cada direito fundamental, independentemente da previsão de reserva constitucional expressa, devem ser revelados (prioritariamente) pelo legislador ordinário através de um processo de ponderação de bens jusfundamentais e definição dos seus limites imanentes.

Com efeito, leciona Jorge Reis Novais (2010, p. 313):

O conteúdo e os limites de cada direito fundamental só podem ser determinados com recurso a um processo de ponderação de bens cuja responsabilidade incumbe essencialmente ao legislador encarregado de actualizar os limites imanentes que resultam da necessária integração dos direitos fundamentais no sistema escalonado de valores constitucionais.

O reconhecimento de uma reserva geral de lei implícita à própria essência dos direitos fundamentais não afasta a relevância das reservas legais expressas, que servem, no mínimo, como lume hermenêutico a orientar o legislador ordinário no exercício da ponderação de bens levada a termo pelo legislador constitucional (NOVAIS, 2010, p. 313).

A teoria interna dos limites dos direitos fundamentais parte assim de uma identidade entre o direito e seus limites, de modo que só através da delimitação/reconhecimento destes é que se pode definir o conteúdo daquele. Não há assim distinção entre lei conformadora – que determina o conteúdo do direito fundamental – e lei delimitadora – que pondera os direitos fundamentais – posto que, na verdade, num ou noutro caso, o legislador está apenas revelando/declarando o conteúdo do direito fundamental através do reconhecimento dos seus limites expressa ou implicitamente definidos na Constituição e não lhe impondo restrições externas.

Enquanto para a teoria externa há dois institutos cindíveis, direito fundamental e suas restrições, para a teoria interna há apenas o direito fundamental, com seu conteúdo fixado a partir da sua ponderação necessária com os demais direitos fundamentais no âmbito das relações sociais, de modo que o legislador ordinário ou reconhece e declara legitimamente o seu conteúdo ou lhe impõe restrições violadoras e, portanto, ilegítimas.

O conteúdo limitado do direito fundamental não passa, na verdade, do conteúdo constitucionalmente assegurado desde o seu nascimento, de modo que a conduta, desenvolvida dentro do contexto comunitário e, portanto, em harmonização com os demais direitos fundamentais, se dá dentro do âmbito de proteção do direito fundamental ou é abusiva e não encontra guarida no direito fundamental invocado, sendo portanto uma violação deste direito.

Não há aqui distinção entre âmbito de proteção e âmbito de garantia efetiva (direito *prima facie* e direito definitivo) como sendo o resultado das restrições legitimamente impostas ao âmbito de proteção do direito fundamental. Na verdade, o conteúdo do direito fundamental é internamente conformado a partir dos limites imanentes que decorrem da sua inserção no ambiente comunitário. Há revelação e não restrição do conteúdo:

Para a teoria interna, eliminadas que estão as distinções entre âmbito de proteção e âmbito de garantia efetivo de um direito fundamental, entre restrição legítima e ilegítima e, em geral, entre conteúdo e limites de um direito fundamental, tudo reside em verificar se estávamos perante um *verdadeiro* exercício de direito fundamental ou apenas perante uma sua manifestação aparente; o recurso essencial à ideia de *limites imanentes* dos direitos fundamentais destina-se unicamente a determinar ou revelar as fronteiras que separa a *aparência* da *realidade* de um direito fundamental. Tudo se passa como se, não permitindo a especial natureza do texto constitucional que o legislador constituinte faça mais que o esboço daquelas fronteiras, ao legislador incumbisse sublinhar ou realçar o respectivo traçado. Ao juiz cabeira, finalmente, dissipar a névoa que a complexidade de circunstâncias do caso concreto lança eventualmente sobre a respectiva visibilidade (NOVAIS, 2010, p. 316, grifo do autor).

Num primeiro momento, sob a perspectiva lógica, a teoria interna oferece algumas vantagens, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais' sem autorização expressa de restrição legal. Entretanto, a crítica que se lança sobre ela diz respeito ao procedimento de definição do conteúdo do direito fundamental e seu controle deficitário, o que, por via reversa, submete o direito fundamental ao livre arbítrio do

legislador e o torna vulnerável às intervenções ilegítimas ao debilitar os meios de controlos próprios do Estado de Direito.

A ideia subjacente na teoria interna de que os direitos fundamentais são constitucionalmente conformados e, portanto, insuscetíveis de restrições a serem impostas pelos poderes infraconstitucionais e, de outro lado, a necessidade de delimitação dos seus conteúdos para viabilizar o seu exercício em harmonia com todos os demais bens e valores jusfundamentais acaba por criar uma situação de debilidade na proteção do bem protegido.

O legislador tem, portanto, a missão de revelar o conteúdo constitucionalmente assegurado ao direito fundamental e, com isso, acaba por enfraquecer os sistemas de controle externos aos quais são submetidas as restrições.

Não se quer com isso dizer que a teoria interna abre ao interprete, legislador ou juiz um campo livre de qualquer controle para determinar o conteúdo do direito fundamental. Entretanto, como leciona Jorge Reis Novais (2010, p. 319), o deslocamento do momento do controle para o momento da fixação do conteúdo do direito fundamental (e não das restrições) acaba por subtrair-se dos controlos formais prescritos no âmbito do pensamento de intervenção e limites, que alicerça a teoria externa. Enfatiza o epígráfico autor que:

Se os limites imanentes dos direitos fundamentais não são verdadeiras restrições, então não lhes é exigível que preencham os requisitos formais que a Constituição prescreve para as restrições, desde a autorização expressa, a reserva de lei parlamentar, a proibição de lei individual e concreta ou retroactiva. Por outro lado, os mesmos pressupostos, quando integralmente assumidos em todas as suas consequências lógicas, conduzem a igual dispensa de cumprimento dos requisitos materiais, desde o princípio da proporcionalidade à garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais (NOVAIS, 2010, p. 319).

E arremata Jorge Reis Novais (2010, p. 319-320) explicando os impactos negativos que este pensamento gera:

Mesmo que, do ponto de vista da ‘protecção material’, não se extraiam todas as ilações desta doutrina, as dificuldades são, sempre, agravadas quando o recurso à ideia de limites imanentes de que todos os direitos fundamentais estariam dotados – com o infundável espectro de possibilidades e indeterminações próprias desta ideia – dispensa, de um lado, a necessidade de patentear os valores e interesses em confronto na situação objecto de controlo e, de outro, as exigências de fundamentação dos resultados apurados, favorecendo,

consequentemente, a legitimação de qualquer actuação dos poderes constituídos.

Esse déficit de racionalidade e fundamentação na determinação do conteúdo do direito fundamental a partir da declaração dos seus limites imanentes acaba por camuflar a legitimidade das ações restritivas do poder público sobre o direito fundamental, que esconde o jogo de interesses em disputa que determinou a decisão ablativa. Se a teoria interna não pressupõe necessariamente o recurso a fundamentações manipuladas, abre um largo caminho para isto ocorra (NOVAIS, 2010, p. 320).

Com o mesmo sentir, Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 25) esclarece que, no âmbito da teoria interna, as restrições aos direitos fundamentais ocorrem de *forma disfarçada* a partir da exclusão *a priori* de condutas, estados e posições jurídicas do âmbito de proteção jusfundamental, na medida em que exclui ou, ao menos, enfraquece o ônus argumentativo do legislador, administrador ou juiz na intervenção ablativa sobre o direito constitucionalmente reconhecido.

Outro não é o escólio de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2012, p. 499) ao asseverarem que:

Ao limitarem a priori o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, restringindo-o excessivamente, estas teorias permitem que certas posições relevantes do indivíduo fiquem completamente desguarnecidas. Como não se considera que estas posições sejam tuteladas pela Constituição nem mesmo *prima facie*, não se exige, por consequência, qualquer ônus argumentativo adicional para justificação das medidas estatais que as atingirem.

A estratégia dos limites imanentes da teoria interna tem servido a Estados autoritários para avançar contra a perspectiva liberal dos direitos fundamentais enquanto direito de defesa do indivíduo em face do poder estatal (liberdade negativa), eis que, sendo a liberdade a liberdade conformada pelo Estado, a este incumbe revelar os limites imanentes dos direitos fundamentais segundo os fins a que persegue.

Crítico da teoria interna dos direitos fundamentais, Jorge Reis Novais (2010, p. 321, grifo do autor) aduz que:

A definição autoritária e restritiva da liberdade através do recurso à ideia de limites imanentes como seriam o “interesse nacional” ou o “interesse do Estado”, a “moralidade” ou a “construção do socialismo”, coloca inteiramente os direitos fundamentais nas mãos de um

legislador não controlado. Mas, também em Estado democrático essa *entronização* da actividade do legislador no domínio dos direitos fundamentais se constitui tendencialmente em obstáculo a um controlo eficaz das actuações públicas que afetam desvantajosamente os interesses particulares protegidos pelas normas de direitos fundamentais.

A retórica dos limites imanentes acaba por subtrair a atuação do legislador sobre os direitos fundamentais dos instrumentos dogmáticos de controle das ações restritivas. Ainda que, com sinceridade constitucional, possa se chegar ao mesmo resultado, o perigo está em não exigir que os limites imanentes sejam sindicados através dos métodos de controle constitucionalmente previstos para as restrições.

A crítica estabelecida pela teoria interna em face da concepção individual dos direitos fundamentais enquanto direitos contra o Estado suscita uma crítica reversa, que acaba por complementar a insuficiência de ambos os modelos para a efetiva e adequada proteção dos direitos fundamentais no contexto do Estado Democrático de Direito.

Eis a lição de Jorge Reis Novais (2010, p. 322, grifo do autor):

De facto, se a concepção dos direitos fundamentais enquanto “direitos contra o Estado” erra o alvo porque, hipostasiando a separação ideal entre Estado e sociedade, obnubila o papel que o Direito (estatal) desempenha na própria conformação originária e no desenvolvimento dos direitos fundamentais, a concepção *interna* do Estado/Direito como *amigos* das liberdades ignora que as pretensões jusfundamentais dirigidas ao Estado e ao Direito se destinam primariamente a preservar as liberdades individuais *contra* actuações de poder levadas a cabo pelos órgãos do Estado.

Não se pode admitir que, sob as forças do Estado Democrático de Direito, as decisões sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sejam subtraídas à sindicabilidade da sua legitimidade. A busca da legitimidade democrática exige uma releitura da teoria externa e sua adequação às exigências constitucionais de controle.

Conforme já apontado anteriormente, a teoria externa tem como ponto de partida o reconhecimento de que há duas realidades distintas: o direito fundamental e as suas restrições. Há, portanto, um âmbito de proteção *prima facie* tutelado pelo direito fundamental e, incidindo sobre este as restrições estatais legítimas, a definição do seu âmbito de proteção definitivo.

Não se deve confundir assim o âmbito de proteção *prima facie* do direito fundamental e o seu âmbito de proteção definitivo, com o que se separam conteúdo e restrições do direito fundamental.

Ao discorrer a teoria externa, Jorge Reis Novais (2010, p. 304) leciona que, inicialmente, a partir do cotejamento entre o *âmbito da vida* ou *âmbito potencial de proteção* de um direito fundamental e o apuramento dos limites que definem o seu contorno jurídico, chega-se ao *âmbito de proteção* ou *âmbito normativo de proteção* do direito fundamental.

É sobre esse *âmbito de proteção* que, conforme explica o constitucionalista português, Jorge Reis Novais (2010, p. 304, grifo do autor), incidem as restrições legítimas ao direito fundamental, restando, ao final, o *âmbito de garantia efetiva* ou *âmbito definitivo de proteção*, de modo que é:

Do âmbito de protecção, deduzida a ocorrência, efectiva ou potencial, de restrições legítimas, (que) chega-se, finalmente, ao *âmbito definitivo de protecção* ou *âmbito de garantia efectivo* relativamente ao qual toda a intervenção estatal desvantajosa será configurada como restrição ilegítima, como violação do direito fundamental.

A gênese da teoria externa é encontrada na teoria liberal dos direitos fundamentais e tem por objetivo a defesa destes a partir do controle da legitimidade constitucional das intervenções estatais restritivas. Por isso, também é chamada de *pensamento de intervenção e limites* (NOVAIS, 2010, p. 292).

Com o desenrolar histórico, a teoria externa avança a perspectiva liberal que alicerçou o seu surgimento e, adaptando-se aos ditames do Estado Social e Democrático de Direito, passa por uma reconstrução que, segundo Jorge Reis Novais (2010, p. 294), é calcada:

[...] no reconhecimento da multifuncionalidade actual dos direitos fundamentais, tendo em conta, não apenas as necessidades de protecção do indivíduo contra a intervenção do Estado, mas também as suas necessidades de integração comunitária e a sua dependência de uma actividade estatal de fomento da liberdade.

Neste ponto se vê superada aquela que poderia ser a grande vantagem da teoria interna sobre a teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, ou seja, a compreensão de que os direitos fundamentais, para além de uma dimensão individual, também possuem uma dimensão coletiva, que exige a partilha do espaço público como o lugar de realização de todos e de cada indivíduo.

A refletir sobre esse pensamento, Jorge Reis Novais (2010, p. 302-303, grifo do autor) assevera ser indevida a associação entre teoria externa e concepção

individualista do Estado e da sociedade e entre a teoria interna e a visão comunitária, de modo que não ser merece acolhida:

[...] a concepção do direito *em si* não limitado, própria da teoria externa, pode perfeitamente ser assumida como mera representação ou ideia regulativa, orientada e justificada pelas necessidades técnicas do controlo das limitações dos direitos fundamentais, e não enquanto teoria normativa baseada naquilo que efetivamente exista ou deva existir na realidade dos factos. Por sua vez, a vivência prática dos direitos fundamentais segundo a teoria interna não significa, à partida, uma maior atenção efectiva aos interesses da comunidade relativamente aos interesses individuais: tudo dependerá, em última análise, da natureza, alcance e orientação dos limites imanentes que, na perspectiva da teoria interna, sejam ou não reconhecidos aos direitos fundamentais.

Mas há ainda outras vantagens que fazem a teoria externa superar a teoria interna.

Conforme leciona Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 138), ao distinguir o *direito em si* e das suas *restrições*, de modo que estas não restringem o conteúdo do direito fundamental e sim o seu exercício, a teoria externa permite o recurso à técnica do sopesamento e à regra da proporcionalidade para a solução de colisões ou conflitos entre direitos fundamentais, que, deste modo, mantém intactas suas validades e suas extensões *prima facie*.

Outro é o entendimento de Jorge Reis Novais (2010, p. 296-297) ao defender que, no âmbito da teoria externa, a restrição recaí sobre a extensão objetiva do bem juridicamente protegido (dimensão objetiva) e, reflexamente, atinge as pretensões de exercício individual daquele bem jusfundamental (dimensão subjetiva).

Por seu turno, Robert Alexy (2006, p. 278) defende que a adoção da teoria externa ou da teoria interna depende da compreensão das normas de direitos fundamentais como princípios ou regras e, conseqüentemente, como posições *prima facie* ou posições definitivamente tuteladas.

Ao defender a concepção das normas de direitos fundamentais como posições *prima facie*, suscetíveis de restrições, a teoria externa se coaduna com a teoria alexyana dos princípios; isto já não é possível para os adeptos da teoria interna, que, ao compreenderem os direitos fundamentais como posições definitivas com conteúdos pré-determinados, não permitem a conformação das normas de direitos fundamentais como princípios a serem realizados na melhor medida possível.

Tais restrições constituem medidas de exceção, externas ao direito fundamental, e, por isso, devem ser constitucionalmente justificadas e submetidas a um rígido sistema de controle para verificação da sua adequação formal e material à Constituição.

Segundo Jorge Reis Novais (2010, p. 299), o âmbito de garantia definitivo do direito fundamental é um núcleo restrito em que não se admite qualquer intervenção estatal, ou seja, constitui um conteúdo essencial intangível às restrições estatais. Nesse sentido, observa o referido autor que:

[...] é, precisamente, esta concepção da natureza dos direitos fundamentais assente na distinção entre um âmbito de protecção onde se admitem, condicionalmente, intervenções e um âmbito mais restrito em que qualquer intervenção já é configurável como violação do direito fundamental que fundamenta constitucionalmente a existência e molda os contornos da figura das restrições aos direitos fundamentais.

Desta forma, pode-se afirmar que há, de um lado, um âmbito de protecção ampliado do direito fundamental e, de outro, um núcleo restrito do direito fundamental inacessível pela atuação estatal. É neste espaço entre o âmbito de protecção e o núcleo intangível que se situam as intervenções restritivas legítimas ao direito fundamental, desde que constitucionalmente fundamentadas e, portanto, suscetíveis de rígido controle formal e material.

A definição do âmbito de protecção é tarefa da interpretação sistemática constitucionalmente adequada do direito fundamental e, em seguida, as restrições atuam para reduzir o âmbito de protecção *prima facie* tutelado, respeitando sempre o âmbito de garantia intangível à intervenção estatal conferido pelo reconhecimento de um conteúdo essencial do direito fundamental.

Poder-se-ia aqui reconhecer uma aproximação entre a teoria externa e a teoria interna, posto que tanto a teoria interna quanto a teoria externa reconhecem que a delimitação do âmbito de protecção do direito fundamental é fruto do legítimo processo de interpretação da norma jusfundamental.

Nesse sentido, Jorge Reis Novais (2010, p. 303, grifo do autor) anota que:

Mesmo defendendo uma concepção *externa* (e nesse sentido concebendo a existência de dois objectos distintos: o direito *em si*, com determinado âmbito de protecção, e os limites que lhe são externamente colocados), é ainda necessário delimitar o que cai *dentro* ou *fora* desse âmbito de protecção. Nesse sentido, é, então, possível defender, independentemente de se aderir à teoria externa ou interna dos limites, uma concepção restritiva ou ampliativa da

previsão normativa, podendo-se também, na delimitação feita a propósito, reconhecer ou não à ideia de limites imanentes.

Inserindo-se neste debate entre os defensores da teoria externa e os da teoria interna, Jorge Miranda (2000, p. 336) aponta que:

Ao fim e ao resto os resultados não serão muito diversos, adopte-se uma ou adopte-se outra, até porque nenhum direito e também nenhuma restrição pode ser encarada isoladamente, à margem dos restantes direitos e dos princípios institucionais que lhes subjazem.

Entretanto, a diferença está em que para a teoria interna este processo hermenêutico define a extensão do âmbito de proteção definitivo e, conseqüentemente, não se submete ao sistema de controle imposto pela teoria externa à aferição de legitimidade constitucional das restrições.

Com efeito, Jorge Reis Novais (2010, p. 300) explica que:

O pensamento de intervenção e limites é, afinal, mais que modelo teórico, um modelo essencialmente garantístico orientado para o controlo das restrições aos direitos fundamentais, isto é, um controlo que, desencadeado pela presença de uma intervenção estatal no âmbito de protecção de um direito fundamental, se destina a verificar se tal intervenção tem justificação constitucional, ou seja, se está coberta pelos limites dos direitos fundamentais e se preenche os requisitos constitucionais exigidos.

No campo dos direitos fundamentais, a liberdade é a regra e a restrição a exceção e, por isso, deve ser submetida a este rígido controle, sob pena de se tolerarem ataques indevidos aos direitos fundamentais. Partindo deste pressuposto, é a teoria externa que, alinhada aos princípios que sustentam o Estado Democrático de Direito, oferece a melhor estratégia de controle da intervenção estatal restritiva no território dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, é o sentir de Jorge Reis Novais (2010, p. 316) ao asseverar que:

A teoria externa dos limites orientava-se para o controlo da legitimidade constitucional das restrições aos direitos fundamentais, pelo que a sua metodologia de verificação, como vimos, começava por determinar se uma dada situação de facto era subsumível no âmbito de protecção de um direito fundamental; se concluísse, depois, que sobre o conteúdo desse direito incidia uma verdadeira restrição, passava a averiguar se essa restrição possuía justificação constitucional adequada, para, finalmente, apurar se havia uma restrição legítima ao direito fundamental ou se, pelo contrário, ele estava a ser violado.

Há, porém, um aspecto da teoria externa que merece ser destacado e oportunamente enfrentado. A teoria externa defende a posição dogmática de taxatividade das cláusulas de reservas legais apostas pelo legislador constituinte nas disposições de direitos fundamentais, impedindo assim a usurpação da sua vontade “pelo arbítrio do intérprete e a força normativa da Constituição relativizada ao sabor da descoberta de novas possibilidades de intervenção restritiva nos direitos fundamentais sem apoio constitucional expresse” (NOVAIS, 2010, p. 306).

Aliás, este é um dos pontos cruciais neste trabalho, posto que o inciso XVI do art. 5º da CF/88 não traz expressa a previsão de lei restritiva, o que, segundo o modelo puro da teoria externa, impediria a edição de lei para disciplinar o exercício do direito fundamental de reunião. Para enfrentar esta perspectiva, analisar-se-á a possibilidade de restrições a direitos fundamentais não expressamente previstas na Constituição, mas isto será feito mais adiante.

Por fim, aderindo à teoria dos princípios alexyana, Jorge Reis Novais (2010, p. 335-336) a situa como um terceiro gênero no contexto da teoria dos limites dos direitos fundamentais, não a inserindo no contexto da teoria externa e nem da teoria interna. Conforme leciona o constitucionalista português, a teoria dos princípios parte de uma perspectiva diferente daquela proposta pelas teorias interna e externa: ao invés de centrar-se na natureza dos limites ou restrições aos direitos fundamentais, a teoria dos princípios tem como ponto de partida a natureza dos próprios direitos fundamentais ou, melhor dizendo, das normas de direitos fundamentais.

Segundo Robert Alexy (2006, p. 281), a teoria dos princípios é adequada à teoria externa e, portanto, as normas de direitos fundamentais como posições *prima facie* garantidas estão sujeitas a restrições externas decorrentes da exigência de compatibilização concreta do exercício dos direitos fundamentais, de modo que as restrições aos direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental.

Ao distinguir as normas de direito fundamental em regras e princípios, aquelas aplicáveis no modelo da subsunção e estes no modelo da otimização, Robert Alexy apresenta os direitos fundamentais como posições *prima facie* ou *definitivas* de tutela constitucional, com reflexos na legitimidade de eventuais intervenções ablativas na posição jusfundamental.

Para Jorge Reis Novais (2010, p. 323), a proposta de Robert Alexy é inovadora ao:

[...] assentar a sua teoria jurídica geral dos direitos fundamentais naquela distinção lógica [entre princípios e regras], agora minuciosa e rigorosamente elaborada e sistematicamente aplicada, produzindo, com isso, relevantes consequências dogmáticas no domínio da teoria dos limites dos direitos fundamentais.

A separação forte entre regras e princípios era a proposta de distinção de Ronald Dworkin. Aquelas submetidas ao critério da validade e à aplicação disjuntiva e estes aplicáveis da melhor maneira possível (mandamentos de otimização) mediante um processo de ponderação com os princípios colidentes. Enquanto no conflito entre regras a incompatibilidade é insuperável e uma delas deve ser declarada inválida, na colisão entre princípios é possível a ponderação entre ambos sem que isto afete a validade de qualquer um deles.

Nesse sentido, Jorge Reis Novais (2010, p. 328, grifo do autor) observa que:

Os critérios de distinção lógica entre *regras* e *princípios* haviam conduzido Dworkin à conclusão de que as *regras* fixam antecipadamente uma solução para o caso concreto, enquanto os *princípios* apenas fornecem uma orientação sem, contudo, determinarem previamente um resultado conhecido.

A distinção proposta por Robert Alexy à teoria das regras e princípios de Ronald Dworkin está justamente na amenização desta separação, de modo que o princípio pode, no caso concreto, constituir exceção à regra e, considerando-se que os princípios não são taxativos, as exceções às regras também não são taxativas.

A refletir sobre a proposta alexyana, Jorge Reis Novais (2010, p. 329, grifo do autor) observa que:

[...] da não enumerabilidade de todas as possíveis exceções às *regras* – factor que constituía o pressuposto *dworkiniano* da aplicabilidade das *regras* numa *all or nothing fashion* – resulta que uma *regra* pode ser válida e aplicável a um caso concreto e ter, porém, de ceder na sua aplicação a esse caso por força da relevância de um *princípio* que, embora não integrando a regra na qualidade de exceção, funciona, nesse caso concreto, como tal.

Do outro lado, as regras podem ser construídas com o uso de termos ou expressões semântica e axiologicamente abertas, o que exige um processo de ponderação e substancialização de sentido a partir do caso concreto.

Destarte, enquanto para Ronald Dworkin a separação forte entre regras e princípios se baseia no critério da validade e aplicação, para Robert Alexy a separação forte, não mais possível com base no critério da validade em razão da admissão de

exceções constituídas por princípios (e não enumeráveis taxativamente) às regras e na aplicação disjuntiva destas, se dá com base no critério de direitos *prima facie* dos princípios e de direitos definitivos das regras.

A realização dos princípios fica assim subordinada ao mandamento da otimização, de modo que sejam realizados na melhor medida possível, a depender, no caso concreto, da existência de princípios ou regras colidentes.

No caso de colisão entre regras e princípios, aquela deve ser aplicada, salvo se restar demonstrado, no caso concreto, que o princípio colidente tenha relevância suficiente para afastar a aplicação da regra.

No caso, a colidência não se dá entre a regra e o princípio, mas entre o princípio que sustenta a regra e o princípio colidente. A opção pela solução transcrita na regra decorre de ser fruto da ponderação legitimamente realizada pela autoridade constitucional e democraticamente determinada para tal mister.

A lei, ao determinar a regra de solução do conflito, apresenta uma solução que, no caso concreto, pode ser derogada pelo princípio colidente. Entretanto, tal decisão derogatória deve se submeter ao ônus argumentativo fundamentado e racionalmente articulado, apto para afastar a preferência à solução ali prescrita pelo legislador.

Este é o sentir de Jorge Reis Novais (2010, p. 331, grifo do autor) ao defender que:

O *princípio* oposto à *regra* não tem apenas que, diferentemente do que aconteceria numa colisão entre *princípios*, apresentar um maior peso que as razões materiais que sustentam a aplicabilidade da *regra*. É que, como a *regra* já contém uma prescrição criada dentro das margens do fáctica e juridicamente possível, o *princípio* oposto terá, ainda que se sobrepor às razões e princípios formais que resultam da mais-valia que advém para a *regra* do facto de ela conter a determinação da decisão do caso concreto elaborada pela *autoridade* para o efeito legitimada ter sido emitida com esse fim e ter a seu favor a anterior *práxis* de aplicação ao mesmo ou a caso semelhantes. Assim o ônus de argumentação recai sobre quem defenda a aplicação, no caso concreto, de um *princípio* oposto à *regra* que contém a prescrição dirigida a resolver esse caso.

A partir do pressuposto de que a lei é a expressão da vontade popular na democracia representativa, esta parece ser a solução aquela que garante, a um só

tempo, o caráter democrático da ponderação legislativa e a segurança jurídica³⁰ que deve decorrer do Estado de Direito.

Destarte, a precedência das regras é extraída, sob a perspectiva material, dos princípios que as fundamentam e, do ângulo formal, da autoridade constitucional e democrática do legislador ordinário que a elaborou.

A prioridade conferida à regra como critério de solução dos conflitos, sobretudo em casos previsíveis a partir da realidade cotidiana, não afasta a possibilidade de adequação da solução ao caso concreto na hipótese de especificidades não levadas em consideração no momento da elaboração da lei e, portanto, fora da sua hipótese normativa.

Tem-se assim que a definitividade das regras é uma definitividade potencial, que pode ser afastada pela incidência de um princípio colidente que, por razões materiais, pode afastar a precedência conferida àquela como critério de solução dos conflitos sociais.

Com isso, afasta-se o subjetivismo e o decisionismo que pode decorrer da ampla entrega da decisão à tópica de cada caso *de per si*, o que, além de gerar insegurança jurídica, pode culminar em graves ofensas ao direito constitucionalmente tutelado.

Se de um lado a dinamicidade e complexidade da vida real estão a exigir ponderações capazes de alinhar os interesses conflitantes na produção da melhor solução possível; de outro, o delineamento prévio das soluções para os conflitos sociais é uma importante conquista do Estado de Direito na defesa contra as arbitrariedades praticadas no exercício do poder.

O ponto de equilíbrio entre a ponderação tópica do caso concreto e a segurança jurídica que sustenta o caminhar firme no Estado de direito é o objetivo a ser alcançado na realização da justiça.

³⁰ O postulado da segurança jurídica, enquanto expressão do Estado Democrático de Direito, mostra-se impregnado de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (RTJ 191/922), em ordem a viabilizar a incidência desse mesmo princípio sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado, para que se preservem, desse modo, sem prejuízo ou surpresa para o administrado, situações já consolidadas no passado. A essencialidade do postulado da segurança jurídica e a necessidade de se respeitarem situações consolidadas no tempo, especialmente quando amparadas pela boa-fé do cidadão, representam fatores a que o Poder Judiciário não pode ficar alheio (RE nº 646.313 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 18-11-2014, 2ª T, DJE de 10-12-2014).

1.4 Espécies de restrições a direitos fundamentais

Após determinar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais em colisão, o próximo passo é analisar as restrições que legitimamente incidem sobre a posição jusfundamentalmente tutelada.

Consolidado o entendimento de que não há direitos fundamentais absolutos e que, em decorrência dos inevitáveis conflitos decorrentes da *práxis* cotidiana, é necessário conciliar os direitos fundamentais através de intervenções estatais capazes de, a um só tempo, realizar, na melhor medida possível, todos os interesses em jogo, surge o imperativo de como proceder às restrições aos direitos fundamentais.

Em razão da força normativa e da supremacia da Constituição, o primeiro ponto a ser observado no estudo das restrições aos direitos fundamentais é que estas também precisam firmar suas raízes no fértil solo constitucional.

Não é imprescindível que todas as restrições estejam expressamente previstas na Constituição, que, em razão da dinamicidade da vida social e da limitação das suas previsões escritas (por mais analítica que seja), não teria a capacidade de prever todas as hipóteses de conflitos concretos entre direitos fundamentais.

De outro lado, não há como afastar-se da exigência de que, direta ou indiretamente, as restrições repousem sua validade formal e material nesta mesma Constituição.

Outro apontamento necessário diz respeito à legitimidade constitucional para proceder às restrições aos direitos fundamentais. A eficácia irradiante dos direitos fundamentais se estende sobre todos os poderes estatais; mas, no contexto da separação dos poderes, parece ser claro que o primeiro legitimado para realizar as restrições exigidas para a harmonização entre os direitos fundamentais é o legislador democrático.

Não se está a negar a possibilidade de restrições impostas pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário. Entretanto, estas devem, num primeiro momento, sob os lumes hermenêuticos da Constituição, solucionar as colisões de direitos fundamentais com base nos critérios legalmente prescritos e, apenas na ausência ou inconstitucionalidade da lei, buscar soluções fundadas diretamente no texto constitucional.

Aqui reside a distinção que JJ Gomes Canotilho faz entre leis restritivas e intervenções restritivas em sentido estrito. Conforme leciona o autor português, as leis

restritivas são atos legislativos de âmbito geral e abstrato, sendo emanadas pelo Poder Legislativo; enquanto isso, as intervenções restritivas constituem medidas concreta e imediatamente incidentes sobre o âmbito de proteção de um direito fundamental em determinada situação específica, decorrentes das atuações do Poder Executivo e do Poder Judiciário (CANOTILHO, 2003, p. 1265).

A dogmática jurídico-constitucional aponta três tipos de restrições a direitos fundamentais: 1) restrições diretamente constitucionais; 2) restrições legais expressamente autorizadas pela Constituição, simples e qualificadas; e 3) restrições não expressamente autorizadas pela Constituição.

À análise das restrições não expressamente autorizadas pela Constituição será dedicado o próximo capítulo. Segue-se, por ora, com o estudo das restrições diretamente constitucionais e as restrições legais expressas.

O legislador constitucional não deixou passar despercebido o caráter relativo – ou não absoluto – dos direitos fundamentais e, sensível à complexidade da vida concreta dos direitos, realizou ele mesmo a ponderação e harmonização entre os direitos colidentes, prevendo restrições diretamente constitucionais à tutela jusfundamental do direito ou liberdade.

De partida, é importante destacar a distinção entre restrição e cláusula restritiva apresentada por Robert Alexy. Segundo o autor alemão:

O conceito de restrição pertence à perspectiva do direito, enquanto que o conceito de cláusula restritiva pertence à perspectiva da norma. Uma cláusula restritiva é parte de uma norma de direito fundamental completa, que diz como aquilo que, *prima facie*, é garantido pelo suporte fático do direito fundamental foi ou pode ser restringido (ALEXY, 2006, p. 286, grifo do autor).

As cláusulas constitucionais restritivas podem estar inseridas no próprio enunciado normativo do direito fundamental, a exemplo do que se dá, na disposição do inciso XVI do art. 5º da CF/88, com a exclusão das reuniões não pacíficas do âmbito de proteção do direito fundamental de reunião.

Nestes casos, é questionável se se está diante de uma verdadeira cláusula restritiva ou se é hipótese de predeterminação do conteúdo do direito fundamental a partir da limitação do seu suporte fático.

Diante desta questão, Robert Alexy (2006, p. 287) leciona que a escolha por uma das opções acima não pode se subsumir na análise do enunciado normativo. Caso se admita que a previsão constitucional apenas está a determinar o conteúdo

do direito fundamental, então é de se concluir que não há restrições diretamente constitucionais ao direito fundamental.

De outro lado, ao se concluir pela natureza restritiva da previsão constitucional, que funciona como uma *regra* que gera um não-direito definitivo à posição *prima facie* protegida pelo direito fundamental, então é de se aceitar que a previsão restritiva “nada mais é que uma decisão do constituinte em favor de determinadas razões contra a proteção constitucional” (ALEXY, 2006, p. 288).

Para JJ Gomes Canotilho (2003, p. 1278), a determinação do conteúdo constitucional do âmbito de proteção do direito fundamental se dá pela articulação entre a norma que garante o direito fundamental e aquela que lhe impõe uma restrição diretamente constitucional.

Posicionando-se a respeito do tema, Pieroth e Schlink (2019, p. 132, grifo do autor) defendem que “uma vez que o âmbito de proteção e a ingerência estão relacionados, o âmbito de proteção é, em certos casos, já definido *com vistas a ingerência*”. Revelam assim o entendimento de que as restrições apostas no enunciado normativo do direito fundamental configuram o próprio âmbito de proteção da tutela constitucional.

Sem perder de vista o fim que orienta sua pesquisa, recorre-se à lição de Jorge Reis Novais (2010, p. 267) ao enfatizar que a classificação destas cláusulas como restrições ou como limites configuradores do âmbito de proteção do direito fundamental se funda em critérios puramente formais inaptos a produzir diferenciações relevantes no plano do regime jurídico aplicável. Com isso, vaticina que:

Consideraremos como constituindo mera delimitação do conteúdo constitucional do direito fundamental qualquer limite que resulte diretamente da Constituição em sentido formal, independentemente da inserção sistemática do enunciado normativo que o acolha.

Há também as restrições constitucionais expressas em cláusulas dispersas no texto constitucional. Não se está aqui a falar das colisões de direitos fundamentais e do *direito constitucional do conflito*, mas de disposições constitucionais que expressamente restringem o âmbito de proteção *prima facie* do direito fundamental. É o que ocorre com o art. 136, §1º, I, a) da Constituição Federal de 1988 ao estabelecer a possibilidade de restrição ao direito de reunião durante a vigência do

Estado de Defesa e, nos art. 139, IV, a sua suspensão durante o curso do Estado de Sítio.

Sobre tais cláusulas restritivas, Jorge Reis Novais (2010, p. 267) aponta que:

Não é pelo facto de um limite constar do próprio enunciado de garantia e o outro lhe ser apostado através de outro enunciado que há razões para distinguir materialmente entre eles. Os dois imites têm a mesma natureza, qual seja a de recusar, *a priori*, a protecção da liberdade constitucional [...].

Questão polêmica é a que se refere às restrições constitucionais não escritas, a exemplo do que se dá com a exigência de harmonização entre direitos fundamentais colidentes, que não submetidos a restrições constitucionais expressas e tampouco à previsão de reserva legal restritiva.

Para Bodo Pieroth e Benhard Schlink (2019, p. 132), não se deve confundir entre o âmbito de proteção do direito fundamental, definido a partir de uma visão sistemática de conjunto com outros direitos fundamentais e demais disposições constitucionais, e a restrição que lhe é imposta pela colisão com outros direitos fundamentais e bens constitucionais. Referem os autores que “diferentemente da justificação de ingerência por colisão, que ocorre pontualmente, a extensão do âmbito de proteção é, em geral, invariável”. Dada a relevância do tema para este trabalho, a ele será dedicado o próximo capítulo.

Têm-se ainda as restrições indiretamente constitucionais são aquelas autorizadas pela Constituição através de cláusulas expressas de reserva legal. Expressões como “na forma da lei” e “nos termos da lei” são usualmente utilizadas pelo legislador constitucional para autorizar a intervenção legal restritiva no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Com a autorização constitucional para a intervenção legal restritiva, permite-se que o legislador ordinário prescreva soluções pré-configuradas para as previsíveis colisões de direitos fundamentais.

Nesse mesmo sentido, JJ Gomes Canotilho (2003, p. 1273) observa que “a conversão de um direito *prima facie* em direito definitivo poderá, desde logo, ser objecto da lei restritiva, que, nos casos autorizados pela Constituição, representará um primeiro instrumento de solução de conflitos”.

A cláusula de reserva legal pode estabelecer reservas simples ou qualificadas. Ter-se-á a reserva simples quando apenas se prevê a competência para estabelecer

as restrições, sem qualquer outra exigência especial, e qualificada quando, além da competência, também se impõem limites ao conteúdo da restrição, seja em relação aos fins a serem perseguidos ou aos meios utilizados (PIEROTH; SCHLINK, 2019, p. 136).

Observe-se que as restrições infraconstitucionais estão limitadas quanto ao seu conteúdo não apenas pelas imposições das reservas qualificadas; todas as intervenções legais restritivas devem observar, dentre outros, os limites exigidos pelo respeito ao núcleo essencial do direito fundamental e, a partir de uma visão sistemática dos direitos fundamentais, pela máxima da proporcionalidade, a demandar um sopesamento entre a restrição e o direito fundamental.

O reconhecimento de um conteúdo essencial intangível do direito fundamental como limite implícito à atuação do legislador ordinário evita que aquele tenha seu conteúdo esvaziado, o que se mostraria incompatível com a submissão do legislador aos direitos fundamentais (ALEXY, 2006, p. 292-293).

De outro lado, a exigência de sopesamento não significa que o legislador ordinário estaria apenas a balancear os princípios constitucionais e, portanto, a clarear ou interpretar as restrições não escritas diretamente constitucionais, o que tornaria sem sentido a previsão da possibilidade de restrição legal.

Conforme leciona Robert Alexy (2006, p. 294), a previsão da reserva legal de restrição vai além da competência para o sopesamento de princípios constitucionais, que não depende de tal prescrição expressa; na verdade, tal cláusula atribuí ao legislador a autorização para estabelecer restrições que vão além daquelas estabelecidas expressa ou implicitamente pela própria Constituição. Ademais, como se verá adiante, o sopesamento é devido (e sobretudo) no caso de colisões entre direitos sem reserva legal expressa.

A exigência de lei para a intervenção restritiva no âmbito dos direitos fundamentais surge, a partir do Estado Liberal, com o intuito de proteger os indivíduos em face das investidas autoritárias do poder monárquico; apesar disto, a exigência era satisfeita com a mera autorização conferida pelo legislador ao administrador público para intervir no campo dos direitos fundamentais, conferindo-lhe largo poder de ingerência (PIEROTH; SCHLINK, 2019, p. 137).

Avançando na função protetora dos direitos fundamentais e reconhecendo o conteúdo material do princípio da legalidade, hoje se exige que, para além da observância dos requisitos formais de validade, a lei estabeleça uma disciplina

suficientemente densa e determinada, incidente sobre os aspectos essenciais das restrições.

Revelam Pieroth e Schlink (2019, p. 138) que, apesar de todo avanço na tutela dos direitos fundamentais, a Lei Fundamental alemã exige apenas que haja uma reserva legal expressa autorizando a edição de leis restritivas ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais, com o que se veda a ingerência decorrente do direito consuetudinário; entretanto, isto não é suficiente para impedir que, com base em autorização legal ampla e vaga, o administrador público faça uso do seu poder regulamentar para estabelecer verdadeiras restrições aos direitos fundamentais.

Para fazer frente a este procedimento, ressaltam que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha tem se utilizado da teoria da essencialidade, obrigando que o legislador tome todas as decisões essenciais em áreas normativas fundamentais, sobretudo na área do exercício dos direitos fundamentais. O legislador não pode delegar tais decisões à Administração Pública, com o que se garante que:

As fronteiras entre o exercício lícito e o ilícito e entre a restrição lícita e a ilícita dos direitos fundamentais, não sejam traçadas casuisticamente de acordo com a apreciação arbitrária de quaisquer autoridades administrativas ou tribunais, mas o sejam primariamente - na forma de uma lei geral - pelo legislador (PIEROTH; SCHLINK, 2019, p. 139).

A respeito da teoria da essencialidade, Juan Carlos Gavara de Cara (1994, p. 156) observa que o legislador deve adotar as decisões essenciais no âmbito dos direitos fundamentais e que o regramento administrativo deve circunscrever-se ao programa legalmente predeterminado, o que pode ser aferido através de critérios teleológicos, sistemáticos e de antecedentes legislativos. Entretanto, admite que o conceito de essencialidade carece de conteúdo e que não se tem conseguido desenvolver critérios claros e objetivos de delimitação para resolver os casos conflitivos. De todo modo, Juan Carlos Gavara de Cara (1994, p. 157) destaca que a teoria da essencialidade cumpre duas funções básicas: a primeira delas é a de determinar que a disciplina essencial do direito fundamental se faça através de lei parlamentar, vedando, conseqüentemente, a deslegalização total do seu desenvolvimento infraconstitucional; e, de outro lado, a segunda é a de que a intervenção legislativa deve se restringir àquilo que é essencial, deixando um campo próprio para o detalhamento regulamentar da administração pública.

Conforme bem aponta JJ Gomes Canotilho (2003, p. 452-453), a exigência de expressa autorização constitucional e de lei formal produz uma série de consequências: 1) confere segurança jurídica aos cidadãos de que poderão contar com a inexistência de medidas restritivas fora dos casos expressamente autorizados pela Constituição; 2) obriga o legislador a buscar nas normas constitucionais o fundamento concreto para o exercício da sua competência restritiva, exercendo, a um só tempo, uma função de advertência ao legislador do significado e alcance das limitações e, de outro lado, de norma de proibição, impedindo-o de restringir direitos fora dos casos autorizados pela Constituição; e, 3) exigência de uma “cadeia ininterrupta de legitimidade legal”, de modo que os atos jurídicos concretos praticados pela Administração Pública e pelo Judiciário encontrem na lei o seu fundamento de validade.

Mas a simples exigência de lei formal não é suficiente para garantir a legitimidade das restrições legalmente impostas aos direitos fundamentais.

Retornando à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Pieroth e Schlink (2019, p. 139-140) explicam que a teoria da essencialidade impõe que o legislador tome as decisões sobre pressupostos, circunstâncias e consequências sejam tomadas pelo legislador, que não podem ser delegadas à Administração.

Mas não é suficiente que os pressupostos, circunstâncias e consequências das restrições sejam veiculadas através de lei formal. É, de um lado, necessário que sejam redigidas de forma clara e determinada; e, de outro, que respeitem o postulado da proporcionalidade.

A lei restritiva deve ser clara e determinada, de modo a garantir ao particular a previsibilidade intrínseca ao Estado de Direito. Além disto, “a lei obscura e indeterminada iria abrir mais ingerências do que são precisas para a prossecução do fim legal, indo assim violar o princípio da proporcionalidade” (PIEROTH; SCHLINK, 2019, p. 155).

A restrição também não poderá ser excessiva e, portanto, sua constitucionalidade afere-se, sob a perspectiva material, pelo princípio da proporcionalidade.

Ainda que não atinjam o conteúdo essencial do direito fundamental, a ser sempre preservado, a legitimidade das restrições subordinam-se à aferição da adequação, necessidade e proporcionalidade da medida restritiva, de modo que não

interfira no âmbito de proteção do direito fundamental para além do limite que é estritamente necessário para a harmonização dos direitos em colisão, na melhor medida possível.

Se como consequência da previsão constitucional de reserva de lei é defeso ao administrador intervir nos direitos fundamentais sem base legal; com a exigência de lei proporcional, impede-se que as intervenções autorizadas legalmente sejam desproporcionais na afetação da posição protegida pela norma jusfundamental (PIEROTH; SCHLINK, 2019, p. 142).

Outro aspecto relevante é a exigência de que a lei se revista, como é da sua intrínseca natureza, de caráter abstrato e geral, dirigindo-se assim a um número indeterminado/indeterminável de pessoas ou casos.

Ao se vedar as leis individuais e concretas, busca-se garantir o conteúdo material do princípio da igualdade, posto que diferente do que ocorre com os estatutos abstratos e gerais, as leis individuais e concretas:

[...] não contêm uma normatização dos pressupostos da limitação expressa de forma previsível e calculável e por isso, não garantem aos cidadãos nem a protecção da confiança nem alternativas de acção e racionalidade de actuação (CANOTILHO, 2003, p. 454).

Portanto, é a lei que, sob a égide do Estado Democrático de Direito, deve prioritariamente estabelecer as restrições aos direitos fundamentais, sempre sob a influxos e com absoluta observância dos requisitos formais e materiais impostos pela Constituição.

2 RESTRIÇÕES NÃO EXPRESSAMENTE AUTORIZADAS PELA CONSTITUIÇÃO

O problema das restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição é um tema que ocupa densamente o debate na doutrina e na jurisprudência, apresentando alta relevância em razão das inevitáveis colisões de direitos nas sociedades plurais e complexas e, em consequência, da necessidade de se encontrarem soluções capazes de garantir a vivência democrática, onde todos e a cada um possam exercer os seus direitos fundamentais na maior medida possível.

Do mesmo modo que as normas constitucionais não são aptas, na maioria dos casos, a oferecerem soluções diretas para os problemas cotidianos³¹, a dogmática jurídico-constitucional das reservas legais expressas não é suficiente para exaurir todos os casos em que a intervenção do legislador ordinário se faz necessária para reger as colisões de direitos.

O dinamismo da vida social renova conflitos práticos entre direitos fundamentais inimagináveis ao tempo da elaboração da Constituição. Acreditar que o legislador constituinte foi capaz de elencar dogmaticamente todos os casos em que a mediação legislativa seria necessária para a solução dos conflitos sociais é como que acreditar na possibilidade de uma máquina do tempo que o conduzisse ao futuro para, ao retornar ao presente, legislar sobre tudo o que ali observou.

Os problemas exigem respostas. Não há vácuo no poder. Se a Constituição não oferece a solução direta e imediata para o conflito e o legislador não pode disciplinar a colisão de direitos por falta de expressa previsão constitucional que o autorize, então quem o fará? Como será o controle da validade formal e material da solução adotada?

É ínsito ao Estado Democrático de Direito que os indivíduos não podem fazer justiça com as próprias mãos. O tempo da justiça privada e da lei de talião já há muito ficaram no passado bárbaro. Portanto, o Estado não pode se furtar ao seu dever de

³¹ Como corolário do reconhecimento da força normativa da Constituição, não se desconhece que, nos art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988, as normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Todavia, a abertura textual, semântica e axiológica do texto constitucional, sobretudo no terreno dos princípios jurídicos, não fornece resposta jurídico-subsuntiva aos conflitos sociais cotidianos.

realizar a justiça (e não apenas a prestação jurisdicional)³². Resta então ao administrador público e ao juiz encontrarem as respostas exigidas para a solução dos conflitos sociais. Na ausência de lei, não lhes restará outra saída senão procurá-las diretamente na Constituição.

Surge, a partir daí, um outro questionamento: o legislador ordinário, que, sob o primado estrutural do Estado Democrático de Direito e do princípio da separação de poderes, é o legítimo representante da soberania popular, não pode, diante da ausência de permissão constitucional expressa, construir soluções legais para os conflitos sociais, racionalmente elaboradas a partir do sopesamento entre os direitos fundamentais colidentes e mediante um debate público e plural, sujeito aos mecanismos institucionais de controle da validade formal e material, além, por evidente, do controle social que naturalmente decorre da publicidade do agir legislativo; mas, o administrador público e o juiz podem? Qual o fundamento da legitimidade destes e da falta de legitimidade do legislador diante deste problema constitucional? Eis algumas das perguntas a serem respondidas neste capítulo para, ao final, afirmar a possibilidade de restrições legais não expressamente previstas pela Constituição.

Antes de prosseguir, é importante lembrar alguns pressupostos teóricos já adotados no âmbito deste trabalho. O primeiro deles é o reconhecimento de que não há direitos fundamentais absolutos e a relativização é uma exigência para harmonizar a vivência democrática. A restrição legítima (e não a ilegítima, que constitui *violação*) é, antes de uma intromissão autoritária no âmbito de proteção do direito fundamental, uma exigência para que este possa ser exercido, na maior medida possível, em harmonia com os demais titulares do mesmo ou de outros direitos igualmente fundamentais.

O segundo é que as disposições de direitos fundamentais podem assumir a estrutura de princípios ou de regras. A harmonização entre os princípios colidentes se dá através da técnica do sopesamento e do princípio da proporcionalidade

³² Após o advento do paradigma neoconstitucionalista e a proeminência que confere à figura do juiz, tem-se observado uma confusão entre o dever do Estado de realizar a justiça com o dever do Poder Judiciário de solucionar as lesões ou ameaças de lesões a direitos que lhe forem apresentadas (CF/88, art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito). A prestação jurisdicional é apenas uma das formas estatais de prestação da justiça. Aliás, de caráter subsidiário, a agir quando as demais falharem. Não se pode reduzir a Justiça ao Poder Judiciário da mesma forma que não se pode reduzir o Direito à lei.

(adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), submetendo-se a um sistema de prevalência condicionada em face das condições jurídicas e fáticas.

O âmbito de proteção do direito fundamental é determinado a partir da interpretação sistemática do seu enunciado normativo, com adesão à teoria do suporte fático restrito e à teoria do conteúdo essencial absoluto-dinâmico. As restrições legítimas incidem sobre este âmbito de proteção *prima facie* determinado pela escorreita exegese da norma de direito fundamental, comprimindo-o na formação do âmbito de proteção definitivo. Como intervenções que se põem de fora para dentro do âmbito de proteção, sufraga-se a teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, as quais estão sujeitas aos mecanismos de controle de validade formal e material próprias do Estado Democrático de Direito. O conceito de restrição deve ser compreendido em sentido amplo, de modo a abranger toda e qualquer ação ou omissão estatal que, de algum modo, reduza total ou parcialmente a fruição do direito fundamental pelo seu titular.

Como corolário da força normativa e da supremacia constitucional e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais, a intervenção legislativa deve ter por escopo ponderar direitos fundamentais para viabilizar, na melhor e maior medida possível, o seu exercício concreto. Nesse sentido, Peter Häberle (2003, p. 50) destaca o dever do legislador de realizar uma “vigência ótima” da Constituição e pontua que:

Por mérito de sus regulaciones, no puede el legislador aniquilar la medida de vigencia efectiva pretendida para los derechos fundamentales como para cualquier otra norma jurídica. Al contrario, puede y debe pretender fortalecer la fuerza normativa de la Constitución, que está condicionada por las concretas relaciones vitales. Tiene que hacer todo lo preciso para possibilitar a través de sus regulaciones la vigencia de las relaciones vitales relativas a los derechos fundamentales.

O reconhecimento da dimensão comunitária dos direitos fundamentais põe-se assim num duplo sentido ao legislador: desde um ponto de vista, a função social serve como uma reserva de lei geral para o reconhecimento de limites ao exercício individual da posição jusfundamental e, de outro, como dever do legislador de garantir que o direito fundamental cumpra a sua função social enquanto direito conferido aos indivíduos e, portanto, deve conferir condições de efetivo exercício do mesmo (HÄRBELE, 2003, p. 50).

Destacados os questionamentos gerados pela dogmática constitucional das reservas legais expressas e retomadas as premissas teóricas que sustentam esta

pesquisa, avança-se para a análise das restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Sobretudo, objetiva-se aferir a (im)possibilidade da intervenção legislativa restritiva no âmbito de proteção destes direitos.

2.1 A existência de restrições não expressamente autorizadas pela Constituição

Para iniciar o estudo das restrições não expressamente autorizadas pela Constituição é, por óbvio, necessário aferir se tais restrições são ou não juridicamente admissíveis, ou seja, se é ou não possível falar em restrições a direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.

Como se verá adiante, no âmbito doutrinário e jurisprudencial brasileiros a aceitação da possibilidade de restrições a direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição é controversa e encontra sua primeira barreira na adesão de boa parte da doutrina e da jurisprudência pátrias à teoria de aplicabilidade das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva³³, que tem como pilar de sustentação o dogmatismo jurídico-constitucional das reservas legais expressas nos enunciados normativos dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.

Antes, porém, de analisar criticamente a dogmática de classificação das normas de direitos fundamentais defendida por José Afonso da Silva, é preciso avançar no desenvolvimento de alguns pressupostos teóricos, mas sempre sem perder de vista o objetivo prático desta pesquisa.

Conforme aponta Jorge Reis Novais (2010, p. 363), as soluções propostas pelas teorias interna, externa e dos princípios não são suficientes, por si só, para satisfazerem as exigências de justificação das intervenções estatais ablativas no âmbito de proteção dos direitos fundamentais não sujeitos a reserva legal expressamente autorizada pela Constituição.

³³ Em sua obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, José Afonso da Silva (1998) classifica as normas constitucionais em (1) normas constitucionais de eficácia plena, (2) normas constitucionais de eficácia contida e (3) normas constitucionais de eficácia limitada. Esta classificação até hoje encontra ressonância na doutrina e na jurisprudência brasileiras. A análise crítica desta classificação e sua adequação ao constitucionalismo contemporâneo será objeto de um tópico específico desta pesquisa.

Ao afirmar a existência de limites imanentes ao direito fundamental, que recortam a partir de dentro o desenho do seu âmbito de proteção, a teoria interna nega a própria existência de restrições como algo externo ao direito fundamental. Não há, para os adeptos da teoria interna e dos limites imanentes, que se falar em âmbito de proteção *prima facie* e âmbito de proteção definitivo. A conduta ou está abrangida no âmbito de proteção do direito fundamental e deve ser realizada ou não está e não deve ser realizada, com o que assume a natureza de regra. A única intervenção legislativa possível seria a de natureza meramente declarativa, que reconhece os limites constitucionais originários do direito fundamental. Jamais a intervenção legislativa constitutiva de restrições ao âmbito de proteção *prima facie* do direito fundamental. Ao negar as restrições externas e afirmar a existência de limites intrínsecos ao próprio direito fundamental, a teoria interna subtrai os limites imanentes dos mecanismos constitucionais de sindicabilidade e aferição da validade formal e material das restrições, doutrinariamente alcunhados de limites dos limites.

Por seu turno, a teoria externa, ao partir da distinção entre o âmbito de proteção *prima facie* e o âmbito de proteção definitivo do direito fundamental, admite a figura da restrição como algo externo que incide sobre o direito fundamental, comprimindo o espaço da tutela que é *ab initio* conferido pela norma constitucional ao bem protegido. Entretanto, a teoria externa parte do pressuposto de que só podem ser apostas restrições àqueles direitos que possuem reserva legal expressa, com o que se torna incompatível com a admissão de restrições a direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Ao defender um rol taxativo de reservas legais aos direitos fundamentais, a teoria externa se ilude, sobretudo quando está diante de uma sociedade plural, complexa e em constante mutação, com a pretensa capacidade do legislador constituinte de prever todos os possíveis casos de colisões de direitos e de lhes dar as soluções necessárias para harmonizar a vivência social dos direitos fundamentais. Seria uma espécie de “legislador Hércules”.

Por fim, a teoria dos princípios resume a solução de todos os casos de colisões e conflitos entre direitos fundamentais na aplicação do princípio da proporcionalidade, quando o aplicador do direito, sob as luzes das possibilidades jurídicas e fáticas do caso concreto, pondera os direitos colidentes. A ampliação excessiva do âmbito de

proteção do direito fundamental, conforme proposta de Robert Alexy³⁴ no bojo da sua teoria dos princípios, aumenta sobremaneira as hipóteses de colisões e, conseqüentemente, de restrições a exigir justificação constitucional e submissão aos mecanismos de controle (limites dos limites), o que pode levar a um colapso dos poderes públicos e à desregulação da vida em sociedade. Além disso, ao afirmar que qualquer conduta que possua um mínimo de adesão ao direito fundamental está abrangida no seu âmbito de proteção, a teoria dos princípios conduz ao absurdo de sufragar como *prima facie* protegidas situações esdrúxulas, v.g., a possibilidade de sacrifícios humanos no exercício do direito fundamental à liberdade religiosa (NOVAIS, 2010, p. 416).

Diante das insuficiências dos modelos puros das referidas teorias, Jorge Reis Novais (2010, p. 365) aponta que vários doutrinadores apresentam soluções miscigenadas, que ora se apresentam como soluções alternativas e ora como modalidades de uma das propostas originais, *in verbis*:

Veja-se, assim, como por vezes a concepção restritiva da previsão normativa dos direitos fundamentais é identificada ou intimamente associada à doutrina dos limites imanentes dos direitos fundamentais (VIEIRA DE ANDARADE, AFONSO VAZ) enquanto que, noutras vezes, se vincula ao modelo da teoria externa ou se compatibiliza com o modelo dos princípios (GOMES CANOTILHO); como por vezes a metodologia da ponderação de bens surge qualificada como própria de uma teoria de imanência (HÄBERLE) enquanto que, noutras vezes, é considerada como metodologia globalmente alternativa ao rejeitado modelo dos limites imanentes dos direitos fundamentais (ALEXY, 2006, p. 320).

Mas o problema real está posto e exige uma solução jurídica minimamente adequada aos postulados democráticos e republicanos. No cotidiano da vida há inúmeras situações concretas de colisões de direitos fundamentais para os quais o legislador constituinte não previu expressamente a possibilidade de restrições legais, mas que a partilha democrática do espaço público entre iguais está a exigir resposta capaz de viabilizar a convivência ordenada e pacífica. Compreender a dogmática

³⁴ Robert Alexy (2006, p. 321) defende a inclusão no suporte fático do bem jusfundamentalmente protegido de tudo aquilo que apresentar uma característica que seja suficiente, ainda que isoladamente e sem importar outras presentes, para a subsunção ao suporte fático; e, para ampliar ainda mais a extensão do suporte fático da norma de direito fundamental, defende que o enunciado normativo deve comportar interpretação semântica ampla. A exclusão de uma determinada conduta do âmbito de proteção do direito fundamental será objeto de análise posterior, a partir do sopesamento dos direitos colidentes.

jurídico-constitucional das reservas legais como um sistema acabado, completo e sem lacunas é fechar os olhos para a realidade da vida dos direitos fundamentais.

Importante contribuição para a análise da sistemática das reservas legais aos direitos fundamentais é apresentada por Juan Carlos Gavara de Cara (1994, p. 137-140). Explica o referido autor que a origem histórica do sistema de reservas legais está associada à reação do Estado Liberal em face das intervenções diretas do Poder Executivo contra a esfera de liberdade individual e que, por isso, na época da Constituição de Weimar (1919) e do período nazista, o poder público e o próprio legislador eram vistos como inimigos dos direitos fundamentais, gerando uma desconfiança contra todo tipo de restrição ou intervenção estatal no âmbito de proteção jusfundamental. Com efeito, o sistema de reserva legais expressas era uma estratégia para restringir a intervenção legislativa nos direitos fundamentais e proteger a liberdade individual contra os desmandos estatais.

Com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, prossegue Juan Carlos Gavara de Cara (1994, p. 138), o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha³⁵ reconheceu a existência de uma reserva de lei geral aplicável a todos os direitos fundamentais como corolário do livre desenvolvimento da personalidade, previsto no art. 2º, 1 da Lei Fundamental, passando assim a admitir a intervenção legislativa em face de qualquer direito fundamental e não apenas daqueles em que há a aposição de reserva legal expressa. Explica o epigrafado autor que:

Esta extensión de la reserva de ley en el ámbito de los derechos fundamentales no puede resultar extraña, si se tiene en cuenta que los derechos de defensa frente al Estado, propios del Estado Liberal de Derecho, presuponían la existencia de un individuo autónomo. Este individuo puede existir idealmente en una sociedad liberal, pero no en una sociedad compleja como la actual. En la actualidad, al mismo tiempo que se admite la existencia de una esfera individual básica que no puede ser restringida por la legislación, se reconoce que los derechos fundamentales deben ser interpretados en relación con la totalidad de la Constitución y que la intervención del legislador es necesaria para conformar y limitar esos derechos en su vertiente social (CARA, 1994, p. 139).

A proteção dos direitos fundamentais em face das intervenções estatais não está mais sedimentada na taxatividade de um sistema de reservas legais expressas, mas numa série de rígidas garantias estabelecidas pela própria Lei Fundamental de

³⁵ Caso *Elfes*, BverfGE 6,32 (CARA, 1994, p. 138).

Bonn, a exemplo das cláusulas de vinculação direta do legislador aos direitos fundamentais (art. 1º, 3) e da intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais (art. 19, 2) (CARA, 1994, p. 140).

No mesmo sentido, a despeito de não admitir as intervenções legislativas como restrições (desde fora) ao âmbito de proteção do direito fundamental, Peter Häberle (2003, p. 129, grifo do autor) advoga que a dimensão comunitária dos direitos fundamentais, mesmo sem previsão constitucional expressa, confere ao legislador um reserva de lei geral para a delimitação e conformação (desde dentro) do âmbito de proteção jusfundamental e, com isso, adverte que:

La tesis de que la libertad no necessita una ley de ejecución obstruye el paso al reconocimiento de que los derechos fundamentales están necesitados de conformación, de que necesitan precisión legislativa, y por tanto no sólo constituyen un límite, sino también un *objeto* para la legislación.

Até mesmo na singularidade da vida humana, o indivíduo precisa harmonizar o exercício dos seus próprios direitos ou interesses, posto que, ainda que juridicamente lhes sejam todos garantidos, não lhe é faticamente possível exercê-los em sua plenitude máxima ao mesmo tempo. Destarte, além de disciplinar a relação entre os direitos fundamentais colidentes, sob os influxos do Estado Democrático de Direito, a lei também cumpre a importante função de proporcionar condições reais de exercício do direito ou, como ensina Peter Häberle (2003, p. 153), a função do legislador é a de “crear complejos normativos que hagan efectivos los derechos fundamentales como institutos”.

A vedação da intervenção legislativa no âmbito dos direitos fundamentais é uma herança da perspectiva liberal-individualista que marcou a Revolução Francesa e que obscurece a dimensão comunitária dos direitos fundamentais, os enxergando como direitos *contra* o Estado e não *no* Estado (HÄRBELE, 2003, p. 91). Dentro deste contexto, o legislador é visto como um inimigo das liberdades individuais e, por isso, sua intervenção neste terreno deve ser limitada aos casos de expressa autorização constitucional.

A conclusão taxativa de Peter Häberle (2003, p. 192) é acachapante:

Las reservas de ley corresponden por completo al pensamiento de una época que niega valor propio al Estado y a la Comunidad, que deriva el Estado y el Derecho del individuo soberano considerado asilado y

que parte de un individuo que existe antes o al margen de la Comunidad.

Com efeito, para enfrentar o problema decorrente da ausência de reserva legal expressa, uma primeira solução defende que a dogmática jurídico-constitucional das restrições a direitos fundamentais se assenta na distinta legitimidade da autoridade estatal apta a intervir restritivamente no âmbito de proteção destes direitos.

Nas hipóteses de direitos fundamentais com cláusulas de restrições legais expressamente autorizadas, o legislador seria a autoridade legitimada a restringir o âmbito de proteção do direito fundamental. Nos casos de direitos fundamentais sem reserva legal expressa, não estaria proibida a intervenção estatal restritiva, mas esta seria levada a efeito pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário, a par das condições fáticas e jurídicas específicas de cada caso concreto.

A refletir sobre esta construção teórica, Jorge Reis Novais (2010, p. 368-369) aponta que tal compreensão conduz ao absurdo de permitir ao administrador público aquilo que, por razões meramente formais, se nega ao legislador, de modo que, enquanto este estaria sempre sujeito à uma prévia habilitação constitucional expressa para intervir restritivamente no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, o administrador público e o juiz estariam, desde logo, autorizados a resolver topicamente as colisões de direitos, a partir da interpretação e aplicação direta das normas constitucionais no caso de direitos fundamentais não sujeitos à reserva legal expressamente autorizadas pela Constituição.

Vale a pena transcrever as reflexões de Jorge Reis Novais (2010, p. 369), *in verbis*:

Note-se que o acesso directo aí pressuposto é de todos os operadores, de todos os aplicadores do Direito, incluindo a Administração, e não apenas o juiz (considerado criticamente apenas a eventual existência de uma “reserva de jurisdição”; de resto, não faria sentido que, perante colisões concretas de direitos fundamentais, a Administração permanecesse inactiva, o que resultaria, sempre, em violação de um ou de ambos os bens em colisão. Nem se diga que permitir à Administração o que se recusava ao legislador não seria contrário ao equilíbrio constitucional de poderes (a perplexidade advém, com efeito, de se recusar ao Parlamento o que se admite ao Governo; de se recusa ao Governo-legislador o que se admite ao Governo-administração), já que a Administração estaria sujeita à última e decisiva palavra do juiz. O argumento não colhe porque a mesma garantia poderia e deveria ser aplicada ao legislador, caso se lhe reconhecesse idêntico acesso à Constituição, ou seja, também as leis restritivas não expressamente

previstas pela Constituição -tal como os actos da Administração não constitucional ou legalmente previstos – são passíveis de um controlo judicial de constitucionalidade.

Admitir um sistema fechado e taxativo de reservas legais seria defender o que é racionalmente indefensável e, ao final, exigir adaptações teóricas que subvertem as estruturas basilares do Estado Democrático de Direito, em especial o princípio da separação de poderes.

Vale aqui a anotação feita por Peter Häberle (2003, p. 173) de que disciplina legislativa do direito fundamental é análoga ao descobrimento criativo do Direito pelo juiz, ou seja, tal qual a sentença, a lei determina o sentido e alcance das normas por meio do encontro das circunstâncias da vida. Ocorre que, em obediência ao princípio da separação de poderes que vige no Estado Democrático de Direito:

[...] es una tarefa específica del legislador llevar los contenidos [de los derechos fundamentales] que están en la Constitución, que em ella están esbozados de forma embrionária, a uma crescente realidade.

Na verdade, o rol das reservas legais a direitos fundamentais expressamente previstas na Constituição é muito mais fruto das contingências sociais e históricas vigentes no momento da sua elaboração do que o resultado de uma análise técnico-jurídica criteriosa e exauriente de todos os casos de colisões de direitos. É muito mais o resultado da composição das forças políticas e dos interesses em jogo por ocasião da assembleia constituinte do que de um estudo detalhado dos possíveis conflitos sociais e das suas melhores soluções. O silêncio da Constituição não é necessariamente um silêncio intencional, mas muito mais a falta (natural e ordinária) de previsibilidade sobre tudo o que pudesse vir a ocorrer na vida dos direitos fundamentais, sobretudo na sua integração e compatibilização com outros direitos fundamentais e com os valores comunitários.

Desse modo, não há, como bem adverte o autor Peter Häberle (2003, p. 186), “ninguna libertad que sea ‘incondicional’, es decir, que no necesite normas subconstitucionales. [...] Los derechos fundamentales necesitan la ejecución no solo para que el domine, sino también para que haya libertad”.

A imprevisibilidade das colisões de direitos fundamentais é algo absolutamente natural numa sociedade democrática que se sustenta no pilar da dignidade da pessoa humana, cuja construção de sentido e conteúdo se atualiza todos os dias. A mudança

é um signo da sociedade contemporânea e, numa velocidade nunca vista antes, todos os dias novos conflitos sociais desafiam os juristas na busca de soluções adequadas.

A afirmada aleatoriedade das cláusulas constitucionais de reservas legais expressas, decorrente das relações de poder entre as forças políticas e interesses vigentes por ocasião da elaboração da Constituição, também pode ser confirmada através da análise do direito estrangeiro. Diante do mesmo direito fundamental, algumas constituições contemplam a reserva legal expressa e outras não. Já em face de outro direito fundamental, a ordem se inverte e aquela constituição que contemplava a reserva legal expressa já não a contempla e vice-versa.

A única resposta racionalmente possível a essas distinções prescritivas é que o rol de restrições legais a direitos fundamentais expressamente previstas na Constituição é fruto das condições sociais e históricas do tempo da sua elaboração e não refletem um círculo fechado à atuação do legislador, que é legítimo e democraticamente eleito como representante da vontade soberana do povo.

Outra resposta deve ser buscada para explicar adequadamente a distinção entre direitos fundamentais sujeitos e não sujeitos a reserva legal expressa, capaz de oferecer caminhos para a construção de soluções legítimas para os conflitos de direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, não desprezar as fórmulas constitucionais.

A estrutura linguística das disposições de direitos fundamentais, em especial a falta de referência expressa à possibilidade de restrição legal, não pode por si só inviabilizar a imposição de restrições aos direitos fundamentais exigidas para o convívio social e comunitário.

Ao admitir a natureza das disposições de direitos fundamentais como mandados de otimização, a teoria dos princípios contribui para a superação desta dicotomia entre direitos com e sem cláusula de reserva legal expressa. A natureza aberta e dúctil dos direitos fundamentais, sujeitos que estão às constantes mutações impostas pela dinamicidade da vida social e às contingências da vivência democrática, está a exigir permanente ponderação para a solução dos novos conflitos que todos os dias surgem no cotidiano dos direitos.

Não se está a defender que o legislador ordinário, o administrador público ou o juiz possam subverter a ordem constitucional e atuar restritivamente no âmbito de proteção dos direitos fundamentais sem qualquer condicionamento constitucional. As ponderações levadas a efeito pelo legislador constituinte não podem ser desprezadas e nem substituídas pelas do legislador ordinário, do administrador público ou do juiz.

Mas, com igual força, também não se pode admitir que a falta de prévia ponderação por parte do legislador constituinte seja interpretada como uma ausência de limites do direito fundamental e também como vedação à intervenção restritiva das autoridades públicas, sobretudo do legislador democrático, operada com fundamento e justificativa constitucionalmente legítimas.

Nesse sentido, Jorge Reis Novais (2010, p. 377) alerta que o reconhecimento de um sistema fechado e exaustivo de reservas legais só seria possível no caso de se admitirem dois pressupostos: (1) a existência de um sistema hierarquizado de direitos fundamentais, de modo que aqueles livres de reservas legais expressas ocupariam o topo desta estrutura vertical de direitos; e (2) que tais direitos seriam sempre usufruídos de forma absoluta, independente das condições fáticas reinantes e das suas colisões com outros direitos fundamentais.

Tal possibilidade é *ab initio* afastada com duas afirmações contrapostas: (1) de que não há uma relação de hierarquia entre direitos fundamentais; e, (2) de que não há espaço para o reconhecimento de direitos fundamentais absolutos no contexto da sociedade democrática.

Não se pode ainda olvidar que os direitos fundamentais são sistêmicos ou intercambiáveis, ou seja, a restrição imposta a um determinado direito afeta, direta ou indiretamente, em maior ou menor intensidade, outros tantos direitos fundamentais. Pode assim ocorrer que a restrição imposta a um direito fundamental sujeito a reserva legal expressa atinja outro direito fundamental não submetido à mesma previsão constitucional, como que a produzir uma *restrição reflexa*.

A título de exemplo, cite-se o caso do art. 95 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), que submete a realização de eventos na via pública à prévia autorização da autoridade de trânsito com circunscrição sobre a via. Trata-se, sem dúvidas, de restrição imposta com base no direito de locomoção, sujeito à reserva legal expressa no inciso XV do art. 5º da Constituição Federal³⁶. Ocorre que tal restrição ao direito de livre locomoção atinge reflexamente, *v.g.*, o direito à liberdade religiosa³⁷, não sujeita

³⁶ CF/88, 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. (grifo nosso).

³⁷ CF/88, art. 5º, VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias. (a reserva legal imposta no texto refere-se à proteção dos locais de culto e a suas liturgias e não ao exercício da liberdade religiosa na via pública).

à reserva legal expressa, sobretudo quando condiciona a realização de procissões e outros eventos religiosos na via pública à prévia autorização da autoridade de trânsito.

Anote-se que tal estratégia pode ser arditosamente maquinada para atingir, por vias oblíquas, o oculto objetivo restritivo da autoridade sobre determinado direito fundamental, sem que para isto tenha que enfrentar, nos termos da teoria externa, a vedação imposta pela ausência de reserva legal expressa no texto constitucional.

É o que se deu, por exemplo, com a entrada em vigor da Lei nº 13.281/2016, que, entre outras disposições, introduziu o art. 253-A no Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/1997) e tipificou como infração de trânsito a conduta de bloquear deliberadamente a via pública com o uso de veículo automotor. Tal alteração legislativa teve sua origem na MP nº 699/15 (2015), editada pela então Presidente da República Dilma Rousseff na iminência de uma greve de caminhoneiros que prometia parar o Brasil e causar sérios prejuízos à já combalida situação econômica do país.

Esta se tornou a infração mais severamente punida de toda a legislação viária brasileira, superando inclusive outras como o excesso de velocidade, a ultrapassagem proibida e a embriaguez ao volante. A conduta infracional tipificada no art. 253-A do CTB foi classificada como *gravíssima* e punida com multa agravada 20 vezes (R\$ 5.869,40), além da suspensão do direito de dirigir do motorista por 12 meses. No caso dos organizadores, a multa é agravada em 60 vezes (R\$ 17.608,20).

Observe-se que tal inovação legislativa, sob o argumento de restringir o direito de trânsito (Lei nº 9.503/1997) e disciplinar o uso das vias públicas, acabou por atingir reflexamente (mas não em menor intensidade) o direito fundamental de reunião, sendo este o verdadeiro intento (oculto) da MP editada. Houve assim uma *restrição reflexa*, que foi arditosamente arquitetada para restringir o direito fundamental de reunião, que não está sujeito à reserva legal expressa no texto constitucional³⁸.

Ao inadmitir a intervenção legislativa diante de direitos fundamentais sem reserva legal expressa na Constituição, o que se faz é estimular a busca de soluções alternativas, muitas vezes desprovidas de sinceridade constitucional e arditosamente arquitetadas com viés autoritário. E o que é mais grave: subtraindo-as da sindicabilidade dos mecanismos de controle a que estão sujeitas as restrições. Se, ao

³⁸ CF/88, 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.

omitir a reserva legal expressa ao direito fundamental, o objetivo do legislador constituinte era o de protegê-lo contra as intervenções legislativas ilegítimas, o que se vê, ao final e ao cabo, é a maior fragilidade do direito fundamental em face de intromissões autoritárias dissimuladas.

A Lei Fundamental da Alemanha parece apresentar uma estratégia interessante de contenção do ardil da *restrição reflexa* ao determinar, no seu artigo 19.1³⁹, que a lei restritiva deve citar expressamente o direito fundamental restringido, inclusive indicando o artigo correspondente. Conforme pontua Juan Carlos Gavara de Cara (1994, p. 16), tal disposição vincula claramente o legislador e confere especial proteção ao direito fundamental, ampliando assim os mecanismos de tutela da posição jusfundamental.

Outra observação relevante sobre o tema é lançada por Bodo Pieroth e Bernhard Schlink (2019, p. 138-139) ao apontarem que a desenvolvimento dos direitos fundamentais na Alemanha deve se dar através de lei formal aprovada pelo Parlamento, de caráter geral e não limitada a um caso particular (Lei Fundamental, art. 19.1). Com esse sentir, anotam que as decisões essenciais no âmbito dos direitos fundamentais, “sobretudo na área do exercício dos direitos fundamentais”, devem ser adotadas pelo legislador, que não as pode delegar ao administrador público e nem ao juiz. Julgam os autores que são decisões essenciais aquelas que dizem respeito à “garantia de proteção, organização, procedimento e participação” para o exercício do direito fundamental.

Por ora, vale a pena transcrever a taxativa conclusão de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink (2019, p. 139, grifo do autor) a respeito da reserva de lei formal no desenvolvimento dos direitos fundamentais:

A reserva de lei reforça-se, pois, no sentido de uma *reserva de parlamento*: ela garante que as fronteiras entre o exercício lícito e o ilícito e entre a restrição lícita e a ilícita dos direitos fundamentais, não

³⁹ Lei Fundamental da Alemanha, Artigo 19 [Restrição dos direitos fundamentais - Via judicial] (1) Na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei tem de ser genérica e não limitada a um caso particular. Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente. I. Os direitos fundamentais (2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência. (3) Os direitos fundamentais também são válidos para as pessoas jurídicas sediadas no país, conquanto, pela sua essência, sejam aplicáveis às mesmas. (4) Toda pessoa, cujos direitos forem violados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial. Se não se justificar outra jurisdição, a via judicial será a dos tribunais ordinários. Mantém-se inalterado o artigo 10 §2, segunda frase.

sejam traçadas casuisticamente de acordo com a apreciação arbitrária de quaisquer autoridades administrativas ou tribunais, mas o sejam primariamente – na forma de uma lei geral – pelo legislador.

Segue, portanto, a necessidade de encontrar uma solução constitucionalmente adequada para a colisão entre direitos fundamentais, alguns sujeitos e outros não à reserva legal expressa.

As soluções de prevalência propostas para este dilema constitucional não se apresentam capazes de resolver adequadamente a questão. A primeira solução propõe que, no caso de concorrência de direitos fundamentais, deve prevalecer o direito sujeito à reserva legal (direito mais fraco) em detrimento daquele não sujeito à reserva legal (direito mais forte). A segunda solução inverte a ordem e defende que deve prevalecer o direito mais forte (não sujeito à reserva legal) em face daquele mais fraco (sujeito à reserva legal).

Conforme leciona Jorge Reis Novais (2010, p. 385-387), um primeiro indicativo da inconsistência das soluções propostas é, de partida, a total incompatibilidade entre ambas. Ao criticar a proposta de prevalência do direito com reserva legal expressa (direito mais fraco) sobre o direito sem reserva legal expressa (direito mais forte), indaga a razão pela qual se deve fortalecer o poder estatal restritivo em detrimento do direito subjetivo do particular e não o inverso, já que os direitos fundamentais se apresentam como posições de proteção do indivíduo em face do arbítrio estatal. Além disso, há uma outra incongruência nesta solução: o reforço na proteção da posição subjetiva do particular restaria tanto mais enfraquecida quanto mais direitos fundamentais fossem invocados em seu favor, o que, por evidente, parece ser contraditório e ilógico.

Ao inverso, a proposta de prevalência do direito mais forte (sem reserva legal expressa) sobre o direito mais fraco (com reserva legal expressa) não conduz a resultados menos absurdos, sobretudo no campo prático. Para ilustrar as incongruências desta solução, Jorge Reis Novais (2010, p. 388-389) apresenta o seguinte caso: a invocação da liberdade artística (direito mais forte) na elaboração de um projeto arquitetônico seria suficiente para afastar a incidência de normas urbanísticas que visassem garantir a segurança da construção (direito mais fraco).

Não haveria, portanto, no contexto de uma teoria externa “pura”, espaço para uma solução possível (e razoável) para o caso de concorrência entre direitos fundamentais com e sem reserva legal expressa. A saída então seria apelar para uma

solução alternativa: a teoria dos limites imanentes, de modo que a intervenção legislativa estaria apenas a revelar o conteúdo pré-determinado do direito fundamental sem reserva e não a lhe impor restrições externas.

Dada a acolhida que esta teoria tem recebido no âmbito doutrinário e jurisprudencial, à sua análise será dedicada o tópico abaixo.

2.2 A teoria dos limites imanentes como solução (in)suficiente para o problema dos direitos fundamentais sem reserva legal expressa

A teoria dos limites imanentes⁴⁰ defende que a atuação do intérprete da norma de direito fundamental – seja ele o legislador, o administrador público ou o juiz – é meramente declarativa do âmbito de proteção do direito fundamental, reveladora do seu conteúdo pré-determinado. Não há, portanto, distinção entre âmbito de proteção *prima facie* e âmbito de proteção definitivo, e, por consequência, não há que se falar em restrições externas ao direito fundamental.

A explicar o raciocínio formulado a partir da teoria dos limites imanentes, Jorge Reis Novais (2010, p. 441, grifo do autor) aponta que:

O acto legislativo conforme essa demarcação, ainda que aparentasse constituir uma afectação desvantajosa do conteúdo do direito fundamental, não seria mais que revelação dos seus limites imanentes; por sua vez, a intervenção administrativa ou judicial, individual e concreta, que se situasse no exterior do âmbito de protecção do direito fundamental demarcado através de tais limites - fossem eles diretamente acedidos na Constituição ou estivessem já revelados pela mediação do legislador – não constituiriam verdadeiras intervenções restritivas, já que, afectando um *domínio* normativo *a priori* excluído da garantia jurídica proporcionada pelo direito fundamental, incidiam sobre um conteúdo que não beneficiava da sua protecção.

Para Bodo Pieroth e Benhard Schlink (2019, p. 137) deve-se reconhecer os limites imanentes do direito fundamental no caso de (aparente) colisão de direitos fundamentais sem reserva legal expressa e que, mesmo diante da situação de perigo

⁴⁰ Como principais critérios utilizados pelos defensores da teoria dos limites imanentes para a identificação do âmbito de proteção do direito fundamental, Jorge Reis Novais (2010, p. 445-528) relaciona: (1) a cláusula da comunidade, (2) os direitos dos outros, (3) a lei moral, (4) a ordem constitucional, (5) as leis gerais, (6) os limites de não perturbação ou de ordem pública, (7) o abuso de direito, (8) os estatutos ou relações especiais de poder, (9) os deveres fundamentais e (10) a salvaguarda de interesses ou direitos do próprio titular.

que é corolário natural do exercício espontâneo dos direitos, a Constituição não conferiu ao legislador a liberdade de apreciar e enfrentar este perigo. E arrematam: “no caso de direitos fundamentais sem reserva de lei, os poderes do legislador não podem no fundo ir mais longe do que reforçar os limites do alcance dos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais”.

Também Peter Häberle (2003, p. 34) destaca que os limites e conteúdo dos direitos fundamentais se dá a partir do seu entrecruzamento com os outros direitos fundamentais, o que se opera através do princípio da ponderação de bens e constitui, a um só tempo, uma reserva de lei geral e uma privação à arbitrariedade do legislador para decidir sobre os critérios que o orientam no reconhecimento destes limites e na conformação do conteúdo da tutela jusfundamental. Ao reconhecer a existência desta “reserva de lei geral” no âmbito dos direitos fundamentais, Peter Häberle (2003, p. 38) defende que as reservas legais especiais não ficam destituídas de sentido, mas refletem os bens constitucionais que frequentemente estão em conflito, *in verbis*:

La tesis de que todo derecho fundamental está bajo la reserva de las “leyes generales” no priva de significado a las reservas especiales de ley. En particular, no conduce a la aceptación de que las mismas tengan carácter simplemente declaratorio. Puesto que el principio de ponderación de bienes es de naturaleza meramente formal, las reservas especiales de ley tienen la función de mencionar los bienes jurídicos en cuestión – si bien, por lo general, no agotadoramente – y de indicar su carácter valioso. Con ello, todo derechos fundamental colisiona con otros bienes jurídicos de un modo que corresponde a su respectiva peculiaridad. En las reservas especiales de ley son, por ello, frecuentemente mencionados bienes jurídicos con respecto de los cuales tradicionalmente se produce el conflicto.

Observe-se que, na esteira do raciocínio de Peter Häberle acima exposto, a existência de reservas especiais de lei prescritas em relação a determinado direito fundamental não exclui, em relação a esse mesmo direito fundamental, a incidência de uma reserva geral de lei decorrente da unidade constitucional e da inevitável colisão entre os bens jurídicos-fundamentais. Em verdade, cabe ao Estado, através do princípio da ponderação, buscar o “equilíbrio e ordenação conjunta” dos direitos sem negar “absolutamente las posibilidades de verdaderos conflictos, sólo debe pensarse que el Derecho del Estado no puede detenerse ante la constatación de antíteses e incompatibilidades, sino que debe conciliarlas” (HÄRBELE, 2003, p. 40). Seja assim nas reservas especiais ou na reserva geral de lei, a Constituição e sua ordem material de valores, expressa através dos direitos fundamentais, constitui uma

barreira que condiciona a intervenção do legislador ordinário na delimitação e conformação do âmbito de proteção desses direitos.

Conforme aponta Jorge Reis Novais (2010, p. 528), a adesão sem reservas à teoria dos limites imanentes dependeria de três pressupostos: (1) a possibilidade de se identificarem limites evidentes nas garantias constitucionais dos direitos fundamentais; (2) que esses limites evidentes pudessem ser objetivamente identificados e declarados por qualquer operador jurídico (teste da evidência); e (3) que estes limites fossem intersubjetivamente generalizáveis como intrínsecos ao conteúdo originário dos direitos fundamentais e os seus resultados previsíveis, a partir do mero apelo à sensibilidade jurídica dos intervenientes. Mas não é isso o que ocorre.

Há inegáveis problemas nesta solução. O primeiro deles é que os limites imanentes não são revelados no momento da delimitação do âmbito de proteção do direito fundamental (interpretação) e sim no momento da sua concretização (aplicação), estando sujeitos, portanto, às condições específicas de cada caso concreto.

Como aponta Jorge Reis Novais (2010, p. 393), *in verbis*:

Enquanto que a delimitação da previsão normativa de um direito fundamental, mesmo quando vise e se oriente para a resolução de um problema de limites ou restrições num caso concreto, é um processo que, por definição, se deve realizar através da mera interpretação jurídica objectiva, geral e abstrata da norma de direito fundamental, já a dedução de limites imanentes dos direitos fundamentais se coloca num momento logicamente posterior e numa perspectiva, não há essencialmente dirigida para a interpretação da norma, mas orientada para a fixação do âmbito de proteção de um direito fundamental através da avaliação das circunstâncias externas de compatibilidade social, moral ou funcional do seu exercício.

O problema está então em que, nos termos da teoria dos limites imanentes, ocorre uma identificação entre o momento de fixação do âmbito de proteção do direito fundamental e o da imposição de limites em razão das condições fáticas e jurídicas do caso concreto, como se tudo fosse uma só coisa.

Opera-se assim uma exclusão *a priori* de determinadas condutas do seu âmbito de proteção e não há que se falar em restrições externas ao direito fundamental, com o que também se subtraí – e aqui reside o grande perigo democrático – os limites

iminentes do escrutínio dos mecanismos de controle de validade formal e material próprios das restrições.⁴¹

Não se pode confundir estes dois momentos distintos: determinação do âmbito de proteção do direito fundamental e a fixação de limites ou restrições a este âmbito de proteção *prima facie* fixado a partir da interpretação sistemática da disposição do direito fundamental. Cada um destes momentos está sujeito a métodos de determinação e mecanismos de controles próprios, de modo a garantir a legitimidade e correção necessárias para a proteção da posição jusfundamental (NOVAIS, 2010, p. 394-395).

Ao se negar a existência de restrições a direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, a teoria dos limites iminentes acaba por unificar estes dois momentos (interpretação e concretização) e, conseqüentemente, enfraquecer os mecanismos de controle incidentes em cada uma destas etapas.

Vale aqui lembrar as lições de Norberto Bobbio (2000, p. 388-389) ao identificar a democracia com o exercício do *poder em público* e lembrar que, para se subtrair ao escrutínio público, a estratégia autoritária do poder pode ser tanto a de falar em falso quanto a de silenciar-se:

Quando é obrigado a falar, o autocrata pode servir-se da palavra não para manifesta em público as suas reais intenções, mas para escondê-las. Pode fazê-lo tanto mais impunemente quanto mais os súditos não têm à sua disposição os meios necessários para controlar a veracidade daquilo que lhes foi dito. [...] sempre foi considerada uma das virtudes do soberano o saber simular, isto é, fazer parecer aquilo que não é, e saber dissimular, isto é, não fazer parecer aquilo que é.

A internalização e integração dos limites como ínsitos ao próprio conteúdo do direito fundamental, a configurar o desenho do seu âmbito de proteção, iludem seus titulares, que passam a entender tais limites como algo normal e, portanto, não questionam acerca da sua adequação constitucional.

Poder-se defender que, havendo sinceridade constitucional na atuação do intérprete/aplicador, o resultado final a que se pode chegar com a adoção da teoria

⁴¹ Nesse sentido, Jorge Reis Novais (2010, p. 443) leciona que “se concretizar um limite iminente de um direito fundamental não é restringi-lo, então os requisitos formais e materiais que a Constituição impõe às actuações restritivas não se aplicam às actuações dos poderes públicos quando eles declaram ou revelam os pretensos limites iminentes de um direito fundamental”.

dos limites imanes é muito próximo daquele que se obtém com a admissão de restrições não expressamente autorizadas pela Constituição. E isto não deixa de estar correto. Porém, a diferença essencial entre os dois modelos está no caminho percorrido e, sobretudo, nos mecanismos de controle a que se submetem.

A determinação do conteúdo do âmbito de proteção do direito fundamental através do estabelecimento de limites imanes é condicionado pelo subjetivismo do interprete, pois, ao afirmar que, na verdade, aquele é o conteúdo constitucional originário do direito fundamental, inibe a necessidade de justificação jurídico-racional e intersubjetivamente aferível do resultado alcançado e afasta a incidência do controle de constitucionalidade a que se submetem as restrições legais, o que se mostra inadmissível com os princípios do Estado de Direito e incompatível com a visibilidade exigida, nas sociedades democráticas, no exercício do poder (NOVAIS, 2010, p. 528-529).

Demonstrando o perigo desta estratégia, observa o constitucionalista português que:

Em geral, a demonstração de observância de princípios da proporcionalidade, da proibição do excesso ou a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais só é feita, em associação à invocação de limites imanes, enquanto retórica de confirmação nos casos de razoabilidade evidente do limite; mas, nas situações duvidosas, a utilização da doutrina da imanência já surge frequentemente como instrumento de justificação da dispensa desse controlo (NOVAIS, 2010, p. 529).

Como se verá adiante, a denúncia feita por Jorge Reis Novais também é verificável também na jurisprudência brasileira, que, não raras vezes, invoca os limites imanes para justificar sem maiores explicações a exclusão de determinada conduta do âmbito de proteção do direito fundamental.

Além da fundamentação insuficiente, o que se verifica é que, na prática dos tribunais, há ainda uma inversão de etapas na aplicação da teoria dos limites imanes. O modelo proposto pela teoria dos limites imanes é que estes são relevados *ab initio* na delimitação do âmbito de proteção do direito fundamental e não *a posteriori*, ou seja, primeiro determina-se o âmbito de proteção do direito fundamental a partir dos contornos que lhe são conferidos pelos seus limites imanes e, em seguida, se averigua se determinada conduta está ou não aí situada. Seguindo o raciocínio inverso, o que se tem visto é que, num primeiro momento, os intérpretes verificam a proporcionalidade da intervenção restritiva e, não estando

abarcada por uma reserva legal expressa, a invocam como limite imanente do direito fundamental (NOVAIS, 2010, p. 536).

Outra consequência da teoria dos limites imanentes como mera revelação do conteúdo pré-determinado do direito fundamental é afastar a exigência de intermediação do legislador para conformar o âmbito de proteção definitivo do direito fundamental. Como a questão se resume em mera interpretação declarativa do conteúdo do direito fundamental e todos os intérpretes, sobretudo o administrador público e o juiz, podem, a par do legislador, interpretar legitimamente a Constituição, então é de concluir que estes prescindem daquele para reconhecerem as condutas que estão e as que não estão protegidas pela norma jusfundamental.⁴²

Se de um lado a atuação direta do administrador público e do juiz tem o condão de viabilizar a adequação da norma de decisão às características específicas do caso concreto; de outro, o que se tem é a criação de normas individuais, não generalizáveis intersubjetivamente e não sujeitas aos mecanismos de controle próprios das restrições.

Com isso, Jorge Reis Novais (2010, p. 541-542) sustenta que:

Ou seja, só é possível sustentar, sem perda de racionalidade na dispensa de convocação das garantias de Estado de Direito, que uma determinada actuação do poder público que afecte desvantajosamente um comportamento à partida jusfundamentalmente protegido não tem que estar autorizada pela Constituição, prevista em lei ou cumprir os requisitos da proporcionalidade desde que, simultaneamente, seja possível demonstrar racionalmente e de forma intersubjectivamente verificável que (i) tal comportamento estava tão óbvia, evidente e reconhecidamente excluído da protecção jusfundamental que o legislador constitucional se dispensou de prever a possibilidade de sua proibição, (ii) que qualquer operador jurídico deve poder, sem necessidade de qualquer justificação material suplementar, aceder, directa e independentemente de autorização legal prévia ou, ainda menos, de lei parlamentar, à concretização da sua proibição ou

⁴² A explicar este raciocínio, Jorge Reis Novais (2010, p. 531) escreve que “no plano da separação de poderes a reserva de lei tem, por si só, no domínio dos direitos fundamentais, uma importância capital na repartição de competências a favor do legislador, já que lhe confere a competência exclusiva para a restrição ou uma prerrogativa de determinação material do sentido e alcance das eventuais intervenções restritivas. Porém, a partir do momento em que a concretização de limites imanentes é concebida essencialmente como tarefa de interpretação, como actividade declarativa e não constitutiva de limites, dispensa-se, ao contrário do que aconteceria com a actuação ablativa dos poderes constituídos no domínio dos direitos fundamentais, a intervenção prévia do legislador. Não apenas, por maior de razão, o juiz, mas também a Administração, passam a ter acesso imediato aos direitos fundamentais, até por força da sua aplicabilidade directa, para fins de declaração e aplicação dos respectivos limites imanentes”.

afecção e (iii) que, conseqüentemente, fica dispensado, por não aplicável, qualquer controlo da medida, alcance e efeitos de tal actuação restritiva.

E, se assim não for, vaticina Jorge Reis Novais (2010, p. 542, grifo do autor) que a teoria dos limites imanentes poderá representar incisiva afronta aos postulados do Estado de Direito, *in verbis*:

De outra forma, a doutrina poderá funcionar como “cavalo de Tróia” infiltrado na fortaleza dos direitos fundamentais, dado que a intervenção restritiva, situada aparentemente *dentro* do direito, mas provindo na realidade *de fora* e não sendo identificada como tal, não pode ser atalhada com as armas específicas e laboriosamente construídas contra esse tipo de intervenções pela aparelhagem dogmática do Estado de Direito.

Por outro lado, também não é razoável que se afaste por completo o administrador público e o juiz da possibilidade de reconhecimento de limitações evidentes na delimitação do âmbito de protecção do direito fundamental, *v.g.*, que a reunião armada é vedada constitucionalmente e não se insere no âmbito de protecção do direito fundamental de reunião. Ou que a liberdade de expressão não autoriza a prática de atos racistas.

O que se propugna é que, afora os casos de evidência e as hipóteses de urgência e necessidade, em que não há como o administrador público e o juiz aguardarem uma decisão legislativa sobre o conflito de direitos fundamentais em curso, não se pode furtar ao legislador democrático a responsabilidade primária de conformar a posição jusfundamentalmente protegida através da imposição de restrições legítimas ao âmbito de protecção *prima facie* do direito fundamental.

Há, portanto, que se admitir que primeiro é necessário delimitar o âmbito de protecção do direito fundamental para, em seguida, lhe impor as restrições legítimas. Cada fase está sujeita aos seus métodos de determinação e sistemas de controle de validade.

A busca de caminhos alternativos, que mascaram os problemas e falseiam as soluções, ainda que os resultados obtidos possam ser adequados, não se mostra compatível com os postulados do Estado de Direito. A negativa retórica das restrições não expressamente autorizadas e a artificial substituição terminológica de restrições por limites imanentes não alteram a essência da atuação estatal enquanto intervenções restritivas que excluem determinadas condutas do âmbito de protecção do direito fundamental.

2.3 A admissibilidade das restrições a direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição como solução constitucionalmente adequada: a reserva geral imanente de ponderação

Inicialmente, retome-se, em breves linhas, algumas premissas já assentadas. A colisão ou conflito de direitos fundamentais é uma consequência inafastável da vivência democrática numa sociedade plural, complexa e dinâmica. A previsão constitucional de reservas legais é fruto das contingências socio históricas, do jogo de forças políticas e de interesses que atuaram no momento da sua elaboração. A dogmática jurídico-constitucional das reservas legais não oferece as respostas necessárias à dinâmica do direito constitucional contemporâneo.

Este cenário de conflitos exige soluções e, estando todos os poderes estatais vinculados à proteção e promoção dos direitos fundamentais (e não do direito fundamental), corolário da força normativa e supremacia constitucional, deles é exigido que atuem para oferecerem à sociedade as respostas adequadas e necessárias.

Não importa aos beneficiários dos interesses em jogo se há ou não reserva legal expressa aposta na disposição dos direitos fundamentais de que são titulares. Ao cidadão real o que interessa é a possibilidade, concreta e efetiva, de exercer, com a maior amplitude possível, os direitos que lhe são abstratamente garantidos pela Constituição. A teoria é importante para iluminar os caminhos da vida real, mas jamais pode ser tomada como um fim em si mesmo.

Ao contrário do que pensam os autocratas – “o povo, ou não deve saber, porque não é capaz de entender, ou deve ser enganado, porque não suporta a luz da verdade” – os indivíduos têm plena consciência de que a vivência democrática não lhes permite fazer tudo o que desejam (e que a Constituição abstratamente lhes garante) e que a relativização é uma exigência indeclinável para possam viver democraticamente em sociedade e exercerem, todos e cada um, na maior e melhor medida possível, os seus direitos (BOBBIO, 2000, p. 389).

E o essencial é que esta relativização se faça de forma transparente, capaz de ser submetida ao escrutínio público pelos mecanismos de controle estabelecidos pelo Estado de Direito. A democracia pressupõe o conhecimento e o respeito às regras do jogo (BOBBIO, 2000, p. 384). É isso o que se espera de um regime democrático que

reconhece a força normativa e supremacia constitucional dos direitos fundamentais como elementos estruturantes do Estado de Direito.

Não importa o nome que lhe seja dado, restrição ou limite, o que importa verdadeiramente ao indivíduo é a irrefutável e concreta afetação negativa da sua pretensão de exercício do direito fundamental e, portanto, é crível se exigir que esta decisão ablativa seja pública e sindicável, de modo a garantir a sua compatibilidade com os postulados do Estado Democrático de Direito.

Diante das colisões envolvendo direitos fundamentais sem reserva legal expressa, simplesmente negar a possibilidade de intermediação restritiva do legislador democrático a partir da ausência de uma expressão linguística (“nos termos da lei”, “com base na lei” ou outra fórmula semelhante) no texto constitucional é fechar os olhos para o mundo e, de uma ou outra forma, incentivar a busca de soluções alternativas dissimuladas em construções teóricas de difícil compreensão, que, muitas vezes, abre largas portas para os desvios autoritários.

Conforme Jorge Reis Novais (2010, p. 569, grifo do autor):

Erigir tal ausência de reserva em critério decisivo da impossibilidade de os poderes constituídos o restringirem ou é, pura e simplesmente, implausível ou apenas obriga a um esforço suplementar de qualificação conceptual dissimuladora do carácter restritivo dessas limitações que, até por obrigação de cumprimento e outras normas e princípios constitucionais inevitavelmente ocorrerão. Ora, essa *fuga* não só seria inócua se não se reflectisse, como provámos suceder frequentemente, em abrandamento tendencial da sindicabilidade da atuação restrictiva dos poderes públicos.

Ao refletirem sobre *como as democracias morrem*, Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018, p. 13-21) alertam que, nos tempos atuais, as democracias não morrem mais “de maneira espetacular, através do poder e da coerção militares”, mas, ao contrário, “as democracias decaem aos poucos, em etapas que mal são visíveis” pela mão de líderes eleitos que, ao manterem um verniz democrático, “usam as próprias instituições da democracia – gradual, sutil e mesmo legalmente – para matá-la”.

É o lobo na pele do cordeiro. O poder autocrático que se fantasia de poder democrático para enganar e iludir suas presas: os cidadãos. Mais uma vez, oportuna é a referência à advertência de Norberto Bobbio (2000, p. 392), *in verbis*:

O poder autocrático dificulta o conhecimento da sociedade; o poder democrático, ao contrário, enquanto exercido pelo conjunto dos indivíduos aos quais uma das principais regras do regime democrático atribui o direito de participar direta ou indiretamente da tomada de

decisões coletivas, o exige. O cidadão deve “saber”, ou pelo menos deve ser colocado em condição de saber.

Portanto, o compromisso democrático está a exigir a transparência no exercício do poder, de modo que a ampla sindicabilidade das decisões tomadas seja a garantia do melhor resultado possível e intersubjetivamente adequado. Com efeito, são os métodos de determinação do âmbito de proteção e os mecanismos de controle das restrições no contexto do Estado de Direito que melhor garantem o exercício do direito fundamental na maior medida possível a todos os indivíduos.

Como bem aponta a lucidez de Jorge Reis Novais (2010, p. 548):

O problema constitucional das restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas não é tanto a questão de saber se os poderes constituídos podem ou são mesmo obrigados a proceder a tais restrições – possibilidade essa que, com um ou outro enquadramento teórico, sob uma ou outra designação, acaba sempre por ser reconhecida -, quanto, sobretudo, a questão de saber em que circunstâncias é que a sua ocorrência pode resultar em violação das garantias constitucionais de direitos fundamentais e, mais ainda, de saber a que institutos ou mecanismos de controlo podem os tribunais, e designadamente o Tribunal Constitucional, recorrer para fazer a correspondente verificação de constitucionalidade.

De todo modo, afastar *a priori*, por força de uma casuística terminológica, o legislador democrático da possibilidade de atuar na determinação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais é desferir um duro golpe no postulado da separação dos poderes e nas bases estruturais do Estado de Direito.

A vinculação de todos os poderes estatais – a incluir, portanto, o legislador, o administrador público e o juiz – aos direitos fundamentais, o princípio da unidade⁴³ da Constituição, o princípio da igualdade e o princípio da segurança jurídica impõem que

⁴³ Discorrendo sobre o princípio da unidade como método de interpretação constitucional, Luís Roberto Barroso (2019, p. 290) aponta que: “O problema maior associado ao princípio da unidade não diz respeito aos conflitos que surgem entre as normas infraconstitucionais ou entre estas e a Constituição, mas sim às tensões que se estabelecem dentro da própria Constituição. De fato, a Constituição é um documento dialético, fruto do debate e da composição política. Como consequência, abriga no seu corpo valores e interesses contrapostos. A livre-iniciativa é um princípio que entra em rota de colisão, por exemplo, com a proteção do consumidor ou com restrições ao capital estrangeiro. Desenvolvimento pode confrontar-se com proteção do meio ambiente. Direitos fundamentais interferem entre si, por vezes em casos extremos, como ocorre no choque entre liberdade religiosa e direito à vida ou na hipótese de recusa de certos tratamentos médicos, como transfusões de sangue, sustentada pelos fiéis de determinadas confissões. Nesses casos, como intuitivo, a solução das colisões entre normas não pode beneficiar-se, de maneira significativa, dos critérios tradicionais”.

a solução para os conflitos entre direitos fundamentais seja um problema a ser resolvido por todos, cada um dentro do espectro das suas atribuições constitucionais.

Com efeito, pontua Jorge Reis Novais (2010, p. 548) que não é problemático que se confira autoridade ao administrador público e ao juiz para a tomada de decisão diante de situações ou controvérsias jurídicas concretas envolvendo direitos fundamentais não submetidos a reserva legal expressa. O problema é a exclusão *a priori* do legislador deste debate. Afinal de contas:

Na medida em que o legislador, condicionado pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais, está obrigado a antecipar, prevenir e regular a solução dessas situações de conflito ou de tensão, pode dizer-se que se trata de um problema que, em planos mais gerais e abstractos ou concretos e individualizados, afecta todos os poderes constituídos.

Parece ser incontestável que incumbe a todos os poderes estatais, dentro do seu espectro de atribuições constitucionais, ponderar os direitos fundamentais em colisão e apresentar as soluções necessárias para a garantia da vivência plural no espaço democrático. Aliás, toda lei é fruto de um exercício de ponderação levada a termo pelo legislador na arena democrática do parlamento político.

De outro lado, esta conclusão não autoriza que se faça tábula rasa e, sem qualquer outro fundamento constitucionalmente razoável e sindicável, simplesmente se negue qualquer sentido jurídico ao sistema diferenciado de reservas legais estabelecido na Constituição. Esta solução estaria assim contaminada dos mesmos vícios que se opõem à solução proposta pela teoria dos limites imanentes.

O que se verifica diante das colisões de direitos fundamentais é que, atendendo à sua indeclinável inevitabilidade e aos naturais limites da previsibilidade humana diante de um mundo plural, complexo e em permanente mutação, o legislador constituinte estabeleceu critérios para orientar a inafastável necessidade de ponderação dos bens em conflito.

Em alguns casos, ele próprio resolveu o conflito entre os direitos fundamentais colidentes e apresentou a solução constitucional, *v.g.*, quando autorizou a entrada na casa alheia, sem o consentimento do morador, em caso de desastre ou para prestar socorro⁴⁴. Destarte, foi o próprio legislador constitucional que, ponderando os direitos

⁴⁴ CF/88, art. 5º - XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

fundamentais colidentes, decidiu por restringir o direito à privacidade em detrimento do direito à vida e à integridade física.

Em outros casos, o legislador constituinte decidiu autorizar o legislador ordinário, mediante a previsão de reserva legal qualificada, a ponderar entre os bens em conflito e decidir pela solução adequada, sempre com respeito aos meios e/ou aos fins previamente estabelecidos pelo próprio legislador constituinte. É o que se dá, *v.g.*, no caso em que o legislador constitucional autoriza o legislador ordinário a ponderar entre o direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas e o combate à criminalidade, mas sempre para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.⁴⁵

Há ainda casos em que o legislador constituinte conferiu ao legislador ordinário uma ampla possibilidade de ponderação mediante a previsão de reserva legal simples na disposição do direito fundamental. À diferença do que ocorre com as reservas legais qualificadas, nos casos de reserva legal simples “os poderes constituídos ficam, à partida, habilitados a eleger os bens, interesses e fins que considerem aptos a fundamentar a limitação dos respectivos direitos fundamentais”, evidentemente sem deixar de considerar todos os outros parâmetros constitucionais (NOVAIS, 2010, p. 599).

A título de exemplo, cite-se a liberdade de exercício de trabalho ou profissão, que poderá sofrer, a critério do legislador, restrições que se julguem necessárias para a garantia de outros direitos fundamentais colidentes, *v.g.*, a exigência de habilitação técnica para o exercício da medicina.⁴⁶

Há, entretanto, direitos fundamentais para os quais não há qualquer aposição prescritiva de prévia solução constitucional para os conflitos e tampouco a outorga de reserva legal expressa, simples ou qualificada. Todavia, isto não confere um caráter absoluto ou ilimitado ao direito fundamental e tampouco afasta os poderes constituídos do dever-poder de apresentarem as soluções adequadas e necessárias para a superação do embate entre as posições jusfundamentais conflitantes.

⁴⁵ CF/88, art. 5º - XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

⁴⁶ CF/88, art. 5º - XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Para Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2018, p. 192), a ausência de reserva legal expressa no enunciado normativo do direito fundamental, dado que não se pode falar em direitos absolutos, antes de vedar de forma absoluta a intervenção legislativa, remete à aplicação do direito constitucional do conflito.

No caso dos direitos fundamentais com reserva legal expressa, simples ou qualificada, a única delimitação possível do direito fundamental é aquela decorrente da correta aplicação da reserva legal posta no enunciado normativo constitucional.

Não se trata, pois, de limites que se sobrepõem, mas que se apresentam como alternativos, ou seja, ou o direito fundamental está sujeito à reserva legal expressa e a intervenção legislativa deverá se guiar por esta cláusula restritiva, ou então não há previsão de reserva legal expressa e o legislador deverá orientar-se pela metódica do direito constitucional do conflito para solucionar as colisões de direitos fundamentais.

Com isso, lecionam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2018, p. 192) que:

É no vínculo do legislador aos direitos fundamentais que se busca a razão jurídico-dogmática desta diferenciação, pois esse vínculo tem gradações de maior ou menor poder discricionário concedido pelo constituinte ao legislador ordinário para restrição do direito fundamental outorgado. Essa liberdade é mais ampla no caso dos direitos fundamentais com reserva legais simples, menos ampla no caso dos direitos fundamentais com reservas legais qualificadas e restritíssima no caso dos direitos fundamentais sem reserva.

Ao enfrentar esta questão sob o gravame da vedação imposta pela Constituição da República de Portugal (CRP) às leis restritivas fora dos casos expressamente autorizados⁴⁷, vedação que, ao contrário, não se encontra expressa na Constituição brasileira, Jorge Reis Novais (2010, p. 600) leciona que o que ocorre nos casos dos direitos sem reserva legal expressa é uma “reserva geral imanente de ponderação” decorrente da força normativa e supremacia constitucional dos direitos fundamentais, que vinculam todos os poderes do Estado, do princípio da unidade da Constituição e do princípio da igualdade.

De partida, deve ser esclarecido que, a despeito da aproximação terminológica, a proposta de uma reserva geral imanente de ponderação não se confunde com a teoria dos limites imanentes.

⁴⁷ CRP, art. 18, 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

A explicar esta importante distinção, Jorge Reis Novais (2010, p. 572) observa que na reserva geral imanente de ponderação têm-se que:

Os direitos de terceiros ou outros bens constitucionais que colidam com os direitos fundamentais não são os seus limites, ou seja, não excluem, *a priori*, qualquer exercício de direito fundamental que eventualmente afecte esses bens. O que se passa é que, tendo os direitos fundamentais uma validade condicionada à cedência perante valores que apesentem, no caso concreto, um maior peso, pode acontecer que, por força da sua colisão com esses bens, os interesses de liberdade jusfundamentalmente protegidos tenham que ceder.

Observe-se que há aqui uma inversão de perspectiva em relação ao proposto pela teoria dos limites imanentes. Para os defensores desta teoria, os direitos de terceiros e os bens constitucionais colidentes funcionam como delimitadores ou conformadores do âmbito de proteção jusfundamentalmente protegido; enquanto isto, nos termos da proposta da reserva geral imanente de ponderação, os direitos de terceiros e os bens constitucionais colidentes não definem ou conformam *a priori* o âmbito de proteção do direito fundamental, mas, em momento posterior, lhe impõem restrições externas que comprimem o espectro de condutas protegidas em face da necessidade da sua compatibilização com os demais direitos, num jogo de cedência recíproca. Com isso, o direito fundamental mantém íntegro o seu âmbito de proteção *prima facie* e, noutras circunstâncias, pode ser exercido em maior amplitude.

O mesmo não se dá diante da teoria dos limites imanentes, que excluem, *a priori*, determinada conduta do âmbito de proteção do direito fundamental, o que a afasta, por completo e em definitivo, da posição jusfundamentalmente tutelada. Recorde-se que não há, no bojo da teoria dos limites imanentes, distinção entre âmbito de proteção *prima facie* e âmbito de proteção definitivo. Seria, portanto, ilógico e contraditório afirmar que hoje uma conduta não está abarcada no âmbito de proteção do direito fundamental e amanhã está.

De outro lado, a ausência de uma reserva legal expressa não significa a entrega absoluta do direito fundamental à discricionariedade dos poderes infraconstitucionais ou o esvaziamento do seu sentido. Destarte, para afastar as críticas que se opõem à reserva geral imanente de ponderação de bens jusfundamentais, notadamente a de que coloca em perigo os princípios elementares de segurança, previsibilidade, calculabilidade e generalidade próprios do Estado de Direito, Jorge Reis Novais (2010, p. 576) propõe que, além daqueles requisitos próprios das leis restritivas, outros sejam somados para reforçar a adequação e sindicabilidade da decisão.

O primeiro deles diz respeito à natureza estrutural da disposição do direito fundamental como regra ou princípio. Apesar da abertura semântica do texto normativo e das luzes axiológicas que colorem toda interpretação jurídica, tem-se que a estrutura mais fechada das regras resultam posições definitivas e, portanto, o espaço para a ponderação infraconstitucional é reduzido.

Em posição inversa, as disposições de direitos fundamentais que apresentam estruturas normativas de princípios abrem franco espaço para a ponderação infraconstitucional.

Conforme leciona Jorge Reis Novais (2010, p. 580), determinar quando a disposição de direito fundamental possui a estrutura de regra ou de princípio é, no fundo, “determinar quando é que o legislador constitucional ponderou tudo quanto havia a ponderar ou quando deixou, ainda e com que alcance, uma margem de ponderação e valoração aos poderes constituídos”.

Observe-se, porém, que o fato do legislador constituinte ter inserido uma limitação específica no âmbito de proteção do direito fundamental não exclui a possibilidade de que outras restrições sejam ou sejam agregadas como resultado da ponderação do direito fundamental com outras posições jusfundamentais conflitantes, desde que, por evidente, sejam necessárias, adequadas e razoáveis (NOVAIS, 2010, p. 595).

Como se vem insistentemente afirmando neste trabalho, não é crível admitir que a previsibilidade do legislador constituinte seja tão aguda que nenhum conflito entre direitos fundamentais escape da sua regulação e exija a atuação ponderativa dos poderes constituídos para a adequada e razoável solução do embate. O que não se pode admitir é que esta ponderação infraconstitucional se dê em afronta àquela que já foi efetivada pelo legislador constitucional e sem observar os requisitos de validade formal e material das restrições.

Outro requisito a ser considerado na ponderação a ser levada a efeito diante de embates envolvendo direitos fundamentais sem reserva legal expressa é a necessidade de reforço no ônus de argumentação e fundamentação da restrição como corolário do processo ponderativo em face de outros direitos fundamentais, próprios ou de terceiros.⁴⁸

⁴⁸ Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2018, p. 225) também reconhecem a necessidade de fundamentação constitucional para as restrições a direitos fundamentais e lecionam que o exame de constitucionalidade da intervenção legislativa se dá em três etapas: (1) inicialmente,

Se é admitido que o legislador, o administrador e o julgador podem realizar a interpretação constitucional necessária à determinação do âmbito de proteção do direito fundamental, a eles também incumbe o ônus de justificar racional e constitucionalmente o resultado obtido, sobretudo naqueles casos em que a exclusão de determinada conduta não é desde logo aferível a partir da literalidade do enunciado normativo da disposição de direito fundamental. Outro entendimento levaria ao subjetivismo e decisionismo hermenêutico incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito.⁴⁹

Há um critério basilar na lei de ponderação: quanto mais elevado for o grau de não realização ou de afetação de um princípio, maior precisa ser a importância da realização do princípio oposto; ou dito de outra forma: quanto menor é o grau de realização de um direito fundamental tanto mais resistente ele se torna, exigindo que a força dos bens ou princípio que o comprimem cresça mais que proporcionalmente (NOVAIS, 2010, p. 702).

O perfil antropocêntrico das Constituições modernas, dentre as quais se alinha a brasileira, muitas vezes acaba conduzindo a uma leitura individualista e segmentada dos direitos fundamentais. Trata-se de uma visão equivocada e incompatível com a vivência democrática.⁵⁰

deve-se verificar o âmbito de proteção do direito fundamental atingido pela intervenção legislativa; (2) em seguida, analisa-se a intervenção legislativa e sua incidência restritiva sobre o âmbito de proteção do direito fundamental; e (3) por fim, deve ser aferida a possibilidade de fundamentação constitucional da restrição imposta pela intervenção legislativa no âmbito de proteção do direito fundamental.

⁴⁹ Ao discorrer sobre a inclusão ou não de determinada conduta no âmbito de proteção do direito fundamental, Jorge Reis Novais (2010, p. 436) leciona que o primeiro passo é verificar a adequação de afinidade aparente da conduta com o âmbito de proteção do direito fundamental e, em seguida, eliminar aquelas que evidentemente não estão aí protegidas (controle de evidência). Para ilustrar o método proposto, exemplifica com o caso de um traficante de drogas. Se num primeiro momento poder-se-ia argumentar que a conduta de vender drogas estaria abrangida dentro do âmbito de proteção da liberdade de trabalho e livre iniciativa, de outro é evidente que tal direito fundamental não confere proteção a tal atividade ilícita. Fora dos casos evidentes de exclusão da conduta do âmbito de proteção, ou seja, nos casos difíceis, incumbe ao intérprete o ônus de justificar racional e constitucionalmente a interpretação exclusória.

⁵⁰ Hannah Arendt (2009, p. 62) leciona que a vida comunitária, “enquanto mundo comum, reúne-nos na companhia uns dos outros e contudo evita que colidamos uns com os outros”, ou seja, o compartilhamento da vida em comum não aniquila a individualidade de cada ser humano e sim a afirma a partir da partilha democrática do espaço de todos. Entre nós, Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (2012, p. 498) apontam que, na melhor leitura da tradição constitucional norte-americana, o direito de liberdade deve ser entendido não como “a faculdade de se fazer tudo aquilo que se queira, sem quaisquer limites, mas sim como o direito de ser tratado como uma pessoa livre, com o poder para fazer escolhas de vida e a

Com efeito, Norberto Bobbio (2000, p. 381) explica que:

Há individualismo e individualismo. Há o individualismo da tradição liberal-libertária e o individualismo da tradição democrática. O primeiro arranca o indivíduo do corpo orgânico da sociedade e o faz viver fora do regaço materno, lançando-o ao mundo desconhecido e cheio de perigos da luta pela sobrevivência, onde cada um deve cuidar de si mesmo, em uma luta perpétua, exemplificada pelo hobbesiano *bellum omnium contra omnes*. O segundo agrupa-o a outros indivíduos semelhantes a ele, que considera seus semelhantes, para que da sua união a sociedade venha recompor-se não mais como um todo orgânico do qual saiu, mas como uma associação de indivíduos livres. O primeiro reivindica a liberdade do indivíduo em relação à sociedade. O segundo reconcilia-lo com a sociedade fazendo da sociedade o resultado de um livre acordo entre indivíduos inteligentes. O primeiro faz do indivíduo um protagonista absoluto, fora de qualquer vínculo social. O segundo faz dele o protagonista de uma nova sociedade que surge das cinzas da sociedade antiga, na qual as decisões coletivas são tomadas pelos próprios indivíduos ou por seus representantes.

A supremacia constitucional dos direitos fundamentais (e não do direito fundamental) vincula a atuação dos poderes constituídos e, portanto, a postura individualista liberal-libertária diante do direito fundamental ao qual se invoca a proteção, com ares de preferência absoluta, pode, ao final e ao cabo, redundar em prejuízo aos direitos fundamentais dos cidadãos, inclusive dele próprio. Insista-se, aos poderes estatais não incumbem a realização de um direito fundamental, individual e segmentado, mas de todos os direitos fundamentais, a todos e a cada um dos cidadãos, na maior medida possível.

Em seu diálogo reflexivo com Maurizio Viroli, Norberto Bobbio (2007, p. 42-43) diz que se ainda lhe restasse alguns anos de vida, os dedicaria a escrever “a era dos deveres”. Instado a discorrer sobre o decálogo dos deveres do cidadão, respondeu que o primeiro deles seria o “dever de respeitar os outros. A superação do egoísmo pessoal. Aceitar o outro. A tolerância aos outros. O dever fundamental é dar-se conta de que você vive em meio aos outros”.

O não reconhecimento do outro como sujeito de direitos e o *individualismo-possessivo* que (muitas vezes) marcam o viver nesta era neoliberal são contrários ao próprio postulado da dignidade humana que alicerça o Estado Democrático de Direito (GRAU, 2011, p. 253).

responsabilidade para assumir as respectivas consequências”. Em outro escrito, Daniel Sarmiento (2001, p. 49) lembra que “um dos maiores empecilhos à instituição dos direitos sociais foi uma concepção absoluta e radical de certos direitos individuais, tais como a propriedade e a liberdade contratual”.

Aliás, Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 58) observa esta relação intrínseca entre a dignidade humana e a vida comunitária ao afirmar que:

Pelo fato de a dignidade da pessoa encontrar-se ligada à condição humana de cada indivíduo, não há como descartar uma necessária dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem todos iguais em dignidade e direitos (na iluminada fórmula da Declaração Universal de 1948) e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade ou grupo. O próprio Kant – ao menos assim nos parece – sempre afirmou (ou, pelo menos, sugeriu) o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando inclusive a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade de seres humanos.

Não se trata, portanto, de aniquilar a liberdade individual⁵¹, mas de compatibilizá-la com a liberdade individual conferida a todos os membros da sociedade democrática, posto que, “dada a integração relacional e comunitária do exercício das liberdades individuais, uma interpretação demasiado extensiva das possibilidades de acção de uns reflecte-se inevitavelmente na correspondente diminuição da liberdade dos outros” (NOVAIS, 2010, p. 710).

A refletir essa mesma ideia, Peter Härbele (2003, p. 11-12) afirma que o reconhecimento de uma função social dos direitos fundamentais para a vida comunitária significa simultaneamente o rechaço de uma visão unilateral dos direitos individuais de liberdade e, com maior razão, de uma concepção liberal e individualista dos direitos fundamentais. Com isso, conclui que a função social é intrínseca aos direitos fundamentais e que o exercício de um direito fundamental contrário à sua função social não está contemplado no seu âmbito de protecção jusfundamental.

A título de ilustração do que se tem afirmado acima, veja-se o exemplo citado por Jorge Reis Novais (2010, p. 709):

Se as actividades de segurança pública visam, não o engrandecimento do Estado, mas a garantia das condições objectivas que permitam a todos o exercício dos seus direitos, liberdades e garantias, então, se uma restrição das liberdades de alguns particulares que tinha em vista o incremento da segurança pública é inviabilizada por força de uma aplicação mecânica do princípio *in dubio*

⁵¹ No mesmo sentido, ao discorrer sobre o princípio da supremacia do interesse público, Juarez Freitas (2010, p. 257) adverte: “Não significa, portanto, admitir o arbitrário e inaceitável jugo da vontade do particular imolado para gáudio de volúvel e falso interesse coletivo. Ao revés. Representa tão somente uma diretriz (condicionada por imperativos de justiça social) de que se subordinem as condutas e os bens particulares ao interesse geral digno desse nome”.

pro libertate, em última análise é a liberdade de todos que, em contradição ao princípio da unidade da Constituição, resulta inadequadamente afectada.

Sendo assim, não há como deixar de reconhecer essa dimensão social ou comunitária dos direitos fundamentais e a exigência da ponderação estatal apta a viabilizar a vida em comum no espaço público, de modo a garantir da dignidade humana de todos e de cada um dos indivíduos; ao contrário estar-se-ia a negar o próprio Estado Democrático de Direito⁵² e, sobretudo, a dignidade humana como seu epicentro axiológico.

De outro lado, se, no Estado de Direito, a liberdade é a regra e a restrição é a exceção, então o que se tem é a necessidade de um ônus argumentativo reforçado capaz de justificar a intervenção como medida necessária, adequada e razoável para a compatibilização dos direitos fundamentais colidentes, sem que haja, *prima facie*, vantagem de prevalência para este ou para aquele.

Têm-se assim que a busca da solução ponderada deve encontrar a solução capaz de integrar, na maior medida possível, a esfera de ação livre de todos os indivíduos que integram a sociedade democrática. Não há que se falar numa prevalência sistemática da liberdade individual como critério de partida. A única solução possível é a ponderação capaz de integrar sistemicamente todos os direitos fundamentais em jogo.

Chega-se assim ao acerto do pensamento de Peter Häberle (2003, p. 13-23) ao defender que para os direitos fundamentais rege o princípio de igualdade hierárquica entre a sua dimensão subjetiva-individual e a sua dimensão social, de modo que:

Si los derechos fundamentales son constitutivos tanto para el individuo como para la comunidade, si son garantizados no sólo en favor del individuo, sino que cumplen también una función social y constityen el fundamento funcional de la democracia, de ello se deriva que la garantía y el ejercicio de los derechos fundamentales están caracterizados por um entrecruzamento de intereses públicos e individuales.

Os direitos fundamentais têm assim uma dúlice dimensão. De um lado, servem para o desenvolvimento da personalidade individual; de outro, sua função

⁵² Infelizmente, por vezes é preciso concordar com a reflexão de Fabio Konder Comparato (2006, p. 649) “o ideal cívico da modernidade, aliás, é bem essa idiotia, como diriam os gregos: a completa absorção de cada cidadão nos assuntos de seu interesse particular”.

social garante a unidade comunitária e propicia, reflexamente, propicia o desenvolvimento da personalidade individual, posto que não se pode olvidar que a personalidade humana se constrói na intersubjetividade das relações sociais. Os direitos fundamentais devem ser garantidos não só em favor dos seus titulares individuais, senão também para todo o conjunto de cidadãos (HÄRBELE, 2003, p. 25).

Além disso, conferir prevalência sistemática aos direitos de liberdade em confronto com outros direitos fundamentais redundaria em negar o caráter *prima facie* dos direitos fundamentais enquanto princípios.⁵³

De resto, recorde-se que nenhuma medida restritiva pode invadir a esfera de proteção proporcionada pelo reconhecimento do núcleo essencial do direito fundamental, que então funciona limite à atuação da maioria.

Outro ponto observado por Jorge Reis Novais (2010, p. 600-601) é que a distinção entre direitos fundamentais com e sem reserva legal expressa produz efeitos na natureza do controle judicial da restrição imposta ao direito fundamental.

No caso dos direitos fundamentais sujeitos à reserva legal expressa, o controle judicial incide “apenas sobre a utilização que os poderes constituídos fazem dessa habilitação, ou seja, exclusivamente sobre a medida escolhida e o alcance dos seus efeitos restritivos”, de modo que, observados os demais requisitos da lei restritiva, a análise do juiz constitucional se limita à verificação da não desproporcionalidade ou razoabilidade da medida restritiva, sem sobrepor o seu juízo pessoal ao do legislador democrático (NOVAIS, 2010, p. 601).

Deste modo, leciona Jorge Reis Novais (2010, p. 601) que:

O juiz constitucional não tem, aí, que verificar se a escolha do legislador é mais oportuna ou a mais razoável, mas apenas se o

⁵³ “Numa ordem constitucional orientada à promoção dos direitos fundamentais como é a ordem jurídica do Estado de Direito, a solução constitucionalmente mais correcta não é necessariamente a que dê sempre prevalência ao interesse pontual ou parcelar de liberdade em colisão com outros bens constitucionais. Fazendo parte integrante da mesma ordem de valores – e a não ser que por esta se entenda uma ordem axiologicamente fechada e hierarquizada onde as soluções concretas decorressem mecanicamente de uma ordenação escalonada, que não é a concepção de ALEXY -, a prevalência de uns ou outros valores não é abstractamente determinável e, tão pouco o será, em função de uma presunção que não dispõe de qualquer fundamento constitucional genérico e indiscutível. Uma tal presunção não parece compatível com a natureza da prevalência de *prima facie* de que gozam os direitos de liberdade, na concepção *alexiana* dos direitos fundamentais enquanto princípios; é que, naqueles termos, numa colisão em que se defrontassem com igual peso, interesses de liberdade e interesses constitucionais opostos, aquela prevalência acabaria por ser afinal, e ao contrário do que o próprio ALEXY sustenta, uma prevalência absoluta, definitiva” (NOVAIS, 2010, p. 711, grifo do autor).

legislador não excedeu os limites da sua liberdade de conformação, ou seja, se a restrição não é desproporcionada.

De maneira diferente se dá no caso direitos fundamentais sem reserva legal expressa, posto que aqui o legislador constituinte não conferiu primazia ao legislador ordinário para a solução dos conflitos jusfundamentais e, portanto, a reserva geral imanente de ponderação é atribuída a todos os poderes constituídos. Neste caso, o controle judicial incide também sobre as justificativas e argumentações que fundamentaram a medida restritiva, de modo a garantir não só a proporcionalidade da decisão, mas também “a natureza de *trunfo* dos direitos fundamentais contra as decisões da maioria” (NOVAIS, 2010, p. 602).

Não se está aqui a dizer que, nos direitos fundamentais sem reserva legal expressa, o juiz constitucional possa fazer valer o seu juízo pessoal sobre o juízo da assembleia parlamentar democrática, que, na estrutura da separação dos poderes, possui a legitimidade originária de decidir em nome do povo.

O que se está a afirmar é que, no caso de medidas restritivas impostas a direitos fundamentais sem reserva legal expressa, o espaço de decisão do juiz é mais amplo, de modo a garantir a supremacia constitucional dos direitos fundamentais, sobretudo na defesa das minorias.

Assente a possibilidade de se estabelecerem medidas restritivas no âmbito de proteção dos direitos fundamentais não submetidos a reserva legal expressa com a invocação de uma reserva geral imanente de ponderação, o próximo passo é discorrer sobre os parâmetros que devem guiar o processo ponderativo, quem tem competência para ponderar entre os bens fundamentais colidentes e, ao final, como se opera a sindicabilidade deste processo.

2.4 A reserva geral imanente de ponderação: a intervenção do legislador no âmbito de proteção dos direitos fundamentais sem reserva legal expressa

Se, de um lado, a ponderação é o melhor caminho para enfrentar a incontestável necessidade de oferecer soluções adequadas aos conflitos que envolvem direitos fundamentais sem reserva legal expressa (como também nos submetidos a reserva legal expressa, simples ou qualificada); de outro, também tem sido um dos grandes obstáculos que se opõe à lei restritiva enquanto resultado de um processo ponderativo levado a efeito pelo legislador democrático. E isto se deve a um

conceito (equivocadamente) enraizado na cultura jurídica brasileira acerca da ponderação: o caso concreto.⁵⁴

A invocação irrefletida das condições fáticas e jurídicas do caso concreto como pré-requisito ao processo ponderativo tem como consequência o afastamento da intervenção do legislador no âmbito dos direitos fundamentais sem reserva legal expressa, afinal de contas o agir legislativo se desenvolve no plano geral e abstrato.⁵⁵

A dogmática do caso concreto presente na doutrina e jurisprudência brasileiras é fruto da inegável influência do direito alemão, sobretudo do princípio da proporcionalidade na obra de Robert Alexy.⁵⁶

Por seu turno, JJ Gomes Canotilho (2003, p. 1273-1274) observa que os direitos fundamentais não sujeitos as restrições legais expressamente autorizadas na Constituição exigem que a ponderação se dê a partir das circunstâncias do caso concreto, pois só assim se poderá afirmar a prevalência de um direito sobre o outro. Todavia, enfatiza o constitucionalista português que este juízo de ponderação e esta valoração de prevalência tanto podem efetuar-se logo a nível legislativo como no momento da elaboração da norma de decisão pelo juiz ou administrador responsável pela solução do caso específico.

Outra, como já se viu, não é a opinião de Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 140) para quem a referência ao caso concreto na formulação do juízo ponderativo do legislador não ocorre diante de um caso específico, mas de uma “situação hipotética, descrita e ‘resolvida’ pelo legislador em um certo sentido – em favor da honra, em detrimento da liberdade de expressão -, que pressupõe uma decisão acerca de um direito e de suas restrições”.

⁵⁴ Conforme leciona Ana Paula de Barcellos (2005, p. 147), na doutrina e jurisprudência brasileiras, a ideia de ponderação está arraigada à ponderação judicial “a imagem que em geral está associada à ideia de ponderação no meio jurídico é a do magistrado posto diante de um complexo caso concreto para o qual não há solução pronta no ordenamento ou, pior que isso, para o qual o ordenamento sinaliza com soluções contraditórias diante das quais caberá a ele decidir o que fazer: ninguém pode ajudá-lo e não há a quem recorrer”.

⁵⁵ Entretanto, como bem aponta Ana Paula de Barcellos (2005, p. 147) “na verdade, mais que possível, é desejável que a ponderação se desenvolva também antes do surgimento do caso concreto. Na medida em que a ponderação vai sendo forjada em abstrato ou preventivamente, por meio da discussão de casos hipotéticos ou passados, o juiz terá balizas pré-fixadas quando se defrontar com casos reais”.

⁵⁶ Em obra dedicada à análise do emprego do princípio da proporcionalidade nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, Fausto Santos de Moraes (2018, p. 118, grifo nosso) acentua a adesão doutrinária e jurisprudencial brasileiras à proposta desenvolvida por Robert Alexy em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

Resta claro que não se deve confundir a referência ao caso concreto como base para o juízo de ponderação com a exigência de uma ocorrência efetiva no mundo fenomênico. Se isto é exigível para a norma de decisão concreta e individual, não o é para aquela de caráter geral e abstrato, como ocorre com a lei e demais atos normativos gerais.

A proposta de Jorge Reis Novais para orientar o desenvolvimento do processo de ponderação busca superar esta limitação do caso concreto construída pela metodologia alemã e conciliá-la com a metodologia norte-americana da ponderação geral e abstrata, de modo a constituir um sistema mais completo, capaz de somar as forças e eliminar as fraquezas de ambas.

O ponto de partida da diferenciação das duas metodologias pode ser encontrado nos seus antecedentes históricos (NOVAIS, 2010, p. 642-643).

O destaque que se confere ao caso concreto na metodologia alemã e, conseqüentemente, a proeminência outorgada à ponderação judicial, que se desenvolve à luz das especificidades de cada conflito concretamente considerado, tem como alicerce histórico o receio fundado de uma tirania dos valores a sufocar a autonomia individual.

Diante da impossibilidade de se extrair da Lei Fundamental da Alemanha (e, de igual modo, da Constituição brasileira) uma ordem objetiva e hierarquizada de valores com possibilidade de orientar a construção de relações abstratas de preferências aptas a solucionar adequadamente os casos concretos, a metodologia alemã prioriza a ponderação judicial⁵⁷ e busca corrigir eventuais desvios subjetivos do julgador com a exigência de argumentação e fundamentação reforçadas da decisão, além de estruturar e racionalizar os procedimentos de controle.

De outro lado, a experiência traumatizante das perseguições políticas durante o período da guerra fria, muitas vezes impulsionadas pela atuação dos juízes que, pressionados pelas fobias políticas e sociais, tendiam a legitimar as investidas

⁵⁷ A corroborar esta afirmação, Fausto Santos de Moraes (2018, p. 96-98, grifo do autor) ressalta que “em meados do século XIX, o liberalismo alemão passou a buscar o apoio institucional do Poder Judiciário para controlar os atos do Estado” e que “o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) passou a ser utilizada como elemento apto para verificar a violação dos Direitos Fundamentais previstos pela constituição alemã.” Com isso se pode afirmar, até mesmo a partir da *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Robert Alexy, que a doutrina sobre o princípio da proporcionalidade na Alemanha foi construída a partir das decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o que explica o destaque conferido ao juiz.

repressivas contra as liberdades públicas, a metodologia norte-americana intenta afastar o decisionismo do caso concreto e prioriza a busca de soluções racionalizadas a partir de categorias abstratas capazes de orientar as decisões dos casos concretos e individuais.

Em síntese, Jorge Reis Novais (2010, p. 643, grifo do autor) explica:

Enquanto na Europa, particularmente sob a influência da experiência alemã, a síntese do processo de racionalização e dessubjectivização do recurso à ponderação de bens gira em torno da sua integração e aplicação concreta nos quadros do princípio da proporcionalidade em sentido lato, nos Estados Unidos da América, sem se desconhecer, como se verá, esse instituto, a síntese opera-se, sobretudo, na *standardização* dos procedimentos de controlo e na cristalização tendencial dos seus resultados em regras de aplicação geral e abstracta.

De todo modo, o que não se pode evitar é o recurso da ponderação como metodologia apta a solucionar os conflitos de direitos fundamentais, sobretudo no caso daqueles não submetidos a reserva legal expressa; contudo, sem negligenciar os perigos que se apresentam neste caminho. É nesse sentido que vem a síntese proposta por Jorge Reis Novais.

A primeira síntese a que se chega é que as metodologias não são mutuamente exclusórias, ou seja, admitir a ponderação legislativa não significa excluir a ponderação judicial (e administrativa) e vice-versa.

A jurisdição constitucional é um dos corolários do Estado de Direito e se apresenta como uma garantia da força normativa e da supremacia dos direitos fundamentais às intervenções estatais indevidas; porém, a sindicabilidade judicial das intervenções legislativas (e administrativas) não permite ao julgador que sobreponha o seu juízo individual àquele estabelecido pelo legislador democrático, desde que firmado com observância aos limites formais e materiais que decorrem do Estado de Direito.

Nesse sentido, Pieroth e Schlink (2019, p. 147) observam:

O controle da proporcionalidade em sentido restrito corre sempre o perigo de fazer valer os juízos subjetivos e os pré-juízos daquele que controla, apesar de todos os esforços de racionalidade. Não é justificável o fato de o Tribunal Constitucional Federal, que exerce o controle, colocar os seus juízos subjetivos acima dos do legislador controlado. Pelo contrário, nos casos em que apenas podem ser emitidos juízos meramente subjetivos, aí começam o âmbito e legitimidade da política.

A análise das condições específicas de cada caso concreto em si mesmo considerado na ponderação judicial (e administrativa) tem por escopo apurar as arestas deixadas pelo legislador democrático, garantindo assim a equidade da decisão.

Aponte-se que não há uma ordem hierarquizada de valores constitucionais e não é possível ponderar valores abstratamente considerados, desprendidos de qualquer referência à realidade fenomênica. O direito à liberdade religiosa não é abstratamente superior ao direito de locomoção e vice-versa. O que há é uma relação ponderada entre direitos fundamentais a determinar relações condicionadas de prevalência diante de determinadas circunstâncias.

Nesse sentido, Robert Alexy (2006, p. 162-163) defende que:

De forma geral, é impossível uma ordenação dos valores ou princípios que, em todos os casos e de forma intersubjetivamente cogente, defina a decisão não âmbito de proteção dos direitos fundamentais. A impossibilidade de uma “ordenação rígida” não implica a impossibilidade de uma ordenação “flexível” e, sobretudo, não diz nada contra o conceito de sopesamento.

Esta ordenação “flexível” de valores decorre, pois, da ponderação que se dá entre manifestações parcelares dos direitos fundamentais em colisão e, a partir desta consideração, se constrói o juízo ponderativo capaz de orientar os critérios de decisão da contenda.

No processo de ponderação não importa o peso abstrato que se possa atribuir aos direitos fundamentais em confronto, entre os quais, como já se enfatizou, não há uma relação de hierarquia. O que é decisivo para orientar o processo ponderativo é o peso específico que cada um dos bens assume na sua manifestação parcelar diante da situação de colisão.

Nesse sentido é o apontamento de Jorge Reis Novais (2010, p. 700), *in verbis*:

Nas circunstâncias concretas da realidade constitucional, aquilo que há para ser avaliado axiologicamente e as opções que os poderes constituídos são chamados a fazer nunca se referem a cada um dos bens constitucionais no seu todo e abstractamente considerados enquanto tal, mas antes, e mesmo quando se está no plano da previsão reguladora do legislador, a modalidades concretas, parcelares, marginais ou circunstanciais de cada um deles.

Com efeito, toda solução de conflitos de direitos fundamentais é fruto de um juízo de ponderação levado a efeito pela autoridade pública constitucionalmente competente, seja o legislador democrático, o administrador público e o juiz.

Assevere-se que, no Estado Democrático de Direito, toda lei é a síntese de um processo de ponderação realizado pela assembleia política democrática. E não há diferença metodológica neste processo quando se está diante de um conflito envolvendo direitos sujeitos ou não à reserva legal expressa. Como foi visto, a ponderação tem maior ou menor amplitude a depender da natureza do direito fundamental. Se sujeito à reserva legal qualificada, simples ou sem reserva legal expressa⁵⁸. Mas, em todos os casos, a ponderação é *conditio sine qua non* para que a solução legislativa, administrativa ou judicial seja capaz de garantir a, um só tempo, a força normativa, a supremacia e a unidade da Constituição.

Reafirma-se que não há necessidade de que haja um caso concreto efetivo para que a ponderação entre os direitos colidentes ocorra, sendo suficiente, como se dá em todas as hipóteses de ponderações legislativas ou normativas abstratas, que o conflito seja levado em consideração da forma como normalmente acontece no cotidiano, de modo a conferir os parâmetros necessários para o processo ponderativo.

É nesse sentido a defesa de Ana Paula de Barcellos (2005, p. 154-155) sobre a possibilidade de uma ponderação preventiva ou em abstrato, a qual distingue da ponderação concreta ou real. Aquela a ser levada a efeito pelo legislador democrático e esta – a ponderação concreta ou real – realizada pelo administrador ou pelo juiz à luz das especificidades do caso concreto em si mesmo, mas tendo como parâmetro de decisão aquele construído democraticamente pela ponderação legislativa (lei), *in verbis*:

É possível, primeiramente, percorrer em abstrato ou preventivamente todas as etapas do processo descrito no capítulo anterior, isto é, considerar apenas situações-tipo de conflito (imaginadas e/ou colhidas da experiência) tanto no que diz respeito aos enunciados envolvidos, como no que toca aos aspectos de fato. Tudo isso sem que se esteja diante de um caso real. A partir das conclusões dessa ponderação

⁵⁸ Nesse sentido, lecionam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2018, p. 192) que “é no vínculo do legislador aos direitos fundamentais que se busca a razão jurídico-dogmática desta diferenciação, pois esse vínculo tem gradações de maior ou menor poder discricionário concedido pelo constituinte ao legislador ordinário para restrição do direito fundamental outorgado. Essa liberdade é mais ampla no caso dos direitos fundamentais com reserva legais simples, menos ampla no caso dos direitos fundamentais com reservas legais qualificadas e restritíssima no caso dos direitos fundamentais sem reserva”.

preventiva, é possível formular parâmetros específicos para orientação do aplicador quando ele esteja diante dos casos concretos. Evidentemente, o aplicador estará livre para refazer a ponderação, considerando agora os elementos da hipótese real, toda vez que esses parâmetros não se mostrarem perfeitamente adequados. De toda sorte, caberá ao intérprete o ônus argumentativo de demonstrar por que o caso por ele examinado é substancialmente distinto das situações-tipo empregadas na ponderação preventiva. Isto é: o juiz deverá mostrar por que os parâmetros por ela sugeridos — cuja legitimidade decorre de haverem sido concebidos e discutidos publicamente e de serem aceitos racionalmente de forma geral — não devem ser aplicados à hipótese.

Com isso se preservam as atribuições constitucionais de cada um dos poderes estatais, com respeito ao princípio da separação e, sobretudo, da legitimidade do legislador democrático para representar a soberania popular; enquanto isso, não se furta ao administrador e ao juiz a (necessária) possibilidade de adequação das soluções legais às especificidades de cada caso concreto.⁵⁹

A admitir a intervenção legal restritiva no âmbito dos direitos fundamentais sem reserva legal expressa, Gilmar Ferreira Mendes (2015, p. 211) leciona que:

Entre nós, a atividade legislativa, nessas hipóteses, estaria aparentemente facilitada pela cláusula de reserva legal subsidiária contida no art. 5º, II, da Constituição. É bem verdade que a ação limitadora – de índole legislativa, judicial ou administrativa – há de ser imantada por todo tipo de cautela, tendo em vista a possibilidade de abusos no estabelecimento de restrições a direitos fundamentais não submetidos a reserva legal expressa. Daí a necessidade de que eventual limitação de direitos fundamentais, sem reserva legal expressa, assente-se também em norma constitucional.

⁵⁹ O exemplo de ponderação abstrata ou preventiva proposto por Ana Paula de Barcellos (2005, p. 150) é esclarecedor e não deixa dúvidas sobre sua viabilidade e, diga-se, legitimidade no contexto do Estado de Direito e do princípio de separação de poderes: “Suponha-se o conflito entre liberdade de informação e de imprensa versus intimidade, honra e vida privada. É possível examinar alguns elementos frequentemente encontrados nesse ambiente e formular questões diversas: (i) quem se encontra em local público está em sua esfera pessoal de intimidade? (ii) Atos considerados criminosos pertencem à esfera de privacidade ou podem/devem ser denunciados à opinião pública? (iii) A informação verdadeira e obtida de forma lícita pode ser proibida? (iv) A proteção à vida privada de titulares de cargos eletivos e artistas é menor que a assegurada a cidadãos comuns? A partir das respostas sugeridas a essas questões, pode-se então propor um conjunto de soluções ponderativas pré-fabricadas, e.g.: se a informação é verdadeira, foi obtida de forma lícita, envolve a prática de crime e o indivíduo é titular de mandato eletivo, não se poderá impedir a divulgação dos fatos invocando proteção à intimidade”. Como é fácil perceber, esses modelos de solução foram construídos por meio de uma ponderação feita em abstrato ou preventivamente e servem de parâmetros para o aplicador no momento em que este se debruçar sobre casos concretos”.

Para exemplificar sua afirmação, recorda que no julgamento do HC nº 70814/94⁶⁰, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do parágrafo único do art. 41 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) ao autorizar, mediante decisão fundamentada do diretor do estabelecimento penitenciário, a abertura da correspondência dirigida ao preso, em confronto com o direito fundamental ao sigilo das correspondências esculpido, sem reserva legal expressa, no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal.⁶¹

No que se refere às restrições não escritas diretamente constitucionais, Robert Alexy (2006, p. 291) defende que não são todos os órgãos estatais que podem, a partir da ocorrência de uma colisão entre princípios, intervir restritivamente no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Além da questão de conteúdo, também exige que a intervenção respeite a forma decorrente das atribuições constitucionais provenientes da separação de poderes, de modo que:

O respeito à ordenação constitucional de competências, a autorização por meio de uma norma suficientemente determinada e o cumprimento dos preceitos procedimentais. [...] Assim, por exemplo, o Executivo tem que poder se apoiar em uma restrição constitucional indireta, na forma de uma lei, mesmo quando princípios constitucionais colidentes, como restrições constitucionais diretas, fundamentam materialmente uma intervenção.

Em homenagem ao princípio da separação de poderes, mesmo ausente a previsão de restrição legal expressa no texto constitucional, não pode ser subtraída ao legislador a competência de interpretar vinculativamente a relação entre princípios constitucionais e, aplicando a lei do sopesamento, determinar as razões preponderantes a serem consideradas na hipótese de colisão. Além das questões materiais relativas aos valores em confronto, “o princípio formal da decisão por parte do legislador democraticamente legitimado também pode desempenhar um papel” (ALEXY, 2006, p. 295).

⁶⁰ “A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei 7.210/1984, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. (HC nº 70.814, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-3-1994, 1ª T, DJ de 24-6-1994).

⁶¹ CF/88, art. 5º, XII - *é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (grifo nosso).*

Evidente que a ponderação legislativa nem sempre será, por si só, suficiente para dar solução última ao caso concreto em si mesmo considerado, com suas especificidades. E é assim em todos os casos de aplicação da lei, seja ela referida a um direito fundamental com ou sem reserva legal expressa. A norma jurídica não se resume no enunciado normativo que a contempla, mas deve ser a síntese dialética entre texto, fatos e valores.

É nesse sentido que vem a defesa de Ana Paula de Barcellos (2005, p. 150-152) à admissão de uma ponderação abstrata ou preventiva. Apesar de extensa, vale a pena a transcrição da reflexão proposta em razão da sua evidência:

Uma vez que as circunstâncias fáticas imaginadas pela doutrina se reproduzam no caso real, ou se repitam hipóteses já verificadas anteriormente, o juiz terá à sua disposição modelos de solução pré-prontos. Na verdade, os subsídios oferecidos ao aplicador pela ponderação em abstrato acabam por transformar muitos conflitos normativos, que seriam casos difíceis, em fáceis, simplesmente porque já há um modelo de solução que lhes é aplicável. Nem sempre, todavia, os parâmetros concebidos em abstrato serão capazes de solucionar adequadamente um conflito normativo concreto. É perfeitamente possível imaginar situações em relação às quais modelos elaborados em abstrato não se adaptam, seja porque nenhuma das formulações em tese existentes é pertinente, seja porque detalhes fáticos que se apresentam agora como importantes não foram cogitados antes, seja por outra razão qualquer que não se é capaz de antecipar. Nesses casos, para além da aplicação dos parâmetros, será necessária uma ponderação específica, particular para aquela hipótese em: um modelo de alta costura, cosido sob medida, e não um modelo *prêt-à-porter*. Trata-se do que já se identificou aqui como ponderação em concreto ou real. Não será mais o caso de uma simples ponderação ad hoc, na qual o juiz conta apenas com o seu próprio bom senso para solucionar o conflito; ao contrário, haverá um conjunto importante de standards públicos a sua disposição e, mais que isso, caberá a ele justificar de forma específica por que os standards existentes não são adequados para aquele caso concreto ou merecem algum tipo de adaptação.

Posicionando-se neste debate, Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (2012, p. 514) alertam que, apesar das reflexões doutrinárias dedicarem-se quase que exclusivamente à ponderação judicial, o legislador e o administrador, cada um dentro do seu âmbito de atribuições, também realizam a atividade de ponderação diante das colisões entre normas constitucionais. Aliás, enfatizam os referidos autores que “numa democracia, quem tem a primazia na ponderação é o legislador”.

A lei não afasta a necessidade da ponderação administrativa ou judicial no momento da sua aplicação efetiva. Mas, enquanto resultado da ponderação levada a

efeito pelo legislador democrático, fornece ao aplicador (administrador ou juiz) os parâmetros gerais, abstratos e universais para a decisão do caso concreto. A ponderação administrativa ou judicial será mais ou menos ampla conforme seja a textura do enunciado legislativo e da necessidade da sua adequação às especificidades de cada caso em si mesmo considerado.⁶²

Lembram ainda Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2012, p. 515) que a ponderação legislativa – da mesma forma que a administrativa – pode ser revista pelo Poder Judiciário, seja no âmbito do controle de constitucionalidade abstrato ou no do controle de constitucionalidade concreto, de modo que, na condição de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais, incumbe ao juiz a tarefa de corrigir os desvios que ofendem a ordem constitucional.

Não se pode olvidar que a ponderação judicial possui posição privilegiada, afinal o juiz é o que fala em último lugar. Mas isso não significa que a ponderação judicial seja mais importante ou que deva substituir a legítima ponderação legislativa ou administrativa.

Em respeito ao princípio da separação dos poderes, cada autoridade estatal deve exercer as atribuições que lhe são outorgadas constitucionalmente, respeitando, em homenagem à separação e harmonia dos poderes, as atribuições das demais autoridades constitucionais. Se é verdade que na democracia constitucional o juiz é o detentor da última palavra, não é menos verdade que:

⁶² A título de exemplo, cite-se a decisão do Supremo Tribunal Federal ao julgar, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o HC nº 96.056. Diante da reserva legal qualificada e expressa no inciso XII do art. 5º da CF/88, o legislador ordinário editou a Lei nº 9.296/06 e, após o sopesamento orientado pela Constituição, fixou os parâmetros para a decretação da quebra do sigilo pelo juiz. Como se disse, a ponderação legislativa (Lei nº 9.296/06) não eliminou a necessidade de ponderação judicial, apenas reduziu-lhe a amplitude com a fixação dos requisitos legais. *In verbis*: “[...] tenho que uma excepcional situação de restrição de um direito ou garantia constitucional só deve ocorrer em situações pontuais, em que restem evidenciadas de forma flagrante a sua real necessidade. No caso dos autos, a envolver o sigilo dos dados bancários, fiscais e das comunicações telefônicas, a regra é a inviolabilidade, a exceção, a sua violação, a qual somente se justifica quando devidamente fundamentada por autoridade judicial competente, consoante o disposto no art. 93, IX, da CF. Daí por que imperioso concluir que a mera alusão ao “requerimento” do Parquet e/ou da autoridade policial não se mostra suficiente para legitimar a quebra dos sigilos telefônico e bancário dos pacientes. A referência – argumento de autoridade – não passa pelo crivo da proporcionalidade, na medida em que não apresenta motivação idônea para fazer ceder a essa situação excepcional de ruptura da esfera da intimidade de quem se encontra sob investigação. Na espécie, em momento algum, o magistrado de primeiro grau aponta fatos concretos que justifiquem a real necessidade da quebra desses sigilos (HC nº 96.056, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 28-6-2011, 2ª T, DJE de 8-5-2012).

Ele deve manter uma postura de deferência diante das ponderações realizadas [pelo legislador e administrador], respeitando a margem de escolha dos demais poderes. Não cabe ao juiz, em outras palavras, substituir a ponderação de terceiros pela sua, como se fosse ele o legislador (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 520).

Esta concentração da ponderação na figura do juiz também tem um outro motivo: o advento do paradigma neoconstitucional⁶³, que, buscando uma retomada axiológica no universo jurídico, confere especial atenção ao magistrado como protetor dos valores constitucionais.

Sob a inspiração do Estado de Bem-Estar Social e as consequentes demandas pela efetividade dos direitos, observa Eduardo Cambi (2016, p. 229) que o Poder Judiciário ampliou sua visibilidade social e política e, na condição de guardião dos direitos fundamentais, incumbe-lhe não apenas:

A tarefa de subsunção do fato à letra da lei, ou seja, não basta dizer o que é certo ou errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas, principalmente, examinar se o exercício discricionário do poder de legislar e de administrar conduzem à efetivação dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz).

Todavia, o juiz, por mais prudente e capacitado que seja, não pode substituir, sob pena de incisiva e inconstitucional afronta aos princípios do Estado de Direito e da separação de poderes, o legislador democrático.

⁶³Conforme leciona Luís Roberto Barroso (2006), o neoconstitucionalismo surge, na Europa, como reação às atrocidades praticadas durante a 2ª Guerra Mundial e busca a revitalização dos valores no Direito, sendo suas referências a Constituição Alemã (1949) e a criação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (1951). Sua chegada no Brasil se dá com o processo de redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988. No plano teórico, seus fundamentos são o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Em síntese, explica: “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia”.

Não se olvida da crise que a democracia representativa vem enfrentando nos últimos tempos, resultado dos inúmeros casos de corrupção e desvios no exercício da atividade parlamentar que se tem visto nos noticiários. Diante deste cenário, muitas vezes “construímos, então, um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar” (WALDRON, 2003, p. 02). Mas, como bem alerta Fernando de Brito Alves (2013, p. 297), “a confiança acrítica no judiciário como paladino da justiça pode não se coadunar com uma concepção contemporânea de democracia”. A afirmação de Fernando de Brito Alves pode ser associada à ideia do *retrato róseo* que se faz do Judiciário nos mais elevados momentos da jurisprudência constitucional e que, por vezes, obscura o funcionamento *intramuros* do órgão judicial (WALDRON, 2003, p. 160).

Se há problemas de funcionamento na arquitetura do Poder Legislativo, isto não é razão suficiente para simplesmente colocar o Poder Judiciário no seu lugar e conferir ao juiz a legitimidade para substituir o legislador democrático.⁶⁴ Os desvios devem ser tratados como desvios, sejam eles do legislador, do administrador público ou do juiz.

Nesse sentido seguem as palavras de Fernando de Brito Alves (2013, p. 286) ao acentuar que:

Essas objeções à atuação do legislativo não podem justificar o argumento de que “não é conveniente que os legisladores determinem o curso da ação política”, ou ainda de que “os políticos não têm mais a perder do que a ganhar ao assumir uma posição política clara ante uma questão controversa de política social ou econômica” amplamente difundidos no senso comum e na opinião pública, e por fim induzir o consenso de que como os representantes do povo são

⁶⁴ Ao discorrer sobre a dignidade da legislação, Jeremy Waldron (2003, p. 05, grifo do autor) leciona que “a má reputação da legislação na teoria jurídica e política está intimamente relacionada com o entusiasmo (especialmente da elite) por mudança. As pessoas convenceram-se de que há algo *indecoroso* em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e de princípios” e, de outro lado, “o pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.” Ao final, Jeremy Waldron (2003, p. 01) afirma “não estou convencido disso”. Há uma outra crítica de Jeremy Waldron (2003, p. 01) que merece atenção: “não há nada sobre legislaturas ou legislação na moderna jurisprudência filosófica que seja remotamente comparável à decisão da decisão judicial”. A centralização do debate jurídico a partir da perspectiva judicial obscura outras dimensões relevantes do fenômeno jurídico. A leitura (quase que exclusiva) judicializada do direito revela, ao meu ver, uma grave miopia que reduz a discussão jurídica a apenas uma de suas dimensões.

inseguros ou legislam mal, o governo deve ser transferido a especialistas.

A legislação como fruto do processo deliberativo majoritário, lembra Jeremy Waldron (2003, p. 187-189), representa a síntese da necessidade de uma decisão comum acerca daquilo que as pessoas discordam, forjada sob os influxos das cultura pública da democracia, o que, por evidente, não faz desaparecer a discordância, mas representa “o tributo que devemos pagar à conquista da ação concertada, cooperativa, coordenada ou coletiva nas circunstâncias da vida moderna”.⁶⁵

Há, nesse aspecto, uma outra consideração a ser feita. Como já foi dito inúmeras vezes, os direitos fundamentais vinculam a atuação do Estado, ou seja, dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Há, portanto, uma espécie de escalonamento lógico na tutela dos direitos fundamentais.

O Poder Legislativo, a partir da deliberação majoritária e respeitando sempre os direitos das minorias, deve estabelecer os contornos do direito fundamental previsto na Constituição, aproximando-o da realidade fenomênica. O Poder Executivo, em obediência ao princípio da legalidade e sem perder de vista a força normativa da Constituição, deve adotar as medidas necessárias para concretizar os direitos fundamentais delineados pelo legislador democrático. E, por fim, ao Poder Judiciário incumbe, na tutela última e definitiva dos direitos fundamentais, corrigir eventuais desvios ou omissões perpetradas pelos Poderes Legislativo e Executivo, fazendo valer a soberania da Constituição.

É com esse sentir que Ana Paula de Barcellos (2005, p. 189-190) adverte, na democracia, o princípio constitucional define um sentido mínimo oponível, em defesa das minorias, a qualquer grupo que venha a assumir o poder:

Em uma democracia, é natural que apenas um sentido mínimo de determinado princípio seja definido constitucionalmente e, portanto, seja oponível a qualquer grupo que venha a exercer o poder político; o restante da extensão possível do princípio deverá ser preenchido pela deliberação majoritária, em função da convicção das maiorias em cada momento político: e nesse ponto ter-se-á, em especial, as regras infraconstitucionais. Isto é: esse espaço de expansão do princípio fica reservado, pela Carta, à definição pelos meios próprios da deliberação democrática em um ambiente de pluralismo político.

⁶⁵ Não se pode olvidar, por evidente, que os direitos fundamentais representam um limite à vontade majoritária. Como bem anota Ana Paula de Barcellos (2008, p. 251), a democracia exige mais do que a aplicação da regra majoritária, sendo necessário “que, juntamente com ela, sejam respeitados os direitos fundamentais de todos os indivíduos, façam eles parte da maioria ou não”.

E aqui segue-se em direção ao princípio do acesso à Justiça, não no sentido estrito de acesso ao Poder Judiciário para defesa de direitos lesionados ou ameaçados de lesão (CF/88, art. 5º, XXXV), mas, em horizonte mais amplo, como garantia de acesso a uma ordem jurídica justa, o que exige a atuação de todos os poderes estatais para a efetividade dos direitos garantidos constitucionalmente.

É nesse sentido que a atuação do Poder Legislativo, ao elaborar leis gerais e abstratas, representa o primeiro degrau do cidadão no acesso à ordem jurídica justa. As leis aproximam os valores abstratos albergados nos princípios constitucionais da realidade do cotidiano e confere aos indivíduos uma delimitação mais precisa do que lhe é permitido, proibido ou facultado.

Mais uma vez, o escólio de Ana Paula de Barcellos (2005, p. 185):

Há amplo consenso de que a ordem jurídica é uma função de dois valores principais interdependentes: de um lado, a segurança, a previsibilidade e a estabilidade das relações sociais e, de outro, a justiça. Ambos contribuem direta ou indiretamente para o bem-estar humano, para a proteção e promoção de sua dignidade e para a criação de condições que permitam o seu pleno desenvolvimento. Um sistema que supervaloriza a segurança pode tornar-se iníquo e desconectar-se das legítimas expectativas de justiça. Por outro lado, uma ordem jurídica que despreza a segurança acaba por instituir um ambiente de imprevisão e incerteza que dificulta as relações sociais e o desenvolvimento pessoal dos indivíduos.

A previsibilidade das soluções jurídicas é corolário indeclinável do Estado de Direito e garantia da autonomia individual como sustentáculo da dignidade da pessoa humana e da cidadania. A discorrer sobre a segurança jurídica, Humberto Ávila (2011, p. 177) anota que:

[...] a segurança jurídica, de outro lado, pode ser considerada como instrumento assecuratório de outros direitos que envolvem a autonomia individual. Fala-se, por isso, em vida, em liberdade e em propriedade “na” segurança, pelo papel estabilizador e garantidor das condições necessárias ao exercício da liberdade. Esse exercício da autonomia individual pressupõe o conhecimento das normas existentes e válidas bem como a sua estabilidade no tempo, pois sem esses elementos os homens deixam de ser pessoas capazes de planejar e conhecer o seu futuro. Isso explica a circunstância de Rumelint analisar a segurança jurídica sempre em conexão com os interesses do cidadão, com os interesses de determinação e de igualdade, de liberdade, de asseguramento probatório, de estabilidade e de continuidade.

A discorrer sobre as relações que permeiam entre legislação, jurisdição e segurança jurídica, José Rodrigo Rodrigues (2013, p. 201-230) apresenta alguns pressupostos e parâmetros que devem nortear esta relação. O ponto de partida do raciocínio de José Rodrigo Rodrigues é o de que a segurança jurídica é uma exigência da legitimidade do direito, mas que a utopia iluminista de que seria possível obtê-la a partir da elaboração de textos normativos fechados não se coaduna com o atual estágio da ciência jurídica e, sobretudo, do papel da jurisdição no Estado Democrático de Direito. Na outra extremidade desta relação, José Rodrigo Rodrigues observa que também não é compatível com os fundamentos do direito democrático admitir que o juiz produza respostas arbitrárias e sem fundamentação jurídica racional (e pública) para os casos em julgamento.

A partir deste embate, José Rodrigo Rodrigues (2013, p. 217) observa que é necessário repensar a relação entre legislação e jurisdição para a garantia da segurança jurídica exigida pela sociedade no contexto do Estado Democrático de Direito e, ao defender a passagem de um paradigma textualista para um paradigma argumentativo, entende que deve ser garantida a autonomia dos organismos jurisdicionais em “julgar os casos segundo os procedimentos decisórios definidos em lei”. A proposta do autor é a de que:

Diante dos fatos sociais facilmente padronizáveis, [o legislador] criar textos normativos fechados e impor ao intérprete a adoção de determinados critérios a serem seguidos, caso ele ache conveniente criar exceções. Desta forma, pode-se tentar obrigar o intérprete a argumentar com base neles. Diante de fatos de difícil ou impossível padronização, é mais indicado criar um texto normativo aberto e critérios para preencher o seu sentido com o mesmo fim: obrigar o intérprete a argumentar a partir deles para que, com o passar do tempo, seja possível assistir à formação de argumentações relativamente congruentes por estarem referidas a este material normativo (RODRIGUES, 2013, p. 229-230).

A dinâmica do exercício do direito fundamental de reunião no Brasil é totalmente discrepante desta proposta de José Rodrigo Rodrigues. Não há legislação a disciplinar o exercício do direito fundamental de reunião e as decisões judiciais são extemporâneas e carentes de fundamentação racional, caracterizando o *déficit de jurisdição* acima apontado. Com isso, na maioria das vezes as decisões sobre a dinâmica das reuniões e manifestações são tomadas pelas Forças de Segurança a partir da sua própria leitura acerca da licitude ou ilicitude do evento, sendo que tais decisões que, por vezes, podem sofrer influência ideológica dos gestores públicos. No

fim das contas, o grande prejudicado desta babel jurídica é o cidadão e a própria democracia.

Destarte, o direito fundamental de acesso à Justiça em seu sentido amplo (ordem jurídica justa) não permite, à guisa de uma casuística dogmático-constitucional de cláusulas de reserva legal, afastar o legislador democrático do seu dever-poder de construção de standards jurídicos a orientar o convívio social e solucionar as colisões de direitos fundamentais sem restrição legal expressamente autorizadas pela Constituição.

O próximo tópico será destinado à análise da influência da classificação proposta por José Afonso da Silva acerca da aplicabilidade das normas constitucionais e seus reflexos doutrinários e jurisprudenciais na admissão de restrições legislativas no âmbito de proteção de direitos fundamentais não sujeitos à reserva legal expressamente autorizadas pela Constituição.

2.5 Críticas à teoria da aplicabilidade das normas constitucionais de José Afonso da Silva: a insuficiência do modelo proposto

No âmbito doutrinário e jurisprudencial brasileiros tem muito destaque a classificação sobre a aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva em sua obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, publicada pela primeira no ano de 1967.⁶⁶

Partindo da premissa de que toda norma constitucional é dotada de eficácia jurídica⁶⁷, o trabalho de José Afonso da Silva (1998, p. 82-83) circunscreve-se apresenta uma classificação tríplice das normas constitucionais quanto à sua aplicabilidade e eficácia: 1) normas constitucionais de eficácia plena; 2) normas

⁶⁶ A obra é fruto de tese apresentada pelo autor durante o concurso de provimento de cargo de Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). A 1ª edição é datada de 1967; a 2ª edição é de 1982; e a 3ª edição, que é utilizada para referência neste trabalho, é de 1998.

⁶⁷ José Afonso da Silva (1998, p. 66), fazendo referência a José Horácio Meirelles Teixeira, define a eficácia jurídica como a “qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica”. Ressalta o autor que seu trabalho não cuida da eficácia social da norma constitucional, ou seja, da sua efetiva aplicação no plano da realidade, circunscrevendo-se na análise da eficácia jurídica.

constitucionais de eficácia contida; e 3) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

As normas constitucionais de eficácia plena seriam aquelas que, por serem dotadas de normatividade suficiente para regular a matéria sobre a qual incide, tem aptidão jurídica para serem imediata, direta e integralmente aplicadas desde o início da sua vigência, sem a necessidade de normas infraconstitucionais que lhes deem disciplina.

De eficácia contida seriam as normas constitucionais que, apesar de também serem imediata, direta e integralmente aplicáveis desde o início da sua vigência, podem ter a sua extensão contida ou limitada (restringida) por norma infraconstitucional, dadas certas circunstâncias.

E as normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida seriam aquelas que, por não apresentarem normatividade suficiente para regular imediata, direta e integralmente o objeto sobre o qual incidem, não têm aptidão jurídica para, desde logo, produzirem todos os seus efeitos essenciais. A aplicação destas normas constitucionais dependeria de normatização infraconstitucional, a cargo, em regra, do legislador ordinário. Por isso se diz que as normas constitucionais de eficácia limitada têm aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.

O critério de identificação da natureza da norma constitucional quanto à sua eficácia e aplicabilidade, conforme proposto por José Afonso da Silva, pode ser sintetizado na referência expressa (ou não) do texto constitucional à atuação do legislador infraconstitucional. Trata-se, portanto, de um critério dogmático-constitucional.

Outra não é a impressão de Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 220-221) ao asseverar que, na classificação de José Afonso da Silva, o enquadramento da norma constitucional se dá a partir do elemento textual, de modo que:

[...] é o próprio dispositivo constitucional que indica se a norma deve ser enquadrada como de eficácia plena ou como de eficácia contida. Essa indicação se dá, normalmente, por meio de expressões que façam referência a lei futura sem, no entanto, fazer com que a eficácia da norma dependa dessa possível lei.

E aqui já se pode estabelecer a primeira crítica à classificação de José Afonso da Silva. A norma constitucional não se constitui apenas pelo seu enunciado normativo. A norma constitucional é a síntese da interpretação sistemática e dialética

da disposição de direito fundamental na sua relação com outras disposições e valores constitucionais e com o mundo dos fatos.

Duras são as críticas lavradas por Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 232):

A limitação da eficácia de determinadas normas não é algo intrínseco a elas. Uma norma não é de eficácia limitada por uma questão meramente textual ou “estritamente jurídica”. Essa limitação depende muito mais de opções político-ideológicas que não têm necessária relação com o texto constitucional.

Ao reduzir o seu estudo à análise da *eficácia jurídica* e não da *eficácia social* (efetividade) da norma constitucional, José Afonso da Silva comete o grave erro de partida da sua teoria: a divisão teórico-abstrata das normas constitucionais, como se elas tivessem existência fora do plano da realidade em que se inserem.

Defende José Afonso da Silva (1998, p. 104-105) que as normas constitucionais de eficácia contida são aquelas em que há no seu texto expressa remissão à intervenção legislativa, que poderá restringir-lhe a plenitude da sua eficácia. Também é classificada como de eficácia contida a norma constitucional que, diante da presença de certos pressupostos de fato, pode ter sua eficácia reduzida por outra norma constitucional, *v.g.*, a exemplo do que ocorre nas hipóteses de decretação de estado de sítio ou de defesa.

Já as normas constitucionais de eficácia limitada, que podem ser definidoras de princípio institutivo ou organizativo ou definidoras de princípio programático, remetem para o legislador a elaboração de uma legislação futura que lhe complete a eficácia e viabilize sua efetiva aplicação (SILVA, J. A., 1998, p. 118-123).

Por fim, as normas constitucionais de eficácia plena e de aplicabilidade direta, imediata e integral não fazem qualquer referência à intervenção legislativa, posto que já são dotadas de normatividade suficiente para serem aplicadas aos objetos sobre os quais incidem e, conseqüentemente, geram direitos subjetivos aos seus titulares (SILVA, J. A., 1998, p. 171).

Observa José Afonso da Silva (1998, p. 99) que as normas constitucionais de eficácia plena são identificadas “pela própria linguagem do texto, porque a norma de eficácia plena dispõe peremptoriamente sobre os interesses regulados” e, a partir deste pressuposto, classifica como de eficácia plena as normas constitucionais que: 1) contenham vedações ou proibições; 2) confirmam isenções, imunidades e prerrogativas; 3) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam

especificamente sua execução; 4) não indiquem processos especiais de sua execução; 5) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados.

Têm-se assim que há um escalonamento na eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais dentro da classificação proposta por José Afonso da Silva. Em primeiro plano, as normas constitucionais de eficácia plena são, desde logo, direta e imediatamente aplicáveis, não podendo ser restringidas pela atuação do legislador ordinário. No plano intermediário, as normas constitucionais de eficácia contida também são direta e imediatamente aplicáveis, porém podem ser restringidas pelo legislador ordinário. E, num derradeiro terceiro plano, as normas constitucionais de eficácia limitada são apenas mediata e indiretamente aplicáveis, dependendo da normatização infraconstitucional para que possa produzir seus efeitos concretos.

Esta tríade classificação das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva ainda hoje tem ampla e majoritária aceitação na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

No âmbito doutrinário, a despeito de se sucederem outras propostas de classificação das normas constitucionais⁶⁸, não há grande distinção daquela desenhada por José Afonso da Silva.

A referência à classificação de José Afonso da Silva também é verificada na jurisprudência brasileira, com destaque para as decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal⁶⁹.

A despeito do destaque da obra de José Afonso da Silva no cenário jurídico brasileiro, ela não é isenta de críticas. Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 218-251) apresenta uma série de óbices ao seu acolhimento no atual estágio do direito constitucional brasileiro.⁷⁰

⁶⁸ Maria Helena Diniz (2009, p. 98) divide as normas constitucionais em: (1) normas constitucionais de eficácia absoluta ou super eficazes - cláusulas pétreas; (2) normas constitucionais de eficácia plena; 3) normas constitucionais de eficácia relativa restringível (normas constitucionais de eficácia contida); e, (4) normas constitucionais de eficácia relativa complementável ou dependente de complementação (normas constitucionais de eficácia limitada).

⁶⁹ Por todas, citem-se: ADPF nº 130; ADI nº 4992; ADI nº 4056; ADI nº 3689; ADI nº 3489; RE nº 1197155; ADI nº 2240; ADI nº 3682; ADI nº 3316; e RE nº 914233 AgR.

⁷⁰ As críticas de Virgílio Afonso da Silva vão desde as questões terminológicas - quando afirma a inadequação da expressão *contida* para se referir às normas que, segundo José Afonso da Silva, têm integral aplicabilidade direta e imediata, mas que, por força de posterior intervenção

Dar-se-á, entretanto, especial atenção à análise crítica das relações que, segundo a divisão proposta por José Afonso da Silva, permeiam entre a natureza da norma constitucional e a (im)possibilidade de intervenção restritiva por parte do legislador ordinário.

Sob este aspecto, Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 223) é fulminante: “todas as normas constitucionais podem ser restringidas pela legislação ordinária”.

Admitir a existência de normas constitucionais de eficácia plena irrestringíveis seria o mesmo que afirmar a existência de direitos fundamentais absolutos. Mas, como já foi inúmeras vezes debatido neste trabalho, não há direitos fundamentais absolutos e a relativização é um pressuposto prático (e inafastável) para viabilizar a vivência democrática.

Para compatibilizar a afirmação de normas constitucionais de eficácia plena irrestringíveis com a impossibilidade de existirem direitos fundamentais absolutos, a única saída possível seria invocar a existência de limites imanentes⁷¹, o que também já se demonstrou inviável como solução constitucionalmente adequada.

Observa Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 225) que, ao se admitir a existência de normas constitucionais de eficácia plena irrestringíveis sujeitas apenas aos limites imanentes, ter-se-ia que:

[...] eventual atividade legislativa que ‘impuser’ limites a uma norma de eficácia plena não-restringível estaria apenas *declarando* limites imanentes, enquanto a atividade legislativa que imponha restrições a normas restringíveis estaria *constituindo* tais restrições.

Em outro escrito, Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 610-611) explica que a teoria dos limites imanentes surge como uma saída conciliar a concepção de inexistência de direitos absolutos e a taxatividade constitucional das cláusulas de reservas legais, nos modelos fixados pelas Constituições da Alemanha e de Portugal que preveem

do legislador, pode ter sua eficácia reduzida, sendo que, na verdade, tais normas deveriam ser chamadas de restringíveis – à classificatória (dúplice e não tríplice) até a negação da própria existência das normas constitucionais de eficácia contida.

⁷¹ Ao discorrer sobre a interpretação constitucional, Luís Roberto Barroso (2019, p. 291) admite o recurso à teoria dos limites imanentes como solução constitucionalmente adequada, *in verbis*: Em algumas situações, precisará recorrer a categorias como a teoria dos limites imanentes.”

expressamente que a lei só pode disciplinar um direito constitucional nos casos expressamente previstos em seu texto.⁷²

Muito já se disse sobre o perigo deste subterfúgio teórico. Não importa qual o nome que se dá, limite imanente ou restrição, o que realmente importa é que o titular do direito fundamental tem a sua pretensão de exercício reduzida pela atuação ablativa dos poderes constituídos (do legislador, no caso) e que esta redução precisa ser submetida aos mecanismos de controle do Estado de Direito capazes de aferir a sua validade formal e material, sob o escrutínio constitucional.

No campo dos direitos fundamentais, em especial aqueles elencados no art. 5º da Constituição Federal de 1988, José Afonso da Silva (1998, p. 172-190), apesar de apontar que quase todos são normas constitucionais de eficácia contida, elenca uma série deles que considera como normas constitucionais de eficácia plena.

O critério de distinção (referência expressa à lei) mais uma vez fica claro ao se analisar os exemplos citados pelo autor para indicar um e outro tipo de norma constitucional. Como norma constitucional de eficácia contida, José Afonso da Silva faz referência aos incisos VI e XXVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988⁷³, os quais fazem expressa referência à lei restritiva. Já dentre aqueles direitos fundamentais que classifica como de eficácia plena, elenca os inscritos “no art. 5º, I, II, III, IV etc., da Constituição Federal”⁷⁴, os quais não fazem qualquer referência expressa à intervenção legislativa.

A partir destas referências, Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 226) afirma que as liberdades públicas (ou, pelo menos, parte delas) seriam garantidas por normas constitucionais de eficácia plena irrestringíveis. E, mais adiante, o autor faz um importante alerta: “Talvez seja essa concepção de direitos individuais que faça com

⁷² Lei Fundamental da Alemanha, Artigo 19.1 - Na medida em que, *segundo esta Lei Fundamental*, um direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei tem de ser genérica e não limitada a um caso particular. Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente; Constituição da República de Portugal, Art. 18.2 A lei só poderá restringir os direitos, liberdades e garantias *nos casos expressamente previstos nesta Constituição* (grifo nosso).

⁷³ CF/88, art. 5º, VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, *na forma da lei*, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que *a lei fixar* (grifo nosso).

⁷⁴ CF/88, art. 5º, I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

que praticamente não exista, no Brasil, legislação infraconstitucional que regulamente o exercício dos direitos fundamentais” (SILVA, V. A., 2017, p. 230).

Aceitar a existência de normas de direitos fundamentais de eficácia plena irrestringíveis produz uma outra incongruência, conforme aponta Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 245): ao afirmar a irrestringibilidade do direito fundamental, a proposta de uma norma constitucional de eficácia plena irrestringível acaba por igualar o conteúdo essencial à totalidade do âmbito de proteção do direito fundamental, de modo que qualquer intervenção estatal que sobre ele incida já traduziria verdadeira violação do conteúdo essencial do direito fundamental.

Salvo raras exceções, as disposições de direitos fundamentais, como é próprio da técnica legislativa-constitucional, não apresentam enunciados suficientemente detalhados e precisos a oferecer soluções diretas e imediatas para os problemas práticos que se verificam na vida concreta dos direitos fundamentais. Não é o casuísmo dogmático-constitucional de fazer constar (ou não) uma referência expressa à lei no enunciado normativo do direito fundamental que tem o condão de detalhar e precisar o seu texto ao ponto de que tenha aptidão para ser direta e imediatamente aplicado para solucionar conflitos no mundo da vida.

Se isso por si só não fosse evidente, o cotidiano jurídico comprova peremptoriamente o que aqui se afirma. Os debates e, sobretudo, as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca do conteúdo normativo dos direitos fundamentais inscritos em disposições que, segundo José Afonso da Silva, seriam normas constitucionais de eficácia plena irrestringíveis, são inúmeros, o que torna notório e incontestável que, na maior parte das vezes, tais normas não são direta e imediatamente aplicáveis, pois necessitam de detalhamento incompatível com a técnica legislativa-constitucional.

Se, ausente a referência à lei no enunciado normativo, ao legislador democrático é vetado a disciplina legal do direito fundamental, é incontestado que algum poder estatal terá que fazê-lo, direta ou indiretamente, e, no mais das vezes, sem a incidência dos mecanismos de controle a que se submetem as restrições legais no contexto do Estado Democrático de Direito e com violação ao princípio da separação de poderes.

Como parece já restar claro nas críticas acima traçadas, a classificação das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva não pode mais servir de paradigma para a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, sobretudo para

vetar a intervenção do legislador democrático no âmbito dos direitos fundamentais sem restrição expressamente autorizada pela Constituição.

De todo modo, mais uma vez se faz oportuna a referência ao conceito amplo de restrição a direito fundamental proposta por Jorge Reis Novais como pressuposto de controle da medida através dos mecanismos do Estado de Direito e à admissão de uma reserva geral de ponderação como instrumento apto para garantir a concordância prática das normas de direitos fundamentais, mesmo naqueles casos em que não há previsão expressa de reserva legal.

A adoção do conceito amplo de restrição, a abranger toda e qualquer ação ou omissão estatal que, direta ou indiretamente, reduza a possibilidade de exercício, efetivo ou potencial, do direito fundamental pelo seu titular, tem o condão de submeter à sindicabilidade dos mecanismos constitucionais toda e qualquer intervenção estatal no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

A refletir a mesma linha de raciocínio, Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 230) afirma que todas as normas que garantem direitos fundamentais podem ser restringidas ou regulamentadas, destacando que a distinção entre restrição e regulamentação é, ao final e ao cabo, sem sentido prático algum: “Regulamentar direitos fundamentais implica, sempre, restringi-los, e restringir direitos fundamentais tem sempre como objetivo regulamentar o seu exercício.”

Ao admitir-se que toda norma de direito fundamental é passível de ser restringida por atuação do legislador democrático, torna-se superada a classificação proposta por José Afonso da Silva com inegável avanço no controle de validade material e formal da intervenção restritiva, posto que toda restrição depende de justificação constitucional idônea.

Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 248, grifo do autor) lembra que:

Ao proteger tais condutas e posições jurídicas, esses direitos fundamentais, se são suscetíveis, de um lado, a restrições e regulamentações, impõem ao legislador ordinário, por outro lado, *um ônus argumentativo que está ausente nos modelos que sustentam a plenitude e o “bastar a si” de certas normas constitucionais.*

À guisa de conclusão, este é o único caminho compatível com os postulados do Estado social e democrático de direito, que está sempre a exigir a transparência

no exercício do poder, apta a submeter-lhe ao escrutínio dos órgãos constitucionais competentes e do próprio poder popular.

No próximo capítulo, tratar-se-á do direito de reunião enquanto liberdade democrática e sua disciplina no âmbito do direito internacional e do direito comparado.

3 DIREITO DE REUNIÃO

O presente capítulo é dedicado à análise do direito de reunião, suas relações com a democracia, passando por breve incurso no direito internacional comparado e no seu percurso histórico-constitucional brasileiro.

Em seguida, o estudo terá como referência a previsão do direito de reunião na Constituição Federal de 1988, buscando, a partir da dogmática-constitucional, determinar, tanto quanto possível, o seu âmbito de proteção constitucional.

3.1 Direito de reunião e democracia

Não é difícil reconhecer a indissociável relação que há entre democracia e liberdade de reunião, constituindo esta, sobretudo, importante instrumento de participação das minorias e das oposições políticas no debate e no processo decisório democrático.

Na doutrina constitucional portuguesa, JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 636) lecionam que os direitos de reunião e de manifestação podem ser englobados entre os *direitos fundamentais democráticos*. Por seu turno, António Francisco de Sousa (2011, p. 41) observa que “sem a liberdade de reunião e de manifestação não se realizam os valores do pluralismo e da liberdade subjacentes” à sociedade democrática.

Fazendo referência à decisão do caso *Guner*, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Marcos Francisco Massó Garrote (2016, 103) cita que:

En una sociedad democrática basada en el Estado de Derecho, se debe ofrecer una adecuada oportunidad de expresión de las ideas políticas que discutan un orden existente y cuya realización se proponga por medios pacíficos, a través del ejercicio del derecho de reunión.

Outro não é o sentir de Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 295) ao registrar que o direito de reunião, ao lado da liberdade de expressão e do direito ao voto, forma o conjunto das bases estruturantes da democracia. Indo ainda mais além, Fernando de Brito Alves (2013, p. 117) compreende que, antes mesmo de ser considerada um direito fundamental, se constitui como um pressuposto de fundamentalidade dos direitos fundamentais.

Não há democracia sem participação e debate plural de ideias e concepções destoantes de vida. A vivência democrática pressupõe – e mesmo exige – o direito de falar e de ser ouvido.

Com esse entendimento, lecionam Fernando de Brito Alves e Jairo Neia de Lima (2017, p. 47), “a democracia somente se torna possível a partir do momento em que as vozes discordantes possam se manifestar, principalmente quando provêm de grupos minoritários subrepresentados em um sistema de primazia majoritária”.

Neste contexto, importante se faz lembrar que o conceito de minoria não é aferido quantitativamente, mas é “deduzido da relação estabelecida entre o referido grupo e aqueles outros detentores do poder, de modo que deve ser considerado majoritário o grupo detentor do poder, ainda que numericamente inferior” (ALVES, 2013, p. 126).

E o direito de reunião é um instrumento democrático que amplia o poder de falar e ser ouvido das minorias, que, muitas vezes, não têm acesso aos mecanismos formais de comunicação social. Daí o acerto de Sérvulo Correia (2006, p. 17) ao ressaltar que:

A manifestação torna audível o protesto dos descontentes e dos insatisfeitos e chama a atenção da opinião pública para as vias descuradas de progresso social. Ela revela-se, por isso, um dos instrumentos mais potentes da afirmação do pluralismo na sociedade democrática e do asseguramento da liberdade de expressão às minorias.

Com o mesmo sentir, António Francisco de Sousa (2011, p. 13) adverte dizendo que “a liberdade de reunião e de manifestação é uma das mais importantes liberdades fundamentais do Estado de Direito Democrático, podendo-se avaliar pelo seu grau de efetivação o nível de democracia alcançado em dada sociedade”.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no julgamento do caso *Brokdorf* – BVerfGE 69/315 (1985, p. 60)⁷⁵, também destacou a relevância da

⁷⁵ Trata-se de julgamento proferido, em 14/05/1985, pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha na análise de Reclamação Constitucional (BVerfGE 69/315) interposta contra decisão do Superior Tribunal Administrativo que manteve medida administrativa geral, da Secretaria Estadual competente, que proibia a realização de um protesto popular contra a construção de uma usina nuclear na cidade de *Brokdorf*, sob o argumento de que havia predisposição dos manifestantes para a prática de atos violentos e falta de aviso prévio. Ao final, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha julgou parcialmente procedente a Reclamação Constitucional interposta, por violação ao art. 8º, I da Lei Fundamental da Alemanha. Em síntese, após destacar as relações existentes entre o exercício da liberdade de reunião e os elementos funcionais indispensáveis da comunidade democrática, a decisão

liberdade de reunião, sobretudo aos grupos minoritários, no processo de formação da vontade na coletividade democrática, a ser constantemente renovada através de uma missão infinita de tentativa e erro na defesa de posições conflitantes, sempre na busca da compensação entre as forças políticas atuantes no Estado. E assim arremata:

O direito do cidadão de participação na formação política da vontade pública exterioriza-se não só pelo voto, quando da eleição, mas também na tomada de influência no processo permanente da formação política da opinião pública, a qual se deveria realizar, em um Estado democrático, de maneira aberta, livre, desregulamentada e, em princípio, “livre do Estado”.

No seu percurso histórico, o direito de reunião está umbilicalmente ligado à luta e afirmação dos direitos humanos. António Francisco de Sousa (2011, p. 17) observa que o direito de reunião desabrochou na transição do Estado absoluto para o Estado liberal e ganhou força com a revolução industrial, quando os trabalhadores passaram a fazer uso deste direito para reivindicar melhores condições de trabalho e mais justiça social. Aí está, conforme aponta o referido constitucionalista, o embrião da desconfiança e do receio da sociedade burguesa para com o direito de reunião.

Entre nós, em voto prolatado no julgamento da ADI nº 1969/99, José Celso de Mello Filho (STF, 2007, p. 392-393), já alertou para o fato de que os governos ditatoriais temem as manifestações populares democráticas e, por isso, não hesitam em dificultar ou mesmo negar o exercício do direito fundamental de reunião, desferindo duro golpe na democracia, *in verbis*:

Impõe-se, desse modo, ao Estado, em uma sociedade estruturada sob a égide de um regime democrático, o dever de respeitar a liberdade de reunião (de que são manifestações expressivas o comício, o desfile, a procissão e a passeata), que constitui prerrogativa essencial dos cidadãos, normalmente temida pelos regimes despóticos ou ditatoriais que não hesitam em golpeá-la, para asfixiar, desde logo, o direito de protesto, de crítica e de discordância daqueles que se opõem à prática autoritária do poder.

Não é outra a advertência de Fernando Dias Menezes de Almeida (2001, p. 31) que, apoiando-se nos ensinamentos de Maurice Duverger, esclarece que a liberdade de reunião se caracteriza como uma espécie das *liberdades-oposição*, que “seriam os

do Tribunal Constitucional afirma a proibição preventiva da realização da reunião, a despeito de possível, não pode se assentar em mero prognóstico de perigo e que a falta de aviso prévio não é, por si só, razão suficiente para a proibição da reunião.

meios pelos quais os indivíduos podem agir mesmo dentro da área de atuação estatal, a fim de evitar ação abusiva de seus órgãos.”

Destarte, através do exercício do direito fundamental de reunião, a voz inaudível do povo, sem acesso aos meios de comunicação social⁷⁶, ganha as ruas e os ouvidos acomodados das autoridades públicas e da sociedade em geral, expondo publicamente as insatisfações e negações suportadas pela sociedade, sobretudo pelos grupos minoritários⁷⁷, cuja invisibilidade faz com que seus anseios e, muito mais, suas necessidades não sejam levadas em conta pelos atores políticos e sociais dominantes na formulação das agendas públicas (ALVES, 2013, p. 127).

Ao discorrer sobre a participação popular nas democracias, Fernando de Brito Alves (2013, p. 131) pontua que as reivindicações sociais podem ocorrer em espaços institucionais oficiais ou oficiosos. A título de exemplo de espaços institucionais oficiais, cita os conselhos de direitos e o orçamento participativo. Já os espaços oficiosos, considera:

Todos aqueles de que os grupos sociais, de forma sistemática ou não, se utilizam para exercer pressão sobre o poder público, para o reconhecimento de direitos, ou a criação de mecanismos de tutela e proteção daqueles já conquistados ao longo do processo histórico de formação e luta dos movimentos sociais enquanto tais.

Dentre estes espaços oficiosos está incluído o exercício do direito fundamental de reunião, através do qual são manifestadas insatisfações, anseios, necessidades, reivindicações, opiniões, ideias e pensamentos que, no mais das vezes, não têm percorrido a agenda pública dos espaços institucionais oficiais.

Outro não é o entendimento exarado por Sérvulo Correia (2006, p. 16) ao asseverar que o direito de reunião representa um meio para o cidadão “se compensar do déficit da representação assente nos processos eleitorais e de exercer influência sobre o processo político e a formação da opinião pública em geral.”

A descrença na democracia representativa é um fenômeno que vem crescendo e impactando na confiança e no entusiasmo da população com a própria democracia,

⁷⁶ Em referência ao pensamento de Hartley e Griffith, António Francisco de Sousa (2011, p. 42) ressalta que o direito de reunião é um modo de tornar públicas as queixas e sentimentos daqueles cidadãos aos quais não se concede fácil acesso à imprensa e à televisão.

⁷⁷ Conforme leciona Norberto Bobbio (2000, p. 402), a democracia é o governo de todos exercido pelo princípio da maioria. Destarte, garantir espaços de fala para os grupos minoritários, cujos direitos não podem ser aniquilados pela vontade da maioria, é um pressuposto democrático de participação na tomada de decisões públicas.

gerando um fenômeno que David Van Reybrouck (2013, p. 44) chama de “síndrome da fadiga democrática”.

Conforme observa David Van Reybrouck (2013, p. 29-44), os sinais desta “síndrome da fadiga democrática” podem ser claramente percebidos: (i) no crescente número de pessoas que defendem a existência de líderes fortes, sem se importarem com as eleições parlamentares; (ii) no número cada vez menor de eleitores que se apresentam para votar nas eleições; (iii) na inconstância partidária dos eleitores, que são cada vez menos fiéis a um determinado partido político; e (iv) na diminuição do número de pessoas filiadas a partidos políticos.

Não se pode olvidar que boa parte desta perda de legitimidade dos mecanismos formais da democracia representativa se dá pela constatação de um certo distanciamento que há entre a teoria e a prática democrática (REYBROUCK, 2013, p. 22-23).

Se a democracia é a menos pior das formas de governo, o que se tem visto hoje é que este distanciamento entre os debates travados nos espaços institucionais oficiais e as reais necessidades e anseios populares têm feito com que cada vez mais pessoas defendam a existência de líderes fortes, enfraquecendo, como que numa espiral do declínio, ainda mais a própria democracia (REYBROUCK, 2013, p. 22).⁷⁸

E estes líderes autoritários aproveitam as situações de crises, em que os cidadãos estão mais propensos a tolerarem medidas mais duras contra seus direitos e, com verniz democrático, decretam a morte das democracias sob o pretexto de defendê-las (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 94-95).

Vale a pena transcrever aqui a lúcida reflexão de Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018, p. 16):

É assim que as democracias morrem agora. A ditadura ostensiva – sob a forma de fascismo, comunismo ou domínio militar – desapareceu em grande parte do mundo. Golpes militares e outras tomadas violentas do poder são raros. A maioria dos países realiza eleições regulares. Democracias ainda morrem, mas por meios diferentes. Desde o final da Guerra Fria, a maior parte dos colapsos democráticos não foi causada por generais e soldados, mas pelos

⁷⁸ Em *Como as democracias morrem*, Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018, p. 66-69) elencam quatro sinais ou características dos líderes antidemocráticos: (i) o compromisso débil com as regras do jogo democrático; (ii) a negação da legitimidade dos oponentes, a quem descrevem como criminosos, subversivos, impatrióticos etc; (iii) a tolerância ou encorajamento à violência; e (iv) a intolerância à crítica, com tendência de restringir liberdades civis de rivais e críticos.

próprios governos eleitos. [...] O retrocesso democrático hoje começa nas urnas.

É nesse ambiente difuso de descrença na democracia representativa que o exercício do direito fundamental de reunião vem ganhando cada vez mais espaço como instrumento de vociferação dos anseios e reivindicações populares.

Este fenômeno pode ser constatado em diversos países ao redor do mundo, inclusive naqueles com democracias consideradas consolidadas⁷⁹. Há como que um retorno às raízes democráticas dos debates travados nas Ágoras atenienses.

Em 2012, a Escola de Economia de Londres publicou um estudo internacional sobre estes movimentos e apresentou o seguinte diagnóstico:

A conclusão mais importante da nossa pesquisa é a de que todos estes diferentes protestos, ações, campanhas e iniciativas têm em comum uma profunda frustração com relação à política formal tal como é exercida hoje. As palavras *angry* (raiva), indignado ou desiludido exprimem essa frustração. [...] A população alemã sofreu bem menos com as medidas de austeridade do que os outros países da Europa. [...] entretanto, vê-se na Alemanha, como em todos os outros países europeus, o surgimento de uma política subterrânea. Isso prova que os protestos não visam apenas os cortes orçamentários, mas também a questão política (REYBROUCK, 2013, p. 64).

Na verdade, muito mais do que reivindicações, as manifestações populares são respostas para as perguntas que ainda precisam ser descobertas, refletidas e elaboradas pelas autoridades públicas e pela sociedade em geral. Sem esta reflexão mais profunda não será possível encontrar o caminho para a superação da “síndrome da fadiga democrática”.

Nesse sentido, Slavoj Žižek (2012, p. 25) enfatiza que:

Os intelectuais não devem tomá-las inicialmente como reivindicações e questões para as quais precisam produzir respostas claras e programa sobre o que fazer. Elas são respostas, e os intelectuais deveriam propor as questões para elas. A situação é como a da psicanálise, em que o paciente sabe a resposta (seus sintomas), mas não sabe a que ela responde, e o analista deve formular a questão. Apenas por meio desse trabalho paciente surgirá um programa.

⁷⁹ Em referência a este fenômeno, David Van Reybrouck (2013, p. 57-76) cita, entre outros, os movimentos *Occupy Wall Street*, nos EUA; a ocupação da praça Tahir, no Cairo, e da Puerta del Sol, em Madri, ambos em 2011; e, o Movimento dos Indignados, na Espanha. Podem ainda serem citados, o Movimento dos Coletes Amarelos, que, em 2019, tomou as ruas francesas.

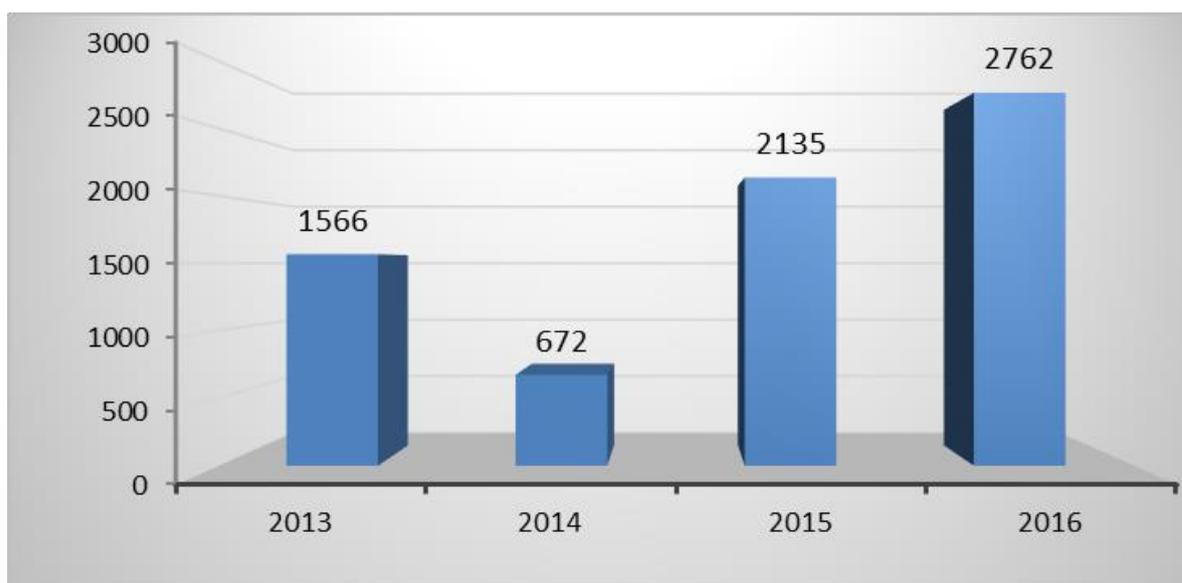
O recado é claro e só não é ouvido por quem não quer ouvir. Muito antes do que inflamados discursos retóricos dos governantes; muito antes do que qualquer cantinela de solidariedade, o povo quer e precisa falar e ser ouvido pelas autoridades públicas. Seus anseios, opiniões, pensamentos e reivindicações precisam ocupar os debates e preencher as agendas públicas.

No Brasil, não foi diferente. A partir de julho de 2013, uma onda de protestos passou a eclodir em diversas cidades e, de lá para cá, têm se repetido sistematicamente, ocupando espaços e vias públicas, verbalizando manifestações contra e a favor das estruturas políticas dominantes e apresentando reivindicações das mais variadas ordens.

Atentos a este fenômeno da explosão das manifestações populares no Brasil, Fernando de Brito Alves e Jairo Neia de Lima (2017, p. 47) recordam que os movimentos foram inicialmente desencadeados em São Paulo a partir do Movimento Passe Livre e, a partir daí, ampliaram-se para várias capitais e a pauta das demandas se diversificou para incluir a má qualidade dos serviços públicos, a questão da corrupção e o *impeachment* da presidente Dilma Rousseff.

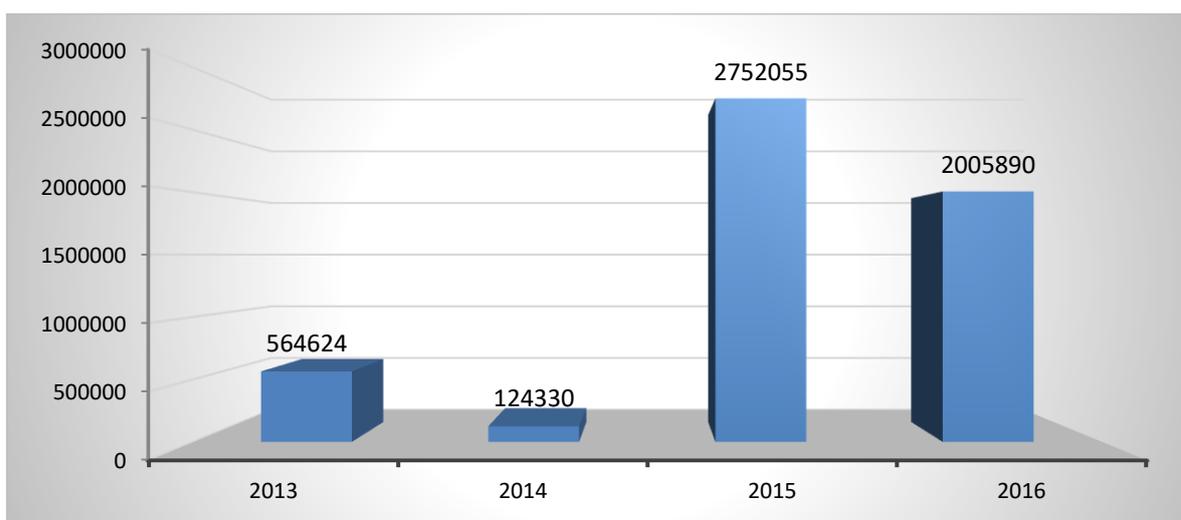
Dados estatísticos da Polícia Militar do Estado de São Paulo (PMESP, 2019b) revelam a dimensão das manifestações que ocorreram, na capital paulista, entre os anos de 2013 e 2016:

Gráfico 1 – Total de manifestações no Estado de São Paulo



Fonte: PMESP (2019b)

Gráfico 2 – Total de público nas manifestações no Estado de São Paulo



Fonte: PMESP (2019b)

Diante deste quadro, Fernando de Brito Alves e Jairo Neia de Lima (2017, p. 45) afirmam que o afastamento das decisões políticas das pautas e dos foros de participação popular denota a incapacidade da democracia representativa e dos partidos políticos de conduzirem para dentro do debate decisório as reivindicações sociais e, por isso, “diante de um sistema político progressivamente impermeável a saída encontrada para que a voz possa ser ouvida se dá por meio dos protestos sociais e da desobediência civil”.

Pontue-se, porém, que não se está aqui a defender o fim do sistema eleitoral-representativo, mas a ampliação e garantia dos espaços de debate público para além daqueles travados no parlamento, a consubstanciar o que Fernando de Brito Alves (2013, p. 133) intitula de democracia substantiva.⁸⁰

No mesmo sentido, ao discorrer sobre a importância dos protestos populares para a vida da democracia, Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018, p. 206) alertam que “o protesto público é um direito básico e uma atividade importante em qualquer democracia, mas seu objetivo deve ser a defesa dos direitos e instituições, não sua ruptura”.

⁸⁰ Para Fernando de Brito Alves (2013, p. 133), as democracias substantivas “asseguram a existência de espaços coletivos em que o ‘político’ acontece, tanto pela ação dos movimentos sociais quanto pela articulação do Estado enquanto novíssimo movimento social, garantido a inclusão das minorias e a proteção dos grupos vulneráveis, como uma imposição das demandas de igualdade inerentes à própria democracia”.

Observe-se, porém, que o direito fundamental de reunião não pode ser encarado como propriedade deste ou daquele grupo social ou político. A ideologização do debate não raras vezes deixa em segundo plano a análise da disciplina jurídico-constitucional⁸¹ do direito fundamental de reunião como um importante instrumento democrático pertencente a todos os indivíduos.

Até pouco tempo utilizado massivamente por grupos políticos de esquerda e hoje também apoderado pelos de direita, o debate em torno do direito fundamental de reunião muitas vezes se distancia da sua disciplina jurídico-constitucional para imergir no campo dos debates político-ideológicos como algo apropriável por uns e por outros não. E isto é um perigo para a democracia.

O respeito à pluralidade ideológica é corolário da dignidade humana, do pluralismo político e da igualdade que deve reger as relações entre as pessoas no Estado Democrático de Direito. A livre manifestação do pensamento, de reivindicações e críticas deve ser garantido a todos, desde que exercida de forma pacífica e com respeito à ordem democrática. A igualdade, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 23), é um direito fundamental que visa proteger o indivíduo contra perseguições e, ao mesmo tempo, tolher favoritismos.

Ao analisar as manifestações populares que eclodiram no Brasil em junho de 2013, Leonardo Avritzer (2016, p. 13-14) aponta que romperam com o monopólio da esquerda nos movimentos de rua, que durou quase 30 anos, e gerou a volta dos setores conservadores às ruas, com capacidade de mobilização na política brasileira. Com base em dados do IBOPE, Leonardo Avritzer (2016, p. 68) traçou o perfil dos manifestantes que ocuparam as ruas brasileiras em junho de 2013:

Os manifestantes tinham as seguintes características socioeconômicas: a divisão entre ambos os sexos, 50% de cada um deles; 63% tinham entre 14 e 29 anos; 43% tinham curso superior completo; 24% declararam não trabalhar e 52% declararam estudar. Quando indagada a renda familiar, 23% declararam que tinham renda acima de dez salários mínimos. Esses dados permitem uma caracterização: o perfil central dos manifestantes é composto pela classe média, principalmente pelos filhos destas.

⁸¹ “Enquanto o debate limitar-se a tais “pregações” ou a análises ainda pouco refletidas teórica, metodológica e dogmaticamente, várias questões permanecerão sem resposta. Entre as muitas, mencionem-se a natureza jurídica, o modo de interpretação e a classificação jurídico-dogmática das aparentes cláusulas condicionantes para o exercício da liberdade de reunião, como é o caso da exigência de “prévio aviso a autoridade competente” a ser atendida pelos titulares do direito fundamental em tela” (MARTINS, 2017, p. 438).

Estes dados demonstram a pluralização do exercício do direito fundamental de reunião e reforçam a necessidade de que, sob os influxos do Estado Democrático de Direito, o seu exercício seja garantido a todas as pessoas, sem distinções ideológicas das suas pautas. Nesse sentido, a destacar a importância da análise jurídico-constitucional do direito fundamental de reunião como instrumento democrático, Leonardo Martins (2017, p. 434-435) observa que:

A aludida obviedade implícita na tarefa de qualquer constitucionalista é ainda mais ignorada em contextos sociopolíticos como o encontrado no Brasil contemporâneo. Correntes ideológicas alinhadas mais à esquerda tendem a enxergar os órgãos das polícias militares, responsáveis pela defesa do bem jurídico constitucional da segurança pública (art. 144 CF), com certa “desconfiança”, para expressá-lo de maneira eufemística. Por sua vez, correntes ideológicas mais conservadoras ou à direita tendem a considerar o exercício concreto de direitos fundamentais que, em geral e por sua natureza, acarretam afetações de outros bens e interesses jurídicos coletivos e individuais como a estes submetidos, em uma indevida inversão da disposição hierárquica e do “ônus argumentativo” a restar mais bem explicitado ao cabo do presente ensaio.

No contexto do pluralismo democrático, que é um dos alicerces basilares do Estado brasileiro⁸², o direito fundamental de reunião deve garantir a expressão de ideias, opiniões, pensamentos e reivindicações as mais diversas possíveis.⁸³ Daí porque pode-se afirmar que o afastamento político-ideológico do debate acerca do direito fundamental de reunião em si mesmo, a servir de instrumento para as manifestações plurais de todos e de cada um dos indivíduos e grupos sociais, é uma exigência da democracia substantiva.

Enquanto os regimes autoritários procuram minar a pluralidade do debate democrático e a ideologização do direito de reunião é uma das suas estratégias de manutenção do poder, os regimes democráticos ampliam o eco das vozes dissonantes para que todos possam participar ativamente das deliberações públicas

⁸² Nos termos do art. 1º da CF/88, são fundamentos da República Federativa do Brasil: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

⁸³ À vista do direito constitucional português, António Francisco de Sousa adverte que “o que a Constituição portuguesa garante é a liberdade de reunião enquanto tal e não a liberdade de reunião para determinado fim”. Daí se conclui que o exercício do direito de reunião não está subscrito às manifestações políticas, podendo referir-se a qualquer fim lícito, e tampouco a um determinado viés ideológico. A autonomia do direito de reunião em face do conteúdo das opiniões e reivindicações que veicula é fundamental para que se mantenha instrumento democrático.

e contribuir na construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária para todos os cidadãos.

A título de exemplo, António Francisco de Sousa (2011, p. 19) observa que, antes da queda do muro de Berlim (1989), a liberdade de reunião nos países do leste europeu estavam sujeitas a um controle político. A Constituição da extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) previa expressamente, no seu art. 50, que estava garantido o direito de reunião e de manifestação na via pública “em conformidade com os interesses socialistas”.

Chega-se assim à conclusão de que a garantia do exercício democrático do direito de reunião como instrumento de comunicação plural de ideias, opiniões, pensamentos e reivindicações está diretamente ligado ao afastamento da sua justificação e apropriação ideológicas.

Este carácter instrumental-democrático do direito de reunião pode ser confirmado com as reflexões propostas por Luiz Fux (2013, p. 188):

O direito de reunião, ao lado da liberdade de manifestação do pensamento, deve ser utilizado como veículo por meio do qual se exterioriza a insatisfação popular com as questões centrais da vida pública, potencializando as vozes, antes ocultas, para possam ser percebidas com clareza pelos seus alvos, mercê de contribuírem para a edificação de um ambiente patriótico de reflexão sobre os rumos da nação.

Além disso, no plano jurídico os direitos fundamentais não necessitam de justificação ideológica, pois se encontram contemplados na Constituição e, conseqüentemente, sua superioridade axiológica e normativa é um dos corolários do Estado Constitucional de Direito (MARTINS, 2017, p. 437).

O debate deve, portanto, concentrar-se na efetividade do direito fundamental de reunião como instrumento democrático e afastar da abstração dos discursos metafísicos.

Afinal de contas, na atual quadra histórica, o grande problema da vida dos direitos fundamentais, que deve ocupar a mente (e as ações) das autoridades públicas, dos intelectuais e da sociedade em geral, é a efetividade dos direitos proclamados nas Constituições.

Neste ponto, oportuno se faz lembrar as lições de Norberto Bobbio (1992, p. 25) acerca da efetividade dos direitos:

O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

É com esse sentir que seguiremos a orientação de Leonardo Martins (2017, p. 438) de que, ao invés de se gastar energia com o debate acerca da fundamentação ideológica do direito de reunião, deve-se, em seu lugar⁸⁴, “investigar o sentido normativo do direito fundamental do art. 5º, XVI, CF com vistas a observar e, assim, a concretizar sua força normativa”. Esta também é advertência de Luiz Fux (2013, p. 170) ao destacar a necessidade de que o direito de reunião seja analisado a partir do seu conteúdo jurídico, “nos termos em que positivado pela Lei Fundamental de 1988.”

A partir deste pressuposto e tendo em vista o escopo prático que orienta este trabalho, dar-se-á especial atenção à análise dogmático-constitucional do direito de reunião na Constituição Federal de 1988.

3.2 O direito de reunião na ordem jurídica internacional

Antes da análise dogmático-jurídica do enunciado normativo do inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988, com o intuito de determinar o âmbito de proteção do direito fundamental de reunião, será brevemente discorrido sobre seu lugar no direito internacional e no direito constitucional comparado.

Sem negar antecedentes históricos mais remotos, concentrar-se-á na análise do direito de reunião como liberdade pública reconhecida nos principais documentos internacionais que emergiram a partir das lutas empreendidas contra o absolutismo.

No julgamento da ADI nº 1969/99, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski (STF, 2007, p. 372), lembrou que:

[...] a liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas, encontrando

⁸⁴ Como bem observa Leonardo Martins (2017, p. 435), “os polos marginais do espectro político-ideológico – excluindo-se de tais os absolutamente extremistas que não agem sob os auspícios da ordem constitucional vigente, mas ao contrário a combatem como a um inimigo – procuram legitimar seus posicionamentos em construções teóricas demasiadamente frágeis por não se encontrarem respaldadas no direito constitucional positivo. Destarte, perdem muito tempo e energia em construções teóricas estéreis”.

expressão, no plano jurídico, a partir do século XVIII, no bojo das lutas empreendidas pela humanidade contra o absolutismo monárquico.

Apesar de o direito de reunião não ter encontrado assento na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), documento que sintetiza a luta contra o absolutismo monárquico-despótico francês, foi reconhecido aos franceses, no art. 62 do Decreto de 14 de dezembro do mesmo ano, o direito de se reunirem pacificamente e sem armas. Logo em seguida, a Constituição Francesa de 1791 declarou, no nº 3 do seu Título Primeiro, “a liberdade aos cidadãos de se reunirem pacificamente e sem armas, cumprindo as exigências das leis de polícia”.

Do mesmo modo, a Declaração do Bom Povo da Virgínia (1776) e a Constituição Americana (1787) não contemplaram em seus textos o direito de reunião. A omissão foi superada pela Primeira Emenda à Constituição Americana que declarou o “direito de o povo se reunir pacificamente e dirigir petições ao Governo para reparação de injustiças”, proibindo o Congresso de legislar proibindo ou cerceando tal liberdade.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos também reconheceu o direito de reunião ao proclamar, no seu artigo 20, nº 1, que “toda a pessoa tem direito à liberdade de reunião e de associação pacíficas”.

No âmbito internacional regional há o reconhecimento do direito de reunião em diversos documentos. No velho continente, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1953) prevê:

Art. 11 - Liberdade de reunião e de associação

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação, incluindo o direito de, com outrem, fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa dos seus interesses.

2. O exercício deste direito só pode ser objecto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros. O presente artigo não proíbe que sejam impostas restrições legítimas ao exercício destes direitos aos membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado.

Após salientar que o debate público é vital para a democracia, o Parlamento Europeu, em Resolução aprovada em 14 de fevereiro do ano de 2019, condenou a “adoção, nos últimos anos, de leis restritivas em matéria de liberdade de reunião por

vários Estados-Membros” e destacou que “a violência contra manifestantes pacíficos nunca pode ser uma solução num debate ou na política”.

Na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1981)⁸⁵ também há o reconhecimento do direito de reunião, *in verbis*:

Art. 11 - Toda pessoa tem direito de se reunir livremente com outras pessoas. Este direito exerce-se sob a única reserva das restrições necessárias estabelecidas pelas leis e regulamentos, nomeadamente no interesse da segurança nacional, da segurança de outrem, da saúde, da moral ou dos direitos e liberdades das pessoas.

Pontua Maria José Morais Pires (1999, p. 336) que a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos “revela-se o único tratado relativo a direitos do homem que consagra, de forma desenvolvida, a noção de deveres individuais não só em relação ao próximo, mas também em função da comunidade, na linha de tradição africana”.

No que se refere ao reconhecimento do direito de reunião (art.11), Maria José Morais Pires (1999, p. 343) observa que são admitidas as restrições legais e desfere incisiva crítica à referência ao interesse da segurança nacional, à segurança dos outros, à saúde, à moral e aos direitos e liberdades das pessoas como fundamentos de intervenções restritivas: “estas limitações draconianas tornam difícil determinar o conteúdo do direito.”

No continente americano, o direito de reunião é contemplado no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966) e Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), *in verbis*:

Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos:

Art. 21. O direito de reunião pacífica será reconhecido. O exercício deste direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança ou ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

Convenção Americana de Direitos Humanos:

⁸⁵ Conforme registra Maria José Morais Pires (1999, p. 336), a “Carta Africana constitui naturalmente um contributo importante para o desenvolvimento do direito regional africano e preenche uma lacuna em matéria de protecção dos direitos do homem. Trata-se de um progresso significativo, resultante de um compromisso entre as concepções políticas e jurídicas opostas, que veio trazer ao direito internacional dos direitos do homem a consagração de uma relação dialéctica entre direitos e deveres, por um lado, e a enunciação tanto de direitos do homem como de direitos dos povos, por outro. As tradições históricas e os valores da civilização africana influenciaram os Estados autores da Carta, a qual traduz, pelo menos no plano dos princípios, uma especificada africana do significado dos direitos do homem”.

Art. 15. Direito de reunião. É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei e que sejam necessárias, numa sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas (grifo nosso).

A mesma crítica tecida por Maria José Morais Pires em face da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos é apresentada por Fernando Dias Menezes de Almeida (2001, p. 84-86, grifo do autor) diante do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos, *in verbis*:

Ora, de um lado, as restrições legais previstas caracterizam-se como excepcionais e submetidas ao princípio da razoabilidade, ou proporcionalidade (“*que se façam necessárias*”); mas, de outro, a invocação das expressões “*sociedade democrática*”, “*segurança nacional*”, “*segurança e ordem públicas*”, “*saúde ou moral públicas*” oferece enorme margens de interpretação ao aplicador da norma, que poderá, na prática, comprometer a liberdade.

Nessa linha de raciocínio, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA) (2006, p. 16) já se pronunciou no sentido de que “os Estados podem regular o uso do espaço público estabelecendo, por exemplo, requisitos de aviso prévio, mas esses regulamentos não podem implicar demandas excessivas que invalidem o exercício do direito”.

Importante registrar que o Brasil é signatário do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁸⁶ e da Convenção Americana de Direitos Humanos⁸⁷, os quais, portanto, integram a ordem jurídica brasileira com status supralegal e infraconstitucional⁸⁸.

Observe-se, por fim, que é comum aos documentos citados a imposição de que a reunião seja pacífica e sem armas, o reconhecimento da possibilidade de que restrições ao seu exercício sejam previstas em lei, desde que necessárias, numa

⁸⁶ O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992.

⁸⁷ A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, foi ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

⁸⁸ No julgamento do RE nº 466343, em 03/12/2008, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a constitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciário, assentou o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional nº45/2004 e, portanto, não submetidos ao processo legislativo de aprovação das emendas constitucionais (CF/88, art. 5º, §3º), possuem a natureza jurídica de normas supralegais e infraconstitucionais.

sociedade democrática, para a salvaguarda de outros bens jurídicos individuais e supraindividuais.

3.3 O direito de reunião no Direito Constitucional estrangeiro

O objetivo deste tópico é verificar como o direito de reunião é disciplinado no direito constitucional estrangeiro. Os textos constitucionais foram selecionados a partir de alguns critérios que orientam a presente pesquisa.

Inicialmente, a escolha da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha se deu em razão da forte influência que o direito constitucional alemão exerceu na elaboração das Constituições portuguesa e brasileira⁸⁹, bem como pelo acolhimento da doutrina e jurisprudência alemãs, sobretudo a partir da *teoria dos princípios* de Robert Alexy, exerce sobre a doutrina e a jurisprudência brasileiras, com franco acolhimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal.⁹⁰

A opção pela Constituição portuguesa também foi fruto da influência que esta teve na elaboração Constituição brasileira⁹¹ e do reflexo que a doutrina constitucional lusitana exerce na cultura jurídica brasileira, podendo-se citar as obras de JJ Gomes Canotilho, Jorge Miranda, Jorge Reis Novais, Vital Moreira, entre outros.

Sem deixar de reconhecer que os países de língua portuguesa não são democracias perfeitas, Fernando de Brito Alves (2014, p. 40) assevera que, em muitos casos, estão muito distantes deste modelo ideal de vivência democrática, bem como a dissonância entre a teoria e a prática constitucional nesses países⁹², a decisão por colacionar neste trabalho os textos constitucionais lusófonos se deve, sinteticamente,

⁸⁹ Em seus estudos comparativos entre as normas de direito constitucional de língua portuguesa para a identificação de uma tradição cultural-jurídica lusófona, Fernando de Brito Alves (2014, p. 02) reconhece que as “Constituições lusófonas são tributárias dos modelos e famílias constitucionais ocidentais que sobre elas exercem uma ‘atração hegemônica”.

⁹⁰ Em sua tese de doutoramento, Fausto Santos de Moraes (2018) discorre sobre a influência da teoria dos princípios de Robert Alexy nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e, após a análise de importantes julgados, denuncia criticamente a inadequada aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Pretório Excelso.

⁹¹ Fernando de Brito Alves (2014, p. 21) afirma que, apesar algumas soluções normativo-institucionais *sui generis* adotadas pelo constituinte brasileiro, é “inegável a influência da Constituição Portuguesa de 1976 sobre a Constituição Brasileira de 1988”.

⁹² Este distanciamento entre a teoria e a prática constitucional muitas vezes observadas nos países lusófonos aponta, conforme leciona Fernando de Brito Alves (2014, p. 41), para uma fraude contra a Constituição, posto que “ocorre um falseamento ou esvaziamento da pretensão de eficácia da norma constitucional, ficando ela reduzida ao seu conteúdo semântico, e com funções meramente retóricas”.

por dois motivos: (i) uma questão histórico-cultural⁹³, que culminou, inclusive, na criação de *Comunidade dos Países de Língua Portuguesa* (CPLP)⁹⁴; e (ii) pelo reconhecimento de uma tradição constitucional de língua portuguesa (ALVES, 2014, p. 73).

Por fim, a seleção dos países latino-americanos foi motivada pela afirmação de uma cultura jurídica latino-americana e da influência recíproca que exercem entre si.

Destarte, foi também selecionada a Constituição da Espanha que, pelos mesmos motivos acima expostos em relação à Constituição portuguesa, influenciou o direito constitucional dos países latino-americanos de língua espanhola. Além disso, conforme registra Luiz Fux (2013, p. 177), a redação do inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988 foi inspirada na Lei Fundamental da Alemanha (art. 8º) e na Constituição espanhola de 1978 (art. 21), que, diferente do que fez a Constituição de Portugal (art. 45, 1 e 2), dedicaram um único dispositivo ao direito de reunião.

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949) garante a todos os alemães o direito de se reunirem pacificamente e sem armas, não sendo necessária notificação ou autorização prévia. No caso das reuniões em locais públicos (ao ar livre), admite-se que o exercício do direito de reunião seja restringido por lei ou em virtude de lei, *in verbis*:

Artigo 8 - Liberdade de reunião:

1. Todos os alemães têm o direito de se reunirem pacificamente e sem armas, sem notificação ou autorização prévia.

⁹³ Após enfatizar que o constitucionalismo deve ser considerado uma criação cultural e, portanto, sujeito a condicionamentos histórico-sociais, Fernando de Brito Alves (2014, p. 2-18) reconhece a centralidade da Constituição portuguesa de 1976 e que sua influência “no direito constitucional lusófono é resultado das relações coloniais que fizeram com que a tradição constitucional portuguesa, ainda que mediada por soluções próprias, fosse incorporada ao direito constitucional de suas antigas colônias”.

⁹⁴ A Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP) foi criada, em 17 de julho de 1996, em Lisboa, e é constituída por nove Estados-Membros (Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Guiné Equatorial, Portugal, Moçambique, São Tomé e Príncipe e Timor-Leste). De acordo com o art. 1º do seu Estatuto, a CPLP é o “foro multilateral privilegiado para o aprofundamento da amizade mútua, da concertação político-diplomática e da cooperação entre os seus membros.” Para Fernando Augusto Albuquerque Mourão (SENADO FEDERAL, 2008, p. 916), “o conteúdo deste artigo expressa o fato de que a CPLP exprime um ato de vontade de oito países independentes, enquanto a construção da Francofonia e da Commonwealth, esta de natureza programática, se deu ainda num quadro colonial. Estas comunidades, de concepção diferente, foram estruturadas ao longo de um processo de descolonização, refletindo, portanto, modelos e processos específicos desse período. Três pontos focais dão substantividade ao art. 1º dos Estatutos: - a amizade mútua - a concertação político-diplomática - a cooperação”.

2. Para as reuniões ao ar livre, este direito pode ser restringido por lei ou em virtude de lei.

Seguindo o mesmo caminho, a Constituição da Espanha (1978) também reconhece o direito de reunião pacífica e sem armas, independentemente de autorização prévia. No caso de reuniões em locais de trânsito público ou de manifestações, deve-se comunicar previamente a autoridade, que, entretanto, somente poderá proibi-las se houver fundadas razões de alteração da ordem pública, com perigo para as pessoas ou bens, *in verbis*:

Art. 21 - Derecho de reunión

1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.

2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.

A destacar a relevância do direito de reunião como um princípio democrático participativo, o Tribunal Constitucional da Espanha, no julgamento da STC nº 66/95 (1995, p. 06), assim o definiu:

El derecho de reunión, según ha reiterado este Tribunal, es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones, y cuyos elementos configuradores son el subjetivo -agrupación de personas-, el temporal -duración transitoria-, el finalista -licitud de la finalidad- y el real u objetivo -lugar de celebración- (por todas, STC 85/1988). También hemos destacado en múltiples Sentencias el relieve fundamental que este derecho -"cauce del principio democrático participativo"- posee, tanto en su dimensión subjetiva como en la objetiva, en un Estado social y democrático de Derecho como el proclamado en la Constitución. Para muchos grupos sociales este derecho es, en la práctica, el uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones.

A Constituição da República Portuguesa (1976) reconhece o direito de reunião e de manifestação, pacífica e sem armas, mesmo em lugares abertos ao público, sem necessidade de qualquer autorização, *in verbis*:

Artigo 45 - Direito de reunião e de manifestação

1. Os cidadãos têm o direito de se reunir, pacificamente e sem armas, mesmo em lugares abertos ao público, sem necessidade de qualquer autorização.

2. A todos os cidadãos é reconhecido o direito de manifestação.

A análise crítica do texto constitucional português será desenvolvida mais adiante, justamente pela adoção, neste trabalho, do referencial teórico-constitucional lusitano.

De um modo geral, as Constituições dos países da CPLP⁹⁵ também reconhecem o direito de reunião pacífica e sem armas, independentemente de autorização prévia. Todavia, vale a pena destacar que, diferente do que ocorre nas Constituições portuguesa e brasileira, todas as demais fazem menção à reserva legal expressa.

No âmbito regional latino-americano, a Constituição da Argentina não prevê expressamente o direito de reunião. De outro lado, prescreve que toda reunião de pessoas que se atribua direitos do povo e peticione em nome deste comete o delito de sedição, *in verbis*:

Art. 22 - El pueblo no delibera ni gobierna. sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuer.la amlada o reunión de personas que se atribuya los derechos dei pueblo y peticione a nombre de éste. comete delito de sedición.

⁹⁵ Lei Constitucional da República de Angola (1992) - Artigo 32 - 1. São garantidas as liberdades de expressão, de reunião, de manifestação, de associação e de todas as demais formas de expressão. 2. A lei regulamenta o exercício dos direitos mencionados no parágrafo anterior. 3. São interditos os agrupamentos cujos fins ou actividades sejam contrários aos princípios fundamentais previstos no artigo 158.º da Lei Constitucional, às leis penais, e os que prossigam, mesmo que indirectamente, objectivos políticos mediante organizações de carácter militar, paramilitar ou militarizado, as organizações secretas e as que perfilhem ideologias racistas, fascistas e tribalistas. Constituição da República de Cabo Verde (1991), Artigo 52 - Liberdade de Reunião e de Manifestação: 1. Os cidadãos têm o direito de se reunir, pacificamente e sem armas, mesmo em lugares abertos ao público, sem necessidade de qualquer autorização. 2. A todos os cidadãos é reconhecido o direito de manifestação. 3. A reunião, quando ocorra em lugares abertos ao público, e a manifestação devem ser comunicadas previamente às autoridades competentes, nos termos da lei. Constituição de Guiné-Bissau (1990), Artigo 51 - Direito à liberdade de reunião e de manifestação: Todos os cidadãos têm direito à liberdade de reunião e manifestação nos termos da lei. Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe (2003), Artigo 34 - Direito de reunião e de manifestação: 1. Os cidadãos têm o direito de se reunir, pacificamente e sem armas, mesmo em lugares abertos ao público. 2. A todos os cidadãos é reconhecido o direito de manifestação, nos termos da lei. Constituição da República Democrática de Timor-Leste (2002), Artigo 42 - Liberdade de reunião e de manifestação: 1. A todos é garantida a liberdade de reunião pacífica e sem armas, sem necessidade de autorização prévia. 2. A todos é reconhecido o direito de manifestação, nos termos da lei.

As Constituições da Bolívia⁹⁶, Colômbia⁹⁷, Chile, Paraguai e Uruguai⁹⁸ reconhecem o direito de reunião, pacífica e sem armas, mas preveem expressamente a possibilidade da restrição legal. Dentro do escopo deste trabalho, merecem destaque as Constituições chilena e paraguaia.

A Constituição do Chile estabelece que as reuniões em praças, ruas e demais lugares de uso público se regerão pelas disposições gerais de polícia, *in verbis*:

Art. 19 - La Constitución asegura a todas las personas:
[...] 13. El derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas. Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de policía.

Percebe-se claramente na disposição constitucional chilena a preocupação de compatibilizar o uso do espaço público entre manifestantes e não manifestantes, que também se encontram neste local.

Ainda mais pontual, a Constituição do Paraguai estabelece, a par do direito de participar de uma reunião ou manifestação, o direito de não participar de tais atos e, afim de compatibilizar os direitos dos manifestantes e dos não manifestantes, prescreve que a lei poderá regulamentar o exercício do direito de reunião e de manifestação nos lugares de trânsito público, em horários determinados, preservando os direitos de terceiros e a ordem pública estabelecida em lei.

Destarte, têm-se que a Constituição paraguaia enumera relevantes critérios e limites para a intervenção legal restritiva, *in verbis*:

Art. 32 - De la libertad de reunión y de manifestación:
Las personas tienen derecho a reunirse y a manifestarse pacíficamente, sin armas y con fines lícitos, sin necesidad de permiso, así como el derecho a no ser obligadas a participar de tales actos. La ley sólo podrá reglamentar su ejercicio en lugares de tránsito público, en horarios determinados, preservando derechos de terceros y el orden público establecido en la ley.

⁹⁶ Constituição da Bolívia, Art. 7 - Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: [...] c. A reunirse y asociarse para fines lícitos.

⁹⁷ Constituição da Colômbia, Artículo 37. Toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Sólo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho.

⁹⁸ Constituição do Uruguai, Art. 38 - Queda garantido el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no podrá ser desconocido por ninguna autoridad de la República sino en virtud de una ley, y solamente en cuanto se oponga a la salud, la seguridad y el orden públicos.

De modo geral, percebe-se que as Constituições contemplam o direito de reunião, pacífica e sem armas, sem necessidade de autorização prévia, respeitando o direito colidente de terceiros, no que foram acompanhadas pela Constituição brasileira de 1988.

3.4 O direito de reunião no Direito Constitucional brasileiro

Tratar-se-á agora de breve incursão na história do direito de reunião no constitucionalismo brasileiro.

Não se deixará, entretanto, de observar os conselhos de Leonardo Martins (2017, p. 435) que, fiel à sua perspectiva constitucional-dogmática, leciona que a interpretação de um direito fundamental deve ter início com a análise do seu enunciado normativo e não dos valores abstratos do seu significado ou do seu desenvolvimento histórico-constitucional.

Peremptoriamente, adverte o professor potiguar que a “descrição histórica em si é assunto da ciência humana, que é a História e não, necessariamente, da ciência social aplicada, que é o Direito” (MARTINS, 2017, p. 435).

De todo modo, reconhecendo que o direito é um fenômeno histórico e cultural, as transformações suportadas pelo direito de reunião no desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro pode auxiliar na compreensão do estágio atual da disciplina jurídico-constitucional do direito fundamental de reunião na Constituição Federal de 1988.

A Constituição do Império, outorgada por Dom Pedro I, em 25 de março de 1824, não elencou entre o direito de reunião entre os direitos civis e políticos descritos no seu Título 8º.

Observe-se, aliás, que, em ordem diametralmente oposta à adotada pela Constituição Federal de 1988, a Constituição de 1824 primeiro definiu toda a estrutura do Estado brasileiro e apenas no seu último Título apresentou as “disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros”, os quais [direitos civis e políticos] estão previstos em apenas trinta e cinco incisos do art. 179, o derradeiro o dispositivo da Constituição do Império.

Foi a partir da Constituição da República, promulgada pelo Congresso Constituinte, em 24 de fevereiro de 1891, que o direito de reunião ganhou assento no direito constitucional brasileiro.

O artigo 72, § 8º da Constituição de 1891 declarava que “a todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública”. A redação deste dispositivo foi mantida pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926.

A Constituição de 1934 também contemplou o direito de reunião, mas acrescentou ao dispositivo constitucional que a autoridade (não estabeleceu qual)⁹⁹ poderia designar o local para a realização da reunião, desde que isto fosse necessário para assegurar ou restabelecer a ordem pública e não frustrasse ou impossibilitasse o exercício do direito, *in verbis*:

Art. 113, 11) A todos é lícito se reunirem sem armas, não podendo intervir a autoridade senão para assegurar ou restabelecer a ordem pública. Com este fim, poderá designar o local onde a reunião se deva realizar, contanto que isso não o impossibilite ou frustre.

Sob o pretexto de barrar a infiltração comunista e buscando atender às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social¹⁰⁰, o Presidente da República Getúlio Vargas outorgou a Carta Política de 1937.

O direito de reunião foi previsto no artigo 122, 10 do texto constitucional, da seguinte forma: “todos têm direito de reunir-se pacificamente e sem armas. As

⁹⁹ Para Fernando Dias Menezes de Almeida (2001, p. 99), a expressão “autoridade” nos enunciados normativos das Constituições de 1934 (art. 113, 11) e 1967 (art. 140, §27) são uma referência à “autoridade de polícia.” A Constituição de 1946 (art. 141, §11) faz expressa menção à “polícia” como competente para a designação do local da reunião. Já a Constituição de 1967 condiciona a possibilidade de designação do local da reunião pela autoridade à previsão legal.

¹⁰⁰ Vale a pena transcrever o preâmbulo da Constituição de 1937, *in verbis*: “O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil: Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; Atendendo ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; Atendendo a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo; Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas; Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País”.

reuniões a céu aberto podem ser submetidas à formalidade de declaração, podendo ser interditadas em caso de perigo imediato para a segurança pública”.

Evidentemente que, diante das condições sócio-políticas da época, a previsão constitucional do direito de reunião se configurou em mera retórica no regime ditatorial de Getúlio Vargas, sendo que, em 31 de agosto de 1942, foi suspenso pelo Decreto nº 10.358, que declarou o estado de guerra em todo o território nacional.

Após o fim da 2ª Guerra Mundial e posterior deposição de Getúlio Vargas do poder, foi promulgada a Constituição de 1946, que, em seu artigo 141, § 11, versava que “Todos podem reunir-se, sem armas, não intervindo a polícia senão para assegurar a ordem pública. Com esse intuito, poderá a polícia designar o local para a reunião, contanto que, assim procedendo, não a frustre ou impossibilite”.

Este dispositivo constitucional foi suspenso por 30 dias pela Lei nº 2.654, de 25 de novembro de 1955, que decretou o estado de sítio em todo o território brasileiro.

Ressalte-se que a Constituição de 1946 restabeleceu a possibilidade de ser designado o local para a reunião com o fim de assegurar a ordem pública e desde que isto não frustrasse ou impossibilitasse a sua realização. Todavia, há aqui uma inovação: tal poder foi expressamente designado à Polícia no §11 do art. 141.

O direito fundamental de reunião também encontrou previsão na Constituição de 1967, que, no seu artigo 150, § 27, assim dispunha:

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.

O texto constitucional de 1967 manteve a possibilidade de designação do local para a realização da reunião, mas delegou à lei determinar os casos em que a autoridade (não há mais menção expressa à Polícia) designaria o local para o exercício do direito fundamental de reunião.

A redação original da Constituição de 1967 foi abrogada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que lhe atribuiu nova redação. O direito de reunião foi previsto no § 27 do art. 153 com a mesma redação anterior, o que, em razão das restrições às liberdades públicas que vigoraram durante o governo militar, não passou de retórica semântica.

Aponte-se que, a exemplo da Constituição do Império de 1824 e ao inverso da Constituição Federal de 1988, as Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e a

Emenda Constitucional nº 1, de 1969, também mantiveram a lógica-estrutural de primeiro definir a conformação do Estado para só depois declarar os direitos dos cidadãos.

É, pois, sob este contexto sócio-histórico de retomada das liberdades públicas e de instauração do Estado Democrático de Direito, sob o alicerce da dignidade humana e dos direitos fundamentais, que a Constituição Federal de 1988 vai contemplar o direito fundamental de reunião.

Como já se viu, o direito fundamental de reunião alinha-se entre os direitos fundamentais democráticos e representa importante instrumento de participação popular na vida pública, contribuindo assim, a um só tempo, para a formação da opinião pública e para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Já foi dito que a condição humana só se desenvolve com a partilha do mundo com o outro e, portanto, o direito de reunião alinha-se entre os corolários da dignidade da pessoa humana ao propiciar o desenvolvimento da personalidade do ser individual a partir da sua vivência coletiva (SOUSA, 2011, p. 26).

Mas, se, por um lado, o direito de reunião contribui para o desenvolvimento da personalidade do ser individual a partir da sua vivência coletiva; por outro, como que no reverso da moeda, contribui para o desenvolvimento social a partir da comunicação interindividual, conforme apontou o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no julgamento do caso *Brokdorf* – BVerfGE 69/315 (1985, p. 53).

Trata-se de direito fundamental de primeira dimensão¹⁰¹, conferindo ao indivíduo¹⁰² o *status negativus* de exigir a não interferência estatal e dos demais cidadãos capazes de impedir, total ou parcialmente, o seu exercício.

Na sua dimensão subjetiva, o direito fundamental de reunião caracteriza-se por ser um direito individual de exercício coletivo, o que, enfatize-se, não lhe retira a natureza de direito subjetivo individual (BRANCO, 2015, p. 295). Na doutrina de António Francisco de Sousa (2011, p. 61), a liberdade de reunião é uma forma específica do direito de comunicação. Trata-se de um manifestar-se coletivamente.

Nesse sentido, Sérvulo Correia (2006, p. 49) observa que:

¹⁰¹ Trata-se, na visão de António Francisco de Sousa (2011, p. 41), de um “direito clássico, sem dúvida um dos mais elementares direitos políticos, um verdadeiro direito básico de participação política democrática.”

¹⁰² Conforme leciona JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 636, grifo do autor), o direito de reunião e de manifestação se caracterizam como “*direitos gerais das pessoas* enquanto tais, independentemente das suas funções e das suas dimensões particulares”.

O seu âmbito de protecção e as restrições que o encurtam não incidem sobre a manifestação como um todo, mas sobre as pessoas singulares que nela tomam parte e, quando muito, as pessoas colectivas que exercem a iniciativa de a organizar.

Acerca da titularidade do direito fundamental de reunião pela pessoa jurídica, Leonardo Martins (2017, p. 446) leciona que

Quanto à possibilidade de pessoas jurídicas serem titulares da liberdade de reunião, no sistema alemão, não na qualidade de participantes, mas de realizadoras ou organizadoras, posições que são contempladas na Lei Federal de Reuniões com direitos e obrigações directas: Schulze-Fielitz (2013: 1048) e Höfling (2014: 445).

Além da liberdade de participar ou não da reunião, dentro do seu âmbito de protecção também se abriga a liberdade de promoção e organização da reunião¹⁰³, bem como a definição do lugar, hora, percurso etc (PIEROTH; SCHLINK, 2019, p. 351).

No escólio de Jorge Miranda (2000, p. 484), o direito de reunião engloba três vertentes: (i) liberdade de promoção, convocação e organização; (ii) liberdade de participação (positiva) ou não participação (negativa); e (iii) liberdade de realização concreta e atual da reunião.

Destarte, no exercício do seu direito de reunião, o indivíduo pode empreender todos os comportamentos pacíficos para veicular sua ideia, opinião, pensamento ou reivindicação, a exemplo de gritar palavras de ordem, cantar, carregar bandeiras e faixas etc. Até mesmo o silêncio pode ser uma forma de manifestação (MARTINS, 2005, p. 527).

Esta autonomia e liberdade na escolha da forma de transmitir a mensagem desejada pelos manifestantes não significa que esteja isento de eventuais responsabilidades pelos atos praticados.

Nesse sentido, lembra Sérvulo Correia (2006, p. 51) que:

¹⁰³ Conforme JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 637, grifo do autor), “as *medidas preparatórias* de uma reunião ou manifestação (anúncio, convocação, convites, arranjos dos lugares, megafones, canções, folhetos, mas já não bancas de ‘comes e bebes’, ‘roulottes de sanitários’) entram, em princípio, no âmbito de protecção.” Os constitucionalistas portugueses não expõem os fundamentos pelos quais excluem do âmbito de protecção as medidas preparatórias de instalação de sanitários ou bancas para fornecimento de alimentos, que, sem dúvidas, são importantes para atender aos manifestantes, sobretudo em reuniões de maior envergadura.

O exercício do direito fundamental não cria imunidade relativamente a condutas que, em si mesmas, sejam objecto de desvalor jurídico por força de preceitos avulsos que não estabeleçam eles próprios uma restrição inconstitucional à liberdade de manifestação.

Da dimensão objetiva do direito fundamental de reunião a primeira consequência que surge é o dever estatal de não intervenção ablativa no exercício da liberdade. Como já foi dito, o direito de reunião caracteriza-se como uma liberdade pública que protege o indivíduo contra as intromissões indevidas das autoridades estatais. Esta é a concepção clássica dos direitos fundamentais de primeira dimensão enquanto direitos contra o Estado.

Mas a efetividade do direito de reunião não se satisfaz com a omissão interventiva estatal. Da dimensão objetiva do direito fundamental de reunião surge também para as autoridades públicas o dever de proteção estatal, inclusive contra atos de terceiros que tentem impedir ou dificultar o exercício do direito fundamental.

Em verdade, como ressonância da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas¹⁰⁴, o que se espera é que todos, inclusive os não manifestantes, respeitem o exercício do direito de reunião daqueles que desejam expor suas ideias, pensamentos e opiniões, de forma pacífica e sem armas, no contexto de uma sociedade plural e democrática no uso do espaço público. Entretanto, numa via de duplo sentido, também é de se esperar que os manifestantes respeitem os direitos dos não manifestantes.

O dever de proteção estatal também se estende contra as ações daqueles que, extrapolando o legítimo exercício do direito de reunião, praticam atos de violência contra pessoas e/ou coisas. A Força de Segurança deve, sempre que possível, atuar para identificar e deter os manifestantes violentos, retirando-os da reunião e, com isso, garantir o escorreito exercício do direito de reunião pelos manifestantes pacíficos.

¹⁰⁴ Ao tratar da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, nos termos do art. 18 da Constituição da República Portuguesa, JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 385, grifo do autor) lecionam que os direitos fundamentais possuem eficácia imediata perante as entidades privadas e isso implica que “tal como o Estado, também todas as entidades privadas estão sujeitas a um *dever* de não perturbar ou impedir o exercício dos direitos fundamentais. Os direitos, liberdades e garantias traduzem-se, assim, num dever geral de todos os cidadãos de respeitar e não infringir os direitos alheios.” Entre nós, Luiz Fux (2013, p. 183) defende que o direito de reunião é dirigido contra os Poderes Públicos e, em razão da sua horizontalidade, também contra os particulares, voltando-se contra eventuais ataques perpetrados por terceiros.

Entre nós, a refletir sobre esta dimensão objetiva do direito fundamental de reunião, Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 300) leciona que:

O direito de reunião possui, de outra parte, um aspecto de direito a prestação do Estado. O Estado deve proteger os manifestantes, assegurando os meios necessários para que o direito à reunião seja fruído regularmente. Essa proteção deve ser exercida também em face de grupos opositores ao que se reúne, para prevenir que perturbem a manifestação.

Como bem advertiu o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no julgamento do caso *Brokdorf* – BVerfGE 69/315 (1985, p. 54), se este não fosse o procedimento a ser adotado pela Força de Segurança ter-se-ia uma perigosa inversão na ordem democrática, *in verbis*:

Se o comportamento não pacífico de alguns indivíduos tivesse como consequência a queda da proteção do direito fundamental de todos os manifestantes e não somente dos infratores, estes teriam o poder de “inverter o funcionamento” de manifestações para transformá-las em ilegais “contra a vontade dos outros manifestantes”; então, praticamente toda grande manifestação poderia ser proibida, pois que quase sempre o “reconhecimento” acerca de intenções não-pacíficas de parte dos manifestantes pode ser obtido.

Ocorre que nem sempre a dinâmica social se desenvolve com este respeito mútuo entre os particulares no exercício dos seus direitos fundamentais e, portanto, a intervenção estatal se faz necessária para harmonizar a comunhão do espaço público na vivência democrática.

É nesse sentido que António Francisco de Sousa (2011, p. 66-67) assevera que os manifestantes pacíficos têm o direito de terem a sua segurança preservada pelo Estado tanto diante da ação de contramanifestantes quanto de manifestantes violentos, de modo que possam continuar a exercer o seu direito constitucional.

Sem dúvidas, esta não é uma tarefa das mais fáceis e, no que tange à harmonização entre o exercício do direito de reunião e os direitos colidentes de terceiros, tal atribuição tem, em regra, recaído sobre os ombros da Força de Segurança e, eventualmente, do Poder Judiciário.

No Brasil, sobretudo em razão da adesão doutrinária e jurisprudencial majoritária à teoria da aplicabilidade das normas constitucionais desenhada por José Afonso da Silva, o Poder Legislativo está afastado desta atividade de disciplina e harmonização do exercício de direitos fundamentais. Este debate constitui o cerne deste trabalho e será objeto do próximo capítulo.

O dever de proteção estatal não se subsume apenas em intervenções repressivas levadas a termo para impedir ações contrárias de terceiros. Há também uma série de medidas preventivas – procedimentais e organizatórias – necessárias para garantir o escorreito desenvolvimento da reunião e sua compatibilização com os direitos colidentes.

Em detida análise acerca de decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre manifestações contrárias ao aborto, Sérvulo Correia (2006, p. 55) observou que, diante de manifestações que podem gerar reações hostis de contra manifestantes, o “Estado não pode remeter-se para uma simples posição de não-ingêrência, cabendo-lhe adotar as medidas razoáveis e apropriadas a fim de assegurar o desenrolar pacífico das manifestações lícitas”.

Como o mesmo entendimento, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no julgamento do caso *Brokdorf* – BVerfGE 69/315 (1985, p. 57), decidiu que:

Os direitos fundamentais influenciam não apenas a conformação do direito material, mas determinam também, ao mesmo tempo, os critérios para a configuração organizacional e processual que torna efetiva a proteção do direito fundamental, bem como para uma aplicação das existentes prescrições processuais que seja compatível com direitos fundamentais.

Dentre tais medidas incluem-se a organização do trânsito, o planejamento da estrutura policial apta a garantir a segurança e os direitos dos manifestantes e dos não manifestantes, entre outras.

Observe-se que, sob o contexto do Estado Democrático de Direito, os entes estatais, sobretudo as Forças Policiais¹⁰⁵, não se comprometem com este ou aquele viés ideológico; ao contrário, incumbe-lhes, sem formular juízo de valor acerca dos fins da manifestação, garantir o pleno exercício democrático da pluralidade política e ideológica. Não se pode perde de vista que a Força de Segurança é uma instituição de Estado e não de governo.

Nesse sentir, JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira (2207, p. 640) lecionam que:

As autoridades públicas estão obrigadas a tratar as reuniões e manifestações “de forma amistosa” dentro do quadro das suas

¹⁰⁵ Na Constituição Federal de 1988, as Forças de Segurança (art. 144) estão inseridas no “Título V – Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”, o que revela o compromisso constitucional que devem possuir com os fundamentos do Estado brasileiro (art. 1º), dentre os quais se alinham a dignidade humana, a cidadania e o pluralismo político.

competências e a colaborar positivamente segundo padrões de razoabilidade e adequação na efectivação destes direitos.

Outro não é o ensinamento a ser tirado da decisão do caso *Brokdorf – BVerfGE* 69/315 (1985, p. 60), pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, onde foi consignado que, para além do dever negativo de abstenção de intromissão arbitrária e do dever positivo de protecção, os órgãos estatais devem agir “sem hostilidade” em face das reuniões, independentemente da sua conotação ideológica.

No julgamento da Medida Cautelar, na ADI nº 1969/99 o Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Mello (STF, 2007, p. 297) estampou esta hostilidade ideológica estatal na disciplina do direito fundamental de reunião.

A ADI nº 1969/99 foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) em face do Decreto Distrital nº 20.010, de 20 de janeiro de 1999, que proibiu a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros nas manifestações públicas a serem realizadas na Praça dos Três Poderes, na Esplanada dos Ministérios e na Praça do Buriti, em Brasília/DF, excetuando da proibição as manifestações de carácter cívico-militar, religioso e cultural.

Antes mesmo do julgamento da Medida Cautelar, o Decreto Distrital nº 20.010/99, “por incomodante desaprovação da mídia”, foi revogado e substituído pelo Decreto Distrital nº 20.098, de 15 de março de 1999, que manteve a proibição das manifestações públicas com o uso de carros, aparelhos e objetos sonoros nos locais indicados, excluindo-se agora a exceção prevista em relação às manifestações de carácter cívico-militar, religioso e cultural.

De todo modo, a exclusão das manifestações de carácter cívico-militar, religioso e cultural das vedações impostas pelo Decreto Distrital nº 20.010/1999 revelaram, na dicção do Ministro Marco Aurélio (STF, 2007, p. 296), odiosa “censura ideológica” às manifestações populares de cunho político. Vale a pena transcrever trecho do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio (STF, 2007, p. 297), *in verbis*:

O gravame é daqueles que envergonham os cidadãos que se pretendem vivendo numa prática democrática e desonram os heróis, muitos anónimos, que lutaram, alguns até a morte, por um país livre do vexame do autoritarismo, das amarras covardes do despotismo ditatorial. Os brasileiros não suportam mais falsos protecionismos cujo único resultado é o atraso, a ignomínia de um povo. É um lugar comum dizer que a democracia se aprende cotidiana e ininterruptamente, e não é restringindo uma das mais importantes garantias constitucionais – a liberdade de expressão do pensamento, intimamente ligada ao direito de reunião – que se dará vigor e

sustentação ao organismo que se quer democrático, como o Estado, principalmente o brasileiro, que aspira pelo respeito das outras nações ante a circunstância auspiciosa de integrar definitivamente o rol dos países consolidados politicamente, para o que um dos pressupostos básicos é a certeza, em nenhuma instância refutável, de que ao povo é assegurado ampla e irrestritamente o direito de manifestação. Não será na Capital do País que haveremos, os brasileiros, de retroceder a tal propósito. Antes, cabe sobretudo ao Governo do Distrito Federal, caixa de ressonância política do Brasil, inclusive para a comunidade internacional, proteger o cidadão em seus direitos básicos, mormente o de se manifestar sem peias quaisquer, principalmente as ideológicas!

Este afastamento ideológico é, sem dúvidas, um grande desafio a ser permanentemente lembrado, enfrentado e superado: o Estado (e seus órgãos) deve garantir a todos o exercício dos direitos fundamentais, sem qualquer discriminação ou adesão ideológica, contribuindo para a pluralidade ínsita à vivência democrática e à dignidade humana.

O direito fundamental de reunião e manifestação é uma liberdade democrática que deve ser respeitada e garantida a todos os indivíduos, pelo Estado e por terceiros não manifestantes, de modo a propiciar o debate plural de ideias, pensamentos, opiniões e reivindicações, indispensáveis à vivência democrática no Estado Constitucional de Direito.

Na ordem constitucional brasileira, deve-se apontar que Constituição Federal de 1988 foi fruto do processo de redemocratização do Brasil e, por contar com ampla participação popular na sua elaboração, foi alcunhada por Ulisses Guimarães de *Constituição cidadã*. Deve, portanto, ser reconhecida e interpretada a partir do contexto sócio-histórico em que foi elaborada e promulgada, sobretudo no destaque que foi conferido aos direitos e garantias individuais e, de modo especial, às liberdades públicas, que, como é sabido, visam impedir as intervenções estatais arbitrárias na vida das pessoas.

Outra não é a lição de Flávia Piovesan (2018, p. 99):

A Carta de 1988 demarca, no âmbito jurídico, o processo de democratização do Estado brasileiro, ao consolidar a ruptura com o regime autoritário militar, instalado em 1964. Esse fator, como este estudo poderá demonstrar, enseja considerável impacto, especialmente na esfera dos direitos fundamentais.

O estudo do direito fundamental de reunião deve ter como ponto de partida a compreensão deste pretérito contexto sócio-histórico de retomada das liberdades

públicas; mas, voltando-se para o presente e mirando o futuro, não pode nele ficar submerso.

É preciso, pois, avançar e dar atenção ao que adverte Guillermo O'Donnell (*apud* PIOVESAN, 2018, p. 100):

É útil conceber o processo de democratização como processo que implica em duas transições. A primeira é a transição do regime autoritário anterior para a instalação de um Governo democrático. A segunda transição é deste Governo para a consolidação democrática ou, em outras palavras, para a efetiva vigência do regime democrático.

Passados mais de 30 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, a nova ordem histórica, social e política brasileira, com inegáveis avanços (e alguns retrocessos) democráticos deve ser tomada em conta para a compreensão do direito fundamental de reunião na sociedade contemporânea.

O direito fundamental de reunião encontra assento no inciso XVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 com o seguinte texto:

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.

É, portanto, a partir da criteriosa análise do enunciado normativo-constitucional do direito fundamental de reunião que se deve buscar a determinação dos seus contornos constitucionais, para, em seguida, discorrer sobre a possibilidade e conveniência de restrições legais¹⁰⁶ ao seu âmbito constitucional de proteção *prima facie* delineado.

Não se pode inverter a ordem lógica das coisas. Nesse sentido, JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 388, grifo do autor) observam que “só se pode falar em restrições do exercício de um direito depois de juridicamente garantido estar delimitado o seu âmbito, ou seja, depois de definido o seu *conteúdo*.”

Com o mesmo sentir, Leonardo Martins (2017, p. 436) aponta que:

Começar a interpretação pela verificação dos limites do direito fundamental em tela, prosseguindo, de maneira concomitante, com uma ponderação entre o bem jurídico jusfundamental do art. 5º, XVI CF que, sabidamente, é dotado de supremacia normativa, e o bem jurídico que se apresenta como seu limite e que é, pelo menos potencialmente, constitucionalmente permitido, revela-se um erro

¹⁰⁶ O estudo das restrições ao direito fundamental de reunião será objeto do próximo capítulo.

grave metodológico que, infelizmente, é muito recorrente na literatura jurídica especializada (“doutrina”) e na jurisprudência brasileiras.

É muito comum encontrar nos estudos do direito fundamental de reunião a referência aos elementos que o integram e, a partir destes, a determinação do seu âmbito de proteção.

Entre nós, este é o percurso adotado por Fernando Dias Menezes de Almeida (2011, p. 144-157), que decompõe a estrutura do direito fundamental de reunião em cinco elementos: (i) elemento pessoal: a reunião se configura pelo agrupamento de uma pluralidade de pessoas; (ii) elemento espacial: o exercício do direito de reunião pressupõe a aproximação física dos participantes; (iii) elemento temporal: a reunião deve ter duração limitada no tempo, ser transitória; (iv) elemento organizacional: deve haver um mínimo de organização, que pode decorrer de um acordo expresso ou tácito entre os participantes; e (v) elemento teleológico: é necessário que haja uma finalidade comum entre os participantes, o que confere o vínculo exigido para a caracterização da reunião.

As referências a tais elementos são comuns nos estudos sobre o direito de reunião e aqui também não se deixará de referi-los e invocá-los.

Todavia, a opção metodológica ora adotada é um pouco diferente. O estudo do âmbito de proteção do direito fundamental de reunião terá como ponto de partida o enunciado normativo do inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal e a análise tópica, sistemática e teleológica dos elementos (palavras) que o integram para, ao final, dar-lhe seu contorno estrutural.

Este estudo do direito de reunião brasileiro contará com o apoio do direito comparado, sobretudo do direito português e alemão, em razão dos motivos já expostos anteriormente.

3.5 O âmbito de proteção do direito fundamental de reunião na Constituição Federal de 1988

O âmbito de regulação constitui o domínio da vida sobre o qual incide o direito fundamental para determinar o seu âmbito de proteção. O âmbito de proteção é, portanto, uma parcela deste âmbito da vida concreta que o legislador constituinte seleciona e recorta para conferir a tutela jusfundamental.

A Constituição Federal de 1988 prevê o direito fundamental de reunião no inciso XVI do art. 5º e não há previsão específica do direito fundamental de manifestação entre os direitos e garantias individuais. Diferente do que acontece no texto constitucional brasileiro, o art. 45 da Constituição portuguesa de 1976 faz referência no inciso 1 ao direito de reunião e ao inciso 2 do direito de manifestação¹⁰⁷.

Para JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 636-637), o direito de reunião é necessariamente um direito de exercício coletivo, que pode ser realizado em locais públicos ou privados e pode servir aos mais variados propósitos e motivações, não tendo que necessariamente dirigir uma mensagem a terceiros. Já o direito de manifestação não é necessariamente de exercício coletivo e, portanto, pode ser exercido por uma única pessoa isolada; entretanto, deve ser exercido publicamente e voltado para transmitir uma mensagem a terceiros, normalmente com propósitos políticos. E arrematam: “Uma manifestação é quase sempre também uma reunião; uma reunião, mesmo em lugar público, não tem de ser uma manifestação. Uma manifestação não é necessariamente uma reunião num lugar público” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 637).

Ao afirmarem que o direito de manifestação é quase sempre exercido através de uma reunião, mas também pode sê-lo individualmente, sendo a sua essência o transmitir uma mensagem a terceiros, JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira aproximam (ou equiparam) o direito de manifestação à liberdade de expressão.

Entre nós, Luiz Fux (2013, p. 177), fazendo expressa referência às lições de JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira, propõe a distinção entre o direito de reunião e de manifestação. Para ele, enquanto o direito de reunião, apesar de ser de titularidade individual, há de ser exercido coletivamente, o direito de manifestação pode ser exercido pelo cidadão isolado. Outra diferença apontada é que no direito de reunião a mensagem veiculada não precisa ser dirigida a terceiros e pode ter propósitos diversos, *v.g.*, políticos, culturais, profissionais ou religiosos; de outro lado, na manifestação a mensagem é dirigida a terceiros.

Não parece ser este o melhor entendimento. A separação normativa adotada na Constituição portuguesa não significa que os direitos de reunião e de manifestação

¹⁰⁷ CRP, Art. 45 - Direito de reunião e de manifestação: 1. Os cidadãos têm o direito de se reunir, pacificamente e sem armas, mesmo em lugares abertos ao público, sem necessidade de qualquer autorização. 2. A todos os cidadãos é reconhecido o direito de manifestação.

sejam institutos diferentes e autônomos. Muito menos esta distinção se aplica no direito constitucional brasileiro.

A seguir a distinção proposta por JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira, chegar-se-ia numa encruzilhada no direito constitucional brasileiro. Diante da omissão constitucional na referência expressa ao direito de manifestação, haveria duas opções: (i) admitir que o direito de manifestação se reduz na liberdade de expressão e, portanto, não está sob o abrigo do art. 5º, XVI (direito de reunião) e sim do art. 5º, IX da Constituição Federal de 1988 (liberdade de expressão); (ii) admitir que o direito de manifestação é uma espécie do direito de reunião e, portanto, encontra-se abrigado na tutela do art. 5º, XVI da Constituição Federal de 1988. Esta última é a opção adotada neste trabalho.

Primeiro, deve-se destacar que, segundo Jorge Miranda (2000, p. 486), a posição defendida por JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira, de que o direito de manifestação pode ser exercido por uma única pessoa em praça pública, é isolada na doutrina constitucional portuguesa. Posicionando-se em sentido contrário, afirma Jorge Miranda que “a manifestação é sempre colectiva”.

Em sua definição, Jorge Miranda (2000, p. 484) reforça que a manifestação é uma espécie de reunião, *in verbis*:

A manifestação é uma reunião qualificada – qualificada não tanto pela forma (concentração, comício, desfile, cortejo, passeata) quanto pela sua função de exibição de ideias, crenças, opiniões, posições políticas ou sociais, permanentes ou conjunturais; qualificada pela consciência e pela vontade comuns a todos os participantes de exprimirem ou explicitarem uma mensagem contra ou dirigida a terceiros, normalmente à “opinião pública”; qualificada ainda por ser sempre em local público.

Com a mesma linha de compreensão, Sérvulo Correia (2006, p. 35) defende que, entre o direito de reunião e o direito de manifestação, milita uma relação de continuidade e porosidade de âmbitos vitais, de modo que “há que se extrair a ilação de que a Constituição [portuguesa] considera a manifestação como uma espécie de reunião”.

O termo *manifestação* é reservado às reuniões realizadas em locais públicos e o termo *reunião* àquelas realizadas em espaços particulares ou meramente abertos ao público. Tal distinção, explica Sérvulo Correia (2006, p. 35), se dá em face do propósito de “submeter as reuniões efectuadas em lugar público a um regime dotado

de uma carga restritiva que seria excessiva para as reuniões em lugar particular ou meramente aberto ao público”.

Com isso, conclui que, nos termos do art. 45 da Constituição portuguesa, “manifestação é uma reunião, num lugar público, feita pacificamente e sem armas, que poderá ser submetida a um regime mais restritivo do que o das outras reuniões” (CORREIA, 2006, p. 36).

Também se distanciando do entendimento de JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira, António Francisco de Sousa (2011, p. 28-29) leciona que “toda manifestação coletiva é uma reunião, mas nem toda reunião é uma manifestação”. Segundo seu entendimento, a manifestação tem por principal móvel a exteriorização, em grupo, de determinadas ideias e opiniões dos participantes, normalmente com caráter reivindicativo, podendo ser realizada em locais públicos ou abertos ao público.

Destarte, na trilha do seu entendimento, António Francisco de Sousa (2011, p. 26) defende que o direito de manifestação individual se encontra protegido pela liberdade de expressão (art. 38 da CRP) e não pela liberdade de reunião (art. 45 da CRP). O direito de reunião (art. 45) somente tutela o exercício coletivo da manifestação individual como desenvolvimento da personalidade em grupo.

Das reflexões de Jorge Miranda, Sérvulo Correia e António Francisco de Sousa, chega-se à conclusão de que a manifestação se caracteriza pela reunião (agrupamento) de pessoas, em local público ou aberto ao público, com o fim de comunicar a terceiros uma opinião, ideia, pensamento ou reivindicação. É uma forma coletiva de exercício público da liberdade de expressão.

À vista do direito constitucional alemão, Pieroth e Schlink (2019, p. 345) asseveram que o direito fundamental de reunião confere tutela a uma forma especial de comunicação entre as pessoas (“reunir-se”) e afirmam que este direito também é chamado de direito fundamental de manifestação. E concluem que, ao prever uma reserva legal qualificada às reuniões realizadas a céu aberto, a Lei Fundamental da Alemanha protege, *a contrário sensu*, sem reservas as reuniões em locais fechados.

No julgamento do caso *Brokdorf* – BVerfGE 69/315 (1985, p. 60), o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha destacou que o direito fundamental de reunião é, ao lado da liberdade de expressão, base constitucional para a garantia da liberdade de manifestação.

No curso da fundamentação da decisão prolatada, denota-se claramente que a Corte alemã compreende a manifestação como uma reunião realizada a céu aberto

para a livre expressão do pensamento, que deve ser compreendida como uma liberdade de anúncio coletivo de opinião, indispensável e basilar numa comunidade democrática.

O Tribunal Constitucional da Espanha, no julgamento da STC nº 193/11 (2011, p. 15-16), assim distinguiu a reunião da manifestação:

El derecho de manifestación es una vertiente del derecho de reunión con sus propias características específicas, pues se trata del ejercicio del derecho en su versión dinámica; esto es, discurriendo a lo largo de un itinerario y diferenciándose, por tanto, de la concentración como reunión estática en lugar de tránsito público (STC 195/2003, de 27 de octubre, FJ 5). Este elemento de movilidad resulta determinante pues, de un lado, parece implicar una menor intensidad en la ocupación de las vías públicas —el carácter intrínsecamente dinámico de la manifestación impide, en principio, una ocupación exclusiva y excluyente del espacio público más allá del tiempo necesario para recorrer todo el itinerario marcado— pero, por otro, incide directamente en el derecho de circulación de otros ciudadanos, pudiendo ocasionar interrupciones o paralizaciones del tráfico rodado.

Diante do inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988, António Francisco de Sousa (2011, p. 16) afirma que, apesar do texto constitucional brasileiro não se referir diretamente ao direito de manifestação, o sentido que lhe deve ser outorgado é “o direito de realizar eventos, casualmente em locais fixos, mas geralmente em desfile, destinado a exprimir ideias ou a formular protestos, por palavras, atos ou omissões”, aplicando-se aqui os limites do carácter pacífico e sem armas e o aviso prévio.

Destarte, ao regular o direito fundamental das pessoas se reunirem em locais abertos ao público, desde que pacificamente e sem armas, sem necessidade de prévia autorização, a intenção do legislador constituinte brasileiro foi (e é) disciplinar o encontro de pessoas para, coletivamente, expressarem suas opiniões, ideias, pensamentos e reivindicações, ou seja, o direito de manifestação.

O direito da pessoa isolada, em locais públicos ou abertos ao público, expressar suas opiniões, ideias, pensamentos e reivindicações não está sob o abrigo do direito de reunião, conforme defendem JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira, mas sob a tutela da liberdade de expressão.

Por sua vez, o direito das pessoas se reunirem em locais privados ou locais abertos ao público, mas com acesso restrito, para expressarem coletivamente suas ideias, opiniões, pensamentos e reivindicações ou para se confraternizarem,

encontra-se sob o abrigo da liberdade de expressão e/ou de outros direitos/liberdades constitucionais, a exemplo da inviolabilidade domiciliar, da liberdade religiosa, artística etc.

O que o art. 5º, XVI da CF/88 disciplina é o exercício coletivo da liberdade de expressão, em local público ou aberto ao público, com a finalidade comunicativa de transmitir a terceiros suas opiniões, ideias, pensamentos e reivindicações. Eis, portanto, o âmbito de regulamentação do direito fundamental de reunião.

Definido o âmbito de regulamentação do direito fundamental de reunião, é hora de avançar para a análise dos elementos que compõem o enunciado normativo do inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988 para definir o seu âmbito de proteção *prima facie*.

Seguindo o exemplo de outras Constituições, o enunciado normativo do inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988 não estabelece o conceito de reunião para fins da tutela jusfundamental, limitando-se a prescrever que todos podem “reunir-se” em locais abertos ao público, desde que pacificamente e sem armas, sem necessidade de prévia autorização.

Não há na legislação infraconstitucional brasileira definição do conceito jurídico de reunião. Na Espanha, a Lei Orgânica nº 9, de 15 de julho de 1983¹⁰⁸, em seu artigo 1.2, exige a participação de “no mínimo vinte pessoas”.

Destarte, o conceito de reunião para fins do disposto no inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988 deve ser construído doutrinária e jurisprudencialmente a partir da análise semântica, pragmática e teleológica do seu enunciado normativo.

Semanticamente, a palavra reunião tem o significado de um “conjunto de pessoas que se reúne no mesmo lugar, com o objetivo de deliberar ou para discutir assuntos e temas específicos; congregação: reunião política” (DICIO, 2019).

Recorde-se que as possibilidades semânticas das palavras configuram limites à atuação do intérprete¹⁰⁹ e, portanto, pode-se afirmar que a ideia central de reunião está diretamente ligada ao ajuntamento de uma pluralidade de pessoas. De plano,

¹⁰⁸ A última versão da Lei Orgânica nº 9/83 ocorreu em 12 de maio de 2014, conforme consta na publicação disponibilizada no *síte* da Agência Estatal de Boletim Oficial do Estado, órgão subordinado ao Ministério da Presidência, Relações com as Cortes e Memória Democrática do Governo da Espanha.

¹⁰⁹ Este também foi o entendimento do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no julgamento do caso *Brokdorf – BVerfGE 69/315 (1985, p. 57)*, ao advertir que “o sentido literal possível da lei marca os limites máximos da interpretação judicial permitida”.

afasta-se, portanto, a possibilidade da reunião solitária de um indivíduo¹¹⁰. Ninguém se reúne consigo mesmo.

Nesse sentido, António Francisco Sousa (2011, p. 23, grifo do autor) leciona que “o conceito constitucional de *reunião* assenta na *formação e manifestação coletiva da opinião e na garantia constitucional de desenvolvimento, em grupo, da personalidade*”.

Como já foi dito linhas acima, qualquer pessoa pode, em locais públicos ou abertos ao público, manifestar-se livremente, mas o exercício desta faculdade não se encontra ao abrigo do direito fundamental de reunião e sim sob a guarda da liberdade de expressão. Entretanto, adverte Sérvulo Correia (2006, p. 36-37) que, a despeito de não se poder estabelecer um número mínimo de manifestantes para a configuração da reunião, não se pode perder de vista que, apesar da sua titularidade individual, o direito fundamental de reunião se exerce em conjunto com outras pessoas, ainda que desconhecidas.

Mas então o que constitui esta pluralidade de pessoas necessária para a conformação do “elemento subjetivo” de uma reunião constitucionalmente tutelada? Duas pessoas já são suficientes? Apenas nacionais podem exercer o direito de reunião?¹¹¹ A refletir sobre o tema, Leonardo Martins (2017, p. 452) leciona que:

O verbo reflexivo “reunir-se” refere-se ao conceito de reunião que, corretamente, dá alcinha ao direito fundamental. Trata-se do fenómeno das reuniões de pessoas naturais, que estará presente toda vez que pelo menos três pessoas (colégio mínimo), logicamente, porém, também duas pessoas se encontrarem em determinado local, compartilhando um propósito comum.

Ainda a discutir o número mínimo de participantes da reunião, Bodo Pieroth e Benhard Schlink (2019, p. 347) defendem que o número mínimo deve ser de 7 ou de

¹¹⁰ Apesar do direito fundamental de reunião pressupor a participação de uma pluralidade de pessoas, JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 636, grifo do autor) apontam que tal direito fundamental integra o direito do indivíduo ao desenvolvimento da personalidade, *in verbis*: “a comunicação com os outros e reunir-se com os outros é um direito *fundamental de liberdade comunicativa* indispensável ao próprio direito ao desenvolvimento da personalidade”.

¹¹¹ Conforme JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p.641) não há razões para vedar ao estrangeiro o direito de reunião e de manifestação, “salvo quando, pelo objecto e propósito das mesmas, a sua participação nelas violar o estatuto de residência que lhes seja aplicável.” Entre nós, Luiz Fux (2013, p. 182) entende que, por tratar-se de uma expressão da dignidade da pessoa humana, o direito de reunião é assegurado aos brasileiros, natos ou naturalizados, e aos estrangeiros.

3 pessoas. Observe-se que não há a indicação de critério técnico-jurídico algum para a determinação deste número mínimo de pessoas. Ao contrário, a elástica e indefinida proposta do número mínimo de manifestantes (7 ou 3 pessoas) abre espaço para intervenções arbitrárias no âmbito de proteção deste importante direito fundamental democrático.

Na verdade, nem o professor potiguar e nem os constitucionalistas alemães explicam (suficiente e racionalmente) os critérios que utilizaram para definir o número mínimo de três pessoas (ou de sete) para a caracterização de uma reunião e, com a *devida vênia*, suas propostas não encontram sustentação constitucional idônea.

A imprecisão, subjetividade e ausência de fundamentação na determinação do número de participantes também se faz presente no pensamento de Dimitri Dimoulis e Soraya Regina Gasparetto Lunardi (2016, p. 169) que, após acentuarem o silêncio constitucional e a ausência de disciplina legislativa sobre o tema, defendem que “pelo significado comum do termo é considerado ‘reunião’ um agrupamento de menos de 10 pessoas”; entretanto, advertem, como *Pôncio Pilatos*, “diante do princípio *in dubio pro libertate* e da falta de norma limitadora, esse limite pode ser flexibilizado de acordo com as circunstâncias”.

Abre-se aqui um parêntese para recordar o perigo da adoção da teoria dos limites imanentes para a tutela dos direitos fundamentais. A determinação aleatória do número mínimo de pessoas para a caracterização da reunião constitucionalmente protegida exclui do suporte fático do âmbito de proteção do direito fundamental ajuntamentos que estão *prima facie* sob a tutela jusfundamental e prescinde da esmerada fundamentação constitucional, racionalmente aduzida, e encontra guarida no “argumento de autoridade” daqueles que a proferem.

No âmbito do Direito português, a Constituição de 1976 não faz qualquer referência a um número mínimo de manifestantes. O Decreto-Lei nº 406/74, de 29 de agosto de 1974, que foi recepcionado (parcialmente) pela Constituição de 1976 e regulamenta o direito de reunião em Portugal, também não faz menção à quantidade mínima de pessoas na reunião; entretanto, nos termos do nº 2 do art. 2º, exige que o aviso prévio seja assinado por três promotores devidamente identificados, com o que se induz à conclusão que este seria o número mínimo de participantes da reunião.

Na doutrina constitucional portuguesa, a proposta de JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 637) é a de que seja suficiente o agrupamento de duas pessoas para que se configure uma reunião constitucionalmente protegida.

No mesmo sentido é o posicionamento de António Francisco de Sousa (2011, p. 24), que ressalta que o art. 45 da CRP fala apenas em “reunir-se” e, portanto, deve-se apenas excluir do âmbito de proteção do direito de reunião a manifestação do cidadão isolado, sendo suficiente a participação de apenas duas pessoas.

Entre nós, Luiz Fux (2013, p. 179) defende que são necessárias apenas duas pessoas. Uadi Lammêgo Bullos (2018, p. 623) se limita a dizer que na reunião existe uma pluralidade de pessoas, “em pequeno ou grande número”. Ana Paula de Barcellos (2019, p. 207), Alexandre de Moraes (2019, p. 88), José Afonso da Silva (2010, p. 263-266) não fazem qualquer menção.

Diante da ausência legislativa, ao interpretar o dispositivo constitucional em favor da liberdade pública nele tutelada, deve-se admitir que a reunião de duas pessoas já se mostra suficiente para que seja invocada a proteção constitucional do inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Mas não é qualquer agrupamento de pessoas que configura uma reunião. Não se deve confundir reunião e aglomeração. Com efeito, a reunião exige a presença de um objetivo comum que integra os reunidos.

A característica que distingue a reunião do mero aglomeramento de pessoas é a ligação que há entre as pessoas em torno do objetivo comum. Este é o seu elemento teleológico.

Uma aglomeração ocasional ou fortuita de pessoas não integra o suporte fático do âmbito de proteção do direito fundamental de reunião. Não se está, por exemplo, diante de uma reunião, tutelada pelo art. 5º, XVI da Constituição Federal de 1988, no caso de uma “mera aglomeração de pessoas em um cinema ou em um estádio de futebol” (FUX, 2013, p. 178)

Com o mesmo entendimento, Leonardo Martins (2017, p. 453-454) explica que:

Presente deve estar uma interdependência entre os reunidos que comungam do mesmo propósito, em princípio com vistas à apresentação de uma opinião, ainda que com concepções individuais eventualmente divergentes. Em seu aspecto de contribuição para a formação da opinião pública, é justamente do livre debate entre posições convergentes ou divergentes que se trata.

Pode-se assim afirmar, com sustentação no escólio de JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 636), que a reunião albergada sobre o manto constitucional se caracteriza pelo ajuntamento de pessoas com o propósito de expressar uma finalidade

ou sentimento comum, funcional e teleologicamente voltada para a formação da opinião pública.

A finalidade comunicativa da reunião também é reconhecida por Bodo Pieroth e Benhard Schlink (2019, p. 345) ao enfatizarem que “a liberdade de reunião protege uma forma de comunicação com as outras pessoas” e que é nesta característica que reside a distinção entre a reunião e a mera aglomeração de pessoas, de modo que aquela exige mais do que um encontro de várias pessoas, exigindo uma “*ligação interna*, assegurada pela prossecução de um fim comum”.

Não se deve, porém, confundir o “fim comum” que caracteriza a reunião constitucionalmente protegida com a busca de um mesmo fim pelas pessoas aglomeradas. Aqueles que, parados à frente de um televisor, assistem a um jogo de futebol, ali estão motivados pelo mesmo fim, mas não estão conectados por um “fim comum”. Este agrupamento de pessoas constitui uma aglomeração e não uma reunião jusfundamentalmente protegida (SCHLINK; PIEROTH, 2019, p. 345).

Com efeito, na lição de Luiz Fux (2013, p. 180), o elemento teleológico ou finalístico da reunião exige a consciência e vontade objetiva de se reunir em torno de um objetivo (ou fim) comum, normalmente atinente à veiculação de uma ideia ou concepção de mundo, podendo ter cunho político, social, religioso, filosófico, cultural etc.

Em razão do seu alinhamento como direito fundamental democrático, questiona-se qual deve ser o “fim comum” que une os manifestantes, ou seja, se deve ou não que possuir conteúdo político.

Diante deste debate, Leonardo Martins (2017, p. 453) observa que:

Muito se discutiu, no direito alemão, se, para a verificação de uma reunião no sentido da tutela jusfundamental em comento, haveria a necessidade de ser manifestada uma opinião como contribuição para o – ou participação no – processo de formação da opinião pública. Distinguiram-se, na sistematização das posições, três conceitos de reunião: de um conceito estrito segundo o qual haveria a necessidade de se manifestar, na reunião, uma opinião como participação no processo de formação da opinião pública (i.), passando pela exigência de ocorrência de uma manifestação de qualquer opinião, ainda que pertinente a interesses particulares – “conceito ampliado” (ii.), chegando a um conceito amplo, segundo o qual nenhuma opinião precisaria ser manifestada (iii.)

A referendar este entendimento, Sérvulo Correia (2006, p. 38) observa que:

O que justifica a tutela constitucional da vontade de se manifestar de modo a inscrevê-la na esfera relativamente intangível da liberdade não é apenas o valor do estar em conjunto, mas o de o fazer para usar uma forma institucionalizada de comunicação susceptível de desempenhar um papel na formação da opinião pública e de, eventualmente, influenciar o exercício do poder.

Esse mesmo sentir é partilhado por JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 636) ao afirmarem que os direitos de reunião e de manifestação se traduzem numa liberdade comunicativa voltada para formação da opinião pública e com carácter instrumental para a garantia de outras liberdades, dentre as quais fazem referência expressa às liberdades política, sindical, religiosa e de associação e de organização coletiva em geral.

É, portanto, esta “finalidade comunicativa” que distingue a reunião da mera aglomeração de pessoas. Importante, porém, frisar a observação posta por Sérvulo Correia (2006, p. 39-40) de que a “finalidade comunicativa” da reunião não há de ser necessariamente política, sendo suficiente que sejam temas de relevância pública e não meros conflitos privados entre particulares. Desse modo, podem os manifestantes se reunirem “para expressar pontos de vista filosóficos, artísticos, religiosos e quaisquer outros que não se prendam diretamente com os fins, os modos e os programas do exercício do poder político” (CORREIA, 2006, p. 40).

No mesmo sentido, Bodo Pieroth e Benhard Schlink (2019, p. 345) anotam que o direito de reunião possui uma função complementar à liberdade de opinião, mas que não se deve reduzir o seu objeto a um fim político. À luz do direito constitucional alemão, Pieroth e Schlink (2019, p. 346) acentuam que esta limitação da reunião a fins políticos não encontra guarida nem no texto do art. 8º da Constituição alemã¹¹² e nem na sua interpretação sistemática. Ao contrário, defendem que o direito de reunião também visa o livre desenvolvimento da pessoa (direito da personalidade), de modo que se prescinde do fim político e se exige, em sintonia com o art. 5º da Constituição alemã¹¹³, que haja apenas a ligação interna entre os manifestantes. Em conclusão, acolhem as reuniões com fins artísticos, filosóficos etc.

¹¹² Art. 8º Liberdade de reunião: (1) Todos os alemães têm o direito de se reunirem pacificamente e sem armas, sem notificação ou autorização prévia. (2) Para as reuniões ao ar livre, este direito pode ser restringido por lei ou em virtude de lei.

¹¹³ Art. 5º Liberdade de opinião, de arte e ciência: (1) Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida

Enfatize-se, porém, que apesar do “fim comum” que une os manifestantes não ter que possuir obrigatoriamente caráter político, deve carregar um sentido de formação da opinião pública democrática, nos mais plurais recônditos da sociabilidade humana. Adverte-se, porém, que a palavra “político” ou “política” não deve ter seu sentido reduzido às atividades político-partidárias, mas representar todos aqueles interesses da vida comum na *polis*. O sentido dependerá do contexto em que a expressão estiver sendo empregada no texto.

Não se deve, porém, confundir o direito de reunião com a liberdade de expressão. A autonomia do direito de reunião deve ser respeitada e, por mais que haja uma ligação entre eles, a discussão sobre o conteúdo das ideias, pensamentos e reivindicações manifestadas devem ser analisadas sob o crivo da liberdade de expressão.

Outro não é o entendimento exarado pelo Tribunal Constitucional da Espanha, na STC nº 66/95 (1995, p. 07) ao asseverar que:

El contenido de las ideas o las reivindicaciones que pretenden expresarse y defenderse mediante el ejercicio del derecho de manifestación y concentración pública no puede ser sometido a controles de oportunidad política ni a juicios en los que se emplee como canon el sistema de valores que cimientan y dan cohesión al orden social en un momento histórico determinado. Al ponderar la aplicación el límite del art. 21.2, los poderes públicos deben garantizar el ejercicio del derecho de reunión por parte de todos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna en razón del contenido de los mensajes que los promotores de las concentraciones pretenden transmitir (salvo, claro es, que ese contenido infrinja la legalidad).

O mesmo entendimento foi reafirmado pelo Tribunal Constitucional da Espanha no julgamento da STC nº 163/06 (2006, p. 15) e no julgamento da STC nº 193/11 (2011, p. 18), quando então assim se manifestou, *in verbis*:

En efecto, “al ponderar la aplicación [d]el límite del art. 21.2, los poderes públicos deben garantizar el ejercicio del derecho de reunión por parte de todos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna en razón del contenido de los mensajes que los promotores de las concentraciones pretenden transmitir (salvo, claro es, que ese contenido infrinja la legalidad)” (por todas, STC 163/2006, de 22 de mayo, FJ 2).

censura. (2) Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal. (3) A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensino não dispensa da fidelidade à Constituição.

Outro não é o entendimento de António Francisco de Sousa (2011, p. 62, grifo do autor) para quem “o conteúdo e a forma de expressão adotados na reunião ou manifestação caem no âmbito da *liberdade de expressão*.”

Entre nós, a enfrentar esta relação entre a liberdade de reunião e a liberdade de expressão, Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 300) aponta que, apesar da íntima relação que há entre elas, não se pode resumir o direito fundamental de reunião como instrumento do exercício da liberdade de expressão. Para o autor:

A proteção, por isso mesmo, da liberdade de expressão será mais ampla do que a oferecida pela liberdade de reunião, já que, ao puro elemento intelectual daquela, soma-se, nesta, um elemento de conduta, que propicia maior possibilidade de colisão com outros bens jurídicos protegidos. Nos Estados Unidos, essa realidade levou a Suprema Corte a distinguir restrições inadmissíveis – as que recaem sobre o conteúdo da mensagem que se pretende divulgar e, portanto, sobre a liberdade de expressão – de restrições que podem ser admitidas – incidentes sobre o modo de expressão, ao tempo e ao lugar (BRANCO, 2015, p. 300).

Com igual sentir, Pieroth e Schlink (2019, p. 353) entendem que as ingerências sobre a opinião manifestada nas reuniões não se abrigam sob a proteção jusfundamental do direito de reunião e sim da liberdade de expressão.

A despeito de não constituir o objeto deste trabalho, vale a pena fazer breve referência às lições que extraem da Jurisprudência Constitucional Espanhola, através da STC nº 177/15 (2015, p. 07-08) acerca do conteúdo da liberdade de expressão, *in verbis*:

Conforme a una jurisprudencia unánime que arranca de las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y 12/1982, de 31 de marzo, y recuerdan, entre otras, las más recientes SSTC 41/2001, de 11 de abril, FJ 4, y 50/2010, de 4 de octubre, se ha subrayado repetidamente la “peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión”, en cuanto que garantía para “la formación y existencia de una opinión pública libre”, que la convierte “en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática”. De modo congruente, hemos insistido también en la necesidad de que dicha libertad “goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones”, que ha de ser “lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor” (SSTC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4, y 50/2010, FJ 7). [...] b) También hemos sostenido que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica “aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática” (SSTC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4, y 77/2009, de 23 de marzo, FJ 4). De modo que, como subraya la STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4, la libertad de

expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones “acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población” (STEDH caso De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997, § 49). En fin, en esta última Sentencia hemos recordado también que en nuestro sistema “no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución ... El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas”.

Não se trata, porém, de um direito ilimitado ou absoluto, de modo que deve respeitar a dignidade, a reputação e os direitos de terceiros. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional da Espanha, na STC nº 177/15 (2015, p. 08) asseverou que:

La libertad de expresión no es, en suma, un derecho fundamental absoluto e ilimitado, sino que tiene lógicamente, como todos los demás, sus límites, de manera que cualquier expresión no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional, toda vez que el art. 20.1 a) CE “no reconoce un pretendido derecho al insulto” (SSTC 29/2009, de 26 de enero; 77/2009, de 23 de marzo, y 50/2010, de 4 de octubre).

No mesmo sentido, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (*apud* STC 177/15, p. 09) acentua que:

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que “[l]a tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia” (STEDH de 16 de julio de 2009, caso Féret c. Bélgica, § 64), del mismo modo que la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios.

Vale, por fim, ouvir o alerta de Sérvulo Correia (2006, p. 39) ao lecionar que “não cabe ao Estado promover manifestações, mas apenas criar as condições razoáveis para que os particulares que o queiram fazer exerçam essa liberdade”.

O pluralismo democrático exige a isenção ideológica dos órgãos estatais na proteção e promoção dos direitos fundamentais. O debate livre e plural de ideias é uma das riquezas da vivência democrática. Criar condições para este debate é um dos deveres ínsitos ao Estado Democrático de Direito.

Outro elemento importante do direito fundamental de reunião é o lugar do seu exercício. O inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988 estabelece que as reuniões em locais abertos ao público, desde que pacíficas e sem armas, podem ser realizadas sem a necessidade de prévia autorização estatal, desde que não frustrem outra reunião anteriormente agendada para o mesmo local. Para evitar este conflito, exige-se apenas o aviso prévio à autoridade competente. Este é o “elemento espacial” do direito fundamental de reunião.

A primeira conclusão que se retira do texto constitucional é que, apesar do inciso XVI do art. 5º se referir expressamente apenas às reuniões realizadas em locais abertos ao público, isto não quer dizer que as reuniões que ocorram em locais privados ou não abertos ao público estejam alijadas de qualquer tutela constitucional.

Nesse sentido, Leonardo Martins (2017, p. 472) leciona que:

No art. 5º, XVI CF o constituinte ressaltou, em princípio, do arbítrio estatal a repressão a reuniões havidas “em locais abertos ao público”. Semanticamente, trata-se de proteger as reuniões de acesso público que possam, portanto, expandir-se para os lados. Reuniões fechadas são protegidas pela Constituição Federal a partir de outros direitos fundamentais.

Outro não é o entendimento exarado por Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 298) ao afirmar que os encontros em lugares privados ou não abertos ao público estão protegidos por outras cláusulas constitucionais, a exemplo da “liberdade geral de ação (art. 5º, II, da CF), a da inviolabilidade de domicílio, a da privacidade e da liberdade de associação.”

Na verdade, o escopo constitucional do direito fundamental de reunião é a disciplina do uso do espaço público como o *locus* democrático para a manifestação plural de ideias, pensamentos, opiniões e reivindicações.

Eis a lição de Leonardo Martins (2017, p. 468):

Protegidas são as reuniões abertas ao público. Deduzir que reuniões fechadas ao público não fossem protegidas por direito fundamental tornaria desprotegidas reuniões que têm menor potencial de colisão com outros bens jurídicos. Seria, no mínimo, uma interpretação hostil a liberdades individuais. Não é o caso. Ocorre que reuniões a portas fechadas ou já restam protegidas por outros direitos fundamentais, ou o constituinte mencionou apenas reuniões realizadas em locais abertos ao público para relacioná-las com a exclusão a priori das reuniões não pacíficas feitas ao ar livre e/ou para relacioná-las com os limites a serem discutidos adiante. Por fim, considerando o sequenciamento de várias locuções adverbiais intercaladas por

vírgulas que marca o teor do art. 5º, XVI CF uma interpretação possível seria que a locução ora epigrafada baseie-se, em primeira linha, na locução adverbial “independentemente de autorização”, visto que a contrário senso dependeriam de autorização as reuniões realizadas em locais fechados ao público. Reuniões em locais abertos ao público são aquelas que podem se expandir para todos os lados, de acesso geral a qualquer interessado, portanto.

Esta percepção pode ser confirmada através da interpretação sistemática do próprio enunciado normativo do inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Após afirmar a liberdade das pessoas se reunirem em locais abertos ao público, o texto constitucional traz uma única ressalva: “desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local”. Para evitar este conflito no uso do espaço público e harmonizar o exercício do direito de reunião com os direitos eventualmente colidentes, o legislador constituinte exigiu o aviso prévio.

Têm-se assim que nas reuniões realizadas em lugares públicos a possibilidade de colisão entre o direito fundamental de reunião e outros direitos fundamentais é mais acentuada e, diga-se, até mesmo previsível. O espaço público é o *locus* da cidadania e deve ser partilhado igual e harmonicamente por todos os indivíduos.

A despeito do inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988 fazer referência às reuniões em “local aberto ao público”, vale a pena pontuar que no sentido desta expressão deve ser incluído o “local público”.

A adequada interpretação do texto constitucional deve ser guiada pela finalidade constitucional de tutela do uso e partilha do espaço público como *locus* da cidadania e da vivência democrática. Como já foi dito linhas acima, este objetivo do legislador constituinte fica claro ao garantir o exercício do direito de reunião nos espaços públicos, com a ressalva de não frustrar outra já agendada para o mesmo local.

Tal perspectiva não deixa sem proteção constitucional as reuniões realizadas em locais fechados, públicos ou privados. Apenas se está afirmando que estas não estão abrigadas no âmbito de proteção do inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, uma reunião realizada dentro do templo de uma igreja está abrigada sob a tutela da liberdade religiosa; a reunião dos correligionários de um partido político no interior da sua sede social, está protegida pela liberdade política; a reunião de um grupo de ativistas realizada no interior de uma residência está sob o abrigo da inviolabilidade domiciliar. E assim por diante.

Diga-se que mesmo a reunião realizada em prédios ou outros locais públicos de uso especial são regidas por normas administrativas, que estão subordinadas aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Não se trata aqui de invocar a proteção do art. 5º, XVI da Constituição Federal de 1988.

Seguindo a tríade classificatória dos bens públicos¹¹⁴, pode-se dizer que a tutela jusfundamental do art. 5º, XVI da Constituição Federal volta-se para as reuniões realizadas naqueles locais públicos que se configuram como bens de uso comum do povo, a exemplo de ruas, estradas e praças públicas.

Não se pode também olvidar que a finalidade comunicativa da reunião se dirige à formação da opinião pública, de modo que o intento dos manifestantes é levar ao conhecimento de terceiros suas ideias, pensamentos, críticas e reivindicações e, portanto, o local aberto ao público, ou simplesmente, o local público é o *locus* para o seu exercício democrático.

A relevância do local da reunião para a finalidade comunicativa integra o seu conteúdo essencial. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional da Espanha, no julgamento da STC nº 163/06 (2006, p. 18), assentou que:

Es más, incluso en los casos en los que los reunidos no pretendan comunicar sus opiniones a unos destinatarios específicos sino a la opinión pública en general, el lugar de la concentración no puede considerarse en absoluto indiferente y, en consecuencia, tampoco cabe hablar de discrecionalidad de la Administración al ofrecer lugares alternativos. Con ello no se trata sólo de afirmar que el lugar propuesto debe tener suficiente tránsito público como para garantizar la publicidad que constituye uno de los elementos esenciales del contenido del derecho, sino que ese lugar debe garantizar una repercusión pública -en número y características de los destinatarios,

¹¹⁴ O art. 99 do Código Civil de 2002 divide os bens públicos em (i) bens de uso comum do povo; (ii) bens de uso especial; e (iii) bens dominicais, in verbis: “Artigo 99 - São bens públicos: I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades”. A discorrer sobre esta classificação, Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2019, p. 825) esclarece que “o critério dessa classificação é o da destinação ou afetação dos bens: os da primeira categoria são destinados, por natureza ou por lei, ao uso coletivo; os da segunda ao uso da Administração, para consecução de seus objetivos, como os imóveis onde estão instaladas as repartições públicas, os bens móveis utilizados na realização dos serviços públicos (veículos oficiais, materiais de consumo, navios de guerra), as terras dos silvícolas, os mercados municipais, os teatros públicos, os cemitérios públicos; os da terceira não têm destinação pública definida, razão pela qual podem ser aplicados pelo Poder Público, para obtenção de renda; é o caso das terras devolutas, dos terrenos de marinha, dos imóveis não utilizados pela Administração, dos bens móveis que se tornem inservíveis”.

es decir, de quienes pueden tener noticia de la reunión, incluidos los medios de comunicación- que se aproxime al máximo a la que pretendían alcanzar los promotores en el lugar por ellos programado”

Além disso, o local público é o espaço de todos e, portanto, de livre acesso e trânsito pelas pessoas em geral, manifestantes e não manifestantes, o que amplia a chance de colisões de direitos e confrontos entre discordantes.

Para bem compreender o local público como o elemento espacial que compõe o âmbito de proteção do direito de reunião basta não fechar os olhos para o mundo real. São as reuniões que ocorrem no local público – nas ruas, estradas e praças – que reclamam a atenção e a tutela dos órgãos estatais, sobretudo das Forças de Segurança e do Poder Judiciário.

Conforme dados da Polícia Militar de São Paulo, entre 2013 e 2016 ocorreram, nas ruas, avenidas e praças públicas da capital paulista, 7.135 manifestações populares com a participação de aproximadamente 5,5 milhões de pessoas, o que exigiu a atuação da Força de Segurança para a garantia da segurança e ordem públicas.

No âmbito do Poder Judiciário, além de diversas ações interpostas, perante as Justiças locais, contra e a favor da realização da ocupação dos espaços públicos para a realização das manifestações populares, a relevância do tema conduziu o debate até o Supremo Tribunal Federal.

No julgamento da ADI nº 1969/99, em que se contestava a constitucionalidade do Decreto Distrital nº 20.010/99, que vedava o uso de carros de som e outros aparelhos sonoros nas manifestações realizadas na Praça dos Três Poderes, na Esplanada dos Ministérios e na Praça do Buriti, em Brasília/DF. Ao final, a ação foi julgada procedente e a indevida proibição foi afastada, restabelecendo-se o direito do uso daqueles espaços públicos para o exercício do debate popular plural e democrático.

Outro caso emblemático acerca do (impedimento) uso do espaço público para a realização de manifestações populares que chegou ao Supremo Tribunal Federal foi a Reclamação nº 15887/17, em que o Sindicato Único dos Trabalhadores em Educação de Minas Gerais – SINDUTE/MG se insurgiu contra decisão liminar do Tribunal de Justiça mineiro que, acolhendo Ação Cautelar proposta pelo Estado de Minas Gerais, proibiu que o reclamante realizasse manifestações em (todas) vias e logradouros públicos daquele Estado. Ao final, o Ministro relator Luiz Fux revogou a

proibição exarada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e, reconhecendo a afronta ao julgado na ADI nº 1969/99, restabeleceu o exercício do direito fundamental de reunião dos reclamantes nas vias e logradouros públicos do Estado de Minas Gerais.

Enfim, seja a partir da análise gramatical, lógica, sistemática e teleológica do enunciado normativo do inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988 ou a partir do olhar atento para a realidade concreta das reuniões públicas, não há como deixar de reconhecer que a tutela jusfundamental do direito de reunião se dirige a proteger o uso do espaço público como *locus* da cidadania democrática.

No âmbito do direito estrangeiro, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha prescreve que o direito de reunião está sujeito à reserva legal quando realizada a céu aberto¹¹⁵. Conforme apontam Bodo Pieroth e Benhard Schlink (2019, 344), tal previsão leva em conta justamente o caráter conflitivo do exercício da liberdade de reunião com os outros direitos fundamentais colidentes no espaço público.

Pontue-se que se deve entender por reunião a céu aberto aquela que é realizada em locais públicos abertos, independentemente de haver ou não cobertura.

Nesse sentido, Pieroth e Schlink (2019, p. 350) lecionam que o local da reunião será considerado fechado quando “o espaço lateral está circundado para impedir o acesso geral do público” e destacam que tal distinção se faz relevante em face do perigo da reunião ser “perturbada e perigosa”.

Vale ainda apontar que, no âmbito do direito alemão, a dicotomia entre reuniões em locais fechados e locais abertos não se confunde com aquela referente às reuniões públicas e não públicas. Enquanto aquelas dizem respeito à característica do espaço em si, estas se referem à exigência ou não de convite ou bilhete individual para o ingresso na reunião (PIROTH; SCHLINK, 2019, p. 350-351).

Explicando a relação entre estas classificações, Leonardo Martins (2017, p. 453) aponta:

Combinando as duas dicotomias, identificam-se quatro tipos de reunião: públicas em locais abertos, públicas em locais fechados, não públicas em locais abertos, não públicas em locais fechados. A caracterização como pública ou não dependerá das determinações

¹¹⁵ Lei Fundamental da República Federal da Alemanha - Artigo 8 [Liberdade de reunião] (1) Todos os alemães têm o direito de se reunirem pacificamente e sem armas, sem notificação ou autorização prévia. (2) Para as reuniões ao ar livre, este direito pode ser restringido por lei ou em virtude de lei.

prévias dos organizadores, as quais predeterminam ou não um público-alvo, especificamente convidado/convocado para a reunião.

Enfatize-se que é justamente o perigo de conflito que se amplia na reunião realizada em locais públicos que levou a Lei Federal da Alemanha, em seu artigo 8º, nº 2, a submeter as reuniões realizadas ao ar livre (em espaços públicos) à reserva de lei, à qual não estão sujeitas as reuniões realizadas em espaços fechados.

Outro aspecto importante sobre o local da reunião é que o evento não precisa ser necessariamente estático. Configura também uma reunião para fins da tutela constitucional as marchas ou passeatas realizadas em locais públicos, *v.g.*, em ruas, avenidas e estradas.

Nesse sentido, Martins (2017, p. 453), assevera que o direito de reunião pode se configurar em “passeatas, marchas ou aglomerações de pessoas naturais em determinado lugar (fixo ou transitório a depender do tipo de reunião) que tenham por escopo chamar a atenção para qualquer questão política, social ou cultural”.

Também esse é o sentir de José Afonso da Silva (2010, p. 264-265) ao afirmar que devem ser incluídas no conceito de reunião as passeatas e manifestações nos logradouros públicos, de modo que:

A diferença entre passeata e simples manifestação está em que esta se realiza num só lugar, é imóvel, enquanto aquela se desloca nas vias públicas, quando, então, os indivíduos exercem, ao mesmo tempo, duas liberdades fundamentais: a liberdade de locomoção (circulação) e a liberdade de reunião.

O destaque das passeatas é ressaltado por Sérvulo Correia (2006, p. 16) ao asseverar que:

Se nos grandes e, até, nos médios centros urbanos, o tradicional papel da praça pública como local de expressão do pensamento e formação da opinião se foi perdendo, o cortejo – uma manifestação que circula – dá visibilidade a pretensões colectivas e exhibe fisicamente o carácter partilhado de certas opções aos olhos do cidadão isolado.

Diga-se, entretanto, que da mesma forma que o mero ajuntamento de pessoas num determinado local, sem a finalidade comunicativa de exprimir um fim comum, também o agrupamento de pessoas em movimento não é suficiente para caracterizar a manifestação tutelada pelo direito fundamental de reunião. Há que se ter também aqui a finalidade comunicativa.

Com efeito, não se pode considerar que haja uma reunião jusfundamentalmente tutelada pelo art. 5º, XVI da Constituição Federal no grupo de ciclistas que se reúne para a prática esportiva, pois, apesar de terem o mesmo fim (praticar atividade física) não possuem um fim comum. Na verdade, o que se tem aqui é a prática individual da atividade física de forma coletiva, mas não uma reunião. De outro lado, se o grupo de ciclistas se reunir para promover um passeio com o fim de divulgar e incentivar as pessoas ao uso da bicicleta como meio de transporte alternativo e para a preservação do meio ambiente, aí então estarão sob o abrigo do direito fundamental de reunião.

Com a mesma linha de raciocínio, António Francisco de Sousa (2011, p. 31-39) cita o exemplo das procissões religiosas, que, em sua visão, correspondem ao exercício público de um ato religioso, de caráter individual e sem o intuito de transmitir a terceiros qualquer mensagem. Não se deve, pois, confundir a atividade em grupo com o direito de reunião.

Por fim, ainda em relação ao *locus* em que o debate democrático é promovido, JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 637) lecionam que as reuniões virtuais não se inserem na proteção jusfundamental do direito fundamental de reunião.

Entre nós, esta também é a opinião de Luiz Fux (2013, p. 179) e, conforme se verá a seguir, de Leonardo Martins (2017, p. 453), o qual enfatiza:

No mais, a reunião constitucionalmente protegida pelo dispositivo em pauta deve se realizar em um determinado local. Entenda-se como tal um local físico, não um local virtual. Encontros virtuais são protegidos por outros direitos fundamentais de comunicação social, isso porque é a partir do estudo da demanda específica de proteção que se define essa característica. Pelo direito fundamental à liberdade de reunião opõe-se um obstáculo àquela que é, em princípio, possível e potencialmente legítima competência estatal de impedir que pessoas se juntem, com emprego de seus corpos, em prol de algo que desejem comunicar, em um determinado local físico.

É incontestável que os avanços tecnológicos têm revolucionado as formas de relacionamento intersubjetivos e alguma abertura para a participação popular democrática¹¹⁶. Em tempos em que a pandemia do Covid-19 se alastra rápida e

¹¹⁶ Conforme leciona Fernando de Brito Alves (2013, p. 186), a democracia digital “ocorreria quando os processos de deliberação (*public choice*) ocorressem no espaço comunicacional digital, ou ainda, quando fosse possível, na relação de plebiscitos ou referendos pela internet (*democracia plug'n play*), o que ainda não ocorreu em qualquer lugar do mundo, tendo em vista questões de ordem técnica e moral.” A discorrer sobre a democracia do futuro como uma

indefinidamente, provocando o isolamento social das pessoas, a tecnologia tem sido uma importante aliada para aproximar as pessoas, seja nas relações familiares, profissionais ou de amizade.

Conclui-se, portanto, que, nos termos do inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o local público (ou espaço público) constitui o “elemento espacial” que integra o suporte fático do âmbito de proteção do direito fundamental de reunião.

Há ainda uma característica importante da reunião: o seu caráter transitório ou temporário (elemento temporal). A reunião deve ter duração limitada no tempo. Justamente porque a reunião se dá no espaço público, que deve ser partilhado por todos, a temporariedade é um dos seus elementos essenciais. Não se pode conceber que, sob o pretexto de realizar uma reunião, as pessoas ocupem indefinidamente (ou definitivamente) os locais públicos, transfigurando-os indevidamente em locais privados.

Nisto a reunião se distingue da associação. Na reunião, o vínculo entre as pessoas é fático e temporário. Na associação o que une as pessoas em torno do objetivo comum é um vínculo jurídico e que, por isso, tende a ser duradouro.

Dispõe ainda o inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988 sobre a forma de desenvolvimento da reunião e reconhece aos indivíduos o direito fundamental de reunirem-se pacificamente e sem armas.

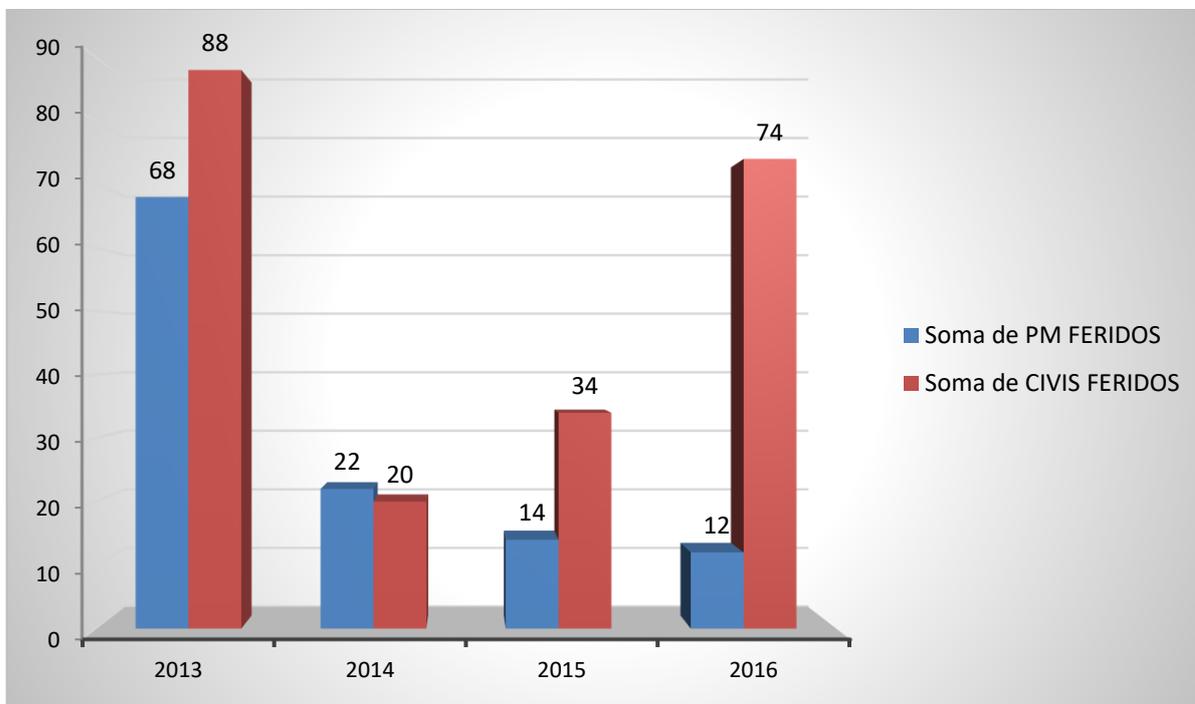
Ocorre que nem todas manifestações populares são apenas e tão somente instrumentos para o exercício legítimo da cidadania democrática. Em alguns casos, atos de depredações e de violências contra o patrimônio e as pessoas exigem a intervenção da Força de Segurança para o restabelecimento da segurança e ordem públicas e preservação dos direitos de terceiros.

A violência praticada por alguns manifestantes durante os protestos populares em nada contribui para as pautas que propalam e defendem. Ao contrário, além de ensejarem a intervenção da Força de Segurança e, em alguns casos, a dissolução da própria manifestação, estimulam a repulsa dos não manifestantes para as causas defendidas e, não raras vezes, a replicação da violência, numa verdadeira espiral do declínio para a democracia.

simbiose entre a democracia dos modernos e a dos antigos, Norberto Bobbio (2000, p. 382) observa que “a democracia do futuro goza do mesmo juízo de valor positivo da democracia dos modernos, embora retornando em parte, através da ampliação dos espaços de democracia direta, tornada possível com a difusão dos meios eletrônicos, à democracia dos antigos”.

Novamente os dados estatísticos da PMESP revelam a violência presente nas manifestações que ganharam as ruas do Estado de São Paulo.

Gráfico 3 – Total de policiais militares e de civis feridos nas manifestações



Fonte: PMESP (2019).

As reuniões armadas e/ou não pacíficas não se encontram no âmbito de proteção *prima facie* do direito fundamental de reunião. Esta exclusão não configura uma restrição constitucional e sim a determinação do âmbito de proteção jusfundamental do direito de reunião.

Não é outra a opinião de Sérvulo Correia (2006, p. 43) ao asseverar que:

O imperativo do carácter pacífico e não armado da manifestação coloca-se, metodologicamente, num momento anterior ao das restrições ao direito fundamental, visto que se trata ainda de uma forma de demarcar pela negativa o seu *âmbito de proteção*. Não estamos perante uma restrição de uma liberdade em função de uma ponderação de valores conflituantes levada a cabo pela própria Constituição. Pensar assim significaria olvidar que o sistema dos direitos fundamentais é formulado na pressuposição de que se destina a funcionar no quadro de uma sociedade democrática.

Têm-se, com isso, que as reuniões armadas e/ou não pacíficas estão desde logo afastadas do âmbito de proteção do bem jurídico constitucional e, portanto, não merecem a tutela prestacional negativa e positiva do Estado.

Conforme anota Leonardo Martins (2017, p. 446)

De um lado, segundo o teor do início do dispositivo: “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas”. Indubitavelmente, tem-se aqui uma condicionante destinada, exclusivamente, a cada titular do direito fundamental. Reunidos que não estejam exercendo o comportamento contemplado pela norma de modo pacífico ou que estejam portando armas não poderão reivindicar juridico-processualmente, pelo menos não com chances de êxito, o livre exercício do direito fundamental em pauta.

A questão que se põe é determinar o que configura uma reunião armada e/ou não pacífica para fins de afastamento da tutela constitucional. Não se trata de questão de simples aferição e as polêmicas são inerentes à complexidade e relevância do tema.

Este também é o alerta de Leonardo Martins (2017, p. 454):

Critérios para a aferição do caráter pacífico de uma reunião foram fartamente desenvolvidos no direito comparado alemão cuja norma definidora do direito fundamental, nessa etapa da fixação do seu suporte fático, é praticamente idêntica à norma do art. 5º, XVI CF. Porém, também lá muitos são os aspectos controvertidos. Até mesmo o aparentemente objetivo critério do porte de armas revela problemas hermenêuticos e práticos.

Não obstante as dificuldades e controvérsias existentes no âmbito doutrinário e jurisprudencial, é necessário enfrentar o tema e, por vezes, torna-se mais fácil identificá-lo a partir do seu contrário, ou seja, a partir da identificação das condutas não pacíficas é possível aferir se uma reunião deve ou não ser considerada pacífica.

A primeira causa da exclusão de um agrupamento de pessoas do âmbito de proteção do direito fundamental de reunião é o uso de armas. No sentido do dispositivo constitucional, que intenta que as reuniões sejam instrumentos de participação popular democrática, armas devem ser considerados quaisquer objetos aptos a causarem lesões corporais e/ou danos a terceiros.

O porte de armas próprias pelos manifestantes está claramente abrangido pela vedação constitucional. Não se tem dúvidas de que um revólver ou uma pistola sejam armas. Também não se questiona sobre o porte de uma faca ou outra arma branca.

O questionamento surge quando instrumentos ordinariamente destinados a outros fins são portados pelos manifestantes, *v.g.*, bastões de madeira ou bolinhas de gude. Tais instrumentos podem configurar o que se chama de armas impróprias, ou seja, instrumentos que não são originariamente destinados a servirem como armas,

mas que podem ocasionalmente, a depender das circunstâncias, serem utilizadas com esta finalidade.

No âmbito do direito comparado, Sérvulo Correia (2006, p. 46-47) leciona que a doutrina e a jurisprudência europeias entendem que o conceito de arma para efeito da ilegitimidade do direito de reunião vai para além das armas em sentido estrito e abrangem:

Quaisquer objetos transportados por manifestantes que se mostrem adequados a perpetrar ofensas contra a vida e a integridade física de outrem, ou crimes de dano contra bens [a exemplo de barras de ferro, pedras e quaisquer outros objetos contundentes ou artefatos explosivos]. Mais do que a classe do objecto, o que importa é a sua aptidão para ofender.

No mesmo sentido, Pieroth e Schlink (2019, p. 347) defendem que, para além das armas em sentido estrito (pistolas, revólveres, punhais etc) também devem ser considerados como armas os instrumentos perigosos, *v.g.*, tacos de madeira ou barras de ferro, desde que se observe, na situação concreta, que estão sendo portados com o fim de servirem como armas.

Admitindo um conceito amplo de armas para efeito da proibição constitucional, António Francisco de Sousa (2011, p. 48) alerta que, além das armas em sentido técnico (ou próprio), também devem ser considerados armas “quaisquer objetos que pela sua natureza sejam apropriados a lesar pessoas ou a danificar coisas”.

Eis aqui um aspecto importante na lição de Bodo Pieroth e Benhard Schlink e que deve ser destacado: no caso das armas impróprias (tacos de madeira, bolinhas de gude etc), é preciso aferir a efetiva intenção do seu uso pelos manifestantes para lesionar pessoas e/ou danificar bens de terceiros.

Com sentido similar, António Francisco de Sousa (2011, p. 54) adverte que, no caso das armas impróprias, “a perigosidade do objeto deve ser analisada no caso concreto, considerando não só as suas características próprias, como também as circunstâncias do local em que se realiza a reunião ou manifestação”.

Esta também é a linha de compreensão de Leonardo Martins (2017, p. 468):

Armas são todos os objetos que, com o devido uso, sejam idôneos a ferir pessoas ou a substancialmente danificar coisas. [...]. Certamente, um ataque com um alto-falante nas mãos pode causar ferimentos. Contudo, para não tornar o conceito de armas tão sem contornos minimamente rígidos e, por consequência, de maneira quase ilimitada, extensível a objetos do cotidiano, deve-se exigir ao menos uma propensão ao uso por parte de quem os porte.

Um outro exemplo interessante é citado por António Francisco de Sousa (2011, p. 54). Para o autor português, uma tinta em *spray* poderia ser considerado arma (em sentido impróprio) diante da sua aptidão para afetar significativamente a utilidade das coisas.

Para alguns pode parecer exagerado o exemplo citado pelo constitucionalista português, mas basta olhar para a realidade das manifestações e ver que é corriqueiro o uso de tintas em *spray* para danificar prédios públicos, agências bancárias e outros bens, o que conduz ao caráter não pacífico da reunião.

No dia a dia, as pessoas não andam com tinta *spray* em suas mochilas e, portanto, a recolha de tais materiais pela Força de Segurança traduz medida idônea para impedir o dano ao patrimônio público e privado durante as manifestações e, conseqüentemente, preservar o caráter pacífico da reunião e garantir o exercício do direito fundamental pelos manifestantes não violentos.

Deve, portanto, no caso das armas impróprias, estar presente a intenção de efetivamente usá-los. Isso não se verifica, salvo se os elementos fáticos apontarem em sentido contrário, nas manifestações de trabalhadores rurais que portem, como marca simbólica da sua condição, instrumentos de trabalho que sejam em si considerados perigosos, *v.g.*, enxadas, foices etc.

Outro exemplo que pode ser citado é a manifestação indígena ocorrida, em 11 de novembro de 2015, na praça de pedágio de Avaí/SP, localizada no Km 367 da Rodovia Marechal Rondon. Aproximadamente 200 índios, das Aldeias de Avaí/SP, Bauru/SP e Tupã/SP, protestaram contra a Proposta de Emenda à Constituição, PEC nº 215/2000, que propunha a transferência da competência para demarcação das terras indígenas do Poder Executivo Federal para o Congresso Nacional.

Durante o protesto, que transcorreu pacificamente e contou com o apoio da Polícia Militar e da empresa Concessionária da rodovia, os índios portavam arcos e flechas para suas manifestações culturais e não com o fim de utilizar os apetrechos como armas.

Outro ponto controvertido diz respeito ao uso das chamadas armas passivas, a exemplo de capacetes, máscaras de gás ou capas. Para Leonardo Martins (2017, p. 468), tais objetos não são armas.

Apesar de também admitirem que, *prima facie*, as “*armas defensivas* (elmos, escudos e máscaras)” não devam ser incluídas na cláusula proibitiva das reuniões

armadas, JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 639, grifo do autor) ressaltam a hipótese do porte de tais instrumentos “tornar evidente a ausência de caráter pacífico” da reunião.

Para Bodo Pieroth e Benhard Schlink (2019, p. 348), os intitulados “armamentos passivos”, como máscaras de gás e óculos de proteção, não podem ser considerados armas para afastar a reunião do âmbito de proteção jusfundamental.

Já António Francisco de Sousa (2011, p. 54-55) faz a distinção entre equipamentos de proteção em sentido técnico e equipamentos de proteção em sentido não técnico. Aqueles seriam os objetos destinados à proteção individual, como máscaras de gás, coletes balísticos, escudos de proteção, caneleiras etc. De outro lado, os equipamentos de proteção em sentido não técnico seriam os objetos que, a despeito de possuírem finalidade diversa, podem ser utilizados para a proteção individual dos manifestantes, a exemplo dos capacetes de motociclistas, travesseiros e outros. Todavia, defende que tanto um quanto o outro não configuram, *prima facie*, armas vedadas pela proteção constitucional do direito de reunião e só as circunstâncias do caso concreto é que poderão determinar se tais equipamentos de proteção (técnicos e não técnicos) podem sustentar o reconhecimento do caráter não pacífico da reunião.

Em sentido oposto é o escólio de Sérvulo Correia (2006, p. 47), para quem o uso de equipamentos de proteção, a exemplo de escudos, capacetes ou máscaras de gás configuram o caráter não pacífico da reunião.

Isto é o que parece ocorrer, *v.g.*, no caso dos intitulados *black blocs*, que radicam na violência sua estratégia de manifestação e encobrem seus rostos com camisetas e máscaras¹¹⁷ para anonimamente praticarem atos ilícitos e se furtarem às responsabilidades legais decorrentes.

O argumento de que tais equipamentos são destinados à proteção contra a intervenção policial abusiva não parece ser apta a justificar a sua licitude. Há aí uma perigosa inversão de sentido e valores.

Não se pode admitir que haja uma pressuposição de que eventual intervenção policial será ilegítima e violenta. Este pensamento estaria a admitir que a Força de Segurança teria por procedimento a atuação ao arpejo da Constituição e das leis. Não é este o papel das Forças de Segurança no contexto democrático; ao contrário,

¹¹⁷ O uso de máscara será objeto de análise no próximo capítulo.

as Forças de Segurança constituem Instituições permanentes de defesa da democracia¹¹⁸ e, portanto, devem agir para garantir o exercício dos direitos fundamentais de todas as pessoas, independentemente de viés ideológico.

Ao discorrer sobre a atuação das Forças de Segurança e suas atuações na prestação estatal do direito fundamental à segurança, Ronny Carvalho da Silva (2016, p. 195-196) observa que a segurança pública deve, a um só tempo, voltar-se para a tutela dos interesses dos indivíduos e dos interesses coletivos ou públicos, sem que se possa assim “hiperbolizar os direitos fundamentais na sua dimensão subjetiva”.

De todo modo, ainda que preventivamente não se proíba o porte de armas impróprias e defensivas durante o exercício do direito fundamental de reunião, não se pode olvidar que o seu uso efetivo para a prática de atos violentos configurará o caráter não pacífico da reunião. Aliás, este é o entendimento de Leonardo Martins (2017, p. 454):

Os referidos autores destacam, todavia, que, embora objetos como tomates, ovos ou mesmo objetos de proteção como guarda-chuvas e capacetes não sejam em si armas no sentido constitucional, sua “utilização violenta” configura o caráter não pacífico de uma reunião, excluindo, igualmente, uma reunião com essa característica do suporte fático do art. 8, I GG. O mesmo raciocínio pode ser aplicado, sem percalços, na interpretação do art. 5º, XVI CF.

O caráter pacífico de uma reunião também não estará presente quando, no transcurso da reunião, se observar a prática de atos de violência física contra pessoas e/ou coisas.

Observe-se, desde logo, que a exclusão da tutela constitucional à reunião se dá tanto no caso do (i) do uso de armas pelos manifestantes quanto pela (ii) pela prática de condutas que revelem o caráter não pacífico da reunião. Não é preciso que na reunião haja pessoas armadas e que sejam praticadas condutas não pacíficas pelos manifestantes para que se afaste a tutela constitucional. Um ou outro já é suficiente.

Outro ponto que merece ser esclarecido é que não se deve confundir a “reunião pacífica” com o “fim pacífico” da reunião. Aliás, este equívoco hermenêutico parece ter sido feito por Luiz Fux (2013, p.173) que, ao analisar o art. 45 da CRP, afirma que

¹¹⁸ Com esse sentir, o legislador constituinte incluiu as Forças de Segurança brasileiras (art. 144) no Título V da Constituição Federal de 1988, destinado à disciplina constitucional “Da defesa do Estado e das Instituições Democráticas”.

o direito de reunião possui dois limites explícitos: finalidade pacífica e a vedação ao porte de armas.

Não é isso que diz a Constituição portuguesa¹¹⁹ e tampouco a brasileira¹²⁰. A exigência estampada nos respectivos enunciados normativos do direito fundamental de reunião é que esta seja pacífica e não que o fim seja pacífico. O conteúdo da manifestação não é objeto de análise no âmbito de proteção do direito fundamental de reunião e sim no da liberdade de expressão.

É possível, por exemplo, ocorrer uma reunião não violenta para a defesa da pena de morte. O fim não é pacífico (pena de morte), mas a reunião é pacífica. E isto basta para a tutela jusfundamental do direito de reunião.

Este é também o entendimento de Valério de Oliveira Mazzuoli (2008, p. 139, grifo do autor) à vista do direito à reunião pacífica e sem armas previsto no art. 15 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

[...] a finalidade ilícita não vicia sua [da reunião] realização, uma vez que, na sistemática da Convenção Americana – tal qual na da Constituição italiana (art. 17) de 1947 – é suficiente que a mesma se realize *pacificamente e sem armas*.

Não é, porém, necessário aguardar o início da violência para que a reunião seja dissolvida. Diante da firme e concretamente fundamentada convicção de que serão praticados atos violentos durante a reunião já é possível a atuação preventiva das autoridades públicas para impedir a realização do evento.

A exarar este entendimento, o Tribunal Constitucional da Espanha, no julgamento da STC nº 163/06 (2006, p. 14-15) destacou a licitude da ordem administrativa de proibição preventiva da reunião quando haja fundadas razões para concluir que seu desenvolvimento poderá conduzir a uma situação de desordem material que impeça o normal desenvolvimento da convivência cidadã em aspectos que afetam a integridade física ou moral das pessoas e/ou a integridade dos bens públicos e privados.

¹¹⁹ CRP, Artigo 45 - Direito de reunião e de manifestação: 1. Os cidadãos têm o direito de se reunir, *pacificamente* e sem armas, mesmo em lugares abertos ao público, sem necessidade de qualquer autorização. 2. A todos os cidadãos é reconhecido o direito de manifestação (grifo nosso).

¹²⁰ CF/88, Artigo 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 (grifo nosso).

No mesmo sentido, com base em decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Leonardo Martins (2017, p. 462) leciona que, naquele país, a previsão de um transcurso violento, que seja capaz de atingir a segurança e ordem públicas, pode fundamentar uma decisão judicial administrativa de proibição de sua realização:

A Lei Federal de Reuniões alemã prevê, em seu § 15 I *BVersG*, a possibilidade de se proibir previamente ou de se dissolver uma reunião contrária a outra (*Gegendemonstration*) a depender do prognóstico da ameaça de perigo à segurança pública. Mas de novo: trata-se de um exame a ser perpetrado na terceira etapa da justificação constitucional a partir da aplicação proporcional dos limites constitucionais e não de uma exclusão da proteção desde o início. Nesse sentido, é que se questionará a intervenção muito grave implícita na proibição prévia da reunião que ao cabo somente restará justificada se “uma dissolução a posteriori não puder ser considerada significativamente possível”.

No julgamento do caso *Brokdorf* – BVerfGE 69/315 (1985, p. 61), o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha (2005, p. 535-536) decidiu que as proibições e dissoluções das reuniões só serão admissíveis no caso de “ameaça imediata à segurança ou à ordem pública”, de modo que a proibição preventiva deve se fundamentar em fatos, casos e outros pormenores concretos, não sendo suficientes meras suspeitas ou suposições para embasarem a decisão administrativa ou judicial.

Com o mesmo entendimento, advertem JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 639) que o caráter não pacífico da reunião deve ser aferido objetivamente, ou seja, deve se assentar em fatos concretos e não pode ser objeto de ilações ou prognoses das autoridades públicas.

Acerca da postura dos organizadores ou promotores da reunião, Sérvulo Correia (2006, p. 44) leciona que o caráter pacífico da reunião também é perdido quando os organizadores previamente demonstram o propósito de praticarem atos violentos contra pessoas e/ou bens.

Para Bodo Pieroth (*apud* MARTINS, 2017, p. 457), a incitação à prática de atos violentos pela organização ou liderança da reunião também configura o caráter não pacífico da manifestação e autoriza a sua dissolução. Pontue-se aqui que os promotores/organizadores do evento ostentam o dever de cooperação com as autoridades na mediação com os manifestantes para a preservação do caráter pacífico da reunião. A incitação ou instigação da prática de atos de violência pelos organizadores/promotores do evento poderá, nos termos do art. 29 do Código Penal

Brasileiro¹²¹, torná-los corresponsáveis pelas agressões à vida, integridade física ou bens de terceiros praticadas pelos manifestantes em atenção aos seus incentivos.

No outro extremo, a postura colaborativa dos organizadores/promotores com as autoridades públicas reduz o risco de que a manifestação se conduza de forma não pacífica e afastando assim a proibição preventiva e reduzindo os riscos de dissolução da reunião pelas autoridades públicas¹²².

De outro lado, atos de violência praticados por um manifestante ou por um grupo determinado (minoría) de manifestantes não é suficiente para a dissolução da reunião sob o argumento da não pacificidade do evento (CANOTILHO; VITAL MOREIRA, 2009, p. 639; SOUSA, 2011, p. 52). Neste caso, a ação da Força de Segurança deve ser dirigida a estes indivíduos e não à totalidade dos manifestantes, que devem ter respeitado e garantido o seu direito à manifestação pacífica.

Para António Francisco de Sousa (2011, p. 51), a *regra de ouro* para definir se uma reunião ou manifestação (e não o manifestante) deve ser classificada como não pacífica é a “situação material do não retorno”, de modo que, a partir daquele momento, verifica-se que nem os organizadores e nem a Força de Segurança serão capazes de restabelecer a ordem e a segurança da manifestação.

Têm-se assim que, se tiverem conhecimento concretamente fundamentado de que a reunião será palco de violência, as autoridades estatais poderão se antecipar para impedir a sua realização. Por vezes, a Força de Segurança tem representado ao Ministério Público solicitando a interposição de ação judicial de interdito proibitório para impedir a realização de manifestações que, segundo juízo de prognose concretamente fundamentado, provavelmente terão transcurso violento.

Outra questão que deve ser observada seria sobre a necessidade de haver atos positivos de violência física contra pessoas e coisas para se reconhecer a não

¹²¹ CP, Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

¹²² Na manifestação indígena contra a PEC nº 215/00, que contou com aproximadamente 200 índios das aldeias de Avaí, Bauru e Tupã, no quilômetro 367 da SP 300 – pedágio de Avaí/SP (11 de novembro de 2015), no dia anterior, o Comando do 2º Batalhão de Polícia Rodoviária se dirigiu a até a Aldeia indígena de Avaí e, em contato com o líder daquela tribo - cacique Dará - definiu o apoio para a realização da manifestação, criando assim uma relação de respeito e confiança mútua, o que se demonstrou importante para que a manifestação transcorresse sem qualquer tumulto.

pacificidade da reunião ou se é suficiente a violência moral. A este respeito já se pronunciou o Tribunal Constitucional da Espanha, no julgamento da STC nº 59/90 (1990, p. 10-11), firmando o entendimento de que a violência moral intimidatória para terceiros configura ato que exclui a reunião do âmbito de proteção jusfundamental, *in verbis*:

Toda manifestación en la que pudieran ejercerse, tanto violencias «físicas» (cfr. STDEH de 21 de junio de 1988, asunto «Plattform Ärzte für das Leben»), como incluso «morales con alcance intimidatorio para terceros» (STC 2/1982), excede los límites del ejercicio del derecho de reunión pacífica y carece de protección constitucional, haciéndose acreedora de las sanciones previstas en nuestro ordenamiento.

Para Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 296-297), a reunião não pacífica é aquela em que há prática de atos dolosos voltados a romper a paz social ou a pôr em perigo pessoas e bens alheios, incluindo-se os atos de violência moral.

Para Sérvulo Correia (2006, p. 44), o caráter pacífico da reunião não se resume na abstenção de atos de violência física contra pessoas ou bens que sejam passíveis de incriminação, de modo que configura o caráter não pacífico da reunião a prática de condutas que gerem perigos evidentes e excesso de agressividade contra pessoas ou coisas.

Para Luiz Fux (2013, p. 183) o caráter não pacífico da reunião se caracteriza sempre que sejam praticados atos que coloquem em risco a integridade física de terceiros ou de bens, não havendo, portanto, a necessidade de se aguardar a prática efetiva do ato violento para que a reunião seja considerada não pacífica e, portanto, suscetível de dissolução.

Tais posicionamentos, se não forem bem compreendidos, podem conferir excesso de discricionariedade à Força de Segurança na análise da situação de risco e podem conduzir à dissolução arbitrária da reunião.

A razão parece mais uma vez estar na advertência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha ao asseverar, no julgamento do caso *Brokdorf* – BVerfGE 69/315 (1985, p. 61) que as proibições e dissoluções não podem se assentar em meras suspeitas ou suposições das autoridades, mas devem ser faticamente sustentadas em condutas concretas que revelem uma “ameaça imediata” à segurança ou à ordem públicas e/ou aos direitos de terceiros.

De todo modo, bem adverte António Francisco de Sousa (2011, p. 49-50) que não é qualquer violação legal praticada pelos manifestantes suficiente para decretar

o caráter não pacífico da reunião, sob pena de se inverter a hierarquia normativa. Não é a lei quem define o conteúdo da Constituição (caráter pacífico) e sim a Constituição que define o conteúdo da lei.

Entre nós, Luiz Fux (2013, p. 183) defende que a questão da licitude da reunião remete ao ordenamento jurídico-penal: são ilícitas as reuniões que, conforme a lei penal, são tipificadas como crimes. Este também foi o entendimento firmado pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, no julgamento do caso *Brokdorf* BVerfGE 69/315 (1985, p. 61), ao asseverar que:

[...] uma ameaça da segurança pública será considerada presente sempre que houver uma ameaça de lesão punível criminalmente a esses bens tutelados (vida, saúde, liberdade, honra, propriedade e patrimônio do indivíduo, bem como a integridade da ordem jurídica e das instituições estatais).

Não há dúvidas de que o direito penal pode ser utilizado para auxiliar na definição do caráter violento da reunião, *v.g.*, a reunião que lesiona pessoas (CP, art. 129), danifica coisas (CP, art. 163), constrange alguém a fazer algo que a lei não lhe obriga ou a deixar de fazer o que a lei lhe permite (CP, art. 146), sejam manifestantes ou não manifestantes, constitui, por evidente, manifestações violentas.

Todavia, conforme lecionam JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 639) a prática de violações de direito ou mesmos de condutas criminosas não são, por si só, suficientes para configurar o caráter não pacífico da reunião. Os autores exemplificam seu posicionamento com o caso dos manifestantes que sentados bloqueiam uma via pública e passivamente resistem à ação da Força de Segurança para dali retirá-los com o fito de desobstruir o trânsito.

Para Leonardo Martins (2017, p. 456) é questionável:

Se a mera violência psíquica, tal como a presente em ações de bloqueio de vias, autoestradas ou ferrovias por manifestantes sentados ou deitados, descaracterizaria o seu caráter pacífico. Sem dúvida, trata-se de uma reunião no sentido constitucional. Estão presentes o elemento comunicativo e o de comunhão de propósitos. A tendência, no direito comparado alemão, é afirmar, pelo menos em princípio, o caráter pacífico.

Parece que, na verdade, o conceito acima apresentado por Leonardo Martins mais se adequa ao conceito de violência passiva e não violência psíquica. A violência psíquica se subsume na grave ameaça, na coação moral. A violência passiva seria a

inação, a resistência passiva do manifestante, *v.g.*, aquele que permanece inerte ao ser interpelado pela Força de Segurança para que saía da via pública interdita.

O caso dos manifestantes sentados foi enfrentado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no julgamento do caso *Sitzblockaden II* – BVerfGE 92/1 (1995)¹²³. O Tribunal entendeu que, para fins de adequação típica ao art. 240 do StGB, a “violência não pode confundir-se com a coação, mas tem que ir além desta”.

Este pensamento do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha não pode ser compreendido de maneira absoluta, sob pena de tutelar manifestações que extrapolam os contornos do exercício democrático da cidadania. Veja-se o caso da paralisação dos caminhoneiros.

Entre os dias 21 de maio e 01 de junho de 2018, reivindicando redução no preço do óleo diesel e melhoria no valor dos fretes, os caminhoneiros realizaram uma greve geral em todo o Brasil. Os pátios dos postos de combustíveis às margens das principais rodovias do país ficaram lotados de caminhões e suas cargas. Até aí, apesar do desabastecimento gerado pela paralisação, os manifestantes estavam exercendo o seu direito fundamental de reunião.

O problema surgiu quando, para alcançarem o objetivo de paralisação total, alguns caminhoneiros passaram a ameaçar e coagir outros motoristas a pararem seus veículos e aderirem à manifestação, inclusive, em alguns casos, portando tacos de madeira. Apesar de não terem sido praticados atos que efetivamente causassem lesões físicas nos motoristas abordados, é irrefutável que a ameaça e a coação moral praticada pelos manifestantes denotaram o caráter não pacífico e, portanto, ilegítimo da manifestação, o que, inclusive, exigiu a intervenção da Força de Segurança.

Vale aqui também lembrar a advertência de Luiz Fernando Kazmierczak (2017, p. 92) de que, sob a égide do Estado Constitucional de Direito, o direito penal deve selecionar e incriminar condutas capazes de causarem ofensas graves aos bens jurídicos constitucionais. Todavia, o que se vê é uma escalada do direito penal rumo à criminalização indiscriminada e, assim, pode-se concluir que o critério da tipificação

¹²³ No julgamento do referido caso, o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha foi chamado a decidir sobre a ação de manifestantes que, contrários à escalada de armamento nuclear na República Federal da Alemanha, se sentaram na entrada de um depósito de munição das Forças Armadas Alemãs, na cidade de *Großengstingen*, para impedir o ingresso de militares no local. O fato ocorreu em 09/05/1983. Ao final, a Reclamação Constitucional foi julgada procedente sob o fundamento de que a interpretação do termo “violência” no tipo penal do art. 240 StGB havia sido tão aberta que feriu o direito fundamental do acusado de não ser condenado por um delito não claramente definido em lei.

criminal da conduta não é, por si só, suficiente para fundamentar o caráter não pacífico da reunião. Esta também é a advertência de Luiz Fux (2013, p. 183) ao asseverar que é necessário submeter o tipo penal ao filtro hermenêutico constitucional, de modo a compatibilizá-lo com os valores e princípios consagrados na Lei Fundamental de 1988.

Não é, pois, tarefa fácil definir o que seja uma reunião pacífica ou, talvez, quando o caráter pacífico da reunião não é observado. Não se pode, simplesmente, afirmar que a reunião perde seu caráter pacífico toda vez que viola um direito de outrem. Também não se pode dizer que a prática de atos tipificados como infração penal durante o desenvolvimento da reunião seja por si só suficiente para decretar o caráter não pacífico da reunião.

Há situações em que não há dúvidas do caráter não pacífico da reunião, *v.g.*, quando há agressões físicas contra pessoas ou coisas, causando lesões e danos. Há situações em que não há dúvidas do caráter pacífico da reunião, *v.g.*, quando os manifestantes ocupam a praça pública e gritam palavras de ordem. Nas situações limítrofes, a análise do caso concreto, orientada pelo respeito à liberdade fundamental de reunião e alicerçada no princípio da proporcionalidade, deverá conduzir ao reconhecimento da pacificidade (ou não) da reunião.

Seguindo a tradição constitucional brasileira e do direito constitucional estrangeiro, a Constituição Federal de 1988 não exige autorização para a realização da reunião, fazendo apenas referência ao aviso prévio. A revelar tal distinção, Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 298, grifo do autor) observa que:

Merece ser reparado que a Constituição não exige *autorização prévia*, mas, tão somente, *prévio aviso* à autoridade competente. O exercício do direito de reunião não está submetido a assentimento antecipado do Poder Público. O prévio aviso é apenas o anúncio de um direito. Trata-se de uma comunicação, e não de um pedido de permissão. O prévio aviso figura ato que confere publicidade ao exercício programado de um direito constitucional.

A exigência de aviso prévio tem por objetivo possibilitar que as autoridades públicas adotem as medidas necessárias para garantir o exercício do direito de reunião e sua compatibilização com os direitos colidentes de terceiros no uso do espaço público.

A revelar este entendimento, JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 640) observam que a inexigência de autorização prévia para a realização da reunião não

se confunde e nem veda a exigência de comunicação prévia às autoridades públicas acerca da realização do evento, de modo que estas possam adotar as medidas necessárias para, a um só tempo, garantir o exercício do direito fundamental de reunião e os demais direitos com ele colidentes durante o uso do espaço público, *v.g.*, a reorganização da circulação viária.

Com o mesmo sentir, Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 298):

O prévio aviso, evidentemente, só tem cabimento em se tratando de reunião marcada para ocorrer em espaço aberto e público - não tem razão de ser no caso de encontro marcado para acontecer em lugares privados -, por exemplo, nas dependências de um sindicato.

Outro objetivo da previsão constitucional do aviso prévio é o de evitar que duas reuniões sejam marcadas concomitantemente para o mesmo dia, hora e local. Eis a lição de Leonardo Martins (2017, p. 462):

Destarte, entre as locuções, a determinação do “prévio aviso a autoridade competente” somente pode ser entendida como meio para o alcance de dois tipos de propósito constitucionalmente lícitos: ou do propósito de impedir, objetivamente, que uma reunião frustrasse outra anteriormente convocada para o mesmo local, ou de todos os propósitos finais constitucionais naquele implícitos ou afins. Portanto, trata-se de um limite constitucional cujo traçado concreto deve ser justificado, cumprindo-se o aludido ônus argumentativo, e não de uma condição prévia para o seu exercício a ser atendida pelo titular como ocorre com as condições do “caráter pacífico” e “não porte de armas”.

Não há, porém, a especificação dos requisitos que devem constar do aviso prévio. Diante desta omissão legal/regulamentar, Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 299) defende que, na ausência de lei que discipline os requisitos do aviso prévio, este é autoaplicável em razão da previsão constitucional, de modo que os requisitos podem ser extraídos da função que se atribui ao aviso prévio. Assim enfatiza que deva ter o lugar, itinerário, data, horário do início e duração, objetivo e a identificação dos organizadores.

A falta de aviso prévio não é, por si só, suficiente para autorizar a dissolução da reunião. Se, mesmo na falta de prévio aviso à autoridade competente, a reunião estiver se desenvolvendo sem impedir/prejudicar a realização de outra previamente agendada para o local e de modo pacífico, não há fundamento constitucional para a sua dissolução pela Força de Segurança.

Nesse sentido, Leonardo Martins (2017, p. 471) reflete:

Como coadunar a exigibilidade imediata – i.e., sem interposição legal – do prévio aviso, com a expressa dispensa de uma autorização no plano normativo das consequências jurídicas? Ou afinal, qual seria a consequência jurídica da ausência de um prévio aviso a autoridade competente, seja esta quem for? O suporte fático da norma somente faz sentido se se perpetra, como feito aqui, a cisão entre o suporte fático *jusfundamental stricto sensu* (“todos podem reunir-se, pacificamente, sem armas, independentemente de autorização, em locais abertos ao público”) e o suporte fático do limite ao mesmo direito fundamental (“desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso a autoridade competente”). Caso contrário, o intérprete não teria diante de si uma norma jurídica (constituída, pelo menos, de um suporte fático acrescido de uma consequência jurídica), mas tão somente uma mera proclamação ou, na melhor das hipóteses, uma muito vaga e não vinculante diretriz.

A Suprema Corte dos Estados Unidos (*apud* FUX, 2013, p. 172) já decidiu que “condicionar o exercício do direito de reunião à prévia autorização estatal neutraliza o conteúdo da liberdade, notadamente em virtude da ampla discricionariedade para o seu indeferimento”.

No julgamento do RE nº 806339/15¹²⁴, em 08 outubro de 2015, o Supremo Tribunal Federal reputou, por maioria de votos, constitucional o tema da exigência (ou não) de aviso prévio à autoridade pública competente como pressuposto para o exercício do direito de reunião e, também por maioria de votos, reconheceu a existência de repercussão geral da controvérsia. Passados mais de 03 anos do reconhecimento da controvérsia constitucional, o tema ainda se encontra pendente de julgamento no Plenário Virtual daquela Corte Suprema e, até o momento, nenhum voto foi proferido pelos eminentes Ministros.

¹²⁴ O RE nº 806339/15 foi interposto pelo Sindicato Unificado dos Trabalhadores Petroleiros, Petroquímicos, Químicos e Plásticos dos Estados de Alagoas e Sergipe (SINDIPETRO) em face de decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que indeferiu a apelação dos impetrantes e manteve a sentença do juízo de 1º grau que, diante da pretensão dos autores de bloquear a rodovia BR-101, no município de Propriá/SE, ratificou a liminar anteriormente concedida e impôs pena de multa por descumprimento do provimento de urgência que proibiu o bloqueio daquela rodovia, bem como estipulou multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para o caso de “nova ameaça de turbação ou esbulho que interfira no uso regular do local”. Em seu acórdão, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região entendeu que, na ausência de comunicação formal ao Poder Executivo, a manifestação realizada em área pública não cumpre o aviso prévio exigido pelo inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988 e, portanto, revela-se abusiva. (RE nº 806339 RG, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 08/10/2015, Processo eletrônico DJe-245 Divulg. 03-12-2015 Public. 04-12-2015).

A dificuldade do aviso prévio surge no caso das manifestações espontâneas e daquelas convocadas coletivamente pelas redes sociais, sem ser possível identificar determinado(s) promotor ou organizador.

As manifestações espontâneas são aquelas que acontecem de inopino e que acontecem por circunstâncias atuais, sendo decisivo para a caracterização de uma manifestação espontânea o fato de que o fim da reunião não seria alcançado, ou correria sério risco de não ser, se houvesse o aviso prévio às autoridades públicas competentes com a antecedência legal (SOUSA, 2011, p. 31-33).

Não se pode desabrigar tais reuniões da tutela do direito fundamental de reunião, não sendo a falta de organizadores identificados e/ou de aviso prévio suficientes para fundamentar a sua dissolução pela Força de Segurança.

Para António Francisco de Sousa (2011, p. 32-33) a exigência legal de aviso prévio para as reuniões espontâneas viola o art. 45 da Constituição portuguesa. Afirma ainda que tal exigência não deve ser dirigida nem mesmo às manifestações espontâneas impróprias, que identifica como sendo aquelas que poderiam ser realizadas em outro momento sem perda do seu fim, o que, em tese, viabilizaria o aviso prévio exigido pela lei.

Outro ponto que não pode deixar de ser enfrentado é a questão das megamanifestações, que abrigam por vezes milhares de pessoas e que, por vezes, não possui liderança/organização definida, faltando-lhes organização prévia e auto ordenação interna.

No caso de haver promotores identificados para estas megamanifestações, parece evidente que a eles incumbe informar e colaborar com as autoridades públicas para que o evento transcorra dentro dos limites constitucionais (SOUSA, 2011, p. 35).

Entretanto, a falta de aviso prévio formal às autoridades públicas não é razão suficiente para a proibição do evento. As megamanifestações são publicamente divulgadas em redes sociais e, de uma ou outra forma, chegam ao conhecimento das autoridades, que, no dever estatal de proteção do direito de reunião, devem adotar as medidas necessárias para garantir o seu exercício.

Se a reunião se desenvolver em desrespeito aos condicionamentos constitucionais, a Força de Segurança deverá agir para dissolvê-la. Se antecipadamente a Força de Segurança tomar conhecimento de que há concreta e fundada razão para se presumir que a manifestação violará os regramentos constitucionais do direito de reunião, poderá interpor a medida judicial competente

para proibir a sua realização e, se ainda assim ocorrer, as pessoas que a ela aderirem estarão sujeitas às responsabilidades legais pela desobediência da ordem judicial e pelos atos violentos/danosos que eventualmente praticarem.

O que não se pode admitir é que, na era da tecnologia, em que a informação se alastra rapidamente, proíba-se o direito de reunião sob o argumento de que não há organizador ou aviso prévio formal. A mobilização e organização difusa destes movimentos é um signo da contemporaneidade e para esta nova realidade a ordem jurídica e as autoridades públicas não podem fechar os olhos.

Aliás, esta nova realidade, complexa e plural, reforça a necessidade da tese defendida neste trabalho: a imprescindibilidade da intervenção legislativa para a garantia da efetividade do correto exercício do direito fundamental de reunião. Este será o objeto do próximo capítulo.

4 RESTRIÇÕES AO DIREITO DE REUNIÃO NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL E NO DIREITO ESTRANGEIRO

Basta olhar para o mundo real para perceber a necessidade de alguma forma de disciplina do exercício do direito de reunião. A realidade não deixa espaço para dúvidas e para abstrações teóricas incapazes de sentir a brisa da vida concreta. A retórica dos discursos não contribui para a solução dos problemas cotidianos se não for transformada em ações concretas. É necessário olhar para a rua e ver o mundo como ele é.

Não há direito fundamental absoluto. Não há nenhum direito absoluto. O direito fundamental de reunião não é sacrossanto¹²⁵. A sua relativização é uma exigência da vida real e o Direito (e os juristas) não podem fechar os olhos para a realidade, sob pena desta alienação fenomênica contribuir ainda mais para o distanciamento entre a teoria e a prática da democracia e, conseqüentemente, para o aumento da *síndrome da fadiga democrática*, já referida por David Van Reybrouck.

A revelar sua sintonia com a realidade social, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (2020, p. 59-60) observou que:

A Constituição atenta para a circunstância de que, em virtude do contato com o mundo exterior, para o exercício da liberdade de reunião ao ar livre há uma especial necessidade de regulamentação, principalmente de organização jurídica e processual, a fim de, de um lado, serem criadas as reais condições para o exercício e, de outro, protegidos suficientemente os interesses colidentes de terceiros.

O povo, o homem iletrado das ruas, não conhece as rebuscadas – e, muitas vezes, inacessíveis até mesmo aos juristas – teorias e teses jurídicas, mas sente, como ninguém, a vida – ou a morte – dos direitos no seu viver cotidiano. Se a reflexão não produzir ação, sobretudo no campo das ciências sociais aplicadas, a ciência perderá o seu próprio sentido de ser.

De outro lado, isto não significa que haja um campo ilimitado para o avançar da intervenção estatal no âmbito de proteção do direito fundamental de reunião. Há, aqui, de serem observados certos limites e, de modo especial, a exigência de que cada medida restritiva seja imposta a partir de uma fundamentação racional, pública e

¹²⁵ Ao proferir seu voto no julgamento da ADI nº 1969/99, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres de Brito (STF, 2007, p. 396) afirmou que o “direito de reunião chega a ser sacrossanto”.

constitucionalmente idônea, a guardar estrita proporcionalidade com o fim de salvaguarda de outros direitos e liberdades fundamentais.

Aqueles que defendem a impossibilidade da intervenção legislativa (constitucional e democrática) para a disciplina do exercício do direito fundamental de reunião acabam por, num efeito reverso, desprotegendo aquilo que querem proteger.

A falta de critérios claros e objetivos para, tanto quanto possível, disciplinar o exercício do direito de reunião pelos seus titulares, compatibilizando-o, na partilha do espaço plural e complexo da vivência democrática, com os direitos colidentes de terceiros, abre caminho para o retorno à lei do mais forte e à barbárie do estado hobbesiano.

Além disso, a falta de critérios claros e objetivos para balizar a intervenção estatal na disciplina do exercício do direito de reunião abre um amplo e largo caminho para o arbítrio no exercício do poder, colocando em sério risco as liberdades democráticas tão duramente conquistadas ao longo da história da humanidade.

Poder-se-ia então argumentar que a ausência de reserva legal expressa no texto constitucional não permite a regulação legislativa do direito fundamental de reunião, mas não afasta a possibilidade de intervenção executiva e judiciária necessárias para a compatibilização da vida dos direitos no espaço público.

Tal pensamento estaria a inverter e gravemente atentar contra a ordem lógica da atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário na égide do Estado Democrático de Direito.

Não é, com a necessária *vênia*, nem mesmo buscar sustentação teórica em letrados filósofos ou juristas para compreender o que é ululante. Um simples silogismo resolve de modo satisfatório esta questão: (i) o Estado Democrático de Direito se assenta na soberania popular; (ii) a soberania popular é exercida, nas democracias modernas, através dos representantes eleitos pelo povo; (iii) logo, os representantes da soberania popular (Poder Legislativo) têm a primazia na determinação das regras de convivência social sob a égide do Estado Democrático de Direito.

Ao Poder Executivo cumpre governar e administrar seguindo as regras estabelecidas pelo Poder Legislativo. Ao Poder Judiciário incumbe solucionar as lides e, no contexto do Estado Constitucional, defender a ordem democrática e os direitos fundamentais contra as investidas autoritárias dos Poderes Legislativo e Executivo.

Não há vácuo no exercício do poder. A omissão de um proporciona espaço para a intervenção de outro. Quando a democracia se deita e adormece, a ditadura e o autoritarismo acordam e se levantam das suas covas rasas.

Ao levantar da sua cadeira e olhar para fora do seu gabinete, o estudioso do Direito perceberá que a Constituição, ou melhor, que o inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988, não apresenta todas as soluções e regramentos necessários para o legítimo e democrático exercício do direito fundamental de reunião na partilha do espaço público com os direitos fundamentais colidentes. Negar a realidade é uma cegueira voluntária e deliberada.

A análise da disciplina do direito de reunião no âmbito da ordem jurídica internacional e do direito constitucional e jurídico-legal estrangeiro pode oferecer grande contribuição para o estudo da temática das restrições ao exercício do direito fundamental de reunião no Brasil.

4.1 Restrições ao direito de reunião na ordem jurídica internacional

De modo geral, os tratados, pactos ou acordos internacionais submetem o direito de reunião ao exercício pacífico do ato. A reunião violenta não se encontra sob o abrigo do direito em pauta. Não se trata de restrição, mas de exclusão do âmbito de proteção *prima facie* do direito.

Mas, como se verá, a incidência de restrições legais sobre o âmbito de proteção do direito de reunião é assente nos principais documentos internacionais de direitos humanos.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos (1953, grifo nosso) a admite expressamente no nº 2 do art. 11 ao prescrever que:

O exercício deste direito [de reunião] só pode ser objecto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros. O presente artigo não proíbe que sejam impostas restrições legítimas ao exercício destes direitos aos membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado.

Na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1981, grifo nosso) também há o reconhecimento da incidência de restrições legais e regulamentares ao exercício do direito de reunião, *in verbis*:

Art. 11 - Toda pessoa tem direito de se reunir livremente com outras pessoas. *Este direito exerce-se sob a única reserva das restrições necessárias estabelecidas pelas leis e regulamentos, nomeadamente no interesse da segurança nacional, da segurança de outrem, da saúde, da moral ou dos direitos e liberdades das pessoas.*

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), dos quais o Brasil é signatário, igualmente reconhecem a legitimidade de que restrições legais sejam impostas ao exercício do direito de reunião.

Assim preconiza o art. 21 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966, grifo nosso), *in verbis*:

Art. 21. O direito de reunião pacífica será reconhecido. *O exercício deste direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança ou ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.*

Com redação muito similar, o art. 15 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969, grifo nosso) prevê, *in verbis*:

Art. 15. Direito de reunião. *É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei e que sejam necessárias, numa sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.*

Destarte, o sistema internacional de direitos humanos consagra a possibilidade de restrições legais ao exercício do direito de reunião. Na verdade, mais do que admitir as restrições legais, o que se observa é que todos os documentos analisados estabelecem que as restrições ao direito de reunião só são admissíveis se estiverem previstas em lei.

A este respeito, Valério de Oliveira Mazzuoli (2008, p. 140) pontua que a expressão *lei* foi usada pelo legislador convenial no sentido de lei formal, que é a “elaborada pelos parlamentos (compostos por representantes eleitos democraticamente) com respeito às regras constitucionalmente previstas para o devido processo legislativo”.

E é nesse sentido a lição que também se extrai do direito constitucional comparado.

4.2 Restrições ao direito de reunião nos países da América do Sul e da CPLP

Para guardar simetria com a metodologia empregada, no capítulo anterior, para a análise do direito constitucional estrangeiro em relação à definição do âmbito de proteção do direito de reunião, serão apontadas, nos mesmos textos constitucionais, as possibilidades e referências à disciplina legal do direito fundamental em análise.

No âmbito dos países da América do Sul é recorrente a referência à lei disciplinadora do direito fundamental de reunião. As Constituições da Bolívia¹²⁶ e do Uruguai¹²⁷ admitem expressamente a possibilidade da restrição legal ao direito fundamental de reunião. A Constituição do Chile¹²⁸ estabelece que as reuniões em praças, ruas e demais lugares de uso público se regerão pelas disposições gerais de polícia. A Constituição do Paraguai¹²⁹ estabelece que a lei poderá regulamentar o exercício do direito de reunião e de manifestação nos lugares de trânsito público, em horários determinados, preservando assim os direitos de terceiros e a ordem pública estabelecida em lei.

No seu art. 37, a Constituição da Colômbia prevê expressamente que apenas a lei poderá estabelecer expressamente em quais casos se poderá limitar o exercício do direito de reunião e manifestação. Atualmente, a disciplina do direito de reunião é conferida pela Lei nº 1801, de 29 de julho de 2016, que instituiu o Código Nacional de Segurança e Convivência Cidadã da Colômbia. O Título VI é dedicado ao Direito de

¹²⁶ Constituição da Bolívia, art. 7º - Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: [...] c. A reunirse y asociarse para fines lícitos (grifo nosso).

¹²⁷ Constituição do Uruguai, art. 38 - Queda garantido el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no podrá ser desconocido por ninguna autoridad de la República sino en virtud de una ley y solamente en cuanto se oponga a la salud la seguridad y el orden públicos (grifo nosso).

¹²⁸ Constituição do Chile, art. 19 - La Constitución asegura a todas las personas: [...] 13. El derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas. Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de policía.

¹²⁹ Constituição do Chile art. 32 - De la libertad de reunión y de manifestación: Las personas tienen derecho a reunirse y a manifestarse pacíficamente, sin armas y con fines lícitos, sin necesidad de permiso, así como el derecho a no ser obligadas a participar de tales actos. La ley sólo podrá reglamentar su ejercicio en lugares de tránsito público, en horarios determinados, preservando derechos de terceros y el orden público establecido en la ley.

Reunião e o seu Capítulo II¹³⁰ disciplina o exercício do direito de reunião e manifestação no espaço público.

¹³⁰ Artículo 53. *Ejercicio del derecho de reunión y manifestación pública y pacífica en el espacio público.* Toda persona puede reunirse y manifestarse en sitio público con el fin de exponer ideas e intereses colectivos de carácter cultural, político, económico, religioso, social o de cualquier otro fin legítimo. Con tales fines debe darse aviso por escrito presentado ante la primera autoridad administrativa del lugar o mediante correo electrónico. Tal comunicación o correo debe ser suscrito por lo menos por tres personas. Tal aviso deberá expresar día, hora y sitio de la proyectada reunión y se presentará con 48 horas de anticipación indicando el recorrido prospectado. Toda reunión y manifestación que cause alteraciones a la convivencia podrá ser disuelta. Parágrafo 1º. Las reuniones y manifestaciones espontáneas de una parte de la población no se considerarán por sí mismas como alteraciones a la convivencia. Parágrafo 2º. El que irrespete las manifestaciones y reuniones de las personas en el espacio público, en razón a su etnia, raza, edad, género, orientación sexual, creencias religiosas, preferencias políticas y apariencia personal, será objeto de aplicación de medida correctiva correspondiente a Multa General Tipo 4. Artículo 54. *Uso de vías para el ejercicio del derecho de reunión o manifestación pública y pacífica en el espacio público.* Los alcaldes distritales o municipales, salvo circunstancias excepcionales o de fuerza mayor, deberán autorizar el uso temporal de vías dentro de su jurisdicción para actos o eventos de ejercicio del derecho de reunión o manifestación pública y pacífica en el espacio público. En el caso de las vías arteriales principales o corredores de transporte público colectivo deberán establecer un plan efectivo de desvíos para la movilización de los ciudadanos que no participan del acto o evento, como medida de protección de los derechos de los demás ciudadanos. Artículo 55. *Protección del ejercicio del derecho de reunión y manifestación pública frente a señalamientos infundados.* Con el fin de amparar el ejercicio del derecho a la reunión o movilización pacífica, queda prohibido divulgar mensajes engañosos en torno a quienes convocan o participan en las manifestaciones, así como hacer públicamente señalamientos falsos de la relación de los manifestantes con grupos armados al margen de la ley o deslegitimar por cualquier medio el ejercicio del derecho constitucional de reunión y manifestación pública y pacífica. Artículo 56. *Actuación de la Fuerza Pública en las movilizaciones terrestres.* De conformidad con los estándares internacionales, es función de la policía garantizar los derechos de toda la ciudadanía que interviene directa o indirectamente en el ejercicio de la movilización. El uso de la fuerza debe ser considerado siempre el último recurso en la intervención de las movilizaciones. La actuación de la Policía Nacional deberá ser desarrollada en todo momento mediante personal y equipos identificados de tal manera que dicha identificación resulte visible sin dificultades. La fuerza disponible deberá estar ubicada de manera que su actuación pueda hacerse de forma oportuna, pero sin afectar el desarrollo de la movilización que se haga de conformidad con las normas de convivencia. Los cuerpos de Policía intervendrán sólo cuando se considere que su actuación es necesaria, atendiendo al principio de proporcionalidad y a la garantía de los derechos de los manifestantes y de los demás habitantes que puedan verse afectados por su actuación. Los escuadrones móviles antimotines sólo serán enviados cuando no sea posible por otro medio controlar graves e inminentes amenazas a los derechos. Las Fuerzas Militares no podrán intervenir en el desarrollo de operativos de control, contención o garantía de la realización de las movilizaciones sociales terrestres, salvo los casos en los que excepcionalmente los autoriza la Constitución y la Ley. Artículo 57. *Acompañamiento a las movilizaciones.* Los alcaldes distritales o municipales con el apoyo de funcionarios de los entes de control encargados de velar por la protección de los Derechos Humanos, acompañarán el ejercicio del derecho a la movilización pacífica. Cuando se presenten amenazas graves e inminentes a otros derechos, los alcaldes podrán intervenir, por medio de gestores de convivencia de naturaleza civil, para garantizar el goce efectivo de los derechos de la ciudadanía durante el desarrollo de la movilización. Cuando se haya agotado la

A discorrer sobre a constitucionalidade da disciplina do direito de reunião estabelecida pelo Código de Segurança e Convivência Cidadã, a Corte Constitucional da Colômbia, na Sentença C-009/18, foi taxativa ao reconhecer que as restrições ao exercício do direito de reunião devem ser estabelecidas por lei e, ao final, concluiu que “tales limitaciones deben (1) estar expresamente consagradas en la ley; (2) perseguir fines legítimos; y (3) cumplir los parámetros de necesidad y proporcionalidad.”

Em outro julgado, na Sentença C-281/17, a Corte colombiana observou que, diante da alta dignidade democrática da liberdade de reunião e da sua intrínseca natureza conflitiva, as restrições que lhe são impostas não podem possuir caráter discriminatório e nem fundar-se em meros incômodos que o seu exercício cause ao desenvolvimento normal da vida urbana, *in verbis*:

Al determinar la constitucionalidad de las distintas limitaciones administrativas que se establezcan a la protesta social, se debe tener siempre presente que lo que se está restringiendo es un derecho político. Razón por la cual las limitaciones que se impongan a ese derecho, además de estar establecidas en la ley, no pueden ser discriminatorias y deben superar un juicio estricto de proporcionalidad. En este análisis además debe tenerse en cuenta que “[l]a naturaleza del derecho de reunión, en sí mismo conflictivo, no puede ser la causa justificativa de normas limitativas del mismo”, por lo cual, en la ponderación que se realice, se debe considerar la importancia fundamental de la participación política en una sociedad abierta y democrática frente a posibles afectaciones leves de derechos fundamentales como la libre circulación. Así, aunque la tranquilidad y el desarrollo normal de la vida urbana son objetivos constitucionales importantes, en general las autoridades deben abstenerse de restringir las reuniones y manifestaciones por el simple hecho de causar incomodidades.

Em relação ao conteúdo das restrições, a Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-281/2017, admite que o direito de reunião pode sofrer limitações razoáveis em relação ao lugar, ao tempo e ao modo de realização, mas, de outro lado, inadmite restrições ao conteúdo da mensagem manifestada.

Seguindo a mesma linha de admissão das restrições legais ao direito de reunião, não é outra a sistemática adotada nas Constituições dos países que integram a CPLP. A Lei Constitucional da República de Angola (1992) no art. 32, nº 2 prevê que

intervención de los gestores de convivencia y persistan graves amenazas para los derechos a la vida y la integridad, la Policía Nacional podrá intervenir (grifo nosso).

o exercício da liberdade de reunião será submetido regulamentação legal. A Constituição da República de Cabo Verde (1991), no seu art. 52, nº 3 prescreve que “a reunião, quando ocorra em lugares abertos ao público, e a manifestação devem ser comunicadas previamente às autoridades competentes, nos termos da lei”. A Constituição de Guiné-Bissau (1990) estabelece no art. 51 que “todos os cidadãos têm direito à liberdade de reunião e manifestação nos termos da lei”. A Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe (2003), no seu art. 34, nº 2, que a todos os cidadãos é reconhecido o direito de manifestação, nos termos da lei.

A Constituição da República Democrática de Timor-Leste (2002)¹³¹ prescreve no seu art. 42, a “todos é reconhecido o direito de manifestação, nos termos da lei”. Ao discorrer sobre esse dispositivo constitucional, Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos (2011, p. 166-167) observa que a liberdade de reunião e manifestação, além de ser um direito pessoal, também é uma condição objetiva ao bom funcionamento da democracia, posto que os cidadãos devem continuar ativos e atentos ao desempenho do governo e, por isso, conclui que o direito de reunião e manifestação “visa à expressão pública de uma mensagem de protesto, de apoio ou de qualquer outro fim”.

O exercício do direito fundamental de reunião e manifestação previsto no art. 42 da Constituição da República Democrática de Timor-Leste é disciplinado pela Lei nº 01/2006. Observe-se, porém, que tal disciplina legal dirige-se exclusivamente às reuniões e manifestações realizadas em locais públicos ou abertos ao público, com exceção daquelas de caráter religioso ou eleitoral que são submetidas à legislação específica.

Em síntese, a Lei nº 01/2006 confere a todos os cidadãos a liberdade de participar (ou não) de uma reunião/manifestação, de forma pacífica e sem armas (art. 4º), para fins de expressar, pública e coletivamente, opiniões ou sentimentos sobre assuntos políticos, sociais ou outros (art. 3º); o exercício do direito de reunião/manifestação deve ser garantido pelas autoridades civis e policiais, que devem designar agentes para acompanharem o evento, sem contudo interferir contra o seu regular desenvolvimento (art. 8º); as reuniões não podem ter fins contrários à

¹³¹ De acordo com o Economist Intelligence Unit Democracy Index 2019, a República Democrática do Timor-Leste ocupa a 41ª posição, com o índice de 7,19 pontos, caracterizando-se como uma “democracia imperfeita”. O Brasil ocupa a 52ª posição, com o índice de 6,86 pontos.

lei, à moral, ao direito das demais pessoas e à ordem e tranquilidades públicas (art. 2º); as reuniões/manifestações devem ter caráter temporário (art. 2º) e só podem ocorrer entre as 08:00 e 18:30 horas (art. 6º); não há necessidade de autorização prévia para a realização de uma reunião/manifestação (art. 4º), porém os organizadores/promotores devem, com antecedência mínima de 04 dias úteis, protocolar aviso prévio escrito junto às autoridades civis e policiais da área em que será realizada, contendo a indicação da hora, local e objeto da reunião, além, no caso das manifestações, do trajeto a ser percorrido (art. 10); ao receberem o aviso prévio, as autoridades civis e policiais têm o prazo de 02 dias para notificar aos organizadores/promotores eventuais restrições ao exercício do direito de reunião/manifestação, sob pena de se considerar que não há qualquer objeção ao planejamento daqueles (art. 11); dentre estas restrições, as autoridades civis e policiais podem propor a alteração do trajeto das manifestações ou determinar que elas sejam realizadas por apenas metade da faixa de rodagem da via pública (art. 12); em relação ao lugar da reunião/manifestação, é proibida a sua realização a menos de 100 metros das sedes dos órgãos de soberania e da residência oficial dos seus titulares, das instalações militares, dos estabelecimentos prisionais, das sedes das representações diplomáticas e consulares, dos portos, aeroportos, instalações de telecomunicações, centrais de produção de energia elétrica e de locais de armazenamento de água, combustível e material inflamável (art. 5º); além dessas limitações, o art. 13 da Lei nº 01/2006 prescreve que as autoridades civis e policiais devem definir os locais públicos, devidamente identificados e delimitados, para a realização de reuniões e manifestações; por fim, as reuniões/manifestações podem ser interrompidas pelas autoridades policiais nas hipóteses de violações às restrições (art. 7º).

No julgamento do processo nº 01/2005, a requerimento do Presidente da República, a Corte Constitucional do Timor-Leste julgou preventivamente o projeto da Lei nº 01/2006¹³². Especificamente, o encaminhamento presidencial requereu a análise da constitucionalidade dos dispositivos dos arts. 5º, 6º, 7º e 15.

¹³² Nos termos do art. 149 da Constituição da República Democrática do Timor-Leste, o Presidente da República, ao receber um Projeto de Lei para sanção, pode requerer à Corte Constitucional a análise preventiva da sua constitucionalidade, *in verbis*: “Artigo 149.º (Fiscalização preventiva da constitucionalidade) 1. O Presidente da República pode requerer ao Supremo Tribunal de Justiça a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer diploma que lhe tenha sido enviado para promulgação. 2. A apreciação preventiva da

O primeiro ponto que foi objeto do julgamento preventivo de constitucionalidade pela Corte Suprema do Timor-Leste foi a proibição da realização de reuniões e manifestações a menos de 100 metros dos órgãos de soberania, instituições militares, representações diplomáticas e outros locais (art. 5º, nº 1 e 2). A este respeito, o Tribunal considerou que a proibição não ofende a Constituição e tampouco atinge o núcleo essencial do direito de reunião/manifestação. Ao contrário, entendeu que o estabelecimento prévio desta distância mínima, que considerou razoável, além de garantir segurança para as autoridades, permite “aos próprios manifestantes saber de antemão e sem dificuldade a distância que devem respeitar e preparar-se melhor para a manifestação”.

Ainda na fundamentação desse seu entendimento, a Corte Constitucional do Timor-Leste (2005, p. 04) apresentou importante reflexão que, para além de se reduzir ao tema específico da proibição das reuniões/manifestações em locais situados a menos de 100 metros dos órgãos de soberania e outros, reforça a tese proposta nesta pesquisa, ou seja, a de que a disciplina legislativa do direito fundamental de reunião pode contribuir para a efetividade do seu exercício, *in verbis*:

Deixar às autoridades a definição, caso a caso, dessa distância mínima poderá criar maior incerteza, derivada da subjectividade, quando não da arbitrariedade, de quem o faz, e poderá, na prática, conduzir mais facilmente à limitação do exercício desse direito, sobretudo se tivermos em conta quem a fixa terá a natural tentação de a aumentar naqueles casos em que a manifestação não seja do seu agrado. Nessa medida essa solução contém ainda o risco acrescido de confrontação entre manifestantes e autoridades, relacionada com a própria decisão sobre a fixação, risco que não existe na fixação prévia da distância mínima.

Outros dois dispositivos do art. 5º do Projeto de Lei do parlamento foram julgados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional do Timor-Leste. O nº 3 do art. 5º do epígrafado Projeto de Lei proibia as reuniões/manifestações que questionassem “a ordem constitucional, pondo em causa os órgãos e as instituições

constitucionalidade pode ser requerida no prazo de vinte dias a contar da data de recepção do diploma, devendo o Supremo Tribunal de Justiça pronunciar-se no prazo de vinte e cinco dias, o qual pode ser reduzido pelo Presidente da República por motivo de urgência. 3. Em caso de pronúncia pela inconstitucionalidade, o Presidente da República remete cópia do acórdão ao Governo ou ao Parlamento Nacional, solicitando a reformulação do diploma em conformidade com a decisão do Supremo Tribunal de Justiça. 4. O veto por inconstitucionalidade do diploma do Parlamento Nacional enviado para promulgação pode ser ultrapassado nos termos do artigo 88.º, com as devidas adaptações”.

democraticamente eleitas” e o nº 4 vedava aquelas que, por seu objeto, ofendessem “a honra e a consideração devidas aos titulares dos órgãos do poder do Estado”.

Para fundamentar a inconstitucionalidade do nº 3 do art. 5º do Projeto de Lei, a Corte (2005, p. 05) assim se pronunciou, *in verbis*:

É de natureza da democracia poderem os cidadãos, por meios pacíficos, questionar os órgãos e instituições democraticamente eleitos, tal como o consagra o art. 42 da Constituição. Ao proibir todas as manifestações que ponham em causa “os órgãos e as instituições democraticamente eleitas” o segmento normativo em causa limita injustificadamente esse direito, contra o disposto no art. 24, nº 1, da norma fundamental.

A este respeito, Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos (2011, p. 167) apontou que o direito de reunião/manifestação “visa a expressão pública de uma mensagem de protesto, de apoio ou de qualquer outro fim”, de modo que proibir as manifestações de crítica dirigidas às autoridades públicas é desferir um duro golpe na essência desta liberdade fundamental e na própria democracia.

Com o mesmo sentir, ao se posicionar a favor da inconstitucionalidade do nº 4 do art. 5º do Projeto de Lei de reuniões/manifestações, a Corte Constitucional do Timor-Leste esclareceu que esta norma “retira dos cidadãos o direito de contestar, por meios pacíficos, os titulares dos órgãos de soberania” ao proibir, por exemplo, “uma manifestação destinada a pedir a demissão do titular de um órgão de soberania que seja manifestamente incompetente ou tenha praticado actos de corrupção”. A proteção da honra e da consideração devidas às autoridades públicas pode ser feita “eficazmente através de outros meios, nomeadamente, por via do direito penal”, vaticina o Tribunal.

Em relação à limitação do horário das 08:00 às 18:30 horas para a realização das reuniões/manifestações, conforme prescrito no art. 6º do Projeto de Lei, o Tribunal julgou que a restrição se aplica somente às manifestações e não ofende o seu núcleo essencial, posto que se mostra proporcional diante da colisão entre o direito de expressão pública de opiniões ou sentimentos e o direito ao descanso noturno.

Para Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos (2011, p. 169) a decisão do Tribunal Constitucional de Timor-Leste albergou uma limitação excessiva ao exercício do direito fundamental de reunião/manifestação, “sobretudo no que ao limite das 18:30 horas diz respeito”.

Observe-se que, ao fundamentar sua decisão, o Tribunal (2005, p. 08) apontou como critério ponderativo o fato de que Timor-Leste “sofre de dificuldades de iluminação” e, por isso, “é prática o descanso ocorrer cedo e movimentações anormais, como as ocorridas na manifestação, causariam naturais sobressaltos”. Não se pode olvidar que o direito ao descanso pode servir para impor certas restrições ao exercício do direito de reunião/manifestação; todavia, como bem apontou Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos (2011, p. 170), o limite das 18:30 horas parece ser excessivo, especialmente porque a restrição se impõe de modo geral sem levar em consideração o local da manifestação e a forma do seu exercício.

A possibilidade da autoridade policial interromper o desenvolvimento de uma reunião/manifestação, conforme prescrito no art. 7º do Projeto de Lei, foi considerado constitucional pelo Tribunal, desde que “interpretado restritivamente com o mandato que o art. 147 da Constituição confere à polícia de defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna dos cidadãos”. Ademais, ressaltou a Corte em seu julgado, a decisão da autoridade policial deve ser imediatamente comunicada à autoridade civil competente, há previsão de punição criminal para a autoridade que impedir ilicitamente o desenvolvimento de uma reunião¹³³ e ainda é possível o recurso ao Poder Judiciário diante da decisão da autoridade policial (art. 16).

Por fim, o art. 15 da Lei nº 01/2006, que considera crime de desobediência tanto a conduta daquele que impeça ou tente impedir o exercício regular do direito de reunião/manifestação por outrem quanto a daqueles que se reúnam ou manifestem com violação do regramento legal, foi considerado constitucional pelo Tribunal de Timor-Leste por incidirem na competência do legislador para a tipificação de condutas penais.

Têm-se, portanto, que tanto no âmbito regional sul americano quanto no da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, a disciplina e a imposição de restrições legais ao exercício do direito de reunião são admitidas.

4.3 Restrições ao direito de reunião no Direito espanhol

¹³³ Lei nº 01/2006, art. 15, nº 3 – as autoridades que impeçam ou tentem impedir, fora do condicionalismo legal, o exercício do direito de reunião ou de manifestação incorrem no crime de abuso de autoridade punido pelo art. 421 do Código Penal e ficam sujeitas a responsabilidade disciplinar.

O direito constitucional espanhol não contempla reserva legal expressa ao direito de reunião, mas isto não foi obstáculo para que o legislador disciplinasse o seu exercício.

A disciplina legal do direito fundamental de reunião é uma exigência da sua compatibilização com os demais direitos fundamentais exercidos nos lugares públicos e, portanto, do seu já afirmado carácter relativo. O Tribunal Constitucional da Espanha já afirmou na STC nº 66/95 (1995, p. 06) que, a exemplo dos demais direitos fundamentais, o direito fundamental de reunião não é um direito absoluto ou ilimitado e, a partir daí, admitiu que, para além do seu contorno constitucional, o exercício do direito de reunião pode ser submetido a uma série de modulações ou restrições necessárias para equacionar a sua convivência com os demais direitos fundamentais, *in verbis*:

En efecto, el derecho recogido en el art. 21 CE no es un derecho absoluto o ilimitado, sino que, al igual que los demás derechos fundamentales, puede verse sometido a ciertas modulaciones o límites, entre los que se encuentran tanto el específicamente previsto en el propio art. 21.2 CE —alteración del orden público con peligro para personas y bienes—, como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales (STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2). Límites que, como recordábamos en la STC 195/2003, de 27 de octubre, (FJ 7), y todas las que allí se citan, han de ser necesarios “para conseguir el fin perseguido debiendo atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se impone y, en todo caso, respetar su contenido esencial” (STC 193/2011, p. 14).

De outro lado, a Corte Constitucional espanhola, na STC nº 195/03 (2003, p. 16-17), também alertou para o fato de que as restrições impostas ao direito de reunião não ir além das medidas necessárias para compatibilizá-lo com o desenvolvimento dos demais direitos fundamentais e tampouco inviabilizar o seu exercício concreto, *in verbis*:

En lo concerniente a los límites del derecho de reunión hemos de reiterar lo que este Tribunal tiene declarado con carácter general sobre el alcance los derechos fundamentales, cuyo ejercicio no sólo puede ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, sino también ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma, al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales (art. 10.1 CE y STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 9 y las que allí se citan), aunque al mismo tiempo deba tenerse en cuenta que las limitaciones que se establezcan no pueden ser absolutas (STC 20/1990, de 15 de febrero,

FJ 5), ni obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986, de 5 de mayo, FJ 3), pues la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo. De ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos.

Observe-se, portanto, que a Corte da Espanha reconhece, a um só tempo, que o exercício do direito de reunião encontra restrições que decorrem da sua compatibilização com o exercício dos direitos fundamentais colidentes de terceiros e, de outro lado, que tais restrições, em respeito à força expansiva dos direitos fundamentais, também não podem ser tão intensas que cheguem a obstruir o exercício do direito de reunião além do razoável. Têm-se assim que não se pode, sob o argumento de preservar os direitos fundamentais colidentes de terceiros, impor restrições que, na prática, inviabilizam o exercício do direito fundamental de reunião, afetando com isso o seu conteúdo essencial.

Com efeito, na Espanha, o direito fundamental de reunião é disciplinado pela Lei Orgânica nº 09/1983¹³⁴. Nesse sentido, a lição de Jesús González Pérez (2002, p. 44) de que “la LO 9/1983 es la que, cumpliendo lo establecido em los artículos 53.1 y 81 de la CE, regula el ejercicio de este derechos”. Além da Lei Orgânica nº 09/1983, a Lei Orgânica nº 04/2015, que trata da proteção da segurança cidadã, também possui dois dispositivos¹³⁵ diretamente dirigidos ao exercício do direito fundamental de reunião e manifestação.

¹³⁴ A Lei Orgânica nº 09/1983 teve sua última atualização no dia 12 de maio de 2014, conforme consta na publicação existente no site de Legislação Consolidada do BOE.es.

¹³⁵ Lei Orgânica nº 04/2015, Artículo 23. Reuniones y manifestaciones. 1. Las autoridades a las que se refiere esta Ley adoptarán las medidas necesarias para proteger la celebración de reuniones y manifestaciones, impidiendo que se perturbe la seguridad ciudadana. Asimismo podrán acordar la disolución de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones en los supuestos previstos en el artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión. También podrán disolver las concentraciones de vehículos en las vías públicas y retirar aquéllos o cualesquiera otra clase de obstáculos cuando impidieran, pusieran en peligro o dificultaran la circulación por dichas vías. 2. Las medidas de intervención para el mantenimiento o el restablecimiento de la seguridad ciudadana en reuniones y manifestaciones serán graduales y proporcionadas a las circunstancias. La disolución de reuniones y manifestaciones constituirá el último recurso. 3. Antes de adoptar las medidas a las que se refiere el apartado anterior, las unidades actuantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán avisar de tales medidas a las personas afectadas, pudiendo hacerlo de manera verbal si la urgencia de la situación lo hiciera imprescindible. En caso de que se produzca una alteración de la seguridad ciudadana con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán disolver la reunión o manifestación o retirar los vehículos y obstáculos sin necesidad de previo aviso. Artículo 24. Colaboración entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En los

Em seu art. 1º, nº 2, a Lei Orgânica nº 09/1983 define reunião como sendo a concorrência concentrada e temporal de mais de 20 pessoas, com finalidade determinada. Assim estatui o art. 1º da Lei Orgânica nº 09/1983:

Artigo primeiro - 1. O direito de reunião pacífica sem armas, reconhecido no artigo 21 da Constituição, será exercido de acordo com o disposto nesta Lei Orgânica. 2. Para os fins desta Lei, entende-se por reunião a presença concertada e temporária de mais de 20 pessoas, com finalidade específica. 3. Reuniões ilegais são aquelas tipificadas pelo direito penal.

Não é outro o entendimento firmado pelo Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 301/06 (2006, p. 06) ao afirmar o caráter coletivo, transitório e instrumental do exercício do direito de reunião, *in verbis*:

El derecho o libertad de reunión ha sido reconocido por este Tribunal como una manifestación colectiva de la libertad de expresión efectuada a través de una asociación transitoria de personas que opera de manera instrumental al servicio del intercambio o exposición de ideas, de defensa de intereses o de publicidad de problemas y reivindicaciones, cuyos elementos configuradores son el subjetivo (agrupación de personas), el temporal (duración transitoria), el finalista (licitud de la finalidad) y el real (lugar de celebración).

A respeito do caráter coletivo do exercício do direito de reunião, Jesús González Pérez (2002, p. 30) observa que o número mínimo de 20 pessoas para a sua configuração foi uma opção do legislador, mas que poderia também ter optado por qualquer outro contingente de pessoas.

Acerca da temporalidade da reunião, Jesús González Pérez (2002, p. 34) enfatiza que a reunião ou manifestação deve ser transitória e, por isso, considera que não é uma reunião juridicamente protegida a concorrência de pessoas, por mais pacífica que seja, quando supõe a ocupação continuada por tempo indefinido de um lugar público.

Para o Tribunal Constitucional da Espanha, no julgamento da STC nº 284/05 (2005, p. 10) e STC nº 301/06 (2006, p. 08-09) não basta a duração indefinida/prolongada ou a reiteração da reunião para afastá-la do âmbito de proteção jusfundamental, sendo necessário que, em razão desta característica, possa haver alterações na ordem pública com perigo para pessoas ou bens, *in verbis*:

casos a que se refiere el artículo anterior, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad colaborarán mutuamente en los términos previstos en su Ley orgánica reguladora.

De este modo, solamente si la reiteración en el ejercicio del derecho fundamental provoca estos problemas de orden público, como puede suceder si se pretende la ocupación indefinida o excesivamente prolongada en el tiempo de un espacio de una manera que se ponga en peligro los bienes y derechos que a las autoridades corresponde proteger, es admisible la medida de la prohibición, como se admitió en el caso examinado en la STC 66/1995, de 8 de mayo.

No julgamento da STC nº 24/15 (2015, p. 16), o Tribunal Constitucional da Espanha se deparou com um novo argumento: o de que a reiteração das manifestações configura um excesso no exercício do direito de reunião por perda da sua finalidade comunicativa:

Esto sentado, se produce aquí —como antes se avanzó— una novedad respecto a los citados precedentes (que es la que justifica el pronunciamiento sobre el fondo; lo anterior no pasa de ser un recordatorio de nuestra doctrina). Esa novedad es que tanto la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Jaén, objeto de este recurso de amparo, como el escrito de alegaciones presentado por el Abogado del Estado ante este Tribunal en defensa de aquélla, argumentan que no es tanto que esa reiteración constituya per se una alteración del orden público, sino que lo que verdaderamente produce esa repetición es que las nuevas manifestaciones carezcan de utilidad, pues —se dice— nada añaden al mensaje y a la reivindicación de los manifestantes, que ya habría tenido difusión y notoriedad debido a las anteriores marchas convocadas y celebradas con el mismo objeto.

Ao enfrentar a controvérsia suscitada, o Tribunal, na STC nº 24/15 (2015, p. 16) entendeu que a reiteração das manifestações não esgota o exercício do direito e, portanto, sua limitação ofende o conteúdo essencial do direito de reunião. Destaca que o direito de reunião é um instrumento para o exercício do direito de liberdade de expressão e esta não se exaure com a transmissão primeira da ideia ou reivindicação exaltada:

El razonamiento no puede ser admitido. Ni la preceptiva neutralidad de los poderes públicos ante el ejercicio de los derechos fundamentales tolera controles sobre el contenido del mensaje a difundir, salvo que el mismo infrinja la legalidad (STC 163/2006, de 22 de mayo, FJ 2), ni el hecho de que la manifestación sea una técnica instrumental puesta al servicio de la exposición de ideas permite sostener que, lanzado el mensaje, el derecho de manifestarse para reivindicarlo pueda quedar consumido o agotado. Ni la manifestación persigue solamente ese propósito, pues sirve también, entre otros, para el intercambio de opiniones entre los manifestantes y, sobre todo, como cauce para la participación democrática de los ciudadanos en la vida pública [por todas, STC 90/2006, de 27 de marzo, FJ 2 a)], lo que vincula ese derecho con el principio democrático y el valor superior “pluralismo político” proclamados en el art. 1.1 CE, ni, tomando en

consideración solamente esa finalidad ad extra, el razonamiento puede justificar la prohibición. La razón es bien simple: no estando limitada la libertad de expresión por este motivo [cfr. art. 20.1 a) CE], no puede estarlo tampoco el vehículo que, según el razonamiento de la Administración, se habría utilizado solamente para amplificar los pensamientos, ideas y opiniones que los asistentes quieren expresar y difundir.

Quanto à finalidade da reunião ou manifestação, o autor espanhol Jesús González Pérez (2002, p. 30) leciona que, desde que lícita, a finalidade da reunião pode ser a mais diversa e destaca que “la forma de la reunión y el lugar en que se produce dependerán en gran parte de la finalidad” da reunião”.

Esta observação é muito relevante e não pode ser desprezada pelas autoridades públicas responsáveis pela garantia do exercício do direito fundamental de reunião. Não se pode exigir, portanto, que uma manifestação popular que pleiteia o recapeamento de uma determinada via pública ocorra num espaço público qualquer do outro lado da cidade. A finalidade comunicativa da reunião está diretamente ligada à forma e ao local da reunião.

Destarte, não se pode olvidar que o local da reunião pode integrar o seu conteúdo essencial e que, por isso, eventuais intervenções estatais ablativas em relação ao lugar do seu desenvolvimento podem configurar intromissões inconstitucionais no seu âmbito de proteção jusfundamental. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional da Espanha, na STC nº 193/11 (2011, p. 19), já decidiu que:

También hemos considerado en reiteradas ocasiones que el lugar de celebración de la manifestación es un “elemento objetivo configurador del derecho de reunión [que] tiene en la práctica un relieve fundamental ya que está íntimamente relacionado con el objetivo de publicidad de las opiniones y reivindicaciones perseguido por los promotores por lo que ese emplazamiento condiciona el efectivo ejercicio del derecho” (STC 163/2006, de 22 de mayo, FJ 3, con cita de la STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3) haciendo posible la visibilidad y la repercusión pública del mensaje manifestado. Será la naturaleza del lugar, o la estructura o patrón de las normales actividades que en él se realizan, los que dicten qué regulación de tiempo (duración), lugar y modo resulta razonable y compatible con el ejercicio de reunión.

Seguindo a mesma linha de raciocínio e citando decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 193/11 (2011, p. 17), também já observou que o uso das vias públicas integra o âmbito de proteção do direito de reunião e os transtornos causados à circulação viária não são suficientes para impedir o seu exercício:

Esta mesma linha segue el Tribunal Europeo Derechos Humanos que recientemente (caso Barraco c. Francia, 31684/05, de 5 de marzo de 2009, § 43) ha vuelto a subrayar que “cualquier manifestación en un lugar público es susceptible de causar cierto desorden en el desarrollo de la vida cotidiana, incluida la obstaculización de la circulación y que, en ausencia de actos violentos por parte de los manifestantes es importante que los poderes públicos hagan gala de cierta tolerancia ante concentraciones pacíficas a fin de que el derecho de reunión no carezca de contenido” (en este sentido cita las SSTEDH Ashughyan c. Armenia, núm. 33268/03, § 90, de 17 de julio de 2008, y Oya Ataman c. Turquía, núm. 74552/01, § 42, de 5 de diciembre de 2006).

Por outro lado, a Corte Constitucional espanhola também observa na STC nº 193/11 (2011, p. 17) que o bloqueio total da via pública é indevido e extrapola os limites da sua compatibilização com os direitos fundamentais colidentes, *in verbis*:

No obstante, la ponderación de los derechos en presencia también ha llevado al Tribunal europeo a considerar que el bloqueo completo de la circulación en una autopista que se produjo en el caso concreto que se examinaba, “va más allá de la molestia que ocasiona cualquier manifestación en la vía pública” por lo que la detención de los manifestantes, que habían sido prevenidos en varias ocasiones acerca de las sanciones que les serían impuestas en caso de continuar con el bloqueo de la autopista y habían ejercido ya su derecho de reunión pacífica durante varias horas, resultaba proporcionada a las finalidades perseguidas, teniendo en cuenta el equilibrio entre el interés general en la defensa del orden público y el interés del demandante y los manifestantes en elegir esa forma concreta de manifestación (§ 48 y cita del caso Plattform Arzte für das Leben c. Austria, 21 junio 1988, § 34, serie A núm. 139).

No seu art. 2º, a Lei Orgânica nº 09/1983¹³⁶ exclui da sua incidência (i) as reuniões que as pessoas físicas celebram em seus próprios domicílios, (ii) as que celebram as pessoas físicas em locais públicos ou privados por razões familiares ou de amizade, (iii) as que celebram os partidos políticos, sindicatos, organizações empresariais, sociedades civis e mercantis, associações, corporações, fundações,

¹³⁶ Lei Orgânica nº 09/1983, O direito de reunião poderá ser exercido sem estar sujeito às prescrições desta Lei Orgânica, no caso das seguintes reuniões: a) Pessoas detidas por pessoas físicas em suas próprias casas. b) Detidos por pessoas singulares em instalações públicas ou privadas por razões familiares ou de amizade. c) Os detidos por partidos políticos, sindicatos, organizações empresariais, sociedades civis e comerciais, associações, corporações, fundações, cooperativas, associações de proprietários e outras entidades legalmente constituídas em locais fechados, para seus próprios fins e por meio de chamada que atinja exclusivamente seus membros ou outras pessoas nominalmente convidadas. d) Detidos por profissionais com seus clientes em locais fechados para os fins de sua profissão. e) Os mantidos em unidades, navios e outros estabelecimentos militares, os quais serão regidos por legislação específica. (A letra “e” foi modificada pela disposição final 1 da Lei Orgânica 9/2011, de 27 de julho).

cooperativas, comunidades de proprietários e demais entidades legalmente instituídas em lugares fechados, para seus próprios fins e mediante convocação que atinja exclusivamente os seus membros ou outras pessoas nominalmente convidadas, (iv) as que celebrem os profissionais com seus clientes em lugares fechados para os fins próprios da sua profissão e (v) as que se celebrem em unidades, bosques ou demais estabelecimentos militares, que se regem por sua legislação específica.

Além de estabelecer que nenhuma reunião está submetida à autorização prévia, o art. 3º da Lei Orgânica nº 09/1983 determina que as autoridades governamentais protejam as reuniões e manifestações frente àqueles que tentem impedir, perturbar ou menoscabar o lícito exercício do direito de reunião. Eis o conteúdo do art. 3º da Lei Orgânica nº 09/1983:

Terceiro artigo - 1. Nenhuma reunião estará sujeita ao regime de autorização prévia. 2. A autoridade governamental protegerá as reuniões e manifestações contra aqueles que tentarem impedir, perturbar ou prejudicar o exercício legal deste direito.

A refletir sobre o art. 3º da Lei Orgânica nº 09/1983, Jesús González Pérez (2002, p. 38) leciona que:

El derechos de reunión, tal u como se reconoce em la CE (art. 21) vincula a todos los poderes públicos, incluso al legislativo. Las Administraciones públicas, todas las Addministraciones públicas vienen obligadas, no sólo a respetar los derechos fundamentales, incurriendo em nulidade de pleno Derecho los actos que los lesionam, sino a proteger su ejercicio adoptando cuantas medidas fuesen necesarias frente a quienes tratarem de impedirlos o perturbalos, como respecto del derechos de reunión establece el artículo 3, LODR.

Observa-se, portanto, que o art. 3º da Lei Orgânica nº 09/1983 traz expressamente o dever estatal de proteção que decorre da dimensão objetiva do direito de reunião. No mesmo sentido, o art. 23.1 da Lei Orgânica nº 04/2015 preconiza que “Las autoridades a las que se refiere esta Ley adoptarán las medidas necesarias para proteger la celebración de reuniones y manifestaciones, impidiendo que se perturbe la seguridad ciudadana”.

Vale aqui apontar a denúncia de Marcos Francisco Massó Garrote (2017) a respeito do caráter antidemocrático da Lei Orgânica nº 04/2015. Destaca o autor que, a despeito do art. 23.1 da Lei Orgânica nº 04/2015 determinar que as autoridades públicas devem adotar as medidas necessárias para proteger a celebração de

reuniões e manifestações, a retórica legal não está em sintonia com os objetivos governamentais de repressão às reuniões populares que revelam a insatisfação social com as políticas públicas de desmantelamento do Estado Social, *in verbis*:

Las modificaciones que lleva aparejada la ley actual, con relación a la ley anterior LO 1/1992 del 21 de febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, suponen una restricción en nuestras libertades sin precedentes en toda la etapa democrática, pues afectan especialmente al derecho de manifestación, al derecho de reunión, a la libertad de expresión, al derecho de información, a la libertad personal y al derecho de huelga. Con esta Ley, llamada popularmente como «Ley Mordaza» se ha desplegado desde el Poder Político un incremento de la respuesta penal y sancionadora por razones de seguridad.

Prosseguindo, o art. 4º da Lei Orgânica nº 09/1983 estabelece que somente as pessoas que se encontram no pleno exercício dos seus direitos civis podem promover e convocar reuniões, sendo responsáveis pela boa ordem e devendo adotar as medidas necessárias para o adequado desenvolvimento das mesmas.

Diz assim o art. 4º da Lei Orgânica nº 09/1983:

Quarto artigo -1. As reuniões, sujeitas a esta Lei, somente poderão ser promovidas e convocadas por pessoas que estejam em pleno exercício de seus direitos civis. 2. Os organizadores serão responsáveis pela boa ordem das reuniões e manifestações, que deverão adotar as medidas para o desenvolvimento adequado das mesmas. 3. Os participantes de reuniões ou demonstrações que causem danos a terceiros responderão diretamente a ele. Em alternativa, as pessoas singulares ou coletivas que organizam ou promovem reuniões ou manifestações são responsáveis pelos danos que os participantes causam a terceiros, sem prejuízo do fato de que podem repetir contra eles, a menos que tenham colocado todos os meios razoáveis à sua disposição para evitá-los¹³⁷. 4. A participação de militares uniformizados, ou fazendo uso de seu status militar, em reuniões ou manifestações públicas será regida por sua legislação específica.

Diante da exigência disposta no nº 1 do art. 4º da Lei Orgânica nº 09/1983, Jesús González Pérez (2002, p. 114-115) explica que os menores de idade não podem promover ou convocar uma reunião ou manifestação sem assistência dos seus representantes legais, mas que “para participar no existe limitación alguna” e que “el menor tiene el derecho de participar libremente” da reunião ou manifestação. Em seguida, arremata que:

¹³⁷ A Seção 3 foi modificada pela disposição adicional 3 da Lei Orgânica nº 4/1997, de 4 de agosto.

Como no se establece una edad mínima ni existe um control prévio para verificar el grado de madurez, desde a más tierna infancia el niño podrá participar em cualquier tipo de reunión o manifestación (PÉREZ, 2002, p. 114-115).

Para fins de identificação dos organizadores/promotores da reunião e manifestação, o art. 30.3 da Lei Orgânica nº 04/2015¹³⁸ estabelece que assim são considerados aqueles que tenham apresentado o aviso prévio ou, na ausência deste, os que de fato presidam, dirijam ou exerçam atos semelhantes, ou quem, por publicações ou declarações de convocação, por manifestações orais ou escritas as difundam, por lemas, bandeiras ou outros signos que ostentem ou por qualquer outros fatos se possa determinar razoavelmente que são seus promotores ou organizadores.

Em relação aos danos causados a terceiros durante as reuniões ou manifestações, o nº 3 do art. 4º da Lei Orgânica nº 09/1983 prescreve que serão por eles responsáveis os seus causadores. Todavia, as pessoas físicas ou jurídicas, organizadoras ou promotoras da reunião, respondem subsidiariamente pelos danos que os participantes causarem a terceiros, sem prejuízo da ação de regresso. Para incentivar o dever de colaboração dos organizadores ou promotores da reunião, o dispositivo excetua a responsabilidade indenizatória destes quando tenham posto todos os meios disponíveis ao seu alcance para evitar os danos a terceiros.

A suspensão e dissolução da reunião ou manifestação pela autoridade governamental poderá ocorrer no caso (i) de serem consideradas ilícitas de acordo com as leis penais, (ii) de produzirem alterações da ordem pública, com perigo para pessoas ou bens e (iii) dos participantes fazerem uso de uniformes paramilitares.

Assim prevê o art. 5º da Lei Orgânica nº 09/1983, *in verbis*:

Artigo quinto - A autoridade governamental suspenderá e, quando apropriado, procederá à dissolução das reuniões e manifestações nos seguintes casos: a) Quando forem considerados ilegais de acordo com o direito penal. b) Quando ocorrem distúrbios de ordem pública, com perigo para pessoas ou propriedades. c) Quando uniformes

¹³⁸ Lei Orgânica nº 04/2015 - Art. 30.3. A los efectos de esta Ley se considerarán organizadores o promotores de las reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones las personas físicas o jurídicas que hayan suscrito la preceptiva comunicación. Asimismo, aun no habiendo suscrito o presentado la comunicación, también se considerarán organizadores o promotores quienes de hecho las presidan, dirijan o ejerzan actos semejantes, o quienes por publicaciones o declaraciones de convocatoria de las mismas, por las manifestaciones orales o escritas que en ellas se difundan, por los lemas, banderas u otros signos que ostenten o por cualesquiera otros hechos pueda determinarse razonablemente que son directores de aquellas.

paramilitares são usados pelos assistentes. d) Quando organizados por membros das Forças Armadas ou da Guarda Civil, violando as limitações impostas no artigo 13 da Lei Orgânica 9/2011, de 27 de julho, aos direitos e deveres dos membros das Forças Armadas ou em Artigo 8 da Lei Orgânica 11/2007, de 22 de outubro, que regulamenta os direitos e deveres dos membros da Guarda Civil¹³⁹. Tais resoluções serão previamente comunicadas aos concorrentes da maneira legalmente estabelecida

Em complemento, o art. 23 da Lei Orgânica nº 04/2015 estatui que:

Artículo 23 - Reuniones y manifestaciones. 1. Las autoridades a las que se refiere esta Ley adoptarán las medidas necesarias para proteger la celebración de reuniones y manifestaciones, impidiendo que se perturbe la seguridad ciudadana.

Asimismo podrán acordar la disolución de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones en los supuestos previstos en el artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

También podrán disolver las concentraciones de vehículos en las vías públicas y retirar aquéllos o cualesquiera otra clase de obstáculos cuando impidieran, pusieran en peligro o dificultaran la circulación por dichas vías.

2. Las medidas de intervención para el mantenimiento o el restablecimiento de la seguridad ciudadana en reuniones y manifestaciones serán graduales y proporcionadas a las circunstancias. La disolución de reuniones y manifestaciones constituirá el último recurso.

3. Antes de adoptar las medidas a las que se refiere el apartado anterior, las unidades actuantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán avisar de tales medidas a las personas afectadas, pudiendo hacerlo de manera verbal si la urgencia de la situación lo hiciera imprescindible. En caso de que se produzca una alteración de la seguridad ciudadana con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán disolver la reunión o manifestación o retirar los vehículos y obstáculos sin necesidad de previo aviso.

Como se observa, a suspensão ou a dissolução da reunião são medidas do mais elevado grau restritivo no âmbito do exercício do direito de reunião e, por isso, devem ser adotadas como *ultima ratio* pelas autoridades governamentais nos casos enumerados no art. 5º da Lei Orgânica nº 09/1983 e art. 23 da Lei Orgânica nº 04/2015.

A este respeito, Jesús González Pérez (2002, p. 152-154) explica que a suspensão ou dissolução da reunião devem ser objeto de um ato administrativo da autoridade governamental competente e sujeito ao ordenamento jurídico-

¹³⁹ A letra d) foi acrescentada pela disposição final 6 da Lei Orgânica nº 8/2014, de 4 de dezembro.

administrativo e aos instrumentos de controle ali previstos. Esta sistemática é interessante e envolve, para além da Força de Segurança, outras esferas do governo nas decisões e medidas necessárias para a garantia do escorreito e legítimo exercício do direito fundamental de reunião e dos direitos colidentes. É este ato administrativo governamental que confere legitimidade à atuação da Força de Segurança, que somente pode agir diretamente no caso de quebra da ordem e da segurança pública, a exemplo do que se dá com prática de ações violentas pelos manifestantes.

Enfatize-se que a decisão de proibição ou dissolução da reunião sujeita-se aos mecanismos legais de controle para aferir a sua legitimidade. Nesse sentido, já decidiu o Tribunal Constitucional espanhol, na STC nº 66/95 (1995, p. 07-08), a proibição administrativa do exercício do direito de reunião deve sustentar-se em decisão devidamente fundamentada e ser precedida de proposta de alterações aptas a viabilizar o exercício do direito, *in verbis*:

Por último, y en relación con lo que acaba de decirse, debe advertirse que incluso en los supuestos en los que existan razones fundadas de que una concentración puede producir alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes, la autoridad gubernativa, aplicando criterios de proporcionalidad, antes de prohibirla deberá utilizar, si ello es posible, la facultad que le reconoce el art. 10 de la Ley Orgánica 9/1983 y proponer las modificaciones de fecha, lugar o duración al objeto de que la reunión pueda celebrarse.

A natureza de liberdade democrática fundamental do direito de reunião e a máxima efetividade que lhe deve ser conferida no Estado Democrático de Direito devem iluminar o agir administrativo desta busca de alternativas para viabilizar o seu exercício, sempre sob as luzes do princípio da proporcionalidade:

Legados a este punto todavía debemos hacer una última precisión puesto que, como hemos apuntado anteriormente, la adopción de una medida tan drástica como la prohibición de celebrar una concentración debe ser sometida a un juicio de proporcionalidad, ya que sólo será constitucionalmente legítima si no existen otros medios de preservar el orden público sin un sacrificio tan importante del derecho de reunión. Concretamente, los demandantes de amparo afirman que en el presente caso la autoridad gubernativa antes de prohibir la concentración debía haber propuesto las modificaciones de fecha, lugar o duración a tenor de lo que establece el propio art. 10 de la L.O. 9/1983 (STC 66/1995, p. 08).

Mas não é só! Seguindo adiante na sua função de proteger os direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional da Espanha, na STC nº 301/06 (2006, p. 07),

também decidiu a fundamentação administrativa para proibir ou dissolver uma reunião deve buscar alicerce em fatos concretos e não em meras suposições, *in verbis*:

Se ha señalado, también, que, para poder prohibir una concentración, no basta la mera sospecha o posibilidad de que se vayan a producir alteraciones de orden público, sino que es necesario que la autoridad gubernativa posea datos objetivos suficientes, derivados de las circunstancias de hecho de cada caso, a partir de los que cualquier persona en una situación normal pueda racionalmente concluir que la concentración producirá con toda certeza el referido desorden público, debiendo presidir toda actuación limitativa de este derecho el principio de favor libertatis.

Têm-se ainda que, nas lições do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº 163/06 (2006, p. 17), as propostas de alterações para o desenvolvimento da reunião não podem ser frutos de uma discricionariedade livre do administrador, senão que se submetem a critérios que visem impedir o esvaziamento do próprio direito. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional da Espanha, na STC nº 163/06 (2006, p. 18), já decidiu que:

Una facultad que la Administración no puede ejercer de forma totalmente discrecional (STC 36/1982), y que viene condicionada por la programación realizada por los promotores. Esto hará que, en ocasiones, la utilización de esta facultad de introducir modificaciones resulte vedada o, cuando menos, sometida a importantes condicionamientos.

Para exemplificar seu entendimento, o Tribunal espanhol, na STC nº 163/06 (2006, p. 18), aponta que a possibilidade de realizar uma reunião num local próximo à sede da entidade afetada e no horário de trabalho podem se converter, em determinados casos, em fatores determinantes para o exercício do direito de reunião.

Aponte-se ainda que, com o claro propósito de evitar o uso da força, o art. 5º da Lei Orgânica nº 09/1983 exige ainda que a decisão de suspensão e dissolução da reunião seja previamente comunicada aos participantes.

O art. 6º¹⁴⁰ faculta aos organizadores e promotores das reuniões, que sejam celebradas em locais fechados, a possibilidade de solicitar a presença da Força de Segurança, desde que tais reuniões não estejam excluídas do âmbito de proteção da lei, conforme as hipóteses previstas no art. 2º da Lei Orgânica nº 09/1983.

¹⁴⁰ Lei Orgânica nº 09/1983, art. 6º - Os organizadores e promotores de reuniões, incluídos no escopo de aplicação desta Lei, realizados em locais, instalações ou locais fechados, podem solicitar a presença de delegados da autoridade governamental.

O dever estatal de não intervenção na reunião é contemplado no art. 7º da Lei Orgânica nº 09/1983, que proíbe que a Força de Segurança intervenha nas discussões e debates ou que faça uso da palavra para advertir ou corrigir os participantes, salvo os casos estabelecidos na lei criminal.

O texto do art. 7º da Lei Orgânica nº 09/1983 está assim redigido:

Artigo sétimo - Os delegados da autoridade governamental não intervirão nas discussões ou debates, nem tomarão a palavra para alertar ou corrigir os participantes, tudo sem prejuízo do disposto na Lei de Processo Penal.

Conforme leciona Jesús González Pérez (2002, p. 196), a despeito da proibição de qualquer tipo de intervenção no desenvolvimento da reunião, não é sem razão que os organizadores do evento solicitaram o comparecimento da Força de Segurança; ao contrário, se assim o fizeram é porque tinham algum temor de que a reunião poderia não se desenvolver normalmente.

Daí porque a Força de Segurança não poderá se omitir no cumprimento das suas funções, dentre as quais está a de proteger a reunião diante daqueles que queiram impedir, perturbar ou menosprezar o lícito exercício deste direito (JESÚS, 2002, p. 196).

O aviso prévio é exigido, nos termos do art. 8º da Lei Orgânica nº 09/1983, nas reuniões em locais de trânsito público e nas manifestações, *in verbis*:

Artigo oitavo - A realização de reuniões em locais de trânsito público e de manifestações deve ser comunicada por escrito à autoridade governamental correspondente pelos organizadores ou promotores das reuniões, com um aviso de dez dias, no mínimo, e no máximo trinta. No caso de pessoas coletivas, a comunicação deve ser feita pelo seu representante. Quando houver causas extraordinárias e graves que justifiquem a urgência de convocar e realizar reuniões em locais de transporte público ou manifestações, a comunicação, referida no parágrafo anterior, poderá ser feita com pelo menos vinte e quatro horas de antecedência.

Conforme leciona Jesús González Pérez (2002, p. 233), o aviso prévio não se trata de um pedido de autorização e sim de um ato destinado a dar conhecimento à autoridade governamental da reunião que será realizada, indicando seu objeto, lugar e tempo. Outro não é o entendimento do Tribunal Constitucional da Espanha, STC nº

66/95 (1995, p. 05), ao julgar que o aviso prévio é um dever¹⁴¹ dos organizadores, mas que isto não se deve confundir com um pedido de autorização.

A reforçar o seu entendimento, no julgamento da STC nº 196/02 (2002, p. 13), o Tribunal explicitou mais uma vez que:

Hemos insistido en que el deber de comunicación previa, establecido en el art. 21.2 CE y desarrollado por los arts. 8 y ss. LODR, no debe confundirse con una solicitud de autorización, pues el ejercicio de este derecho fundamental se impone por su eficacia inmediata y directa, sin que pueda conceptuarse como un derecho de configuración legal, "sino tan sólo una declaración de conocimiento a fin de que la autoridad administrativa pueda adoptar las medidas pertinentes para posibilitar tanto el ejercicio en libertad del derecho de los manifestantes, como la protección de derechos y bienes de titularidad de terceros, estando legitimada en orden a alcanzar tales objetivos a modificar las condiciones de ejercicio del derecho de reunión e incluso a prohibirlo, siempre que concurren los motivos que la Constitución exige, y previa la realización del oportuno juicio de proporcionalidad" (STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 2, y, en el mismo sentido, SSTC 59/1990, de 29 de marzo, FJ 5, y 42/2000, de 14 de enero, FJ 2, entre otras).

O regime especial de intervenções a que são submetidas as reuniões em locais públicos se justifica justamente pela incidência que o exercício do direito de reunião pode ter em outros direitos também fundamentais. Para esclarecer e delimitar a exigência do aviso prévio para as reuniões realizadas em locais públicos, Jesús González Pérez (2002, p. 202-203) esclarece que:

La expresión "lugares de tránsito público" ha de interpretarse en sentido amplio y no en el sentido estricto de lugares de paso o circulación, como carreteras, caminos, cales o vías públicas en general. [...] "Lugar de tránsito público" ha de interpretarse en el sentido de todo lugar por el que puede circularse libremente.

Outro aspecto a ser destacado no art. 8º da Lei Orgânica nº 09/1983 é o prazo mínimo (10 dias) e máximo (30 dias) para a apresentação do aviso prévio pelos organizadores da reunião ou manifestação às autoridades competentes. Na hipótese de reuniões urgentes, assim entendidas aquelas que decorrem de causas urgentes e graves, a reunião deverá ser comunicada à autoridade competente com uma

¹⁴¹ A natureza jurídica de dever do aviso prévio é reafirmado na STC nº 301/06 (2006, p. 07, grifo nosso): "se ha destacado por este Tribunal que el ejercicio del derecho de reunión está sometido a un requisito previo, como es el *deber de comunicar* con antelación a la autoridad competente la celebración de la reunión, aclarando que esta comunicación en ningún caso constituye una solicitud de autorización".

antecedência mínima de 24 horas. A fixação de tais prazos viabilizam a organização do uso e partilha do espaço público pelo órgão administrativo responsável e o planejamento da Força de Segurança para a ação de garantia do exercício do direito fundamental de reunião.

No julgamento da STC nº 59/90 (1990, p. 11), o Tribunal Constitucional da Espanha ressaltou que o aviso prévio só é obrigatório para as reuniões realizadas em locais de trânsito público e, na STC nº 1996/02 (2002, p. 12), destacou que a exigência do aviso prévio para as reuniões realizadas em locais de trânsito público e nas manifestações “se trata de un requisito con el que se persigue compatibilizar su efectividad con la salvaguarda de la seguridad ciudadana y del orden general”.

Os requisitos do aviso prévio são prescritos no art. 9º da Lei Orgânica nº 09/1983¹⁴². Devem constar os seguintes dados: (i) nome, domicílio e documento oficial dos organizadores ou promotores da reunião ou manifestação; (ii) lugar, dia, hora e duração prevista da reunião; (iii) objeto da reunião; (iv) itinerário projetado, quando se preveja a circulação nas vias públicas; (v) medidas de segurança previstas pelos organizadores ou solicitadas às autoridades governamentais.

À vista de fundadas razões de que a reunião ou manifestação possa produzir alterações da ordem pública, com perigo para pessoas ou bens, a autoridade governamental poderá, nos termos do art. 10 da Lei Orgânica nº 09/1983, proibi-la ou, se for o caso, propor a modificação do dia, lugar, duração ou itinerário da reunião ou manifestação. Tal decisão deverá ser motivada e notificada ao organizador ou promotor no prazo máximo de setenta e duas horas depois de recebido o aviso prévio, *in verbis*:

¹⁴² Lei Orgânica nº 09/1983, art. 9º - 1. O documento de comunicação deve indicar: a) Nome, sobrenome, endereço e documento de identificação oficial do organizador ou organizadores ou seu representante, no caso de pessoas coletivas, especificando também seu nome, natureza e endereço. b) Local, data, hora e duração prevista. c) Objetivo do mesmo. d) Itinerário projetado, quando estiver previsto tráfego nas vias públicas. e) Medidas de segurança fornecidas pelos organizadores ou solicitadas pela autoridade governamental. 2. A autoridade governamental notificará a Câmara Municipal afetada dos dados contidos no documento de comunicação, exceto no caso de uma convocação urgente prevista no segundo parágrafo do artigo anterior, para que informe dentro de 24 horas as circunstâncias da rota proposta. Se o relatório não for recebido dentro desse período, será considerado favorável. O relatório fará referência a causas objetivas, como o estado dos locais onde pretende ser realizado, a concorrência com outros atos, as condições de segurança dos locais, de acordo com os regulamentos atuais e outros técnicos similares. De qualquer forma, o relatório não será vinculativo e deve ser motivado. (redação dada pela Lei Orgânica nº 9/1999, de 21 de abril).

Artigo dez - Se a autoridade governamental considerar que existem razões bem fundamentadas para a ocorrência de distúrbios da ordem pública, com perigo para pessoas ou bens, pode proibir a reunião ou demonstração ou, se apropriado, propor a modificação da data, local, duração ou itinerário da reunião ou manifestação. A resolução deve ser adotada de forma motivada e notificada no prazo máximo de setenta e duas horas a partir da comunicação prevista no artigo 8, de acordo com os requisitos estabelecidos na Lei 30/1992, de 26 de novembro, sobre o Regime Jurídico da Administrações públicas e procedimento administrativo comum.

Após receber o aviso prévio, a autoridade governamental deverá encaminhá-lo para conhecimento e análise da prefeitura local, que deverá se manifestar sobre dados objetivos que impactam na pretensão do exercício do direito de reunião, tal como o estado dos lugares onde se pretende realizá-la, a concorrência com outros atos, as condições de segurança dos lugares, de acordo com as normativas vigentes e outras normas técnicas. De todo modo, esta manifestação, que deverá ser motivada, não terá caráter vinculativo e, se não for apresentada no prazo de 24 horas, será entendida como favorável à realização do evento.

Todavia, a apresentação da resposta governamental fora do prazo estabelecido não é, por si só, razão suficiente para concluir que a manifestação não foi proibida ou que não se possam propor modificações em seu planejamento. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional da Espanha, no julgamento da STC nº 66/95 (1995, p. 05) e da STC nº 24/15 (2015, p. 12), já decidiu que é preciso verificar se o não cumprimento do prazo se deu em razão de um “animo dilatatório” da autoridade governativa com o objetivo de impedir ou dificultar o exercício do direito de reunião ou o controle judicial das restrições impostas.

Com efeito, o art. 11 da Lei Orgânica nº 09/1983 prevê a possibilidade de o organizador submeter ao controle judicial a sua irrisignação em face da decisão administrativa de proibição ou de alteração do transcurso da reunião e estabelece um rito especial para garantir a análise judicial tempestiva para garantir o seu exercício. Eis o que preconiza o art. 11 da Lei Orgânica nº 09/1983, *in verbis*:

Artigo onze - Se a proibição ou outras modificações propostas não forem aceitas pelos organizadores ou promotores, eles poderão interpor um recurso administrativo-contencioso perante a Audiência competente, dentro de quarenta e oito horas, transferindo uma cópia do referido recurso devidamente registrada na autoridade do governo para esse fim. que este submeta imediatamente o processo ao Tribunal. O Tribunal processará o referido recurso, em conformidade

com o disposto no artigo 7.6 da Lei 62/1978, de 26 de dezembro, sobre a proteção jurisdicional dos direitos fundamentais da pessoa.

Do entrecruzamento entre o prazo para apresentação do aviso prévio pelos organizadores da reunião às autoridades governamentais competentes (art. 8º), o prazo para que estas, após a esmerada análise, apresentem fundamentadamente propostas de alterações ou proibam o transcurso da reunião (art. 10) e rito especial para o controle judicial da decisão administrativa (art.11) denota-se um esquema estruturado em favor da liberdade de reunião. Este é o sentir de Marcos Francisco Massó Garrote (2016, p. 31), *in verbis*:

La amplitud de los plazos para efectuar en las convocatorias ordinarias, guarda estrecha relación con el control judicial de la posible prohibición y con la finalidad que cumple la comunicación que no es otra que la autoridad gubernativa valore adecuadamente las condiciones de ejercicio de ese derecho y adopte las medidas necesarias tanto para posibilitar su ejercicio como para proteger los derechos y bienes de titularidad de terceros.

Este mecanismo de controle judicial das restrições administrativas ao exercício do direito fundamental de reunião reforça a necessidade de que aquelas estejam alicerçadas e devidamente fundamentadas em fatos e dados objetiva, racional e publicamente desenvolvidos na decisão administrativa, com o que se previnem posturas autoritárias e arbitrarias das autoridades governamentais.

Deve-se, ainda, ter em mente que, mesmo diante de razões fundadas de alterações da ordem pública com perigo para pessoas e/ou bens, as mudanças propostas pela autoridade administrativa para o desenvolvimento da reunião não podem desconsiderar o transcurso e os objetivos idealizados pelos seus organizadores.

A refletir este entendimento, o Tribunal Constitucional da Espanha, na STC nº 66/95 (1995, p. 08-09), já se manifestou no sentido de que a possibilidade da autoridade administrativa propor alterações ao transcurso da reunião não é uma faculdade discricionária que possa ser exercida sem qualquer limite ou condicionamento. Ao contrário, no epígrafe julgado a Corte espanhola observa que há casos em que “la utilización de esta facultad de introducir modificaciones resulte vedada o, cuando menos, sometida a importantes condicionamientos”.

Nesse sentido, insiste Jesús González Pérez (2002, p. 233) que, como toda medida de intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, a ordem de

proibição ou modificação da reunião pela autoridade governamental só pode ser adotada quando forem verificadas as circunstâncias e os fins prescritos no art. 10 da Lei Orgânica nº 09/1983. Além desta vinculação, autoridade administrativa deve apresentar “razões fundadas” de que, em razão do transcurso da reunião, poderão ocorrer alterações da ordem pública com perigo para pessoas ou bens, não sendo suficiente, *v.g.*, a afirmação genérica de que determinadas ruas ou zonas de uma cidade não são idôneas para o exercício do direito de manifestação ou de reunião em razão da densidade do trânsito que por elas circulam. Interessante é a reflexão apresentada por Jesús González Pérez (2002, p. 239), *in verbis*:

Para prohibir las reuniones no puede invocarse una genérica conflictividad circulatoria, ya que incluso em essas zonas de densa circulación, pueden darse casos em los que la circulación específica de las reuniones convocadas – por ejemplo, la hora, el carácter festivo del día, el previsible escaso número de asistentes o la garantía de no obstrucción prolongada de las calzadas – lleven a la convicción de que no existen razones fundadas de que la reunión va a producir um colapso circulatorio que altere el orden público com peligro para personas o bienes.

Tal reflexão vem ao encontro da proposta deste trabalho. Não se pode pura e simplesmente proibir de maneira absoluta o exercício do direito de reunião num determinado lugar público, em especial numa via pública. Mas, de outro lado, também não é razoável admitir-se que o exercício do direito de reunião possa se dar em qualquer via pública e em qualquer horário, ainda que isto cause irreparáveis e insuperáveis prejuízos ao exercício de tantos outros direitos fundamentais por tantas outras pessoas. Não há problema em se realizar uma reunião ocupando parcialmente uma das faixas de trânsito da Marginal Tietê, na capital paulista, num domingo ou feriado. Mas não é razoável admitir-se que esta manifestação ocorra nos dias de semana durante o horário de expediente e alto fluxo de veículos.

Este é o entendimento sedimentado pela Corte Constitucional espanhola na STC nº 59/90 (1990, p. 12-13) e na STC nº 163/06 (2006, p. 12) ao decidir que, apesar da liberdade de circulação ser um bem constitucional apto a impor restrições ao exercício do direito de reunião, não é qualquer afetação daquele direito suficiente para impedir o exercício desta liberdade democrática, já que é intrínseco a toda reunião realizada em lugar de trânsito causar certas restrições ao direito de livre circulação dos cidadãos não manifestantes. Destarte, é necessário que, nos termos do art. 21.2 da Constituição da Espanha, as restrições decorrentes do transcurso da reunião à

livre circulação de pessoas e veículos causem alterações na ordem pública capazes de gerar perigo para pessoas e/ou bens, o que se verifica quando “de la conducta de los manifestantes pueda inferirse determinada violencia «física» o, al menos, «moral» con alcance intimidatorio para terceros” (STC,1990, p. 13).

A partir da compreensão de que “en una sociedad democrática el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación”, o Tribunal Constitucional da Espanha, no julgamento da STC nº 193/11 (2011, p. 16), mais uma vez reafirmou o seu posicionamento de que as restrições à liberdade de circulação dos não manifestantes são restrições que não se podem excluir *a priori* do conteúdo do direito de reunião, pois é intrínseco ao seu exercício a utilização de locais de trânsito público e, em dadas circunstâncias, até mesmo a ocupação das faixas de circulação de veículos. De outra vertente, a destacar o carácter não absoluto do direito de reunião e, sob as luzes da proporcionalidade, a busca da sua compatibilização com os direitos fundamentais colidentes de terceiros, o Tribunal também adverte que a ocupação intensiva das vias públicas pode gerar alterações da ordem pública com perigo para pessoas e/ou bens e, portanto, legitimar a imposição de restrições ao transcurso da reunião.

A Lei Orgânica nº 09/1983 demonstra que o detalhado regramento legal do direito fundamental de reunião pode contribuir positivamente para a garantia do seu exercício como liberdade democrática imprescindível para a efetividade do Estado de Direito.

4.4 Restrições ao direito de reunião no Direito português

Em Portugal, a despeito do art. 45 da Constituição de 1976 não estabelecer reserva legal expressa, o direito de reunião é disciplinado pelo Decreto-lei nº 406/74, de 29 de agosto de 1974.

Aponte-se, desde já, que a despeito da disciplina do Decreto-lei nº 406/74 acerca do exercício do direito de reunião, António Francisco de Sousa (2011, p. 175) classifica como uma “grave lacuna” do ordenamento jurídico português a ausência de uma regulação legal expressa acerca da intervenção policial no âmbito de reuniões e manifestações em locais públicos ou abertos ao público.

A assertiva de António Francisco de Sousa ganha força ao se observar os dados estatísticos atinentes às reuniões e manifestações constantes nos Relatórios

de Segurança Interna de Portugal, produzidos pelo Sistema de Segurança Interna do Gabinete do Secretário-Geral (2019).

Observa-se no número total de manifestações populares ocorridas em Portugal que os anos de 2012 e 2013 também apresentou um crescimento exponencial de manifestações. Após decréscimo contínuo de 4 anos, as manifestações voltaram a crescer em 2018:

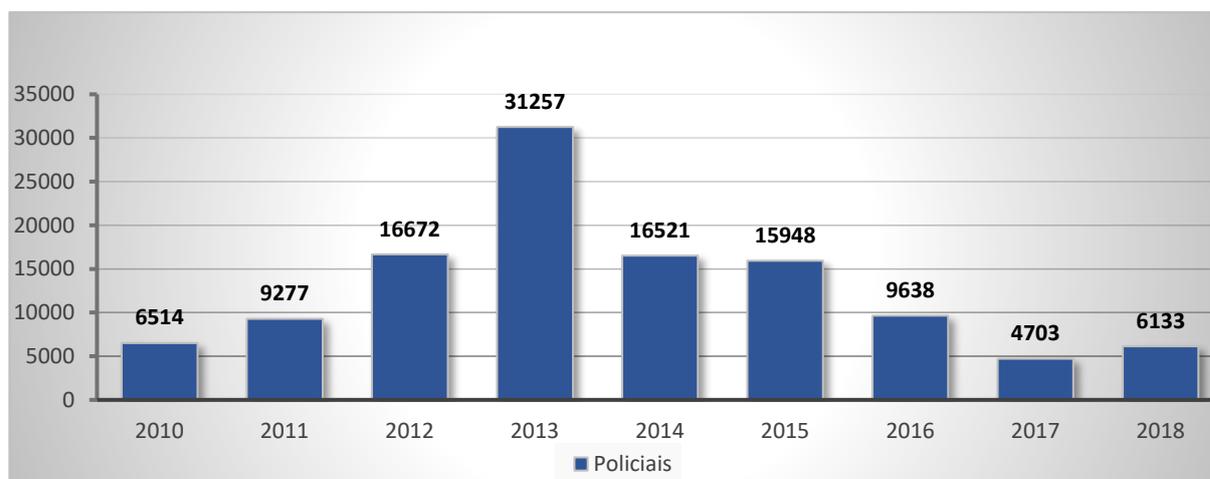
Gráfico 4 – Total de Manifestações em Portugal



Fonte: Sistema de Segurança Interna (PT) (2019).

Acompanhando a linha das manifestações, o número de policiais empregados para a proteção do exercício do direito fundamental de reunião e para a preservação da ordem e segurança públicas seguiu o mesmo caminho. Em 2013, observa-se que o número de policiais foi muito superior aos demais anos.

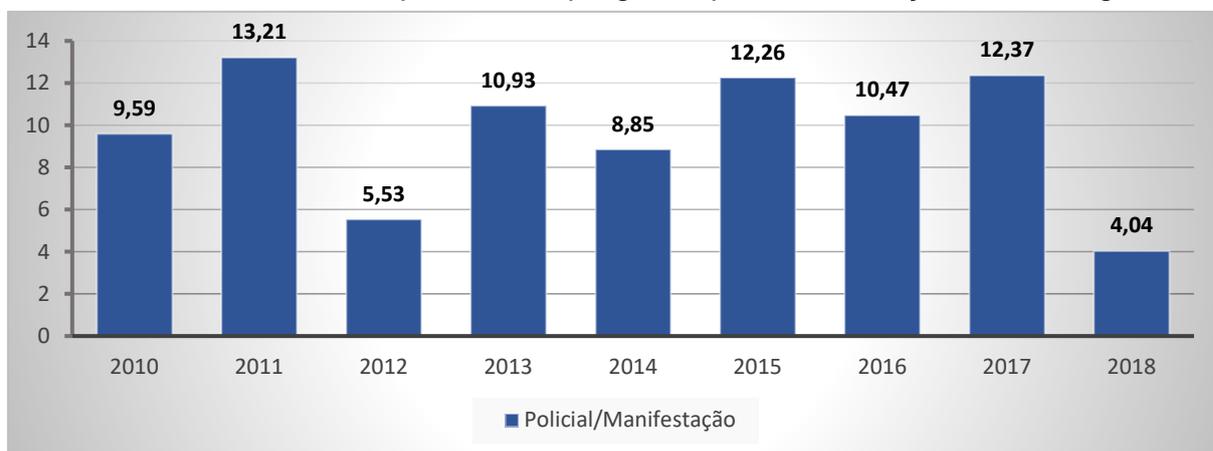
Gráfico 5 – Total de policiais empregados nas manifestações em Portugal



Fonte: Sistema de Segurança Interna (PT) (2019).

De todo modo, ao analisar a proporção entre o número de policiais e o de manifestações, percebe-se que o número médio de policiais empregados por manifestação é baixo, o que indica que os atos decorreram de forma pacífica.

Gráfico 6 – Média de policiais empregados por manifestação em Portugal



Fonte: Sistema de Segurança Interna (PT) (2019)

A despeito da grande quantidade de reuniões e manifestações em Portugal, uma pesquisa realizada junto ao site do Tribunal Constitucional de Portugal na internet revelou que o tema não tem alcançado a jurisdição constitucional.

Com a utilização do parâmetro de pesquisa “direito de reunião” foram encontrados 15 registros e com a expressão “liberdade de manifestação” foram localizados 02 registros disponíveis na base de jurisprudência daquela Corte. Todavia, a análise de cada uma das decisões revela que apenas uma delas efetivamente está relacionada ao exercício do direito de reunião: o acórdão nº 132/90, de 19 de abril de 1990 (TCP, 1990).

A desproporcionalidade entre o número de reuniões e manifestações em Portugal e o debate judicial-constitucional do tema levantou a dúvida sobre a possibilidade de erro na pesquisa jurisprudencial, o que levou à uma consulta, via e-mail, ao Núcleo de Apoio Documental e Informação Jurídica do Tribunal Constitucional Português.

A resposta fornecida por aquele órgão da Corte Constitucional de Portugal confirmou a pesquisa anteriormente efetuada no seu site, ou seja, há somente o registro do Acórdão nº 132/90. Destaque-se que a pesquisa do Núcleo de Apoio

Documental e Informação Jurídica ainda utilizou como parâmetro de pesquisa o art. 45º da Constituição da República de Portugal (CRP).¹⁴³

O Acórdão nº 132/90 do Tribunal Constitucional de Portugal, apesar de ter, ao final, decidido pelo não conhecimento do recurso interposto pelo Ministério Público português em razão da falta de pré-questionamento da matéria constitucional, apresenta na sua fundamentação relevantes apontamentos sobre o direito de reunião e sobre o Decreto-lei nº 406/74.

A matéria de fundo debatida no Acórdão em testilha diz respeito à constitucionalidade do § 15º, nº 3 do Decreto-lei nº 406/74, que prevê o crime de desobediência qualificada para aquele que realizam reuniões e manifestações em desacordo com o prescrito naquele diploma legal.

A tese suscitada é a de que o Decreto-lei nº 406/74 é inconstitucional, posto que o art. 45 da CRP não possui reserva legal expressa e, portanto, não admite qualquer limitação ou restrição do âmbito de proteção do direito de reunião e de manifestação.

A este respeito é que importa o Acórdão nº 132/90 do Tribunal Constitucional de Portugal, ainda que, insista-se, não tenha conhecido do recurso interposto em razão da falta de pré-questionamento da matéria constitucional.

Com efeito, o primeiro ponto de relevo na fundamentação do Acórdão nº 132/90 (1990, p. 02), é a anotação da Corte Constitucional Portuguesa de que o Decreto-lei nº 406/74 visa “garantir e regulamentar o direito de reunião”.

Este entendimento sufraga a tese defendida neste trabalho de que a disciplina legal do exercício do direito fundamental de reunião, desde que fruto do debate parlamentar plural e democrático, contribui para o exercício do direito de reunião.

Ao contrário, a falta de lei é um campo aberto para as arbitrariedades e autoritarismos estatais na lida cotidiana com as reuniões e manifestações populares, sobretudo daquelas promovidas por grupos minoritários e dissidentes.

¹⁴³ A consulta foi realizada, em 24 de abril de 2020, através do e-mail: g-apoio-documental@tribconstitucional.pt. A resposta foi enviada em 27 de abril de 2020, com o seguinte teor: “Em anexo envio imagens dos resultados obtidos da pesquisa pelos descritores ‘liberdade de manifestação’ ou ‘direito de reunião’ (apenas um Acórdão do Tribunal resultou da pesquisa). Quanto ao artigo 45.º da CRP, apenas foi invocado uma vez, no pedido do Acórdão nº 132/90, cujo objeto não foi conhecido, por questões processuais”.

O segundo aspecto a destacar no Acórdão nº 132/90 é a afirmação do carácter relativo do direito fundamental de reunião. Ao fazer referência à sentença de 1ª Instância, o Tribunal Constitucional de Portugal (1990, p. 03) destaca que, *in verbis*:

Este diploma o [Decreto-lei nº 406/74] tem que se conjugar com a Constituição da República Portuguesa, que no seu artigo 45º, nº 1, diz-nos que “os cidadãos têm o direito de se reunir, pacificamente e sem armas, mesmo em lugares abertos ao público, sem necessidade de qualquer autorização”. No entanto, não se nega que se possa restringir esse direito com o objectivo de assegurar a fluidez do trânsito ou evitar incómodos para pessoas não intervenientes nas manifestações, reuniões ou comícios, razão de ser do aviso que é exigido ao Senhor Governador Civil com antecedência mínima de dois dias úteis, quando as mesmas sejam efectuadas em lugares públicos ou abertos ao público.

A ponderação entre os direitos fundamentais colidentes é o único caminho possível para a harmonização e concordância prática do exercício de ambos no espaço público. Admitir o carácter absoluto do direito de reunião significa negar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais colidentes, o que soa inconstitucional e antidemocrático.

E, a partir destas reflexões, o Tribunal Constitucional de Portugal (1990, p. 04), novamente fazendo referência ao acerto da sentença de 1ª Instância, registra que, *in verbis*:

Este preceito [o do artigo 45º da Constituição] não importou, como não importa, a caducidade ou revogação dos dispositivos legais do Decreto-lei nº 406/74, já que é compatível com a Constituição o acto regulamentar do seu exercício.

A falta de reserva legal expressa no art. 45 da CRP não tem sido óbice para a disciplina legal do direito fundamental de reunião e, com acerto, se reconhece a sua necessidade para garantir o exercício daquela liberdade fundamental.

Aliás, uma das hipóteses para a baixa judicialização do exercício do direito de reunião e de manifestação em Portugal pode ser justamente a aptidão do Decreto-lei nº 406/74 para disciplinar adequadamente o seu exercício, o que revela a importância da sua detida análise.

O primeiro ponto a se destacar na análise do Decreto-lei nº 406/74 é o seu objeto de regulação. Nos termos do seu art. 1º, o epígrafado ato normativo visa regular o exercício do direito de reunião “em lugares públicos, abertos ao público e particulares”, *in verbis*:

Art. 1.º - 1. A todos os cidadãos é garantido o livre exercício do direito de se reunirem pacificamente em lugares públicos, abertos ao público e particulares, independentemente de autorizações, para fins não contrários à lei, à moral, aos direitos das pessoas singulares ou colectivas e à ordem e à tranquilidade públicas. 2. Sem prejuízo do direito à crítica, serão interditas as reuniões que pelo seu objecto ofendam a honra e a consideração devidas aos órgãos de soberania e às Forças Armadas.

A despeito da referência aos locais particulares no *caput* do art. 1º do Decreto-lei nº 406/74, Jorge Miranda (2000, p. 488) entende que as regras dispostas neste ato normativo não se aplicam às reuniões em recintos fechados, ainda que para finalidades não puramente privadas.

Tal compreensão pode ser também obtida a partir da interpretação do disposto no art. 10 e no art. 16 do Decreto-lei nº 406/74, *in verbis*:

Art. 10.º - 1. *Nenhum agente de autoridade poderá estar presente nas reuniões realizadas em recinto fechado, a não ser mediante solicitação dos promotores.* 2. Os promotores de reuniões ou comícios públicos em lugares fechados, quando não solicitem a presença de agentes de autoridade, ficarão responsáveis, nos termos legais comuns, pela manutenção da ordem dentro do respectivo recinto (grifo nosso).

Art. 16.º - 1. Este diploma não é aplicável às reuniões religiosas realizadas em recinto fechado. 2. *Os artigos 2.º, 3.º e 13.º deste diploma não são aplicáveis às reuniões privadas, quando realizadas em local fechado mediante convites individuais* (grifo nosso).

Têm-se, assim, que, alinhado àquilo que se vem defendendo neste trabalho, a disciplina jurídico-constitucional e legal do direito de reunião está diretamente associada à partilha do espaço público como *locus* da vivência plural e democrática, a exigir a mediação estatal para a harmonização do exercício dos direitos colidentes.

Os artigos 2º e 3º do Decreto-lei nº 406/74 disciplinam o aviso prévio, *in verbis*:

Art. 2.º - 1 - As pessoas ou entidades que pretendam realizar reuniões, comícios, manifestações ou desfiles em lugares públicos ou abertos ao público avisam por escrito e com a antecedência mínima de dois dias úteis o presidente da câmara municipal territorialmente competente. 2. O aviso deverá ser assinado por três dos promotores devidamente identificados pelo nome, profissão e morada ou, tratando-se de associações, pelas respectivas direcções. 3. A entidade que receber o aviso passará recibo comprovativo da sua recepção.¹⁴⁴

¹⁴⁴ A redação do nº 1 do art. 2º foi dada pela Lei Orgânica nº 1, de 30 de novembro de 2011. A redação original era: “1. As pessoas ou entidades que pretendam realizar reuniões, comícios, manifestações ou desfiles em lugares públicos ou abertos ao público deverão avisar por escrito e com a antecedência mínima de dois dias úteis o governador civil do distrito ou o

Art. 3.º - 1. O aviso a que alude o artigo anterior deverá ainda conter a indicação da hora, do local e do objecto da reunião e, quando se trate de manifestações ou desfiles, a indicação do trajecto a seguir. 2. As autoridades competentes só poderão impedir as reuniões cujo objecto ou fim contrarie o disposto no artigo 1.º, entendendo-se que não são levantadas quaisquer objecções, nos termos dos artigos 1.º, 6.º, 9.º e 13.º, se estas não forem entregues por escrito nas moradas indicadas pelos promotores no prazo de vinte e quatro horas.

O aviso prévio não se confunde com a autorização administrativa para a realização da reunião. Os promotores ou organizadores têm o dever de informar previamente, num prazo de dois úteis de antecedência mínima, a intenção de realizarem a manifestação, fazendo constar no aviso prévio a indicação do dia, hora, local e trajeto a ser percorrido pelos manifestantes.

Para Jorge Miranda (2000, p. 488), a exigência de aviso prévio só se aplica às reuniões realizadas em locais públicos e às manifestações, afigurando-se inconstitucional exigí-lo para as reuniões ocorridas em locais abertos ao público¹⁴⁵. Em relação aos eventos religiosos, defende Jorge Miranda (2000, p. 490) que o aviso prévio só se aplica às procissões ou cortejos religiosos e unicamente para fins de bom ordenamento do trânsito.

Por seu turno, Sérvulo Correia (2006, p. 69) observa a determinação legal dos dados essenciais que devem constar no aviso prévio tem por escopo “assegurar a sua funcionalidade quanto à prossecução das atribuições policiais da Administração, em particular no tocante à segurança das pessoas e bens e ao planeamento da circulação”.

Este também é o entendimento de JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 640) ao apontarem que:

A falta do aviso prévio não se mostra suficiente para a proibição/dissolução da reunião¹⁴⁶ e, no atual regime português, não sujeita o organizador/promotor do evento a qualquer sanção jurídica pelo descumprimento do seu dever de aviso prévio.

presidente da câmara municipal, conforme o local da aglomeração se situe ou não na capital do distrito”.

¹⁴⁵ Para JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 640), a exigência de aviso prévio para as reuniões realizadas em locais abertos ao público também é “questionável”.

¹⁴⁶ Sérvulo Correia (2006, p. 70) observa que a Constituição da Espanha, em seu artigo 21, nº 2, prescreve o dever de formular aviso prévio às autoridades públicas para a realização da reunião. E pontua ainda que o Tribunal Constitucional espanhol, no Acórdão 36/82, reconheceu que a exigência do aviso prévio se alinha dentro do âmbito de proteção do direito de reunião, de modo que o descumprimento deste dever faz com que a reunião se afaste da tutela jusfundamental.

Em igual sentido, Jorge Miranda (2000, p. 489) observa que a falta de aviso prévio não é razão suficiente para a dissolução da reunião pacífica e sem armas. Para JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 640), tal medida seria inconstitucional por violação ao art. 272, nº 2 da Constituição portuguesa¹⁴⁷, que determina que as medidas de polícia devem observar os postulados da necessidade e da proporcionalidade.

Afim de superar os embaraços que a falta de aviso prévio gera para a organização do espaço público e como forma de sancionar aqueles que descumprem o dever, Sérvulo Correia (2006, p. 71) propõe que uma solução equilibrada seria a previsão legal de multa para os promotores do evento, variável em função da dimensão da manifestação e dos inconvenientes que a falta de planejamento prévio ocasionou para a adoção das medidas preventivas necessárias para a reorganização do espaço público.

De igual modo, António Francisco de Sousa (2011, p. 166) também admite possível a lei estabelecer uma sanção pecuniária ao organizador ou promotor que, havendo possibilidade, não faz o aviso prévio à autoridade competente. Entretanto, observa que tal penalidade seria inconstitucional no caso das manifestações espontâneas, posto que, neste caso, não haveria condições materiais para a realização do aviso prévio.

A partir do momento em que se reconhece o dever estatal de proteção do direito fundamental de reunião, devendo agir como “amigo da liberdade”, deve-se ter que o aviso prévio é um importante instrumento de garantia do exercício do direito de reunião e dos direitos colidentes.

Ademais, este dever estatal de proteção e colaboração para o exercício legítimo do direito de reunião também está contemplado no Decreto-lei nº 406/74, *in verbis*:

Art. 7.º As autoridades deverão tomar as necessárias providências para que as reuniões, comícios, manifestações ou desfiles em lugares

¹⁴⁷ CRP, Artigo 272 - 1. A polícia tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos. 2. As medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário. 3. A prevenção dos crimes, incluindo a dos crimes contra a segurança do Estado, só pode fazer-se com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. 4. A lei fixa o regime das forças de segurança, sendo a organização de cada uma delas única para todo o território nacional.

públicos decorram sem a interferência de contramanifestações que possam perturbar o livre exercício dos direitos dos participantes, podendo, para tanto, ordenar a comparência de representantes ou agentes seus nos locais respectivos.

As autoridades que se valem do aviso (ou da falta dele) para atuarem contra as manifestações, seja as desestimulando, impedindo ou restringindo o seu livre exercício incorrem em grave desvio democrático e devem estar sujeitas às responsabilidades daí decorrentes.

Nesse sentido é que vem o art. 15 do Decreto-lei nº 406/74, *in verbis*:

Art. 15.º - 1. As autoridades que impeçam ou tentem impedir, fora do condicionalismo legal, o livre exercício do direito de reunião incorrerão na pena do artigo 291.º do Código Penal e ficarão sujeitas a procedimento disciplinar. 2. Os contramanifestantes que interfiram nas reuniões, comícios, manifestações ou desfiles e impedindo ou tentando impedir o livre exercício do direito de reunião incorrerão nas sanções do artigo 329.º do Código Penal. 3. Aqueles que realizarem reuniões, comícios, manifestações ou desfiles contrariamente ao disposto neste diploma incorrerão no crime da desobediência qualificada.

Este tipo de comportamento das autoridades criam um clima de insegurança e desconfiança entre o poder público e a sociedade que em nada contribui para a preservação dos direitos e da ordem democrática.

O art. 4º e o art. 11 do Decreto-lei nº 406/74 tratam do horário das manifestações, *in verbis*:

Art. 4.º Os cortejos e desfiles só poderão ter lugar aos domingos e feriados, aos sábados, depois das 12 horas, e nos restantes dias, depois das 19 horas e 30 minutos.

Outra restrição de horário diz respeito às reuniões ou manifestações dinâmicas (marchas, desfiles etc). De acordo com o art. 4º do Decreto-lei nº 406/74, os cortejos e desfiles somente poderão ocorrer aos domingos e feriados, aos sábados depois das 12 horas e, nos demais dias, depois das 19:30 horas. O término, nos termos do art. 11, não poderá passar das 00:30 horas.

O propósito desta limitação dos dias e horários para a realização das manifestações é o de afetar o menos possível as condições do trânsito e o funcionamento das empresas nos dias úteis. Aqui também Sérvulo Correia (2006, p. 66) adverte que tais restrições devem ser abrandadas pelo reconhecimento de um déficit de ponderação do legislador e podem até ser consideradas desnecessárias às

exigências da ordem pública e do bem estar numa sociedade democrática, sobretudo no caso das manifestações espontâneas ou instantâneas.

Para Eduardo Correia Baptista (2006, p. 221), a partir da consagração das 40 horas de trabalho semanais, a vedação das manifestações aos sábados até às 12 horas perdeu o sentido, pois este deixou de ser um dia útil.

Por seu turno, António Francisco de Sousa (2011, p. 130) defende que as exceções aos dias e horários estabelecidos no art. 4º do Decreto-lei nº 406/74 “só podem ter lugar em casos devidamente justificados”¹⁴⁸ e que a autoridade administrativa pode, diante da necessidade de salvaguarda de outros direitos e liberdades de terceiros, impor limitações à proposta apresentada pelos organizadores no aviso prévio ou até mesmo propor outro local e/ou outra data e hora.

Art. 11.º As reuniões de outros ajuntamentos objectos deste diploma não poderão prolongar-se para além das 0,30 horas, salvo se realizadas em recinto fechado, em salas de espectáculos, em edifícios sem moradores ou, em caso de terem moradores, se forem estes os promotores ou tiverem dado o seu assentimento por escrito.

No que se refere as restrições de horário para o exercício do direito de reunião, o art. 11 do Decreto-lei nº 406/74 estabelece que nenhuma reunião poderá prolongar-se para além das 00:30 horas, salvo as realizadas em recintos fechados, salas de espetáculos, em edifícios sem moradores ou, em caso de terem moradores, se estes forem os promotores ou tiverem dado o seu assentimento escrito.

Na verdade, as exceções legais ao horário máximo de término da reunião não se aplicam às reuniões em sentido estrito, ou seja, aquelas que se desenvolvem nos locais públicos ou abertos ao público. A estas o horário de término seria peremptório.

Segundo explica Sérvulo Correia (2006, p. 65 e 66), o objetivo desta imposição de horário limite tem por escopo a tutela do direito de proteção à saúde, em face das condições de repouso dos cidadãos após às 00:30 horas. Observa, porém, que é necessário que se faça uma interpretação conforme à Constituição em relação à restrição imposta pelo art. 11 do Decreto-lei nº 406/74, posto que “este preceito não pode impedir as manifestações continuadas por mais do que um dia, quando o seu objetivo explique esta continuidade, e nem as vigílias”. De todo modo, o silêncio deve

¹⁴⁸ Observa António Francisco de Sousa (2011, p. 130) que esse regime de dias e horários para as reuniões é, “em geral, comum a toda a Europa”.

ser mantido após às 00:30 horas para que seja respeitado o direito ao repouso dos demais cidadãos.

Diferente é o entendimento exarado por Jorge Miranda (2000, p. 489) ao observar que este dispositivo do Decreto-lei nº 406/74 deve ser interpretado restritivamente em face da nova ordem constitucional portuguesa (1976) e somente é aplicável às manifestações.

No que refere ao lugar da manifestação, o Decreto-lei nº 406/74 apresenta uma extensa disciplina. Tratam do tema os artigos 6º, 9º, 10, 12 e 13 do estatuto normativo em análise.

Invertendo, entretanto, a ordem sequencial dos dispositivos, a análise da disciplina do local da reunião terá início com o art. 9º do Decreto-lei nº 406/74, *in verbis*:

Art. 9.º As autoridades referidas no artigo 2.º deverão reservar para a realização de reuniões ou comícios determinados lugares públicos devidamente identificados e delimitados.

À vista deste dispositivo, Jorge Miranda (2000, p. 489) leciona que, em interpretação conforme à Constituição de 1976, tal dever estatal deve ser compreendido no sentido de que as autoridades *podem* destinar locais para as reuniões, mas que *não podem impor* aos promotores ou organizadores que as reuniões sejam feitas nestes locais, restando a estes a liberdade de escolha de outros locais públicos ou abertos ao público para a realização do evento.

Bem se sabe que integra o dever estatal de proteção do direito fundamental de reunião a disponibilidade de espaços públicos para a realização das manifestações.

Já o art. 6º regulamenta a harmonização do exercício concorrente do direito de reunião e do direito de locomoção, conferindo às autoridades públicas inclusive o poder de alterar os trajetos dos desfiles e passeatas, *in verbis*:

Art. 6.º - 1. As autoridades poderão, se tal for indispensável ao bom ordenamento do trânsito de pessoas e de veículos nas vias públicas, alterar os trajetos programados ou determinar que os desfiles ou cortejos se façam só por uma das metades das faixas de rodagem. 2. A ordem de alteração dos trajetos será dada por escrito aos promotores.

Em relação ao local da manifestação, Eduardo Correia Baptista (2006, 42-44) defende que as vias públicas devem ser consideradas lugares abertos ao público para fins da realização das reuniões e que subtrair tais espaços ao exercício do direito de

reunião constituiria uma drástica limitação à viabilidade prática de muitas reuniões, sobretudo nas faixas de rodagem abertas à circulação de pedestres.

Esta também é a lição de António Francisco de Sousa (2011, p. 131) ao defender que o direito de livre escolha do local de reunião pelos organizadores do evento se estende aos lugares públicos e respectivas vias de acesso abertas à circulação em geral.

Há, entretanto, um entendimento majoritário na doutrina portuguesa que impõe certas restrições para a realização de reuniões nas rodovias, tendo em vista o risco que representam para os motoristas e para os manifestantes.

Nesse sentido, Eduardo Correia Baptista (2006, p. 44) leciona:

Somente as vias que, por força das suas características estruturais, se encontrem vedadas permanentemente a peões (autoestradas e vias paralelas) devem ser consideradas lugares não abertos ao público para efeitos deste direito, dependendo a realização de reuniões nestas de uma verdadeira licença. Trata-se de uma limitação imposta pela necessidade de garantir a segurança na deslocação, normalmente realizada a velocidade alta, por essas vias.

Com efeito, prossegue Eduardo Correia Baptista (2006, p. 214) para defender que o legislador não pode deixar de reconhecer limitações espaciais ao exercício do direito de reunião em razão do seu confronto com outros direitos fundamentais e sugere que “a segurança no exercício do direito de deslocação impõe a exclusão da realização de reuniões em autoestradas ou outras vias em que o acesso pedonal [pedestre] se encontre vedado”.

Observa-se aqui um critério objetivo para a proibição das reuniões nas vias públicas: a permissão ou proibição do trânsito de pedestres na via. Se na via pública é ordinariamente permitida a circulação de pedestres, então seria permitida a realização de reuniões ou manifestações naquele local. Se, de outro lado, o trânsito de pedestres é ordinariamente vedado naquela via pública, como se dá no caso das autoestradas e vias de trânsito rápido, então ali também não seria permitida a realização de reuniões ou manifestações.

No mesmo caminho, mas com uma distinção relevante, segue o pensamento de António Francisco de Sousa (2011, p. 131-132) ao observar que:

Porém, os locais do domínio público de fins limitados (por exemplo, autoestradas) não podem ser considerados locais de realização de reunião e de manifestação sempre que esses eventos saiam do seu

fim de utilização. [...] Para que tal seja possível, será indispensável uma autorização especial da autoridade competente.

Esta autorização especial a ser concedida (ou não) pela autoridade administrativa para a realização das reuniões e manifestações nas autoestradas deve decorrer, segundo leciona António Francisco de Sousa (2011, p. 132), da “confrontação das restrições que terão de ser feitas [à liberdade de locomoção] com a liberdade de reunião e de manifestação”.

Revela-se assim que o juízo da proporcionalidade é que deve balizar a decisão administrativa nesta confrontação entre o direito de locomoção e o direito de reunião. Não se podem tratar situações diferentes do mesmo modo. Uma coisa é bloquear parcialmente o fluxo de veículos na rodovia dos Bandeirantes, entre Caieiras/SP e São Paulo/SP. Outra bem diferente é a ocupação de uma das faixas de rolamento da rodovia Raposo Tavares na região do município de Presidente Venceslau/SP.

O juízo de proporcionalidade é, nas lições de António Francisco de Sousa (2011, p. 214), o critério a iluminar as decisões sobre a possibilidade ou impossibilidade da reunião se realizar na via pública. O não reconhecimento de limites ao exercício do direito de reunião nas vias públicas mostrar-se-ia inconstitucional por déficit de proteção do direito de locomoção. De outro lado, o impedimento absoluto de ocupação das faixas de trânsito traduziria uma ofensa ao direito de reunião.

Com o mesmo raciocínio, no caso das reuniões itinerantes, não seria admissível que os manifestantes circulassem pela faixa de rodagem se, em razão do seu escasso número, possam ocupar apenas as calçadas ou acostamentos, sem qualquer afetação ao trânsito de veículos (SOUSA, 2011, p. 220).

Ao conjugar as restrições espaciais e temporais, Eduardo Correia Baptista busca a solução na ponderação concreta entre os direitos fundamentais colidentes de reunião e de locomoção.

No seu entender, é admissível, e mesmo necessário, “proibir a ocupação completa de faixas de rodagem em horas de ponta em localidades com grande intensidade de tráfego de automóvel, enquanto limitação ao direito de reunião” (BAPTISTA, 2006, p. 215).

De outro lado, defende Eduardo Correia Baptista (2006, p. 220) que não faz sentido proibir as manifestações:

Mesmo em dias úteis durante o horário de trabalho, em pequenas localidades que tenham escasso tráfego de viaturas [veículos] ou em

que seja perfeitamente possível dividir a faixa de rodagem sem que tal provoque perturbação significativa deste.

O art. 6º do Decreto-lei nº 406/74 traz ainda a possibilidade de as autoridades competentes alterarem o trajeto idealizado pelos organizadores ou promotores da manifestação, se tal medida se mostrar indispensável ao bom ordenamento do trânsito de pessoas e veículos pela via pública.

Não se pode olvidar que a reunião realizada na via pública causa, em maior ou menor intensidade, um transtorno aos motoristas e demais usuários da via pública. O que não se pode admitir é que o exercício de um direito fundamental aniquile o de outro direito de igual dignidade. Há que haver ponderação entre os direitos colidentes para harmonizar o uso do espaço público na vivência democrática.

Outro não é o sentir de Sérvulo Correia (2006, p. 82):

De uma manifestação, resultará praticamente sempre perturbação para o trânsito. Se a exigência de não perturbação deste devesse prevalecer sempre e absolutamente, então não haveria manifestações, ou estas seriam inevitavelmente relegadas para descampados ou confins, onde permaneceriam isoladas do pulsar do coração coletivo. A ponderação não poderá arrancar sob o postulado de que um dos bens em conflito haverá de preponderar em toda a linha, porque isso significaria substituí-la por uma hierarquização absoluta entre os bens em causa. Os sacrifícios deverão ser distribuídos pelos dois lados e o peso do próprio do interesse de liberdade de manifestação à luz da sua serventia directa para com a preservação e promoção da dignidade da pessoa humana tido na devida conta.

O transtorno causado ao fluxo viário integra o processo comunicativo da manifestação para expor à opinião pública e às autoridades o seu pensamento, ideia, crítica, protesto ou reivindicação. Todo este impacto integra a experiência social e democrática do exercício do direito fundamental de reunião, desde que não ultrapasse a barreira do transtorno, do incômodo e passe para o cerceamento indevido do exercício de outros direitos fundamentais colidentes.

A alteração do trajeto de uma manifestação que passará por uma rua ou avenida do centro da cidade não parece ser justificada com o argumento do transtorno que causará no fluxo viário, posto que é possível, com algum incômodo aos não manifestantes e trabalho para a Força de Segurança, desviar o fluxo de veículos por rotas alternativas viáveis.

Diferente é o caso, *v.g.*, de uma manifestação que pretende bloquear uma via arterial (marginal Tietê) ou uma rodovia, que não possuem alternativas viáveis para o

desvio do fluxo de veículos. A manifestação de bloqueio, por vezes mesmo parcial, nestas vias públicas causa um impacto no sistema viário que vai além daquela área bloqueada e impacta a vida de milhares (ou milhões) de pessoas, além de causar sérios e iminentes riscos de acidentes e, conseqüentemente, de lesões e mortes no trânsito.

Outra medida possível, também prevista no art. 6º do Decreto-lei nº 406/74, é a determinação para que as manifestações ocorram por apenas uma das metades das faixas de rodagem, deixando assim parte da via pública livre para o fluxo de veículos e pessoas.

Esta estratégia é um importante mecanismo de harmonização de direitos. Os manifestantes exercem o seu direito de reunião e ocupam parte da via pública. Os transeuntes exercem o seu direito de locomoção e ocupam a outra parte da via pública. Ao mesmo tempo, ambos cedem nas suas pretensões de exercício de direitos fundamentais: os manifestantes cedem na sua pretensão de uso total da via pública para o exercício do direito de reunião; os transeuntes cedem na sua pretensão de maior velocidade e liberdade no seu deslocamento.

Outra restrição de local prevista no Decreto-lei nº 406/74 diz respeito às zonas de proteção. Trata-se, nos termos do art. 13 do Decreto-lei nº 406/74, da possibilidade de proibição de reuniões nas imediações de determinados locais públicos por razões de segurança, *in verbis*:

Art. 13.º As autoridades referidas no n.º 1 do artigo 2.º, solicitando quando necessário ou conveniente o parecer das autoridades militares ou outras entidades, poderão, por razões de segurança, impedir que se realizem reuniões, comícios, manifestações ou desfiles em lugares públicos situados a menos de 100 m das sedes dos órgãos de soberania, das instalações e acampamentos militares ou de forças militarizadas, dos estabelecimentos prisionais, das sedes de representações diplomáticas ou consulares e das sedes de partidos políticos.

Sobre a proibição da realização de reuniões nas chamadas zonas de proteção, Sérvulo Correia (2006, p. 84) observa que a lei de reuniões portuguesa remeteu para o âmbito de decisão discricionária da autoridade administrativa a proibição ou não da realização da reunião nestes locais, a partir da apreciação das “razões de segurança” e de juízo de proporcionalidade e concordância prática entre o exercício do direito de reunião e a exigência de segurança destes órgãos públicos.

Para António Francisco de Sousa (2011, p. 136) não há inconstitucionalidade alguma na previsão legal destas “proibições de zonas” (zona pacífica) e que esta proibição pode ser afastada, no caso concreto, por uma autorização de exceção. Destaca que:

O espaço que circunda as sedes dos órgãos (de soberania e outros) não deve, pois, ser entendido como *zona-tabu*, mas como *local de elevado perigo de colisão com os bens fundamentais protegidos*. A proibição de zona baseia-se no perigo atual para a ordem e segurança pública, não apenas de uma reunião ou manifestação determinadas, mas de toda e qualquer reunião ou manifestação dentro dessa *zona*” (SOUSA, 2011, p. 136, grifo do autor).¹⁴⁹

Há ainda no Decreto-lei nº 406/74 a disciplina de duas importantes (e drásticas) medidas restritivas: a interdição e a dissolução da reunião. A interdição está prevista no art. 1.º, nº 1 e nº 2 combinado com o art. 3.º, nº 2, tudo do Decreto-lei nº 406/74, *in verbis*:

Art. 1.º - 1. A todos os cidadãos é garantido o livre exercício do direito de se reunirem pacificamente em lugares públicos, abertos ao público e particulares, independentemente de autorizações, para fins não contrários à lei, à moral, aos direitos das pessoas singulares ou colectivas e à ordem e à tranquilidade públicas. 2. Sem prejuízo do direito à crítica, *serão interditas as reuniões que pelo seu objecto ofendam a honra e a consideração devidas aos órgãos de soberania e às Forças Armadas* (grifo nosso).

Art. 3.º - 1. O aviso a que alude o artigo anterior deverá ainda conter a indicação da hora, do local e do objecto da reunião e, quando se trate de manifestações ou desfiles, a indicação do trajecto a seguir. 2. *As autoridades competentes só poderão impedir as reuniões cujo objecto ou fim contrarie o disposto no artigo 1.º*, entendendo-se que não são levantadas quaisquer objecções, nos termos dos artigos 1.º, 6.º, 9.º e 13.º, se estas não forem entregues por escrito nas moradas indicadas pelos promotores no prazo de vinte e quatro horas (grifo nosso).

A interdição é uma medida de alta intensidade restritiva, posto que proíbe preventivamente a realização da reunião. Por isso, merece ser interpretada e aplicada restritivamente. A liberdade de reunião é a regra; a interdição é a exceção.

¹⁴⁹ Em voto de divergência no julgamento do HC nº 0120499-62.2013.8.26.0000 (18 de setembro de 2013), o desembargador do TJSP Antônio Carlos Malheiros observou que “a jurisprudência constitucional brasileira não possibilita limitações a manifestações públicas em frente a órgãos políticos dos poderes Judiciário, Executivo e Legislativo. Tais limitações são inconstitucionais, vistas as manifestações públicas como meio de realização democrática e como meio de concretização do direito de expressão”.

De todo modo, Sérvulo Correia (2006, p. 73) lembra que é indispensável munir a Administração Pública com este poder de interditar as reuniões e, para referendar seu entendimento, faz referência ao art. 17 da Constituição da Itália (1947)¹⁵⁰, que prevê expressamente a interdição de reuniões em lugar público por motivos confirmados de segurança ou de salubridade públicas.

A título de exemplo, poder-se-ia citar a necessidade de se proibirem manifestações em locais públicos durante a pandemia do Covid-19 para evitar a proliferação em massa do vírus devido à aglomeração de pessoas. A saúde pública seria o contraponto para a fundamentação constitucional da intervenção restritiva no direito de reunião.

Vale aqui apontar a observação de António Francisco de Sousa (2011, p. 178) de que a atuação policial, para além das hipóteses e soluções legalmente previstas, pode ocorrer com fundamento na cláusula geral do princípio da proporcionalidade e, assim, é possível a proibição ou dissolução da reunião que “ocorrer num local em que todos ou alguns manifestantes correm perigo”, citando, a título de exemplo, o perigo de uma epidemia.

De outro lado, a lei de reuniões portuguesas revela-se inconstitucional perante os cânones da pluralidade democrática e da isenção estatal diante das posições ideológicas dos manifestantes.

Ao prever, no nº 2 do seu art. 1º, que a reunião pode ser interdita no caso de ofensa à “honra e consideração” devida aos órgãos de soberania e às Forças Armadas, o Decreto-lei nº 406/74 blindam tais entidades públicas das críticas populares que tanto aterrorizam aqueles que exercem (arbitrária e autoritariamente) o poder.

A despeito da intensidade da medida restritiva de interdição conferida à autoridade administrativa, diga-se que isto confere a possibilidade de que a interdição da reunião comunicada pelos organizadores à Força de Segurança também tem o efeito de permitir que tal negativa seja submetida à análise judicial.

Nesse sentido, António Francisco de Sousa (2011, p. 162) destaca que, em muitos países onde a interdição é prevista legalmente, e cita como exemplo a

¹⁵⁰ Constituição da Itália (1947), Art. 17 - Os cidadãos têm direito de se reunir pacificamente e sem armas. Para reuniões, mesmo em lugar aberto ao público, não é necessária prévia comunicação. Das reuniões em lugar público deve ser dado prévio conhecimento às autoridades, que podem impedi-las somente por comprovados motivos de segurança ou de incolumidade pública.

Alemanha, onde “os tribunais revogam frequentemente atos de proibição por, no caso concreto, considerarem que a situação não é de *última ratio*”.

A segunda medida de polícia administrativa prevista no Decreto-lei nº 406/74 é a interrupção. Avizinhando-se da interdição, a interrupção, prevista no nº 1 do art. 5º do Decreto-lei nº 406/74, pode se fundamentar nos mesmos motivos que alicerçam a interdição da reunião. A diferença está em que a interrupção ocorre depois que a reunião já foi iniciada, ou seja, tem caráter repressivo enquanto a interdição tem caráter preventivo, *in verbis*:

Art. 5.º - 1. As autoridades só poderão interromper a realização de reuniões, comícios, manifestações ou desfiles realizados em lugares públicos ou abertos ao público quando forem afastados da sua finalidade pela prática de actos contrários à lei ou à moral ou que perturbem grave e efectivamente a ordem e a tranquilidade públicas, o livre exercício dos direitos das pessoas ou infrinjam o disposto no n.º 2 do artigo 1.º. 2. Em tal caso, deverão as autoridades competentes lavrar auto em que descreverão «os fundamentos» da ordem de interrupção, entregando cópia desse auto aos promotores.

Outra distinção apresentada por António Francisco de Sousa (2011, p. 160) diz respeito aos destinatários da ordem policial. Na proibição, a ordem é dirigida aos organizadores ou promotores da reunião. A ordem de dissolução, por seu turno, é voltada para os participantes da reunião. De todo modo, seja como for, a ordem de proibição e de dissolução devem ser expressas e claras.

A ordem de dissolução poderá ser dada quando sejam praticados crimes no âmbito da reunião ou manifestação, o que não se deve confundir com a possibilidade de dissolver a reunião quando tenham sido praticados crimes por ocasião do evento. O que permite a ordem de dissolução é a circunstância do crime integrar a própria reunião (SOUSA, 2011, p. 161).

Com efeito, destacam JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 641) que, a despeito de não se poder estabelecer qualquer controle material sobre o objeto ou assunto da reunião, isto não significa que as condutas dos manifestantes estejam imunes às responsabilidades civil e penal em razão dos atos ilícitos praticados.

Para Sérvulo Correia (2006, p. 78), o Decreto-lei nº 406/74, ao ter se limitado à enunciação de *standards* finalísticos a fundamentar a decisão de interrupção – prática de actos contrários à lei ou à moral ou que perturbem grave e efectivamente a ordem e a tranquilidade públicas, o livre exercício dos direitos das pessoas ou infrinjam o

disposto no n.º 2 do artigo 1º –, pouco contribuiu para a adequada disciplina e execução da intervenção restritiva.

Na sua opinião, o legislador deveria ter fixado (i) os momentos e passos de uma metodologia decisória, alicerçada no princípio da proporcionalidade, (ii) a forma procedimentalizada de enunciar e efetivar a ordem de interrupção, (iii) a necessidade de (curta) fundamentação material apta a justificar constitucionalmente a decisão de interrupção, (iv) a execução imediata da ordem de interrupção, tipificando as medidas de coerção direta e indicada uma ordem escalonada de uso da força orientada pelo princípio da necessidade.

De todo modo, é salutar a lembrança de António Francisco de Sousa (2011, p. 160) de que a proibição e a dissolução da reunião são medidas drásticas e, apesar de admitidas constitucionalmente por razões de perigo atual para a ordem e segurança pública, devem, sob o juízo da proporcionalidade, constituir uma *ultima ratio* a ser empregada apenas quando não restar outra solução menos gravosa.

Vale a pena transcrever o pensamento de António Francisco de Sousa (2011, p. 164):

Considerando o elevado grau que a liberdade de reunião e de manifestação ocupa na escala de valores da Constituição e no Estado de Direito, apenas será de considerar uma dissolução (“interrupção”) da reunião quando se verifique um estado de necessidade policial, ou seja, quando já não seja possível à Força de Segurança o isolamento, a separação e a neutralização dos participantes perturbadores relativamente aos participantes pacíficos. Há de tratar-se de uma situação em que já não é possível assegurar ou restabelecer o carácter pacífico ao evento.

Este também é o sentir de JJ Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 641) ao advertirem que a proibição e a dissolução da reunião ou manifestação, por constituírem medidas restritivas severas, só devem ter lugar para a proteção de fins constitucionais fundamentais, a exemplo da liberdade e segurança das pessoas, e não para a proteção genérica e indiferenciada [e abstrata] da ordem pública.

Por fim, cumpre destacar que o Decreto-lei nº 406/74, além de disciplinar o exercício do direito fundamental de reunião e balizar as decisões discricionárias das autoridades administrativas, não deixou de prever, em consonância estreita com o princípio do acesso à justiça, que tais decisões podem ser questionadas e revisadas pelo Poder Judiciário para o fim de evitar violações de direitos fundamentais, *in verbis*:

Art. 14.^o - 1. Das decisões das autoridades tomadas com violação do disposto neste diploma cabe recurso para os tribunais ordinários, a interpor no prazo de quinze dias, a contar da data da decisão impugnada. 2. O recurso só poderá ser interposto pelos promotores.

O Decreto-lei nº 406/74 não é isento de críticas e não apresenta todas as soluções aos problemas que podem eventualmente surgir no curso das reuniões e manifestações populares. Mas isto não é razão suficiente para rejeitá-lo. Ao contrário, as contribuições que oferece à disciplina do direito fundamental de reunião são muito maiores do que suas falhas ou omissões. Com isso, demonstra a importância do marco legislativo regulatório desta imprescindível liberdade pública.

4.5 Restrições ao direito de reunião no Direito Alemão

Ao declarar o direito de reunião, pacífica e sem armas, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949) também admite a possibilidade de restrições legais serem impostas ao exercício das reuniões ao ar livre.

Tal previsão encontra assento no art. 8, nº 2 da Lei Fundamental da Alemanha, *in verbis*:

Art. 8 Liberdade de reunião - (1) Todos os alemães têm o direito de se reunirem pacificamente e sem armas, sem notificação ou autorização prévia. (2) Para as reuniões ao ar livre, este direito *pode ser restringido por lei ou em virtude de lei* (grifo nosso).

Observe-se, desde logo, que a disciplina constitucional alemã, no caso das reuniões ao ar livre, admite que o exercício do direito fundamental de reunião seja restringido por lei ou em virtude de lei. As reuniões ao ar livre devem ser compreendidas como aquelas que são realizadas em locais públicos e sem controle de acesso. A regra especial do nº 2 do artigo 8º da Lei Fundamental da Alemanha leva em consideração justamente o risco que as reuniões realizadas nestes locais podem trazer à ordem/segurança públicas e aos direitos colidentes de terceiros.

A explicar o conceito de reuniões ao ar livre para fins de interpretação do art. 8º, nº 2 da Lei Fundamental da Alemanha, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink (2019, p. 350, grifo do autor) lecionam que se deve distingui-las das reuniões em espaços fechados, de modo que:

Trata-se de reuniões em espaços fechados que se devem distinguir das reuniões ao ar livre quando o espaço lateral está circundado para

impedir o acesso geral do público. Não interessa a cobertura superior; isto resulta do sentido da distinção entre reuniões ao ar livre e em espaços fechados. Não está em casa o perigo de nos molharmos com a chuva, mas sim o fato de o caráter aberto do espaço tornar a reunião especialmente *suscetível de ser perturbada e perigosa*.

Ainda no âmbito constitucional, o artigo 18 da Lei Fundamental prevê a possibilidade de perda do direito de reunião, o que, em certa medida, parece ser contraditório com o seu conhecimento como elemento da personalidade e, portanto, ínsito à dignidade da pessoa humana, bem como com a afirmação de um conteúdo essencial intangível dos direitos fundamentais.

De todo modo, prevê o art. 18 da Lei Fundamental que aquele que abusar do direito de reunião com o fim de combater a ordem fundamental livre e democrática perderá tal liberdade, cabendo ao Tribunal Constitucional Federal pronunciar-se sobre a perda e determinar a sua extensão, *in verbis*:

Artigo 18 - Perda dos direitos fundamentais: Quem, para combater a ordem fundamental livre e democrática, abusar da liberdade de expressar a opinião, particularmente da liberdade de imprensa (artigo 5 §1), da liberdade de ensino (artigo 5 §3), da liberdade de reunião (artigo 8), da liberdade de associação (artigo 9), do sigilo da correspondência, das comunicações postais e das telecomunicações (artigo 10), do direito de propriedade (artigo 14) ou do direito de asilo (artigo 16 §2), perde estes direitos fundamentais. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal pronunciar-se sobre a perda dos direitos e fixar a sua extensão.

A discorrer sobre as restrições legais aos direitos fundamentais, o art. 19 da Lei Fundamental determina que a lei restritiva (i) deve ser genérica e não limitada a um caso particular, (ii) citar expressamente qual é o direito fundamental que visa disciplinar, inclusive anotando o artigo correspondente, e (iii) não poderá jamais avançar sobre o conteúdo essencial da tutela jusfundamental. No caso de violações pelo poder público, é assegurado o direito de recurso à via judicial, *in verbis*:

Artigo 19 - Restrição dos direitos fundamentais – via judicial: (1) Na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei tem de ser genérica e não limitada a um caso particular. Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente. I. Os direitos fundamentais (2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência. (3) Os direitos fundamentais também são válidos para as pessoas jurídicas sediadas no país, conquanto, pela sua essência, sejam aplicáveis às mesmas. (4) Toda pessoa, cujos direitos forem violados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial. Se não se justificar outra

jurisdição, a via judicial será a dos tribunais ordinários. Mantém-se inalterado o artigo 10 §2, segunda frase.

A exigência de que a restrição ao direito fundamental se dê por lei genérica e abstrata reduz os espaços do uso ideológico do poder para restringir manifestações de grupos minoritários.

Atento ao efeito da eficácia vertical do direito fundamental de reunião, Leonardo Martins (2020, p. 11) realça que os parâmetros de constitucionalidade do art. 19 da Lei Fundamental da Alemanha vinculam a atuação proveniente de órgãos de quaisquer dos poderes estatais. Destarte, os limites e balizas constitucionais devem ser observados não só na elaboração da lei (Poder Legislativo), mas também na sua interpretação e aplicação concretas (Poder Executivo e Poder Judiciário), sempre acompanhados do ônus de justificação constitucional apta a legitimar a restrição imposta:

Segundo a dogmática dos “limites dos limites” (aplicação do princípio/critério da proporcionalidade e demais previstos no Art. 19 I e II GG), podem ser objeto do exame de constitucionalidade material, na aplicação dos limites constitucionais, os atos legiferantes (emanados do Legislativo – leis em sentido formal e formal/material e do Executivo – leis em sentido material) e os atos de interpretação e aplicação (atos emanados da Administração Pública e, especialmente, do Judiciário) (MARTINS, 2020, p. 41).

Não é outra a posição do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que, no julgamento do caso *Brokdorf* – BVerfGE 69/315 (1985, p. 61), decidiu que a liberdade de reunião é um dos elementos funcionais indispensáveis à vivência numa comunidade democrática e que esta característica deve ser observada “pelo legislador na criação de normas cerceadoras dos direitos fundamentais, pela Administração e pelo Judiciário quando da interpretação e aplicação dessas normas”.

A autonomia do direito de reunião em relação ao conteúdo das críticas, reivindicações, pensamentos ou protestos veiculados pelos manifestantes também é afirmada na doutrina constitucional alemã. Nesse sentido, é o escólio de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink (2019, p. 353, grifo do autor) ao pontuarem os âmbitos de proteção da liberdade de expressão (art. 5º da Lei Fundamental) e da liberdade de reunião (art. 8º da Lei Fundamental), *in verbis*:

A reserva de lei do art. 8º, n.2 só é válida para as *ingerências específicas das reuniões*. Relativamente às ingerências específicas de opinião nas reuniões, que se encontram protegidas pelo art. 8º em

ligação com o art. 5º, a justificação jurídico-constitucional determina-se nos termos do art. 5º, n.2, com a consequência de a ação contra as reuniões ter de ser neutra do ponto de vista da opinião e não poder ter lugar contra reuniões da direita ou da extrema direita de modo diferente do que contra reuniões da esquerda e da extrema-esquerda ou reuniões “mainstream”.

Esta autonomia conferida ao direito de reunião em face do conteúdo dos protestos, críticas, reivindicações e pensamentos ecoados pelos manifestantes é um importante instrumento de garantia do perfil democrático da liberdade de reunião no Estado de Direito.

Sob estes balizamentos constitucionais, a disciplina jurídico-legal do direito de reunião na Alemanha é conferida pela Lei de Reuniões e Passeatas (*Versammlungsgesetz – BVerfGE*), com sua versão original publicada em 24 de julho de 1953. Importante observar, entretanto, que a lei de Reuniões e Passeatas da Alemanha foi revisada e atualizada, tendo sua nova redação publicada em 15 de novembro de 1978 e que sua constitucionalidade foi reconhecida pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha no julgamento do caso *Brokdorf – BVerfGE 69/315* (1985, p. 54).

Após reconhecer que, apesar da sua alta dignidade, a liberdade de reunião não é garantida de forma absoluta, assim pronunciou-se o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no caso *Brokdorf – BVerfGE 69/315* (1985, p. 59), *in verbis*:

As prescrições da Lei de Reunião, significativas para o processo originário, satisfazem as exigências constitucionais se forem interpretadas e aplicadas sob observância do significado fundamental da liberdade de reunião.

Desta especial advertência da Corte Constitucional alemã acerca da submissão da constitucionalidade da Lei de Reuniões e Passeatas à sua esmerada interpretação e aplicação à luz da sua alta dignidade democrática, se conclui que as exigências e medidas restritivas ali previstas não podem conduzir ao aniquilamento do direito de reunião e tampouco à afetação do seu conteúdo essencial.

A despeito da afirmada vigência e constitucionalidade da Lei de Reuniões e Passeatas, observa Leonardo Martins (2020, p. 10) que a reforma constitucional do federalismo alemão de 2006 transferiu para os Estados-membros a competência legislativa de regulamentação das reuniões. De todo modo, lembra Leonardo Martins (2020, p. 14) que a Lei de Reuniões e Passeatas permanece em vigor na Alemanha

naqueles Estados que não promulgaram as suas próprias leis e que, até o momento (2020), apenas cinco Estados elaboraram sua própria Lei de Reuniões.¹⁵¹

Importante também observar que, além da reserva legal expressa para as reuniões ao ar livre prevista no nº 2 do art. 8º da Lei Fundamental da Alemanha, a doutrina alemã admite ainda a existência de uma reserva legal implícita decorrente do direito constitucional colidente, o que releva especial interesse no caso das reuniões fechadas ao público, que estão previstas sem reserva legal expressa no texto constitucional (MARTINS, 2020, p. 10).

O desenvolvimento do direito de reunião é tão avançado no direito alemão que assume o contorno de um sub-ramo do direito administrativo especial da segurança pública ou policial, com o qual mantém relação de caráter derogatório.

Nesse sentido, Leonardo Martins (2020, p. 11) explica que “como *lex specialis*, o direito objetivo de reunião, quando aplicável, torna inaplicável o direito geral policial, o que foi considerado como ‘princípio da impenetrabilidade do direito policial’”. Este caráter derogatório da Lei de Reuniões e Passeatas deixa claro que as Forças de Segurança devem conferir especial atenção e respeito ao exercício da liberdade de reunião, que deve sofrer a menor ingerência estatal possível.

A este respeito, relata ainda Leonardo Martins (2020, p. 35) que, na Alemanha, a constitucionalidade das medidas previstas na Lei de Reuniões já está consolidada no âmbito da jurisprudência do Tribunal Constitucional e que “a maior parte dos problemas atuais recai sobre as intervenções administrativas e judiciais quando da interpretação e aplicação” da legislação.

Observe-se que essa intervenção escalonada dos poderes estatais no âmbito de proteção do direito fundamental tem a vantagem de permitir o controle escalonado das medidas restritivas impostas. A legislação pode ser abstratamente questionada em face dos preceitos constitucionais. Os atos regulamentares expedidos pelo Poder Executivo podem ser avaliados a partir do seu alinhamento aos mandamentos legais. As medidas restritivas concretamente aplicadas pela Força de Segurança ou pela Jurisdição podem ser analisadas e julgadas com base na Constituição, na legislação e no ato regulamentar, sob a orientação do princípio da proporcionalidade. Todo este controle segue a favor da liberdade no exercício do direito fundamental de reunião.

¹⁵¹ Conforme aponta Leonardo Martins (2020, p. 10), um grupo de *experts* intitulado “Grupo de Trabalho Direito de Reunião” elaborou um projeto modelo para os legisladores estaduais, com fundamentação detalhada de cada dispositivo proposto.

Com esse mesmo sentir, Leonardo Martins (2020, p. 48-49), à vista do sistema jurídico alemão, evidencia a vantagem da existência da disciplina jurídico-legal do exercício do direito de reunião ao acentuar que a:

Principal consequência para a legiferação e interpretação e aplicação de leis intervenientes ou mesmo configuradoras da liberdade de reunião, tais quais, a lei federal subsidiária e as leis estaduais promulgadas após a reforma federativa de 2006, é o autoexame de todos os atos da esfera de competência da respectiva função e órgãos estatais. Por seu intermédio, deve-se expurgar quaisquer espécies de desestímulos ao pleno exercício do direito ao mesmo tempo em que o legislador estadual deve modernizar o direito de reunião, harmonizando-o com outros bens jurídicos relevantes. Quaisquer espécies de receios por parte do titular, racionais ou não, devem ser enfrentados com suficiente consistência pelo legislador que configura a área de proteção e faz tanto uso das autorizações decorrentes do Art. 8º II GG (para as reuniões em locais abertos) ou do direito constitucional colidente (reuniões em locais fechados).

Feitas estas considerações preliminares acerca da constitucionalidade da Lei de Reuniões e Passeatas, é necessário dedicar especial atenção às regras ali estabelecidas e a interpretação que lhes são dadas pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

Ab initio, destaque-se que a Lei de Reuniões e Passeatas é composta por 35 artigos (§) e dividida em 05 seções: (i) a Seção I (§ 1 ao § 4) traz regras gerais; (ii) a Seção II (§5 ao § 13) disciplina as reuniões públicas realizadas em locais fechados; (iii) a Seção III (§14 ao §20) prescreve as regras acerca do exercício das reuniões e passeatas públicas realizadas ao ar livre; (iv) a Seção IV (§21 ao §30) tipifica as condutas ilícitas dos organizadores e manifestantes, com previsão de pena de prisão e multa; e (v) a Seção V (§ 31 ao § 33) traz as disposições finais da Lei de Reuniões e Passeatas da Alemanha.¹⁵²

O §1º da Lei de Reuniões da Alemanha estabelece que todos têm o direito de realizar reuniões e desfiles públicos, salvo nos seguintes casos:

§ 1º - (1) Todos têm o direito de realizar reuniões e Paradas/Desfiles públicos e de participar desses eventos.

(2) Este direito não possui: 1. Quem perdeu o direito fundamental de liberdade de reunião nos termos do artigo 18 da Lei Básica; 2. Quem, com a implementação ou participação em tal evento, deseja promover os objetivos de uma parte ou organização parcial ou substituta de uma

¹⁵² Da versão original de 1953, foram revogados da Lei de Reunião e Passeatas os §§ 4 e 31 e acrescentados os §§ 12a, 17a, 19a e 29a, totalizando assim os 35 artigos vigentes da versão atual.

parte declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Federal nos termos do artigo 21 (2) da Lei Básica; 3. Um Partido que tenha sido considerado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Federal nos termos do artigo 21 (2) da Lei Básica; ou 4. Uma Associação proibida nos termos do artigo 9.º, n.º 2, da Lei Básica.

Em complemento, o § 6º prevê que algumas pessoas ou grupo de pessoas sejam excluídos do convite para a reunião, com exceção aos profissionais de imprensa:

§ 6º - (1) Determinadas pessoas ou grupos de pessoas podem ser excluídos do convite de participar de uma reunião;
(2) Os assessores de imprensa não podem ser excluídos; eles devem se identificar adequadamente ao chefe da reunião pelo cartão de imprensa.

Para garantir o caráter pacífico da reunião, o § 2º da Lei de Reuniões da Alemanha prescreve que os participantes devem evitar distúrbios. Prevê também que a proibição do porte de armas se estende para qualquer objeto que possa ferir pessoas ou danificar bens durante as reuniões, estendendo a proibição para o transporte de tais objetos no trajeto para a reunião, *in verbis*:

§ 2º - (1) Qualquer pessoa que convide uma reunião ou um desfile público deve declarar seu nome como organizador(a) do convite;
(2) Em reuniões e paradas públicas, todos devem evitar distúrbios que visam impedir a execução adequada;
(3) Ninguém pode portar armas ou outros objetos de natureza adequada e destinados a ferir pessoas ou danificar objetos em reuniões ou paradas públicas sem a autorização das autoridades. Também é proibido transportar armas ou objetos mencionados na sentença 1 a caminho de reuniões ou desfiles públicos, levá-los ou mantê-los prontos para uso em tais eventos, ou ainda, distribuí-los sem autorização oficial.

A proibição de armas defensivas e do uso de máscaras também são contempladas no §17ª da Lei de Reuniões alemã, *in verbis*:

§ 17ª - (1) É proibido o porte de armas ou objetos que sejam adequados como armas de proteção e que, sob as circunstâncias, visem a impedir medidas de execução por parte de uma instituição de poderes soberanos em, ou a caminho de, reuniões públicas ao ar livre, desfiles e paradas, ou outros eventos do tipo.
(2) Também é proibido participar de tais eventos de maneira disfarçada e, de acordo com as circunstâncias, com o objetivo de impedir a apuração de identidade ou viajar para esses eventos de tal maneira. Em tais eventos ou no caminho para transportar objetos que sejam adequados e que, de acordo com as circunstâncias, se destinem a impedir o estabelecimento de identidade.

(3) Os parágrafos 1 e 2 não se aplicam se se tratar de eventos na acepção do § 17 [eventos religiosos e culturais]. A autoridade competente pode conceder isenções adicionais das proibições previstas nestes parágrafos 1 e 2, se não houver risco para a segurança ou ordem pública.

(4) A autoridade competente pode emitir ordens para fazer cumprir as proibições previstas nos parágrafos 1 e 2. Em particular, ela pode excluir pessoas que violam essas proibições do evento.

O §5º da Lei de Reuniões determina que a reunião só pode ser proibida pela autoridade em casos individuais e diante de uma das seguintes hipóteses, *in verbis*:

§ 5º - A realização de uma reunião só pode ser proibida em casos individuais e somente se:

1. O organizador for abrangido pelo disposto § 1º (2) nº 1 a 4 e, no caso do número 4, a proibição foi determinada pela autoridade administrativa responsável;
2. O organizador ou líder da assembléia concede acesso aos participantes que carregam armas ou outros objetos com intenções que contradizem as regras do § 2º (3);
3. Fatos são estabelecidos a partir dos quais se pode observar que o organizador ou seus apoiadores estão tentando levar a reunião a um curso violento ou inflamatório;
4. Fatos são estabelecidos a partir dos quais se conclui que o organizador ou seus apoiadores terão opiniões ou tolerarão declarações relacionadas a um crime ou uma acusação a ser processada.

A tratar da dissolução, o § 13 da Lei de Reuniões estabelece que, *in verbis*:

§ 13 - (1) Somente então, e comprovando os motivos (§ 12), a polícia pode dissolver a reunião se: 1. O organizador se enquadrar nas disposições do § 1 (2) nº 1 a 4 e, no caso do número 4, a proibição tenha sido determinada pela autoridade administrativa competente; 2. A assembléia está seguindo um curso violento ou inflamatório, ou existe um perigo imediato para a vida e a saúde dos participantes; 3. O líder não excluir imediatamente as pessoas que portam armas ou outros objetos na acepção do § 2 (3), e garantir que a expulsão seja realizada; 4. Se durante o curso da reunião, violar leis criminais relacionadas a um crime ou ofensa ex officio, ou se a reunião demonstrar ou estimular tais ofensas e o líder não impedir imediatamente isso. Nos casos dos números 2 a 4, a dissolução só é permitida se outras medidas policiais, em particular uma interrupção, não forem suficientes. (2) Assim que uma reunião é declarada dissolvida, todos os participantes devem sair imediatamente.

Ainda em relação à proibição e dissolução da reunião, mas agora referindo-se especificamente às reuniões e passeatas realizadas ao ar livre (locais públicos), prescreve o § 15 da Lei de Reuniões da Alemanha, *in verbis*:

§ 15 - (1) A autoridade competente pode proibir a reunião ou parada, ou torná-la dependente de determinadas condições se, de acordo com as circunstâncias reconhecíveis no momento em que a ordem foi emitida, a segurança pública ou a ordem estiverem em perigo imediato quando a reunião ou a parada for realizada;(2) Uma reunião ou parada pode, em particular, ser proibida ou sujeita a certas condições se: 1. A reunião ou a parada/desfile ocorrerem em um local que seja um memorial de importância nacional historicamente notável para as vítimas de tratamento desumano sob o regime nazista, e 2. De acordo com as circunstâncias que podem ser determinadas no momento em que a ordem é emitida, está comprovado que a assembleia ou desfile afetam a dignidade das vítimas. O Memorial aos Judeus da Europa mortos em Berlim é um Local, e segundo a sentença 1, nº 1, sua demarcação resulta do anexo a esta lei. Outros locais de acordo com a sentença 1 nº 1 e sua demarcação são determinados segundo Leis de Estado. (3) Uma reunião ou um desfile podem ser dissolvidos se não forem registrados, se desviarem das informações do registro ou se as condições forem violadas ou se os requisitos para uma proibição nos termos dos parágrafos 1 ou 2 forem atendidos. (4) Um evento proibido deve ser dissolvido.

Destarte, admite-se a proibição preventiva da reunião se, diante de um prognóstico fundamentado em fatos concretos, puder se prever, com elevada probabilidade, que a reunião terá um transcurso violento. Sob os influxos do princípio da proporcionalidade, tal medida deve ser adotada como *ultima ratio* diante de um perigo imediato à segurança pública.

Este foi o entendimento exarado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no julgamento do caso *Brokdorf* – BVerfGE 69/315 (1985, p. 63) ao afirmar que:

A proibição e a dissolução pressupõem, de um lado, como *ultima ratio*, que o meio mais ameno do estabelecimento de obrigações *ad hoc* [a serem cumpridas pelos organizadores ou pelos próprios manifestantes] esteja esgotado (nesse sentido também: BVerwGE 64, 55). Isso se fundamenta no princípio da proporcionalidade. Este não limita apenas a discricionariedade na escolha do meio, mas também a discricionariedade da decisão das autoridades públicas competentes. A liberdade de reunião protegida como direito fundamental somente deve ser preterida quando, a partir de um sopesamento de bens jurídicos e sob [estrita] observância do significado do direito de liberdade, chegar-se à conclusão de sua necessidade para a proteção de outros bens jurídicos de igual status normativo.

Aponta Leonardo Martins (2020, p. 23-24) que a proibição preventiva da reunião também se submete ao vínculo escalonado de intervenção estatal no âmbito de proteção do direito fundamental, que segue da função legislativa à jurisdicional, passando pela executivo-administrativa, com o que conclui que “tal intervenção

somente poderia se processar, em tese, com claro ‘lastro legal’ e com cumprimento estrito do ‘ônus argumentativo estatal’”.

Esta necessidade de intervenções limitadoras no contexto da liberdade de reunião pode decorrer da possibilidade de o exercício do direito de reunião afetar posições jurídicas de terceiros, o que, quase invariavelmente, ocorre nas reuniões em locais públicos, ou, na dicção constitucional alemã, ao ar livre.

De todo modo, não é suficiente para embasar a imposição da medida restritiva, sobretudo da proibição ou da dissolução da reunião, nem a mera suspeita ou prognóstico abstrato da afetação dos direitos de terceiros e tampouco os incômodos, no mais das vezes inevitáveis, que lhes são causados pelo exercício do direito fundamental de reunião.

Com esse sentir foi a decisão prolatada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no julgamento do caso *Brokdorf* – BVerfGE 69/315 (1985, p. 60), ao destacar que as leis limitadoras devem ser interpretadas pelas autoridades administrativas e judiciais sob os influxos da liberdade de reunião no contexto da ordem democrática, *in verbis*:

Também no caso dessas intervenções, os órgãos estatais devem interpretar as leis limitadoras dos direitos fundamentais sempre à luz do significado basilar desse direito fundamental no Estado democrático-liberal e limitar-se, em suas medidas, ao que é necessário para a proteção de bens jurídicos de igual valor.

Além de se configurar como *ultima ratio* na consecução do dever estatal de proteção ao direito de reunião, nem sempre a Força de Segurança estará obrigada a proibir ou dissolver uma manifestação violenta. A autoridade deve antes avaliar se a proibição ou dissolução da reunião violenta será eficaz ou se, ao contrário, poderá conduzir a um cenário de ainda mais violência. Resta à autoridade a análise discricionária, sob as luzes da proporcionalidade, quanto à conveniência e oportunidade da intervenção restritiva a ser adotada.

Nesse mesmo sentido, Enders (*apud* MARTINS, 2020, p. 21) observa que a “circunstância de que as reuniões não pacíficas não gozem de proteção jusfundamental não conduz automaticamente a uma obrigação de atuação do órgão administrativo no sentido de uma redução de discricionariedade a zero”.

O § 29, nº 2 da Lei de Reuniões da Alemanha prevê a imposição de penalidade de multa para aquele que não obedecer à ordem lícita de dissolução da reunião.

No julgamento do caso *Versammlungsauflösung* – BVerfGE 87/399 (1992, p. 84), o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha julgou que a previsão legal da pena de multa para quem não obedece a ordem de dissolução da reunião é constitucionalmente válida, mas só pode ser aplicada depois de declarada a licitude da ordem de dissolução.

De todo modo, observou o Tribunal Federal Constitucional na decisão do caso *Versammlungsauflösung* – BVerfGE 87/399 (1992, p. 84) que, não obstante uma eventual ilicitude da ordem de dissolução, os manifestantes devem de pronto acatar a ordem recebida e se afastarem do local da reunião, posto que:

Uma vez que tal licitude pode ser verificada vinculativamente apenas *a posteriori*, dissoluções de reunião não poderiam ser executadas tão logo um partícipe alegasse sua ilicitude [o que geraria um dilema]. Quando os partícipes da reunião se opuserem à ordem policial, a utilização de meios de coerção estatal é, em princípio, permitida (§80 II, n.2 VwGO). Aos partícipes da reunião cabe tão somente questionar depois, judicialmente, a licitude e, se for o caso, a constitucionalidade do procedimento policial. Com certeza, a violação do direito fundamental que reside numa dissolução ilícita de uma reunião não pode ser mais sanada. Contudo, a subsequente afetação do direito fundamental da liberdade de reunião é inevitável caso a segurança de outros bens jurídicos a ser a garantida pelo Estado, aos quais se destina a restrição à liberdade de reunião, não deva ser secundarizada.

O excerto da decisão acima colacionado merece dois destaques: (i) a ordem de dissolução deve ser obedecida prontamente pelos manifestantes, que não podem alegar a ilicitude da ordem para se contraporem à sua execução; (2) o exercício do direito de reunião violado pela ordem ilícita não pode ser restaurado, mas a autoridade estará sujeita às responsabilidades legais decorrentes da sua ordem ilícita.

Observe-se que, sob este aspecto, a importância da disciplina legal do direito de reunião se avoluma tanto para garantir o exercício legítimo do direito de reunião quanto para conferir segurança decisória à autoridade competente, pois, ao especificar as hipóteses e procedimentos para a dissolução da reunião, a lei reduz o espaço de decisão arbitrária da Força de Segurança.

A Lei de Reuniões da Alemanha também regulamenta o aviso prévio, que deve ser realizado, com 48 horas de antecedência, no caso de reuniões ao ar livre e passeatas, *in verbis*:

§ 14 - (1) Quem tiver a intenção de organização uma reunião pública ao ar livre ou uma passeata deve, com pelo menos 48 horas de

antecedência em relação ao seu anúncio, avisá-lo à autoridade competente, indicando o objeto da reunião ou da passeata. (2) No aviso, deve ser indicada qual pessoa é responsável pela reunião ou passeata.

A despeito da interpretação literal do § 14 da Lei de Reuniões conduzir à conclusão (equivocada) de que o aviso prévio é uma exigência indeclinável para o correto exercício do direito de reunião, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no julgamento do caso *Brokdorf* – BVerfGE 69/315 (1985, p. 61), já assentou que “o dever de aviso prévio não intervém sem exceção e que infração não autoriza automaticamente a proibição ou a dissolução de uma manifestação coletiva”.

De outro lado, está sedimentado que o aviso prévio não é exigível nos casos das manifestações espontâneas – as que “se desenvolvem a partir de um ensejo espontâneo, sem planejamento e sem organizador – e das manifestações urgentes” – as que “ao contrário das espontâneas, são até planejadas e têm um organizador, mas não podem ser avisadas previamente, sem que se ameace o propósito da manifestação” –, conforme já decidiu o Tribunal Constitucional no julgamento do caso *Eilversammlungen* – BVerfGE 85/69 (1991, p. 74).

A jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional, no julgamento do caso *Brokdorf* – BVerfGE 69/315 (1985, p. 61), firmou a posição de que o aviso prévio deve colacionar todas as informações relevantes para que as autoridades administrativas possam adotar as medidas necessárias para a realização da reunião e sua compatibilização com os direitos colidentes, com destaque para “perturbar [o mínimo possível] as regras de trânsito”.

Esta perspectiva acerca do aviso prévio se alinha ao reconhecimento do dever de proteção que decorre da dimensão objetiva do direito fundamental de reunião e dos direitos colidentes, do qual se infere a obrigação do Estado de adotar todas as medidas procedimentais e organizatórias aptas a garantir e compatibilizar o exercício harmônico dos direitos fundamentais no espaço público.

Ainda a discorrer sobre o dever estatal de não intervenção e de proteção ao exercício do direito fundamental de reunião, o §12 da Lei de Reuniões estabelece que “os policiais enviados para uma reunião pública devem se identificar ao líder [organizador ou promotor] e que “eles [os policiais] devem receber um local apropriado”, ou seja, devem acompanhar a reunião sem interferir na sua livre conformação.

Em relação às gravações de vídeo e áudio, o §12º prescreve que a Força de Segurança somente pode fazer gravações dos participantes se “evidências reais justificarem a suposição de que elas [as reuniões ou manifestações] representam ameaças significativas à segurança ou ordem pública” ou então “se terceiros forem inevitavelmente afetados” pelo evento. Todavia, tais gravações devem ser destruídas na seguinte conformidade:

§ 12º - (1) A polícia só pode fazer gravações de vídeo e áudio de participantes em reuniões ou em conexão com reuniões públicas se as evidências reais justificarem a suposição de que elas representam ameaças significativas à segurança ou ordem pública. As medidas também podem ser executadas se terceiros forem inevitavelmente afetados;

(2) Os documentos devem ser destruídos imediatamente após o término da reunião pública ou dos eventos diretamente relacionados em termos de tempo e fato, a menos que sejam necessários: 1. para o julgamento de infrações penais pelos participantes, ou 2. Para evitar perigos em casos individuais, porque há suspeita de que o titular dos dados tenha preparado ou cometido crimes na assembléia pública ou em conexão com ela e, portanto, deve-se temer que isso represente riscos significativos para futuras assembléias ou paradas públicas. Os documentos que não foram destruídos pelos motivos listados na sentença 1 número 2, devem ser destruídos, em qualquer caso, o mais tardar três anos após a sua criação, a menos que sejam necessários para os fins listados na sentença 1 número 1.

(3) Os poderes (autorização/licença) para coletar informações pessoais de acordo com o Código de Processo Penal e a Lei de Infrações Administrativas permanecem inalterados. Índice não oficial.

Mesmo parecendo redundância e, portanto, desnecessário, o §19º da Lei de Reuniões estabelece que as regras acerca das gravações de áudio e vídeo pela Força de Segurança se aplica às reuniões realizadas ao ar livre.

Observe-se que o nº 3 do § 12º mantém a possibilidade de abordagens e buscas pessoais, com a identificação da identidade das pessoas, nos casos de suspeita fundada da prática de crimes.¹⁵³

¹⁵³ No Brasil, a busca pessoal é disciplinada no art. 240 do Código de Processo Penal, *in verbis*: Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção. § 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver

Entretanto, merece atenção o alerta feito por Leonardo Martins (2020, p. 29) de que o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha já considerou inconstitucional a verificação policial da identidade dos participantes que filmavam a atuação da Força de Segurança durante a reunião e também a filmagem panorâmica feita pela Polícia, que permitia a identificação dos manifestantes. Com efeito, cita trecho da decisão da Corte Constitucional alemã:

Qualquer medida de identificação promovida pelas Forças de Segurança significa, portanto, uma intervenção estatal no direito. Sendo intervenção, tem de ser justificada com fulcro em um limite constitucional para a liberdade de reunião, no caso, por se tratar de reunião "ao ar livre", no limite a ser tratado adiante, derivado do art. 8, II GG (MARTINS, 2020, p. 29).

De outro lado, a Lei de Reuniões, ao lado da liberdade e autonomia conferida aos organizadores, promotores e participantes da reunião para determinarem sua conformação, impõe deveres e responsabilidades de cooperação aos manifestantes.

O §7º estabelece que toda reunião pública deve ter um líder¹⁵⁴ e § 8º prescreve que este é o responsável por manter a ordem durante a reunião, inclusive com a possibilidade com autoridade para interromper ou encerrá-la, bem como de retomar a reunião que foi interrompida após o restabelecimento da ordem¹⁵⁵.

Para cumprir o seu dever de garantir a ordem e segurança da reunião, o líder poderá, nos termos do § 9º da Lei de Reuniões¹⁵⁶, contar com o apoio de outros manifestantes voluntários (seguranças), os quais devem ser maiores de idade, não podem portar armas e devem estar identificados por um braçal branco com a inscrição

fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.

¹⁵⁴ Lei de Reuniões da Alemanha, § 7º - (1) Toda assembleia pública deve ter um líder; (2) O organizador é o chefe da reunião. Se a reunião for organizada por uma associação, seu presidente é o líder; (3) O organizador pode transferir a direção à outra pessoa; (4) O líder exerce os direitos da casa.

¹⁵⁵ Lei de Reuniões da Alemanha, § 8 - O líder determina o curso da reunião. É responsável por manter a ordem durante a reunião. Ele pode interromper ou encerrar a reunião a qualquer momento. Determina a retomada de uma reunião interrompida.

¹⁵⁶ Lei de Reuniões da Alemanha § 9º - (1) O líder pode recorrer a um número adequado de administradores voluntários para exercer seus direitos nos termos do § 8. Estes não devem portar armas ou outros objetos conforme o § 2 (3). Devem ser maiores de idade e reconhecíveis apenas por braçadeiras brancas, que podem conter apenas a designação "Pasta"; (2) O líder é obrigado a informar à polícia o número de pastas que ele ordenou, mediante solicitação. A polícia pode razoavelmente limitar o número de Pastas conforme considerar conveniente.

“pasta”. O número de seguranças deve ser informado a requerimento da Força de Segurança, que poderá inclusive limitar tal quantidade.

Todos os manifestantes devem seguir as instruções do líder ou dos seguranças indicados (§10) e, caso não as obedeçam e prejudiquem o bom andamento da reunião, podem, nos termos do §11 da Lei de Reuniões, ser excluídos e devem abandonar o local do evento¹⁵⁷.

Este mesmo procedimento é reforçado no §19º da Lei de Reuniões, *in verbis*:

- § 19º - (1) O responsável pelo desfile/parada deve garantir que tudo transcorra dentro da ordem. Ele pode usar a ajuda de manifestantes voluntários [seguranças], aos quais se aplica o § 9, § 1º e § 18.
- (2) Os participantes são obrigados a seguir as instruções dadas pelo líder ou pelas pessoas que ele ordenou para manter a ordem.
- (3) Se o líder não puder se impor, ele é obrigado a declarar a reunião (o evento) encerrada.
- (4) A polícia pode excluir da parada os participantes que interromperem grosseiramente a ordem.

Observe-se que a exclusão dos manifestantes que perturbam o desenvolvimento pacífico da reunião é uma medida que visa evitar a dissolução do evento e, conseqüentemente, garantir o exercício do direito pelos demais manifestantes pacíficos.

Vale apontar que a Lei de Reuniões da Alemanha também admite restrições espaciais em relação ao exercício do direito fundamental de reunião.

O nº 2 do §15º permite que a reunião seja proibida ou submetida a certas condições na hipótese de ocorrerem num “local que seja um memorial de importância historicamente notável para as vítimas de tratamento desumano sob o regime nazista”.

Já o §16º proíbe as reuniões e passeatas nas chamadas “zonas pacíficas”, assim definidas em lei. A exceção fica por conta das reuniões e passeatas religiosas ou culturais.

De modo geral, o que se observa na Lei de Reuniões da Alemanha é um detalhamento procedimental e organizatório que contribui para o exercício legítimo do

¹⁵⁷ Lei de Reuniões da Alemanha, § 22 - Qualquer pessoa que, em uma reunião pública ou evento (ao ar livre), resista ao líder ou administrador do exercício legal de seus poderes regulatórios por força ou ameaça de violência, ou que o assalte durante o exercício legal de seus poderes reguladores, é punida com uma pena de prisão de até um ano ou multa.

direito de reunião, ao contrário do que propalam aqueles que defendem a impossibilidade da disciplina legal do direito fundamental de reunião no Brasil.

A lição que se extrai do direito internacional e do direito estrangeiro é a de que o direito de reunião não é um direito absoluto e está sujeito às restrições necessárias para a compatibilização entre o seu exercício e o dos direitos fundamentais colidentes na harmonização da vivência democrática no espaço público como *locus* da pluralidade e da cidadania.

Também se observa que estas restrições devem encontrar justificação constitucional e primariamente serem estabelecidas por lei, sob as luzes do princípio da proporcionalidade, submetendo-se assim aos controles próprios do Estado de Direito no que tange às intervenções estatais ablativas no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

As atuações executiva e judicial devem, orientadas pelas luzes constitucionais da supremacia e eficácia dos direitos fundamentais, em especial pela relevância do direito de reunião no contexto do Estado Democrático de Direito, observar a disciplina legal.

A eventual omissão constitucional na previsão de reserva legal expressa ao direito de reunião não tem sido obstáculo à atuação do legislador democrático, como especialmente se viu na análise das leis de reunião da Espanha, Portugal e Alemanha.

5 RESTRIÇÕES AO DIREITO DE REUNIÃO NO BRASIL

O objetivo deste capítulo é analisar as restrições que incidem (ou podem incidir) sobre o exercício do direito fundamental de reunião no sistema jurídico brasileiro.

Percorrendo os pressupostos teóricos até aqui lançados neste trabalho e depois de determinado o âmbito de proteção *prima facie*, conforme delineado no inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988, serão analisadas as restrições diretamente constitucionais e, eis o objetivo específico deste trabalho, a possibilidade de restrições legais incidirem sobre o exercício do direito fundamental de reunião, sem ofensa ao seu conteúdo essencial e o harmonizando com os direitos colidentes na partilha do espaço público como *locus* da vivência plural e democrática.

Adota-se, conforme já foi fixado anteriormente¹⁵⁸, a perspectiva da teoria externa e um conceito amplo de restrição, de modo a buscar, a partir do reconhecimento de limites às intervenções restritivas e da aplicação do princípio da proporcionalidade, a fundamentação constitucional racional e adequada para justificar a intromissão estatal no âmbito de proteção jusfundamental do direito de reunião.

Para este propósito, serão analisadas as principais decisões do Supremo Tribunal Federal que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, debateram diretamente sobre o seu inciso XVI do seu art. 5º.

Ainda na seara judicial, serão analisados acórdãos prolatados pelos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo e Paraná, que foram selecionados em razão da inserção territorial do programa de pós-graduação em Ciências Jurídicas da UENP.

As intervenções restritivas no âmbito de proteção do direito fundamental de reunião também serão objeto de análise a partir da atuação das Forças de Segurança, que diretamente atuam nas manifestações e cujas intervenções podem, a um só tempo, garantir ou negar o exercício da liberdade democrática jusfundamental.

No campo legislativo, após pesquisa no site de Internet do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, foram selecionados e analisados os projetos de lei que versam sobre o direito fundamental de reunião e que estão em trâmite no Congresso Nacional.

¹⁵⁸ Conforme item 2.2 supra.

Ao fim, serão apresentadas propostas acerca dos parâmetros que devem orientar a elaboração do marco legislativo para a disciplina jurídico-legal do direito fundamental de reunião.

5.1 Restrições diretamente constitucionais ao direito fundamental de reunião

A Constituição Federal de 1988 traz duas hipóteses de restrições diretamente constitucionais ao direito fundamental de reunião. A primeira delas é a possibilidade de restrições ao exercício do direito de reunião durante o período em que vigorar o estado de defesa. A segunda é a hipótese de suspensão do direito de reunião durante a vigência do estado de sítio.

Com o objetivo de preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza, o Presidente da República poderá, ouvido o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar o estado de defesa¹⁵⁹.

¹⁵⁹ CF/88, Art. 136 - O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. § 1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I - restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes. § 2º O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação. § 3º Na vigência do estado de defesa: I - a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial; II - a comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação; III - a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário; IV - é vedada a incomunicabilidade do preso. § 4º Decretado o estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de vinte e quatro horas, submeterá o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta. § 5º Se o Congresso Nacional estiver em recesso, será convocado, extraordinariamente, no prazo de cinco dias. § 6º O Congresso Nacional apreciará o decreto dentro de dez dias contados de seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa. § 7º Rejeitado o decreto, cessa imediatamente o estado de defesa (grifo nosso).

No decreto que instituir o estado de defesa deverá se fazer constar o tempo da sua duração, a área atingida e as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as quais é contemplada, nos termos do art. 136, I, a) da Constituição Federal de 1988, a imposição de restrições ao direito de reunião, sem contudo as especificar.

O golpe desferido no direito de reunião é ainda mais duro com a decretação do estado de sítio. O Presidente da República, depois de ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, poderá solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nas hipóteses de (i) comoção grave de repercussão nacional, (ii) ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, (iii) decretação de estado de guerra ou (iv) resposta a agressão armada estrangeira.¹⁶⁰

O decreto do estado de sítio deve indicar sua duração, as normas necessárias à sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas¹⁶¹, dentre as quais se encontra prevista, no art. 139, IV da Constituição Federal de 1988, a suspensão do direito de reunião.¹⁶²

¹⁶⁰ CF/88, Art. 137 - O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. Parágrafo único. O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta.

¹⁶¹ CF/88, Art. 138 - O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias à sua execução e as *garantias constitucionais que ficarão suspensas*, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas. § 1º O estado de sítio, no caso do art. 137, I, não poderá ser decretado por mais de trinta dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior; no do inciso II, poderá ser decretado por todo o tempo que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira. § 2º Solicitada autorização para decretar o estado de sítio durante o recesso parlamentar, o Presidente do Senado Federal, de imediato, convocará extraordinariamente o Congresso Nacional para se reunir dentro de cinco dias, a fim de apreciar o ato. § 3º O Congresso Nacional permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas (grifo nosso).

¹⁶² Art. 139 - Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I - obrigação de permanência em localidade determinada; II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; IV - *suspensão da liberdade de reunião*; V - busca e apreensão em domicílio (grifo nosso). VI - Intervenção nas empresas de serviços públicos; VII - requisição de bens. Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

Ao lado da intervenção federal (CF/88, art. 34-36), o estado de defesa e o estado de sítio compõem o que se intitula de “sistema constitucional de crises” e, conforme pondera Walter Claudius Rothenburg (2018, p. 1562-1563), são regimes jurídicos constitucionalmente estabelecidos para o enfrentamento de situações graves que afetam o Estado e as instituições democráticas e, ao mesmo tempo, para evitar que tais crises sirvam de pretexto para a ruptura constitucional-democrática e instalação do arbítrio ditatorial.

Pontue-se que tanto o art. 136 (estado de defesa) quanto o art. 139 (estado de sítio) da Constituição Federal de 1988 facultam discricionariedade ao Presidente da República para impor, respectivamente, a restrição ou a suspensão do direito de reunião durante o período de crise constitucional. Tais medidas restritivas devem ter por objetivo a restauração da normalidade constitucional e, portanto, devem ser necessárias, adequadas e proporcionais à superação dos motivos que conduziram à decretação da situação excepcional.

Nesse sentido, Walter Claudius Rothenburg (2018, p. 1574) observa que os direitos fundamentais taxativamente previstos nos artigos 136 e 139 da Constituição Federal de 1988 podem ser restringidos e não suprimidos pelo decreto que instituir o estado de crise constitucional e que tais restrições devem ser gerais e abstratas e não individuais e concretas, ou seja, não podem ser dirigidas a determinada pessoa ou grupo de pessoas.

Além disso, bem observa Walter Claudius Rothenburg (2018, p. 1574) que as restrições possuem caráter instrumental e devem guardar conexão e simetria com as causas que exigiram a decretação do regime jurídico excepcional, de modo que a proporcionalidade entre restrições/causas é:

Uma característica instrumental, na verdade um critério de interpretação/aplicação das medidas que compõem o estado de defesa ou de sítio. Essas situações de crise grave justificam-se apenas excepcionalmente, na proporção justamente necessária para debelar as causas e restabelecer a normalidade; quanto maior a gravidade e a urgência, mais restritivas as medidas; quanto mais duradoura a crise, mais longas as restrições.

E como não se pode confundir o exercício da discricionariedade constitucionalmente conferida ao Presidente da República com um espaço de decisão livre e arbitrária, têm-se que a imposição da restrição ou suspensão do direito de reunião deve estar exposta e sustentada em fundamentação racional e

constitucionalmente idônea como meio necessário para a preservação de outros direitos ou liberdades de magnitude jusfundamental durante o estado de defesa ou de sítio.

Um último apontamento que merece destaque é o caso dos militares. Apesar de não haver restrição constitucional expressa ao exercício do direito de reunião pelos militares brasileiros¹⁶³, a exemplo do que ocorre na Constituição portuguesa de 1976¹⁶⁴, o Código Penal Militar (CPM) tipifica como crime de motim (art. 149)¹⁶⁵ a reunião de militares ou assemelhados para agirem contra a hierarquia, a disciplina e a ordem militar, punindo com pena de quatro a oito anos os amotinados. Se os militares se encontrarem armados na reunião, a conduta é tipificada como crime de revolta (art. 149, parágrafo único)¹⁶⁶ e a pena prevista passa a ser de oito a vinte anos de reclusão. Em ambos os casos, a pena é aumentada de um terço para os líderes ou cabeças.

Para assegurar a higidez da disciplina e hierarquia militar¹⁶⁷, o estatuto penal castrense antecipa a tipificação e criminaliza os atos de mera cogitação do motim ou

¹⁶³ O art. 142, IV veda aos militares brasileiros a sindicalização e a greve.

¹⁶⁴ CRP, Art. 270 - A lei pode estabelecer, na estrita medida das exigências próprias das respectivas funções, restrições ao exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação e petição colectiva e à capacidade eleitoral passiva por militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efectivo, bem como por agentes dos serviços e das forças de segurança e, no caso destas, a não admissão do direito à greve, mesmo quando reconhecido o direito de associação sindical.

¹⁶⁵ CPM, Art. 149. Reunirem-se militares ou assemelhados: I - agindo contra a ordem recebida de superior, ou negando-se a cumpri-la; II - recusando obediência a superior, quando estejam agindo sem ordem ou praticando violência; III - assentindo em recusa conjunta de obediência, ou em resistência ou violência, em comum, contra superior; IV - ocupando quartel, fortaleza, arsenal, fábrica ou estabelecimento militar, ou dependência de qualquer deles, hangar, aeródromo ou aeronave, navio ou viatura militar, ou utilizando-se de qualquer daqueles locais ou meios de transporte, para ação militar, ou prática de violência, em desobediência à ordem superior ou em detrimento da ordem ou da disciplina militar: Pena - reclusão, de quatro a oito anos, com aumento de um terço para os cabeças.

¹⁶⁶ CPM, Art. 149, Parágrafo único. Se os agentes estavam armados: Pena - reclusão, de oito a vinte anos, com aumento de um terço para os cabeças.

¹⁶⁷ A hierarquia e a disciplina são princípios constitucionais das Instituições militares brasileiras. Nestes termos: CF/88, Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, *organizadas com base na hierarquia e na disciplina*, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (grifo nosso) O mesmo se aplica às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados: CF/88, Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, *instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina*, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (grifo nosso).

revolta. O crime de conspiração (art. 152)¹⁶⁸, punido com reclusão de três a cinco anos, se consuma com a concertação dos militares para a prática dos crimes de motim ou revolta.

Àquele que, tendo conhecimento do motim ou revolta, não levar o fato ao conhecimento do seu superior hierárquico, é imputado o crime de omissão de lealdade militar (art. 151)¹⁶⁹, sancionado com pena de reclusão de três a cinco anos.

A mesma restrição imposta aos militares brasileiros em relação ao exercício do direito de reunião também é observada no direito alemão.

O art. 17º da Lei Fundamental da Alemanha¹⁷⁰, sob o título de “restrição dos direitos fundamentais em casos especiais”, expressamente prevê que as leis do serviço militar alemão podem prever que, dentre outras, a restrição do exercício do direito fundamental de reunião aos membros das Forças Armadas e do serviço civil substitutivo.

De igual modo, à vista do Direito espanhol, Jesús González Pérez (2002, p. 121) observa que não há relações de sujeição mais intensas do que aquelas dirigidas aos militares, as quais lhes impõem uma série de limitações ao exercício de certos direitos fundamentais em comparação aos demais cidadãos.

Têm-se, todavia, visto a eclosão de manifestações (e, em alguns casos, de greves) de militares, sobretudo de integrantes das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados-membros, em reivindicação de melhores condições de trabalho e salários, inclusive com a participação de militares da ativa.

¹⁶⁸ CPM, Art. 152 - Concertarem-se militares ou assemelhados para a prática do crime previsto no artigo 149: Pena - reclusão, de três a cinco anos. Parágrafo único. É isento de pena aquele que, antes da execução do crime e quando era ainda possível evitar-lhe as consequências, denuncia o ajuste de que participou.

¹⁶⁹ CPM, Art. 151 - Deixar o militar ou assemelhado de levar ao conhecimento do superior o motim ou revolta de cuja preparação teve notícia, ou, estando presente ao ato criminoso, não usar de todos os meios ao seu alcance para impedi-lo: Pena - reclusão, de três a cinco anos.

¹⁷⁰ Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, Art. 17a - Restrição dos direitos fundamentais em casos especiais: (1) As leis do serviço militar e do serviço civil substitutivo poderão determinar que, para membros das Forças Armadas e do serviço civil substitutivo, sejam restringidos durante o período da prestação de serviço militar ou civil, o direito fundamental de expressar e divulgar livremente a opinião por via oral, por escrito e imagem (artigo 5 §1, primeira parte da primeira frase), o direito fundamental da liberdade de reunião (artigo 8) e o direito de petição (artigo 17), na medida em que concede o direito de apresentar petições ou reclamações coletivamente. (2) As leis destinadas à defesa, incluindo a proteção da população civil, podem determinar restrições aos direitos fundamentais da liberdade de locomoção e de domicílio (artigo 11) e à inviolabilidade do domicílio (artigo 13).

Não se está aqui a emitir juízo de valor sobre a justiça da reivindicação destes militares, mas não se pode admitir que, ao arrepio da Constituição e do Estatuto Penal Castrense, pratiquem atos atentatórios aos princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina que alicerçam as Forças Militares brasileiras, as quais, nos termos do Título V da Constituição Federal de 1988, são indispensáveis à defesa do Estado e das Instituições democráticas.

Destarte, o mesmo fundamento constitucional que autoriza a restrição ou suspensão do direito de reunião nos estados de defesa e de sítio – a necessidade da decretação do regime jurídico excepcional para a defesa do Estado e das instituições democráticas – também se verifica na sua negativa aos militares. Aliás, mais do que simples restrição ou suspensão, trata-se de criminalização.

5.2 O direito fundamental de reunião nas decisões do Supremo Tribunal Federal

O debate acerca do direito fundamental de reunião e seus limites já aportou no Supremo Tribunal Federal e, logicamente, o que se espera (ou deveria esperar) é que a atuação da Corte Constitucional tivesse sido capaz de eliminar as incertezas que assombram a realidade deste imprescindível instrumento de participação popular na vida das democracias.¹⁷¹

Infelizmente, como se verá a seguir, a jurisdição constitucional não contribuiu para superar e eliminar a maior parte das controvérsias existentes no dia a dia das reuniões e manifestações populares que, sobretudo a partir de 2013, ocuparam as praças, ruas, avenidas e estradas deste gigante país.

Para demonstrar o *déficit* do Supremo Tribunal Federal no seu contributo jurisdicional para a sedimentação do direito fundamental de reunião, serão analisadas as principais decisões proferidas pelo Pretório Excelso acerca do tema, buscando encontrar, em cada uma delas, o que de fato ficou consolidado e as possibilidades de avanços que foram abandonadas para trás.

¹⁷¹ A ADI nº 1944/99 e a ADI nº 1947/99 foram extintas por perda de seus objetos em decorrência da revogação, logo em seguida aos seus ajuizamentos perante o STF, dos Decretos Distritais nº 20.007/99 e nº 20.010/90, respectivamente. As informações aqui colacionadas foram extraídas pelo autor do relatório da ADI nº 1969/99, ajuizada em face do Decreto Distrital nº 20.098/99.

A ADI nº 1944/99 foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG), pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE) e pela Central Única dos Trabalhadores (CUT) em face do Decreto Distrital nº 20.007, de 14 de janeiro de 1999, editado pelo então governador do Distrito Federal, Joaquim Domingos Roriz.

O epígrafado decreto vedava a realização de qualquer manifestação pública, exceto as de caráter cívico-militar, religioso e cultural, na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios e Praça do Buriti, situadas na capital da República.

Após o ajuizamento da referida ADI, em 20 de janeiro de 1999, o governador Joaquim Domingos Roriz revogou o Decreto Distrital nº 20.007/99 e o substituiu pelo Decreto Distrital nº 20.010/99.

Este novo decreto suprimiu a exceção anterior referida às manifestações de caráter cívico-militar, religioso e cultural e dispôs que era vedada a realização de manifestações públicas com a utilização de carros de som ou assemelhados na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios e Praça do Buriti.

Com isso, a ADI nº 1944/99 perdeu seu objeto e então foi proposta a ADI nº 1947/99 para questionar a constitucionalidade do Decreto Distrital nº 20.010/99.

Não satisfeito, no dia 15 de março de 1999, o governador Joaquim Domingos Roriz revogou o Decreto Distrital nº 20.010/99 e o substituiu pelo Decreto Distrital nº 20.098/99.

No texto do Decreto Distrital nº 20.098/99 não foi nenhuma alteração substancial em relação à vedação inscrita no Decreto Distrital nº 20.010/99 e, numa ardilosa estratégia para interromper o julgamento no Pretório Excelso – agendada para o dia 17 de março de 1999 –, apenas foi substituída a expressão “carros de som ou assemelhados” por “carros, aparelhos e objetos sonoros”.

Contra este novo Decreto Distrital nº 20.098/99 foi proposta a ADI nº 1969/99, agremiando-se ao polo ativo também o Partido dos Trabalhadores (PT).

No dia 24 de março de 1999, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar requerida, suspendeu, por unanimidade, a execução e aplicabilidade do Decreto Distrital nº 20.098/99 até que o mérito fosse definitivamente julgado.

Passaram-se então longos 08 anos, 03 meses e 05 dias até que, em 28 de junho de 2007, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, já com composição

substancialmente alterada, julgasse procedente a ADI nº 1969/99 e declarasse a inconstitucionalidade do Decreto Distrital nº 20.098/99.

A cronologia dos fatos denota claramente dois fatos: (i) o espírito antirrepublicano e antidemocrático do Governador Joaquim Domingos Roriz ao ardilosamente reeditar sucessivos decretos, sem alterações substanciais, para impedir o julgamento do Supremo Tribunal Federal; (ii) a demora do Supremo Tribunal Federal na prestação jurisdicional.

De todo modo, é importante analisar o teor dos votos de cada um dos Ministros, na tentativa de identificar as contribuições que o julgamento da Corte Constitucional, na condição de guardião da ordem democrática e dos direitos fundamentais, trouxe para a pacificação das controvérsias acerca do exercício do direito fundamental de reunião.

Observe-se que, para evitar repetições, não serão feitas alusões às referências dos Ministros quanto à relevância do direito fundamental de reunião para a ordem democrática, o que já restou sobejamente demonstrado neste trabalho.

Iniciar-se-á com a análise do julgamento da medida cautelar, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello.

Ao proferir o seu voto de relator, o Ministro Marco Aurélio Mello (STF, 1999, p. 295) asseverou que o art. 5º, XVI da Constituição Federal de 1988 é uma norma autoaplicável e que prescinde de regulamentação, ressaltando que o texto constitucional “fugiu à abertura de via de cerceio da liberdade de reunião”.

Para reforçar o seu posicionamento, o Ministro Marco Aurélio Mello (STF, 1999, p. 299) observa que:

Poder-se-ia cogitar, houvesse o ato emanado da autoridade legislativa competente, de harmonia com a Carta, fosse esta a de 1969, quando se contava com a possibilidade do legislador ordinário dispor sobre locais e condições para a realização de reuniões.

No que tange à competência legislativa, o Ministro Marco Aurélio Mello (STF, 1999, p. 295), mesmo negando a possibilidade de lei regulamentadora do direito de reunião, enfatizou que, se admitida, não caberia “à autoridade local regulamentar preceito da Carta da República, muito menos a ponto de mitigá-lo”, como ocorreu com a expedição do Decreto Distrital nº 20.098/99.

Opondo-se ao entendimento exarado pelo Ministro Marco Aurélio, o Ministro Nelson Jobim (STF, 1999, p. 308) esclareceu que a liberdade de reunião não é um

direito absoluto e que está sujeita aos regramentos necessários para o seu exercício, admitindo assim o “exercício do direito de polícia para regulamentar as manifestações”.

Para referendar o seu entendimento, o Ministro Nelson Jobim (STF, 1999, p. 311) propôs a reflexão sobre uma situação hipotética: se seria admissível restringir a realização de manifestações ruidosas em frente a um hospital. Admitindo tal hipótese, reafirmou o caráter relativo do direito de reunião e, conseqüentemente, a possibilidade de disciplina do seu exercício.

Esta disciplina do exercício do direito de reunião teria, entretanto, que respeitar o conteúdo essencial do direito. Com esse entendimento, o Ministro Nelson Jobim (1999, p. 311) observa que estes “espaços de disciplina só podem ser aqueles vistos de forma negativa, qual seja, que não impeçam a eficácia da manifestação, que é exatamente a transposição, a verbalização do que se faz, do que se diz”.

O Ministro Moreira Alves (STF, 1999, p. 315-316), em aparte ao voto do Ministro Nelson Jobim, revela que, no seu entendimento, é possível restringir a realização de reuniões em determinados locais, desde que presentes “razões razoáveis para isso” e, a título de exemplo, citou a possibilidade de se restringir a realização de reuniões nas vias de acesso aos Poderes da República, na capital federal.

Já ao proferir o seu voto no julgamento da medida cautelar na ADI nº 1969/99, o Ministro Moreira Alves (STF, 1999, p. 325-326) é ainda mais enfático ao anunciar o caráter relativo do direito de reunião e admitir que o seu exercício seja subordinado a determinados regramentos.

De modo específico em relação à proibição de reuniões em determinados locais, o Ministro Moreira Alves (STF, 1999, p. 326) disse que:

Mesmo em relação a determinados locais, não tenho dúvida alguma em considerar que, se for razoável, é possível a proibição de reunião neles, até porque isso não impede o direito de reunião, apenas o disciplina com relação a determinados locais. Assim, por exemplo, não seria possível admitir-se que concomitantemente se fizessem reuniões fechando todas as vias de acesso a uma determinada cidade ou fechando o trânsito completamente.

Destacou ainda que a Constituição brasileira de 1946, que não se pode dizer ter sido fruto de um regime autoritário, admitia que fossem impostas restrições de polícia em relação ao local de exercício do direito de reunião em confronto com o bem público.

O Ministro Sepúlveda Pertence (STF, 1999, p. 319) não diferiu no seu entendimento daquele exposto pelo Ministro Nelson Jobim, ou seja, de que o direito de reunião não pode ser concebido como um direito absoluto, de modo que o seu exercício viesse a “inviabilizar a cidade”.

Outro não foi o sentir do Ministro Octávio Gallotti (STF, 1999, p. 321) ao reconhecer que o direito de reunião não é absoluto, pois “encontra limite no desempenho regular do exercício dos direitos e dos deveres alheios”.

Ainda mais incisivo, o Ministro Sydney Sanches (STF, 1999, p. 322) asseverou que o direito de reunião “pode se sujeitar a uma disciplina, mas [que] esta não pode inviabilizá-lo”, ou seja, desde que intocado o conteúdo essencial do direito de reunião, é admissível o regramento do seu exercício para compatibilizá-lo com os direitos colidentes na vivência democrática do espaço público.

O Ministro Néri da Silveira (STF, 1999, p. 323-324), apesar de também admitir o caráter relativo do direito de reunião e a necessidade de compatibilizá-lo no confronto com os outros direitos fundamentais, enfaticamente verbalizou que, no seu sentir, “a Constituição não autoriza que norma infraconstitucional defina determinados locais onde fiquem vedadas manifestações públicas”.

Com esses fundamentos, a medida cautelar foi concedida por unanimidade e o Decreto Distrital nº 20.098/99 teve, em 24 de março de 1999, sua execução e aplicabilidade suspensas.

Como visto, a ADI nº 1969/99 só voltou à pauta do Supremo Tribunal Federal no dia 28 de junho de 2007, ou seja, mais de 08 anos após o julgamento da medida cautelar. A composição da Corte estava substancialmente alterada e a relatoria incumbiu ao Ministro Ricardo Lewandowski.

Em seu parecer, o Advogado-Geral da União Álvaro Augusto Ribeiro Costa (STF, 2007, p. 370) reconheceu que o Decreto Distrital nº 20.098/99 impôs restrições de local e de forma no exercício do direito de reunião, as quais “só seriam plausíveis se tivessem sido postas para tutelar bem jurídico de igual relevância”. E foi justamente por não reconhecer esta afetação a outros direitos fundamentais, que pugnou pela inconstitucionalidade do Decreto Distrital nº 20.098/99.

O Ministro relator Ricardo Lewandowski (STF, 2007, p. 376-377) observou que o legislador constituinte contemplou, no próprio inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988, os limites e condições para o seu exercício, reconhecendo assim a

sua natureza jurídica de norma constitucional de eficácia plena e aderindo à teoria da aplicabilidade das normas constitucionais de José Afonso da Silva.

De outro lado, admitiu que a liberdade de reunião não é absoluta e, como todos os outros direitos fundamentais, encontra “limites explícitos e implícitos no texto das constituições”, ao que parece aderir à teoria interna dos limites imanentes.

Para exemplificar sua posição, retomou o caso hipotético apresentado pelo Ministro Nelson Jobim no julgamento da medida cautelar: uma manifestação sonora nas imediações de um hospital. Neste caso, reconheceu que a restrição do uso de aparelhos sonoros durante a manifestação mostrar-se-ia perfeitamente razoável para garantir o direito dos pacientes à recuperação da saúde.

Abre-se aqui um rápido parêntese na análise do voto do Ministro Ricardo Lewandowski para apresentar e propor uma reflexão: se a garantia do direito à saúde dos pacientes internados torna razoável uma restrição ao exercício do direito de reunião e se, de outro lado, o inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal é uma norma de eficácia plena e, portanto, não admite a imposição de restrições legais, a quem cabe definir os casos e tipos de restrições razoáveis ao exercício do direito de reunião para compatibilizá-lo com o exercício dos direitos fundamentais colidentes?

Retorna-se à análise do voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Afastando-se, porém, do caso hipotético e retomando as restrições impostas pelo Decreto Distrital nº 20.098/99, que vedava por completo o uso de aparelhos sonoros nas manifestações realizadas na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios e Praça do Buriti, o Ministro relator considerou que as restrições impostas se mostravam desproporcionais e não razoáveis, pugnando pela sua inconstitucionalidade (STF, 2007, p. 382).

Enfatize-se que a *ratio decidendi* do voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski está sedimentada na falta de proporcionalidade das restrições impostas pelo ato regulamentar questionado na ADI nº 1969/99. Apesar de ter afirmado, em suscinta linha, que o inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988 já contempla “todos os limites e condições” para o exercício do direito fundamental de reunião, o Ministro Ricardo Lewandowski não ingressou com verticalidade na fundamentação da sua afirmação – na verdade, não a fundamentou – e, portanto, perdeu a oportunidade de contribuir, clara e objetivamente, para o deslinde e pacificação da controvérsia.

O Ministro Eros Roberto Grau (STF, 2007, p. 383) também decidiu pela inconstitucionalidade do Decreto Distrital nº 20.098/99. Todavia, e aqui está um

aspecto relevante do julgamento proferido, seu voto foi fundamentado na inconstitucionalidade formal do ato normativo atacado, visto que, no seu entender, “o direito de reunião pode até ser regulamentado, mas não por decreto, só por lei”. Com esse entendimento, julgou pela inconstitucionalidade formal e não ingressou na análise do mérito das restrições impostas.

Ao iniciar o seu voto, o Ministro Celso de Mello (STF, 2007, p. 392-393) advertiu aos seus colegas que estavam diante de um “tema de magnitude inquestionável”.

Entretanto, a magnitude inquestionável do tema em julgamento não foi suficiente para levar o Ministro Celso de Mello a enfrentar a controvérsia acerca possibilidade de serem impostas restrições (legais ou regulamentares) ao direito de reunião e tampouco a debater sobre a proporcionalidade daquelas que foram impostas pelo Decreto Distrital nº 20.098/99.

Após assinalar as relações que permeiam entre o direito de reunião e o regime democrático, o Ministro Celso de Mello acompanhou o voto do Ministro relator (Ricardo Lewandowski) e julgou pela inconstitucionalidade.

O Ministro Carlos Ayres Brito (STF, 2007, p. 394) afirmou em seu voto que a Constituição Federal de 1988 chegou a ser “regulamentar” na previsão normativa do direito de reunião – que diz ser “sacrossanto”– e estabeleceu, por conta própria e numa norma de eficácia plena, “todas as condições para o exercício desse direito”. Com este entendimento, votou pela inconstitucionalidade do Decreto Distrital nº 20.098/99 (STF, 2007, p. 396).

Apesar de ter se distanciado da realidade das reuniões e manifestações, não se pode olvidar que o Ministro Carlos Ayres Brito se posicionou clara e objetivamente sobre a impossibilidade da disciplina legal do direito fundamental de reunião.

O Ministro Cezar Peluso (STF, 2007, p. 398), acompanhando o voto do Ministro Ricardo Lewandowski e sem apresentar outras fundamentações, votou pela inconstitucionalidade do Decreto Distrital nº 20.098/99.

O Ministro Gilmar Mendes (STF, 2007, p. 399-400) também apresentou seu voto pela inconstitucionalidade do ato normativo impugnado na ADI nº 1969/99. Ao proferir o seu julgamento, a despeito de não enfrentar a controvérsia da proporcionalidade das restrições impostas, admitiu a existência de uma reserva legal implícita no enunciado normativo do inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988. No seu entender, previsão constitucional de que a reunião não frustrar outra previamente agendada para o mesmo local e a exigência de aviso prévio revelariam

esta reserva legal implícita, a exigir a intervenção do legislador ordinário para “estabelecer algum tipo de limitação” ao exercício do direito de reunião.

O Ministro Sepúlveda Pertence (STF, 2007, p. 401-402) reafirmou o seu entendimento pela inconstitucionalidade material do Decreto Distrital nº 20.098/99. Entretanto, fazendo referência ao entendimento exposto pelo Ministro Eros Roberto Grau – de que a disciplina do direito de reunião deveria ser feita por lei e não por decreto –, o Ministro Sepúlveda Pertence ressaltou que não queria assumir, naquele julgamento, “compromisso absoluto sobre se o silêncio da Constituição de 1988 – que é eloquente em relação à Carta de 1969 e mesmo à de 1946, que deixavam um espaço aberto à lei – significaria uma vedação absoluta de qualquer regulação legal”.

Observa-se que, mesmo instigados ao enfrentamento do tema pelos votos proferidos pelos Ministros Eros Roberto Grau, Gilmar Mendes e Carlos Ayres Brito, o Plenário do STF se omitiu no debate da possibilidade de disciplina legal do exercício do direito fundamental de reunião e, com isso, perdeu a oportunidade de pacificar a controvérsia, abrindo espaço para avanços democráticos.

De igual, modo, com a falta de verticalidade na análise e fundamentação da desproporcionalidade das restrições impostas pelo Decreto Distrital nº 20.098/99, os Ministros, apesar das eloquentes exaltações ao direito de reunião como instrumento de participação popular democrática, pouco contribuíram para a fixação de *standards* e balizas aptas a guiarem o estabelecimento e a análise de futuras restrições impostas ao direito de reunião pelas autoridades legislativas, executivas ou judiciárias competentes.

Na ADPF nº 187, o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, se pôs a julgar sobre a constitucionalidade de manifestações a favor da liberação do consumo da maconha. A ação foi proposta pela Procuradoria Geral da República e apontava afronta à liberdade de expressão e ao direito de reunião.

A despeito da referência ao direito de reunião, inclusive no voto do Ministro Relator, deve-se ter em vista que o tema de fundo versava, de fato, acerca da liberdade de expressão, restando caráter subsidiário ao debate travado sobre o direito de reunião.

Aliás, este caráter subsidiário do direito de reunião ficou evidente ao ser recordado, em mais de uma passagem, a referência ao caráter de direito-meio daquela liberdade, que atua como instrumento viabilizador do exercício da liberdade de expressão”.

A proibição que se pretendia enfrentar não era a do exercício do direito de reunião em si, desapegado das perspectivas ideológicas dos debates travados nas manifestações, conforme defendido neste trabalho, mas a vedação de se debater a liberalização das drogas, seja por reunião, seja por outro meio qualquer.

No julgamento do RE nº 806339/18, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral acerca do alcance da prescrição constitucional que exige aviso prévio para as reuniões a serem realizadas em locais abertos ao público.

A controvérsia versava sobre o fechamento da rodovia BR-101, no município de Propriá/SE, por manifestantes ligados ao Sindicato Unificado dos Trabalhadores Petroleiros, Petroquímicos, Químicos e Plásticos dos Estados de Alagoas e Sergipe (SINDIPETRO), à Coordenação Nacional de Lutas (CONLUTAS) e ao Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado (PSTU).

A União Federal proibiu a realização da manifestação na rodovia e, desrespeitada sua ordem, ajuizou interdito proibitório junto ao juízo local e pleiteou que fosse expedida ordem judicial para vedar a prática de esbulho ou turbação sobre a área rodoviária.

O pedido foi deferido pelo juízo local e, em recurso interposto pelas entidades manifestantes, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região manteve a decisão de primeiro grau e julgou que a exigência do aviso prévio tem caráter absoluto. Ajuizado o RE, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema, que, desde 08/10/2015, continua aguardando votação no plenário virtual do Pretório Excelso.

De todo modo, há alguns pontos que merecem atenção nesse caso. O primeiro deles é que a União Federal proibiu a realização das manifestações. Pontue-se que não há legislação vigente que confira à União esta competência para proibir preventivamente a realização de reuniões. Trata-se, portanto, de uma decisão discricionária alicerçada, única e exclusivamente, no seu poder de polícia.

Perceba-se que mais uma vez o Supremo Tribunal Federal deixou de enfrentar temas relevantes e reincidentes em relação ao direito de reunião. O primeiro deles é a competência para se prescrever restrições ao exercício do direito de reunião e o segundo é a fixação dos *standards* e balizas para aferir a proporcionalidade das restrições impostas.

Mais uma vez a falta de disciplina legislativa e o *déficit* na prestação jurisdicional da Corte Constitucional abrem espaço para que restrições arbitrárias e

desproporcionais – proibição absoluta das manifestações na BR 101 – fossem impostas pela Administração Pública.

Outro aspecto que salta aos olhos é a alegação de falta de aviso prévio como obstáculo à reunião. A função do aviso prévio é a de alertar as autoridades competentes para que adotem as medidas necessárias para garantir o exercício do direito de reunião e compatibilizá-lo com o exercício dos direitos colidentes.

Ora, no caso, a Polícia Rodoviária Federal tomou conhecimento prévio da manifestação, tanto que esteve presente no local do evento e a ação de interdito proibitório foi ajuizada pela União Federal.

Parece ser grave que o Poder Judiciário, através do juízo de 1º grau e do julgamento colegiado do Tribunal de Justiça do Sergipe, desconheça o caráter instrumental do aviso prévio.

E parece ser ainda mais grave que o Supremo Tribunal Federal, o Guardião da Constituição, diante de um tema de magnitude inquestionável para a garantia das liberdades públicas no Estado Democrático de Direito, como bem exaltou o Ministro Celso de Mello, já esteja há quase 5 anos com o tema pendente de julgamento no seu plenário virtual.

No julgamento da Reclamação nº 15.887 (2017), o Supremo Tribunal Federal, através de decisão monocrática do Ministro Luiz Fux, acolheu o pedido do Sindicato Único dos Trabalhadores em Educação de Minas Gerais (SINDUTE) para restaurar o direito de manifestação dos impetrantes, violado por decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que manteve decisão de primeiro grau que, em provimento a ação cautelar ajuizada pelo Estado de Minas, proibiu a realização de manifestações em vias e logradouros públicos “em qualquer parte do território mineiro”.

Por ocasião da realização das Copas das Confederações, o Sindicato Único dos Trabalhadores em Educação de Minas Gerais (SINDUTE) e o Sindicato dos Servidores da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais (SINDPOL) divulgaram a intenção de realizarem greves com ocupação das vias públicas ao entorno do estádio de futebol “Mineirão”.

Antecipando-se ao movimento grevista, o Governo do Estado de Minas Gerais ingressou com ação cautelar inominada para impedir os manifestantes de ocuparem as vias de acesso ao “Mineirão” e seu entorno, onde seriam realizados jogos de futebol da Copa das Confederações.

Indo além, o pedido do Governo mineiro também contemplou a proibição de manifestações nas demais regiões e logradouros públicos situados em todo o território do Estado de Minas Gerais. E não foi só: o Governo mineiro requereu ainda que a ordem de proibição se estendesse para todo e qualquer manifestante que, porventura, tentasse impedir o trânsito normal de pessoas e veículos nas vias públicas mineiras, sob pena de multa.

O que se vê, portanto, é uma tentativa de suspender por completo, em pleno período de normalidade constitucional, o exercício do direito de reunião no território do Estado de Minas Gerais. E a ordem judicial foi expedida pelo juízo de primeiro grau e confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). A normalidade constitucional só voltou após a decisão do STF, que, sob a lavra monocrática do Ministro relator Luiz Fux, reconheceu a violação da decisão proferida pelo Pretório Excelso no julgamento da ADI nº 1969/99.

O primeiro ponto que chama a atenção neste caso é a falta de fundamentação constitucional idônea para sustentar a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o que denota o personalismo da decisão judicial e o perigo da falta de disciplina legal-democrática a balizar as decisões administrativas e judiciais.

Em seu julgamento, o Desembargador do TJMG Barros Levenhagem ressaltou o caráter relativo do direito de reunião em face dos direitos colidentes, fazendo mera citação à liberdade de locomoção, às exigências da segurança pública, aos óbices impostos pela lei de greve e à necessidade de se observar a política urbana.

O golpe desferido contra o direito de reunião pelo Poder Judiciário de Minas Gerais o atingiu em seu conteúdo essencial, posto que, como dito, suspendeu por completo, em pleno tempo de normalidade constitucional, o exercício do direito de reunião no território mineiro. Foi criado um verdadeiro estado de exceção por intermédio de uma decisão judicial.

O Ministro Luiz Fux observou que, a exemplo do que se deu no julgamento da ADI nº 1969/99, o caso em análise na Reclamação nº 15.887 apresentava como questão de fundo o uso do espaço público para a reunião de pessoas e livre expressão do pensamento.

Após destacar a relevância dos direitos de reunião e de livre expressão do pensamento na configuração do Estado Democrático de Direito e de reconhecer que, mesmo assim, o direito de reunião não se reveste de caráter absoluto, o Ministro Luiz Fux reconheceu que a ocupação das vias públicas pretendida pelos manifestantes

tinha justamente a intenção de ampliar a atenção pública para os seus pleitos e críticas, sendo legítima desde que exercida sem violência ou depredação.

Pontue-se que na fundamentação da decisão, o Ministro Luiz Fux, apesar de fazer referência genérica ao conteúdo essencial do direito de reunião, não tece qualquer análise sobre a proibição absoluta de manifestações por todas as pessoas em todas as vias e logradouros públicos do Estado de Minas Gerais.

A despeito de ter restaurado a ordem democrática violada pela decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o Supremo Tribunal Federal mais uma vez ficou em *déficit* no seu dever de enfrentar as controvérsias constitucionais relevantes para a ordem democrática e defesa dos direitos fundamentais.

No julgamento do RE com Agravo nº 905149/16, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema atinente ao uso de máscaras durante as manifestações populares.

A ação foi interposta pelo Diretório do Partido da República e pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil do Estado do Rio de Janeiro em face de decisão do Tribunal de Justiça daquele Estado que reconheceu a constitucionalidade da Lei estadual nº 6.528/2013, que disciplina o exercício do direito de reunião no âmbito daquela Unidade da Federação.

Além do tema em destaque (uso de máscara), a epigrafada lei também regula outros aspectos relevantes em relação ao exercício do direito fundamental de reunião.

No §1º do art. 3º, elenca um rol exemplificativo de armas proibidas, dentre as quais cita as armas de fogo, brancas, pedras, bastões, tacos e similares, ou seja, há aqui o reconhecimento do porte de armas impróprias como causa de exclusão da manifestação do âmbito de proteção do direito de reunião.

Outro aspecto importante diz respeito ao aviso prévio. Nos §§ 2º e 4º do art. 3º, a Lei estadual nº 6.528/2013 estabelece que o aviso prévio deve ser dirigido à Delegacia de Polícia Civil e ao Batalhão da Polícia Militar da área em que se realize ou inicie a reunião. No §5º do art. 3º, reconhece que a convocação para a reunião pelas redes sociais supre a exigência do aviso prévio formal às autoridades citadas, desde que com antecedência igual ou superior a 48 horas.

Como *standards* para ponderação de direitos, o art. 4º estabelece: (i) o confronto do direito de reunião com o direito a outra reunião já agendada e notificada; (ii) a defesa das pessoas humanas; (iii) a defesa do patrimônio público; e (iv) a defesa do patrimônio privado.

Acerca da relevância e pertinência da questão, o Ministro relator Luís Roberto Barroso (STF, 2016, p. 05) observou que:

O caso envolve a discussão sobre os limites da liberdade de manifestação do pensamento e de reunião, não apenas pela vedação ao anonimato (CRFB/1988, art. 5º, IV), como também por suas tensões com as necessidades da segurança pública, notoriamente discutidas em razão da atuação dos grupos conhecidos como black blocs. A forma peculiar de manifestação desses grupos cujos integrantes são identificados por suas roupas e máscaras pretas, bem como por ações de depredação patrimonial suscitou intensas discussões nos anos recentes.

O Plenário do Supremo Tribunal reconheceu a repercussão geral (tema 912) e, desde 15/09/2016, o processo se encontra pendente de julgamento no Plenário Virtual da Corte, sem que haja sido proferido qualquer voto.

Mais uma vez deve-se reconhecer o *déficit* de jurisdição do Supremo Tribunal Federal para a superação das polêmicas que envolvem o exercício do direito fundamental de reunião.

5.3 O direito fundamental de reunião nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP)

Por ocasião das manifestações populares do “Movimento Passe Livre”, que ganharam as ruas de São Paulo e do Brasil durante os meses de junho e julho de 2013, o Diretório Acadêmico XI de Agosto da Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP) impetrou o *HC* nº 0120499-62.2013.8.26.0000 contra o Secretário de Segurança Pública e o Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo com o objetivo de obter a expedição de salvo-conduto para que os pacientes possam participar de atos de protesto em movimentação por vias públicas da cidade de São Paulo/SP sem sofrer detenção, busca ou revista pessoal, ou qualquer outra espécie de restrição ao direito de locomoção, salvo nas hipóteses legais. O acórdão denegou a ordem por perda de objeto, *in verbis*:

Os atos de protesto popular em vias públicas orientados pelo denominado "Movimento Passe Livre" e deflagrados a partir do mês de junho do corrente ano, com o objetivo de reivindicar redução do valor das tarifas de transporte público (que haviam sido reajustadas anteriormente), não mais subsistem no âmbito do município de São Paulo, mesmo porque as reivindicações populares acabaram sendo atendidas, como é de notório conhecimento, daí porque soaria como

providência inútil e sem alguma eficácia e efetividade, a emissão do desejado salvo-conduto. Impetração, a rigor, prejudicada sob esse aspecto.

A perda do objeto do *HC* revela que, na verdade, déficit na prestação jurisdicional que chegou a destempo para a tutela do direito fundamental de reunião. Destaque-se que o acórdão só foi julgado no dia 18 de setembro de 2013. De todo modo, o Desembargador relator Antônio Luiz Pires Neto (SP, 2013) ingressou na análise do mérito e observou que não tinham sido deduzidos no pedido fatos concretos que pudessem alicerçar a concessão da ordem. Na fundamentação do seu voto, pontou que a alegação genérica e abstrata dos impetrantes de temerem ações ilegais que poderiam ser praticadas pelas autoridades coatoras não eram suficientes para sustentar a concessão do remédio heroico:

Da mesma forma que se presume que os protestos do “Movimento Passe Livre” e outros sejam legítimos e pacíficos, é de se presumir, também, que os responsáveis pela segurança pública não autorizam e nem incentivam abusos por parte de seus comandados.

Com efeito, não se pode presumir que a Força de Segurança irá intervir arbitrariamente no âmbito de proteção do direito fundamental de reunião. Esta presunção, abstrata e genérica, é tão indevida quanto a pressuposição contrária de que os manifestantes irão promover atos de violência durante o protesto. É preciso que haja dados objetivos, concretos e imediatos, que possam sustentar um ou outro receio de ação ilegal, seja por parte da Força de Segurança ou dos manifestantes, legitimando assim a adoção de medidas preventivas com a proibição do evento ou de uso indiscriminado da Força de Segurança.

No caso em tela, não se pode olvidar que o deslocamento para o local da reunião está abrangido no âmbito de proteção jusfundamental e que a abordagem/busca pessoal aleatória e desmotivada pela Força de Segurança pode revelar uma estratégia de desestímulo ao legítimo exercício do direito de reunião, sobretudo por aqueles que pretendem se manifestar de forma pacífica.

De outro lado, proibir peremptoriamente a abordagem/busca pessoal dos manifestantes seria o mesmo que obstar que a Força de Segurança atuasse para garantir a segurança pública da população em geral e, diga-se também, o próprio exercício legítimo do direito de reunião pelos manifestantes pacíficos, que estariam sob a ameaça daqueles que, incapazes de sentirem a brisa da democracia, se aproveitam dos protestos para a prática de atos de violência.

O Agravo de Instrumento nº 0023906-39.2011.8.26.0000 foi interposto pela Concessionária de Rodovia “Rota das Bandeiras S/A” contra decisão liminar, proferida pelo juízo de Itatiba/SP, que deferiu parcialmente o pedido da autora e autorizou a realização de manifestação pública, contrária à instalação de pedágio na rodovia Engenheiro Constâncio Cintra (SP 360).

Na sua decisão, o juízo de Itatiba/SP determinou ainda que a Concessionária instalasse a sinalização preventiva necessária para garantir a segurança dos manifestantes e dos motoristas que trafegavam pela rodovia.

De outro lado, a pretensão da Concessionária de Rodovia “Rota das Bandeiras S/A” era que os manifestantes fossem impedidos de ocupar as faixas de rolamento, acostamentos, acessos, pedágios, postos de atendimentos, refúgios e quaisquer outros espaços da área de domínio da rodovia.

Observa-se que o juízo de primeiro grau bem andou ao ponderar os direitos fundamentais colidentes – direito de reunião e direito de locomoção – harmonizando o uso do espaço público da rodovia. A pretensão da impetrante se mostrava desproporcional, tanto que, com a adoção das providências determinadas, o movimento aconteceu e transcorreu sem incidentes ou acidentes.

Deve-se, entretanto, mais uma vez ser ressaltado o *déficit* na prestação jurisdicional do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O movimento estava agendado para o dia 29 de janeiro de 2011 e o julgamento do Agravo de Instrumento pela Corte paulista só ocorreu no dia 30 de março de 2011. Neste caso específico, a decisão do juízo de primeiro grau foi capaz de garantir o exercício do direito de reunião harmonicamente com o direito de locomoção, mas, caso a decisão liminar exigisse correção, o julgamento prolatado pelo TJSP teria, mais uma vez, chegado a destempo para a tutela do direito fundamental de reunião.

Aliás, este é justamente o caso que se verifica no julgamento da Apelação nº 1001614-39.2017.8.26.0483. O juízo de primeiro grau de Presidente Venceslau/SP, em acolhimento de pedido formulado pela Concessionária de Rodovia “Auto Raposo Tavares” (CART), deferiu ordem liminar para proibir que manifestantes ocupassem a rodovia Raposo Tavares (SP 270) durante manifestação em que se pretendia a construção de um trevo de acesso para um bairro lindeiro à estrada.

A ordem expedida pelo juízo monocrático vedava aos manifestantes a paralisação ou qualquer outro ato que comprometesse a fluidez do trânsito, incluindo

as faixas de rolamento, faixas de acostamento, pontes, viadutos, praças de pedágio e outras edificações da rodovia Raposo Tavares.

Observe-se que, ao contrário do que ocorreu no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0023906-39.2011.8.26.0000, não houve aqui qualquer tentativa do juízo de Presidente Venceslau/SP para harmonizar o exercício dos direitos fundamentais de reunião e de locomoção.

Irresignados com a decisão prolatada, os organizadores da manifestação apelaram ao Tribunal de Justiça. Neste caso, mais uma vez a prestação jurisdicional chegou a destempo. A manifestação estava agendada para o dia 02 de maio de 2017 e o acórdão só foi proferido pela Corte paulista no dia 06 de novembro de 2017, denegando o pedido dos manifestantes. Além da extemporaneidade da prestação jurisdicional para a tutela do direito fundamental de reunião, merece destaque os fundamentos invocados para sustentar o acórdão denegatório da pretensão dos manifestantes. Ao invés de buscar uma ponderação concreta entre os direitos fundamentais colidentes, sem qualquer esforço de harmonização de direitos, o julgamento aniquila o direito fundamental de reunião dos moradores locais, cujo pleito é reconhecido como nobre pelos desembargadores, para garantir o direito de locomoção, *in verbis*:

E no conflito entre o direito de locomoção da coletividade e o de manifestação dos moradores de um bairro, ainda que por motivos nobres, deverá prevalecer, na hipótese dos autos, o primeiro, especialmente porque referido protesto pode ocorrer, sem risco de ineficácia, em outro lugar que não prejudique o direito de terceiros não individualizados. O fechamento da rodovia impede o direito da maioria de se locomover, frustrando trabalhadores que não conseguem chegar ao seu local de trabalho, estudantes que perdem suas aulas, caminhões com carga perecível, ônibus que atrasam seus itinerários, inclusive com bloqueio da passagem de ambulâncias e carros transportando pessoas doentes, além de pôr em risco a vida dos próprios manifestantes (TJSP, Apelação nº 1001614-39.2017.8.26.0483. 3ª Vara do Foro de Presidente Venceslau. Juiz: Deyvison Hebert dos Reis).

Não há dúvidas de que o fechamento total da circulação de veículos na rodovia traz prejuízos irreparáveis aos direitos colidentes de terceiros, e isto não deve acontecer. De outro lado, o volume de veículos naquele trecho da rodovia Raposo Tavares é relativamente baixo e a rodovia, além das duas faixas de trânsito existentes em cada sentido, ainda é dotada de acostamento e de área lateral de domínio, o que viabilizaria, com a implantação da sinalização preventiva adequada, a

compatibilização do exercício do direito de reunião com o do direito de locomoção durante o manifesto legítimo dos moradores.

É fato que o protesto poderia ocorrer em qualquer outro lugar sem interferir no direito de locomoção dos usuários da rodovia Raposo Tavares. Entretanto, aquele era o local escolhido pelos manifestantes para realizar a manifestação e chamar a atenção da opinião pública e das autoridades constituídas para o problema vivenciado. A escolha do local – que integra o âmbito de proteção do direito de reunião – não foi aleatória, mas estrategicamente determinada pela organização do evento em face do problema ali vivenciado pelos moradores do bairro lindeiro.

Aponte-se, ainda, a estratégia desestimuladora do protesto na advertência judicial (ou, talvez melhor, na ameaça judicial) de que os manifestantes estariam praticando crime ao ocuparem a rodovia e seus equipamentos, *in verbis*:

Acrescente-se, ainda, que a ocupação das rodovias e seus equipamentos com o claro objetivo de impedir a circulação de veículos constitui atentado ao funcionamento de transporte público, consoante o artigo 262 do Código Penal (TJSP, Apelação nº 1001614-39.2017.8.26.0483. 3ª Vara do Foro de Presidente Venceslau. Juiz: Deyvison Hebert dos Reis).

O crime de atentado ao funcionamento de transporte público (CP, art. 262)¹⁷² realmente pode ser praticado durante atos de protestos abusivos que impeçam por completo a circulação de veículos de transporte público na rodovia. Mas este ilícito não aconteceria se houvesse a harmonização do exercício dos direitos de reunião e de locomoção, o que nem mesmo foi cogitado na decisão do juízo de primeiro grau e tampouco no acórdão do Tribunal paulista.

Diferentes são as circunstâncias que levaram o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a, no julgamento da Apelação nº 0001629-02.2011.8.26.0106 (TJSP, 2011), confirmar a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau da Comarca de Franco da Rocha/SP. Trata-se, no caso, de ordem judicial que proibiu o Sindicato dos Trabalhadores do Centro Paulo Souza (SINTEPS) de realizar passeata na Rodovia dos Bandeirantes, do pedágio de Caieiras até a capital paulista, agendada para o dia 02/05/2011, com início às 09:00 horas.

¹⁷² CP, Art. 262 - Expor a perigo outro meio de transporte público, impedir-lhe ou dificultar-lhe o funcionamento: Pena - detenção, de um a dois anos. § 1º - Se do fato resulta desastre, a pena é de reclusão, de dois a cinco anos. § 2º - No caso de culpa, se ocorre desastre: Pena - detenção, de três meses a um ano.

Em situação inversa àquela que se verifica na Rodovia Raposo Tavares em Presidente Venceslau/SP, o trecho da Rodovia dos Bandeirantes em que os manifestantes pretendiam realizar a passeata possui um elevadíssimo fluxo de veículos, que transitam em alta velocidade (120 km/h), de modo que a ocupação, ainda que parcial, da rodovia ou do seu acostamento proporciona alto risco de acidentes de trânsito, como colisões entre veículos ou atropelamento de manifestantes. Foi com este fundamento que a Corte paulista denegou a apelação que pretendia reformar a proibição decretada pelo juízo de Franco da Rocha (TJSP, 2011), *in verbis*:

Se fosse levado a efeito [o protesto/passeata] paralisaria ou tornaria muito complicado o trânsito em uma das mais importantes e movimentadas vias do país. E se é assim, a proibição foi bem editada, pois sobre o direito de reunião e manifestação dos associados do réu, que poderia ser exercido em outro local, deve preponderar o direito de ir e vir dos usuários da rodovia, assim como a segurança das pessoas que seriam atingidas pelo ato, incluindo os próprios manifestantes.

Observe-se, por oportuno, que o julgamento da apelação interposta pelos manifestantes pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo só ocorreu em 15 de agosto de 2016, ou seja, transcorridos mais de 05 anos da data agendada para a passeata. Portanto, ainda que reconhecesse o direito de reunião dos manifestantes, a prestação jurisdicional teria chegado a destempo, mais uma vez restando caracterizado um *déficit* de jurisdição na tutela do direito fundamental.

No julgamento da Apelação Cível nº 1006046-75.2019.8.26.0566 (TJSP, 2019), da Comarca de São Carlos, interposta em face da sentença que, em acolhimento ao pedido formulado pela Concessionária de Rodovia AUTOVIAS S/A, proibiu a realização de protestos contra instalação de pedágio, sob a pena de multa de R\$ 20 mil por hora.

A decisão impugnada impediu a realização de qualquer ato capaz de turbar a posse da Concessionária sobre a rodovia, incluindo quaisquer manifestações no leito carroçável, canteiro central, acostamento, faixas de domínio, acessos, refúgios, postos de atendimento, balanças e demais instalações integrantes do sistema rodoviário, em qualquer quilômetro do limite territorial do Município de São Carlos e em qualquer dia da semana.

O acórdão do Tribunal de Justiça paulista, em votação unânime, manteve a sentença do juízo de primeira instância sob o fundamento de que as manifestações,

às margens da rodovia estadual, “poderiam impedir a livre circulação de veículos e também criar um risco à segurança viária e aos próprios manifestantes” e que, por isso, se revelam abusivas e não encontram abrigo no âmbito de proteção do direito de reunião, “na medida em que inviabiliza o direito de uma coletividade à locomoção, que também encontra amparo constitucional (art. 5º, XV, da CF/88)”.

Ao concluir a fundamentação do acórdão, o Tribunal salienta que os direitos de reunião e de locomoção “devem ser compreendidos de forma harmônica” e que, no caso dos autos, “é perfeitamente possível os requeridos manifestarem publicamente suas reivindicações, em local adequado, sem risco para os envolvidos” (TJSP, 2019).

Observe-se que, ao invocar a harmonia entre os direitos de reunião e de locomoção, o Tribunal faz uma referência genérica e abstrata ao princípio da proporcionalidade como baliza para a concordância prática entre o exercício dos direitos fundamentais colidentes e, logo em seguida, com igual generalidade e abstração, afirma que os manifestantes podem exercer o seu direito em local adequado.

Com estes fundamentos, é mantida a proibição da realização de qualquer manifestação, em qualquer dia da semana, em qualquer quilômetro da rodovia, incluindo aqui os espaços das faixas de rolamento, acostamentos, canteiro central, acessos, refúgios, postos de atendimento, balanças e demais instalações integrantes do sistema rodoviário.

Observe-se que não há no acórdão qualquer referência às circunstâncias concretas do local e do trânsito. Ao contrário, sem considerar as reais condições reinantes, a decisão do Tribunal apenas referenda a proibição de que a manifestação ocorra em qualquer dia, horário, quilômetro e espaço da faixa de domínio da rodovia.

A ponderação e harmonização entre os direitos fundamentais não passou de referência genérica e abstrata para, com ares gélidos de constitucionalidade, fundamentar o aniquilamento do direito de reunião.

Não se está aqui a afirmar, porque também não se tem referência das circunstâncias concretas do caso, que a manifestação poderia ou não ter ocorrido na rodovia. A crítica está em que não se observa no acórdão prolatado qualquer esforço para cumprir o ônus de fundamentação constitucional exigido para justificar a restrição ao exercício do direito de reunião, o que, por evidente, não se satisfaz com meras referências abstratas ao perigo para a segurança viária gerado pela presença dos manifestantes no local.

Não se observa também qualquer tentativa para harmonizar o exercício dos direitos de reunião e de locomoção na rodovia, remetendo, pura e simplesmente, aquele para um “local adequado”, do qual também não se faz qualquer indicação.

Em sentido oposto, no julgamento da Apelação 1002573-05.2016.8.26.0108 (TJSP, 2016), interposta pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo (DER) em face de decisão do juízo da comarca de Cajamar/SP, que autorizou os integrantes do Centro de Tradição Tropeira de Itu/SP a realizar de romaria (cavalgada) religiosa nas rodovias SP 300 e SP 312, o Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso e manteve a autorização concedida pelo juízo *a quo*.

O DER ponderou que a rodovia SP 312 não possuía acostamento em qualquer dos sentidos e que isto obrigaria os romeiros a circularem sobre a faixa de rolamento utilizada pelos veículos automotores, bem como que, nos termos do art. 14 da Portaria SUP/DER-033, é vedada a utilização da rodovia para realização de qualquer prova ou evento quando não houver acostamentos pavimentados.

Na fundamentação da decisão, mais uma vez não há o enfrentamento concreto das circunstâncias reinantes, com simples referência de que a proibição da romaria sob o argumento de que a rodovia não possui acostamento afronta o direito fundamental de reunião.

Observe-se que, desta vez, em sentido diametralmente oposto ao da decisão anterior, o Poder Judiciário do Estado de São Paulo não considerou o risco que a manifestação causaria à segurança viária e a autorizou sem qualquer restrição ou imposição de medida estatal protetiva para compatibilizar o exercício seguro dos direitos colidentes.

O que se vê é que não há critérios objetivos a balizar as decisões acerca da compatibilização dos direitos de reunião e locomoção, o que abre espaço para os decisionismos judiciais e gera insegurança jurídica, com alto grau de risco de violação dos direitos. Por evidente que a lei não seria capaz de esgotar as medidas decisórias, mas, sem dúvidas, poderia contribuir com parâmetros mais seguros para balizar as decisões.

De todo modo, há dois aspectos que se quer destacar com a análise destas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O primeiro é que, em todos os casos, constata-se um *déficit* na prestação jurisdicional para a tutela do direito fundamental de reunião em decorrência da demora no julgamento dos recursos interpostos. Todos os acórdãos foram julgados após as

datas agendadas para as manifestações e, portanto, se tornaram obsoletos e ineficazes para corrigir eventuais desacertos nas decisões dos juízos locais, seja para restringir ou ampliar o exercício do direito de protesto.

O segundo diz respeito à falta de critérios objetivos a alicerçar as decisões judiciais prolatadas, sobretudo as denegatórias do exercício do direito de reunião, fundamentaram-se em alegações gerais e abstratas que não levaram em consideração as circunstâncias concretas de cada caso.

Isto se verifica claramente na análise do caso da manifestação dos moradores de Presidente Venceslau que pretendiam protestar pela instalação de um trevo na rodovia Raposo Tavares para acesso ao bairro em que residiam. A decisão judicial, sem analisar as condições físicas da rodovia e do tráfego local, simplesmente proibiu a realização da manifestação naquele local.

Estes dois aspectos demonstram que a falta de uma legislação disciplinadora do exercício do direito de reunião, de modo a compatibilizá-lo com os direitos colidentes, abre caminho para decisionismos arbitrários e perigosos (inclusive judiciais) para a tutela dos direitos fundamentais.

Não se duvida do compromisso dos juízes para com as liberdades públicas, mas também não é crível que, sob a égide do Estado Democrático de Direito e do princípio da separação dos poderes, lhes seja outorgado um espaço de decisão tão amplo que permita, sobretudo àqueles menos comprometidos com a ordem democrática, desferir graves atentados contra os direitos.

5.4 O direito fundamental de reunião nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR)

A pesquisa jurisprudencial foi realizada no site do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná com a utilização do parâmetro “direito de reunião” e foram encontrados 14 registros, dos quais foram selecionados 04 Acórdãos. A análise seguiu a ordem cronológica das decisões.

O primeiro Acórdão analisado foi proferido pela 5ª Câmara Cível do TJPR, em 26 de fevereiro de 2013, no julgamento da Apelação Cível nº 986315-2.

O município de Almirante Tamandaré, em 09 de julho de 2009, ajuizou ação com o objetivo de determinar a desobstrução da Avenida Vereador Wadislau Bugarski, no trecho que liga os municípios de Almirante Tamandaré e Curitiba, que teve o fluxo

de veículos e pedestres impedido pelo estacionamento de veículos, depósito de pedaços de madeira e pneus. A liminar foi deferida pelo juízo de 1ª Instância e foi proibida nova obstrução, sob pena de multa. O réu foi citado e, em sua contestação, aduziu que, além de ser parte ilegítima por ser o movimento de caráter coletivo, havia vias de trânsito alternativas que foram utilizadas pelos moradores da região e que o objeto da manifestação era a inércia e descaso da Administração Pública, por repetidos anos, no asfaltamento daquela avenida. A sentença manteve a decisão liminar e o réu interpôs a apelação em epígrafe ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

No julgamento do recurso interposto, os desembargadores do TJPR, apesar de reconhecerem a legitimidade do pleito dos manifestantes, asseveraram que este não era o objeto do julgamento, que se reduzia à colisão entre o exercício do direito de reunião e do exercício do direito de locomoção.

Sob esta perspectiva, o Acórdão afirmou que o direito de reunião não é absoluto e não deve ser impeditivo de outros direitos igualmente constitucionais, a exemplo do direito de locomoção e de trânsito. Todavia, não há no julgamento qualquer referência à concordância prática entre tais direitos fundamentais no contexto concreto da manifestação popular dos moradores de Almirante Tamandaré, que, enfatize-se, afirmaram que havia vias alternativas de trânsito que foram utilizadas pelos moradores da região.

Outro aspecto destacado pelos desembargadores no julgamento em causa foi a falta de aviso prévio, sendo enfatizado que “ainda que não necessitem de qualquer autorização, exige-se um aviso prévio à autoridade competente” e, em face da falta de tal providência, consideraram que restava caracterizado o exercício irregular do direito de reunião, “ou, mais precisamente, um abuso de direito”.

Se até aqui o Acórdão não parece ter relevado o melhor direito, outra é a leitura a ser feita no que se refere à finalidade comunicativa da reunião.

Apontaram os desembargadores que a manifestação dos moradores de Almirante Tamandaré despertou a atenção da opinião pública, tendo inclusive vários meios midiáticos e o próprio Poder Público comparecido no local. Destarte, o protesto já havia atingido sua finalidade e seu prosseguimento não se fazia oportuno em face do prejuízo causado aos direitos colidentes.

Por fim, o Acórdão julgou o recurso interposto parcialmente procedente apenas para fazer cessar a decisão de 1ª Instância que impedia a realização de novas

manifestações no local, posto que aquela tinha por objeto aquele contexto fático vivenciado em 2009 e não outros que poderiam surgir. Recorde-se que o Acórdão foi prolatado em 26/02/2013, ou seja, quase 4 anos após os fatos em julgamento.

O segundo Acórdão analisado foi proferido, em 04 de fevereiro de 2014, pela 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no julgamento da Apelação Cível nº 104721-1.

Trata-se de recurso interposto pela Concessionária da Travessia de Guaratuba S/A em face da sentença de 1ª Instância que negou seu pedido de tutela inibitória para impedir que os integrantes da Colônia dos Pescadores impedissem a travessia marítima entre os municípios de Guaratuba e Matinhos.

Em suas razões recursais, a apelante observou que a travessia marítima na Baía de Guaratuba é a única via de acesso entre as cidades de Guaratuba e Matinhos e que, além de paralisar as atividades de transporte de passageiros desenvolvidas pela apelante, as manifestações promovidas pelos pescadores fazem com que toda a comunidade local fique privada da sua liberdade de locomoção. Foi ainda destacado que as manifestações dos pescadores naquele local eram reiteradas e que duravam em média 04 horas cada.

Ao afirmar o caráter não absoluto do direito de reunião, que deve ser exercido com respeito aos direitos colidentes de terceiros, o Acórdão reformou a decisão de 1º grau e determinou que a Colônia dos Pescadores de Guaratuba se abstinhasse de impedir o transporte marítimo realizado pela recorrente, sob pena de multa.

Diga-se, por fim, que os fatos originadores da demanda judicial se deram no ano de 2010 e o julgamento do recurso interposto somente se deu em 2014.

A “Operação Centro Cívico” da Polícia Militar do Estado do Paraná (PMPR) foi o objeto da Apelação nº 0004126-41.2015.8.16.0004, julgada pela 5ª Câmara Cível do TJPR. O julgamento ocorreu no dia 02 de julho de 2019.

Trata-se, no caso, de recurso interposto pelo Ministério Público em face da sentença prolatada pelo juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Curitiba, que rejeitou a ação de improbidade administrativa proposta pelo *parquet* em face do então Governador do Estado do Paraná, Secretário de Segurança Pública e Comandante Geral da PMPR.

O contexto fático da “Operação Centro Cívico” está, em apertada síntese, relacionado com as manifestações de professores da rede estadual de ensino do

Estado do Paraná em razão de propostas de reformas previdenciárias encaminhadas pelo Governo do Estado à Assembleia Legislativa do Paraná (ALPR).

No dia 09 de fevereiro de 2015, os professores paranaenses deflagraram greve – também encampada pelos agentes penitenciários e servidores da saúde pública – e, no dia 10 de fevereiro de 2015, para contestar o pedido de urgência na tramitação do projeto de reforma previdenciária, ocuparam o plenário da Assembleia Legislativa e bloquearam as vias públicas ao entorno do parlamento com o fito de impedir o acesso dos deputados estaduais ao prédio e, conseqüentemente, a votação do projeto de reforma.

O movimento grevista dos professores teve continuidade e, no dia 09 de março de 2015, o Governo do Estado firmou um acordo com os grevistas para o retorno às aulas. O Projeto de Lei de reforma previdenciária foi alterado e reencaminhado, em 06 de abril de 2015, para análise do Poder Legislativo paranaense.

A sessão de votação foi designada para o dia 27 de abril de 2015 e, diante da anterior ocupação do parlamento, o Presidente da Assembleia Legislativa ingressou com pedido de Interdito Proibitório, perante a 5ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba, para impedir que os professores novamente ocupassem o prédio da ALPR e obstassem a votação. A ordem liminar foi deferida, em 24 de abril de 2015.

O Presidente da ALPR solicitou reforço policial ao Governador do Estado e, diante da complexidade e risco das ações, foi organizada, a pedido do Comando da PMPR, a “Operação Centro Cívico”, cujo planejamento foi objeto de reuniões (26 de abril de 2015) que contaram também com a participação do Secretário da Segurança Pública e da Presidência da Assembleia Legislativa.

No dia 27 de abril de 2015, na sede do Comando Geral da Polícia Militar, a Diretora Estadual da APP Sindicato dos Professores da Rede Estadual de Ensino (APP Sindicato) e representantes da Central Única dos Trabalhadores (CUT) foram inteirados das pautas e procedimentos operacionais que seriam adotados.

De todo modo, os manifestantes se dirigiram para a ALPR e deparando-se com um bloqueio à entrada, formado com viaturas policiais enfileiradas, teriam cercado os policiais militares e, à força, retiraram as viaturas e ocuparam o local com caminhões de som.

Na madrugada do dia 28 de abril de 2015, os caminhões de som foram retirados do local com o apoio de guinchos, sendo utilizado gás pimenta para dispersar os manifestantes que se opunham à ação policial. Pela manhã, os manifestantes

retornaram ao local com dois caminhões de som e avançaram contra a barreira formada por policiais, viaturas e grades. Na tentativa de identificar deputados estaduais e impedir a votação do projeto de reforma previdenciária, os manifestantes também abordavam e vistoriavam os veículos que circulavam no entorno da ALPR.

Já no dia 29 de abril de 2015, os manifestantes novamente tentaram romper a barreira policial e invadir o prédio da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, o que deflagrou a ação policial.

Eis o relato dos fatos constante no Acórdão prolatado pelo TJPR, *in verbis*:

No dia 29.04.2015, lideranças ativistas então representadas no local, instigando o conflito e a subversão dos limites impostos para cumprimento da ordem, acabaram por iniciar um confronto com a Força de Segurança presente, o que exigiu pronta ação preventiva e repressiva, sem prescindir dos meios técnicos e equipamentos necessários e proporcionais para afastar os manifestantes, principalmente ante a derrubada/retirada das grades móveis instaladas para a proteção da Assembleia Legislativa. Iniciado o confronto e evidenciado o descontrole e crescente risco de lesão aos bens juridicamente tutelados, ante a impossibilidade material de conciliação pacífica a ser empregada, os policiais, pelo que se infere, passaram a se utilizar de armamentos de menor potencial ofensivo [...] (TJPR, 5ª Câmara Cível – Apelação Cível nº 0004126-41.2015.8.16.0004. Curitiba, 2019. Relator: Juiz Anderson Ricardo Fogaça - J. 02 jul. 2019).

A respeito da legitimidade da atuação da Força de Segurança, o Acórdão destacou que:

É notório (em observância aos diversos vídeos anexados ao processo) que os atos (ou ordens) perpetrados pelos policiais militares não foram, em nenhuma medida, injustificados, como se o Poder Público, ainda que houvesse inércia dos manifestantes, tivesse agido dolosamente (ou, no caso do ex-Governador, culposamente) para iniciar um confronto com os manifestantes. Sopesadas as circunstâncias fáticas – considerando-se o grande número de manifestantes – aliadas às iniciativas dos organizadores da manifestação, que fomentavam o confronto com a Polícia, não se pode partilhar do entendimento exarado pelo *Parquet*, pois, como é cediço, a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas (aí incluído os próprios policiais militares, frisa-se) é dever do Estado, através das Polícias Militares (TJPR, 5ª Câmara Cível – Apelação Cível nº 0004126-41.2015.8.16.0004. Curitiba, 2019. Relator: Juiz Anderson Ricardo Fogaça - J. 02 jul. 2019).

Na verdade, o cenário de confronto já estava desenhado e era previsto/esperado pelas autoridades públicas, haja vista o retrospecto do que havia

ocorrido no dia 10 de fevereiro de 2015, sendo que, por iniciativa do Comando Geral da PMPR, foram realizadas as reuniões preparatórias da “Operação Centro Cívico”.

Aponte-se, porém, que a complexidade e o risco da operação policial impunham um planejamento minucioso para, tanto quanto possível, evitar ou reduzir a possibilidade de confronto entre os manifestantes e a Força de Segurança. Mas não houve tempo para esta detalhada organização, apesar de que poderia ter havido se todas as autoridades envolvidas tivessem refletido sobre os riscos.

A cronologia dos fatos é relevante para bem compreender a atuação policial e suas consequências. Insista-se.

Em razão da primeira manifestação dos professores (09 e 10 de abril de 2015), o Governo do Estado do Paraná firmou um acordo (12 de abril de 2015) para suspensão da greve e retorno às aulas mediante a reformulação do Projeto de Lei. Em 06 maio de 2015, o Projeto de Lei alterado foi enviado à ALPR, ou seja, foram gastos 24 dias para a reformulação da proposta de reforma previdenciária pelo Governo paranaense.

Após receber o Projeto de Lei alterado (06 de maio de 2015), o Presidente da ALPR agendou a votação para a sessão de 27 de maio de 2015 e, em razão dos eventos anteriores, em 24 de maio de 2015, ajuizou a ação de Interdito Proibitório perante a 5ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba, que deferiu a ordem liminar. A ALPR demorou 18 dias para elaborar a petição inicial e ajuizar a ação judicial.

Diante do deferimento liminar do Interdito Proibitório, em 24 de maio de 2015, a ALPR notificou o Governo do Estado e solicitou o reforço policial para garantir o trabalho parlamentar e a votação do Projeto de Lei na Assembleia Legislativa.

A Polícia Militar foi então designada pela Secretaria de Segurança Pública para prestar o apoio policial necessário ao correto desenvolvimento da atividade parlamentar, restando-lhes apenas dois dias (25 e 26 de maio de 2015) para realizar todo o planejamento necessário e providenciar os meios humanos e logísticos para o seu desenvolvimento.

As reuniões preparatórias aconteceram por iniciativa do Comando da PMPR, haja vista a complexidade e risco de confronto. Diga-se ainda, que faltava (e falta) à Polícia Militar a autonomia necessária para deliberar sobre a execução (ou não) das ações policiais. A PMPR é subordinada ao Chefe do Poder Executivo e seu Comandante Geral encontra-se adstrito às suas ordens, sob pena de demissão *ad nutum*.

Os representantes dos manifestantes (APP Sindicato e CUT) foram apenas “cientificados” do planejamento da “Operação Centro Cívico” no dia 27 de abril de 2015, ou seja, no dia da votação no Projeto de Lei na ALPR. Como organizadores da manifestação, não tiveram a oportunidade de apresentar propostas e debater o planejamento. O embate entre os manifestantes e a Força de Segurança, que era previsível, tornou-se uma certeza.

Em resumo, foram 24 dias para a reformulação do Projeto de Lei da reforma previdenciária, 18 dias para a elaboração, ajuizamento e deferimento da ordem judicial liminar, apenas 02 dias para o planejamento operacional e logístico da “Operação Centro Cívico” e poucas horas para as lideranças do movimento tomarem conhecimento do planejamento e contatarem com os manifestantes para deliberação dos rumos da manifestação.

O contexto acima narrado denota uma ofensa ao dever de organização e procedimento estatal para a garantia do direito fundamental de reunião e dos direitos colidentes. A falta de tempo hábil para o escoreito planejamento operacional da Força de Segurança, que não contou com a participação dos organizadores e promotores da manifestação, poderia ter sido suprida com a tempestividade na propositura da ação judicial de Interdito Proibitório pela ALPR ou então com a prorrogação da data de votação. Insista-se, foram 15 dias para propor a ação judicial e 02 dias para planejar a operação policial, num verdadeiro descompasso entre a complexidade da medida e o tempo de gestação do ato.

Destarte, a improbidade suscitada pelo *Parquet* não deveria ser dirigida (apenas) ao Comando da Polícia Militar e Governo do Estado. Deveria também arguir a responsabilidade do Presidente da ALPR, que postergou a propositura da ação de Interdito Proibitório para as vésperas da sessão de votação.

Deveria ser dirigida ao juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba, que, antes de deferir a ordem liminar, poderia, ou melhor, deveria ter consultado o Comando da PMPR sobre a possibilidade do planejamento e execução do reforço no policiamento preventivo que, evidentemente, seria necessário para garantir o cumprimento da ordem judicial e a realização da sessão parlamentar de votação, sem graves alterações na ordem pública. Aliás, o juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba poderia ter determinado, a par do reforço policial, o adiamento da sessão parlamentar de votação, conferindo assim tempo hábil para o escoreito planejamento operacional e logístico da PMPR.

A acusação de improbidade administrativa também poderia recair sobre os membros do Ministério Público do Paraná e da Defensoria Pública do Estado do Paraná que, cientes do risco de confrontos e da necessidade de minucioso planejamento operacional da PMPR, apesar de todo o esforço colaborativo na negociação, não peticionaram ao juízo competente o adiamento da sessão plenária de votação. E não se diga que o Ministério Público e a Defensoria não tiveram tempo hábil para o ajuizamento das medidas judiciais pertinentes, pois não se pode olvidar que, no mínimo, ambos tiveram o mesmo prazo de 02 dias, que foi conferido à PMPR para planejar a “Operação Centro Cívico”, para elaborarem suas petições judiciais.

Destarte, o confronto e a violência verificada durante o desenrolar da Operação “Centro Cívico” poderiam ter sido evitados ou, ao menos, minimizados se todos os órgãos envolvidos tivessem efetivamente adotado medidas preventivas no âmbito da sua atribuição constitucional. Mas, como é comum acontecer, preferiu-se deixar toda a responsabilidade sobre os ombros da Força de Segurança.

O último Acórdão selecionado foi proferido, em 05 de setembro de 2019, no julgamento da Apelação Cível nº 0020750-75.2018.8.16.0000, que versa sobre a realização de manifestações populares nas vias públicas no entorno da Superintendência da Polícia Federal, em Curitiba, decorrentes da prisão do ex-Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva.

Este Acórdão apresenta importantes reflexões acerca do exercício do direito de reunião e sua harmonização com os direitos fundamentais colidentes no uso do espaço público.

A primeira destas reflexões é o reconhecimento de que o direito de reunião não possui caráter absoluto e, portanto, o seu exercício deve ser relativizado para compatibilizá-lo com o exercício dos direitos fundamentais colidentes de terceiros.

De outro lado, o Acórdão prolatado pelo TJPR (2019, p. 05) enfatiza que esta necessária e exigida compatibilização não significa que o exercício do direito de reunião não afetará o exercício dos direitos fundamentais colidentes. Ao contrário, o incômodo e o transtorno causados a terceiros são inerentes ao próprio exercício do direito de reunião e, por isso, enfatizam os desembargadores que:

Eventual perturbação ao sossego que também faz parte do jogo democrático e da vida em sociedade, não justificando, em tese, a proibição do exercício desse direito. Afinal, ninguém se reúne publicamente para manifestar pensamentos, opiniões ou crenças religiosas sem, de alguma forma, externá-los de modo a se fazer

ouvido pela coletividade, seja com palavras de ordem, gritos, palmas, apitos, seja muitas vezes mediante o uso de aparatos sonoros, a exemplo de megafones e outros equipamentos de som.

O segundo ponto a ser destacado no *decisium* da Corte paranaense, que manteve a decisão do juízo de 1ª Instância de proibir as manifestações populares nos arredores da Superintendência da Polícia Federal, foi a tentativa anterior de harmonização do exercício do direito de reunião dos manifestantes com os direitos fundamentais colidentes dos terceiros, em especial o direito à livre locomoção¹⁷³, direito à segurança pública¹⁷⁴, direito coletivo ao bem-estar social¹⁷⁵ e direito fundamental à boa administração pública – decorrente do dever estatal de eficiência na prestação dos serviços públicos¹⁷⁶, *in casu* sob a ótica das atividades realizadas pela Polícia Federal.

Além de fazer referência expressa aos direitos fundamentais colidentes, o Acórdão do TJPR (2019, p. 04) destaca que a técnica da ponderação deve conduzir a atuação do Estado-Juiz para, na situação concreta, decidir qual(is) direito(s) deve(m) prevalecer, “devendo-se prestigiar, em qualquer caso, se possível for, a solução que seja capaz de fazê-los conviver harmonicamente, ainda que em graus diferenciados”.

E esta busca de uma solução capaz de conciliar e harmonizar o exercício dos direitos fundamentais colidentes foi levada a efeito pelo Poder Judiciário do Estado do Paraná, que, em anterior audiência conciliatória entre a liderança dos manifestantes e os terceiros afetados pelas manifestações, que contou com a participação e anuência de representantes do Ministério Público, Defensoria Pública e Ordem dos Advogados do Brasil, fixou as condições para a realização dos atos de protestos e vigílias dos manifestantes. Vale apontar aqui os termos do acordo firmado, *in verbis*:

Cláusula Primeira

Item 1. O Partido dos Trabalhadores e a Central Única de Trabalhadores assumem a obrigação de manter a manifestação conhecida como “Vigília Lula Livre – Bom dia Lula e Boa Noite Lula”

¹⁷³ CF/88, 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.

¹⁷⁴ CF/88, Art. 144. 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: [...]

¹⁷⁵ CF/88, art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

¹⁷⁶ CF/88, art. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...].

todos os dias da semana no horários das 09:00 às 9:30 e das 17:00 às 17:30, no cruzamento das ruas Guilherme Matter e Barreto Coutinho, sem a utilização de fogos de artifícios e de aparelhos de som. Item 2. Nas segundas e quintas-feiras a manifestação e Boa noite Lula será realizada no horário entre 17:00 e 19:00hs. Item 3. Não haverá qualquer tipo de manifestação em via pública nos sábados e domingos. Item 4. Também não haverá qualquer tipo de manifestação em qualquer dia da semana, fora dos horários acima especificados. Item 5. As reuniões sociais, culturais e políticas dos membros dos movimentos deverão ser realizadas obrigatoriamente nas áreas dos imóveis que foram locados para os mencionados fins, observado o respeito ao direito de vizinhança e as normas de conduta do Código de Postura Municipal. Cláusula Segunda. O Município de Curitiba, por manifestação da sua procuradora, Dra. Rosa Maria Pedroso, diz que não está aderindo a presente transação. Cláusula Terceira. Os agravantes, o agravado e os interessados resolvem de comum acordo suspender o curso do processo de Agravo de Instrumento e do processo de interdito proibitório que se encontra em primeiro grau pelo prazo de 60 dias. Cláusula quarta. Qualquer das partes poderá denunciar ao relator o descumprimento dos termos da presente transação. Uma vez comprovado o descumprimento fica automaticamente restabelecida a liminar anteriormente concedida nos autos de Agravo de Instrumento, bem como será retomado o curso regular do processo. Cláusula quinta. O Partido dos Trabalhadores e a Central Única dos Trabalhadores assumem a obrigação de viabilizar todos os esforços no sentido de comunicar aos demais movimentos “Pró-Lula” dos termos da presente transação, bem como solicitar os bons préstimos no sentido de fazê-la cumprir. Cláusula Sexta. Os movimentos “Movimento Brasil Livre” e “Curitiba Contra Corrupção, através da sua representante processual, assumem a obrigação de viabilizar todos os esforços no sentido de que os demais movimentos cumpram os termos da presente transação. Cláusula Sétima. Os representantes do Ministério Público manifestaram concordância com as cláusulas acima estabelecidas. A Defensoria Pública através do seu Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos também está de acordo com as cláusulas acima ajustadas. A ordem dos Advogados do Brasil, representada nesta sessão pelo Dr. Alexandre Salomão também manifestou concordância com os termos da transação [...] (TJPR, agravo de instrumento nº 20750-75.2018.8.16.000, termo de audiência de conciliação. 16 de julho de 2018).

Ocorre que os manifestantes não observaram o que foi acordado e, em razão disso, foram proibidas as manifestações populares nas vias públicas que circundam a Superintendência da Polícia Federal e incumbida a Polícia Militar de retirar das vias públicas:

Toda e qualquer pessoa que pratique, em qualquer dia e horário, atos ostensivos de manifestação (pró ou contra Lula) nas áreas descritas na inicial pelo Município de Curitiba, detendo-os em flagrante pela prática, em tese, de crime de desobediência, advertindo-os de que tal proibição fora anteriormente publicada em edital e jornal de grande circulação (TJPR, 17ª Câmara Cível – Apelação Cível nº 0020750-

Percebe-se, portanto, que houve uma tentativa concreta de harmonização do exercício democrático do direito fundamental de reunião e dos direitos fundamentais colidentes e que os termos do acordo judicial firmado, com a participação da liderança dos manifestantes, Ministério Público e Defensoria Pública, foi considerado razoável por todos, de modo que o seu descumprimento pelos manifestantes foi considerado como abuso de direito pelo Poder Judiciário paranaense, que só então proibiu as manifestações populares.

Aponte-se ainda que a proibição judicial das manifestações populares foi dirigida aos manifestantes contra e a favor do ex-Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, o que, pelo menos em tese, demonstra um afastamento ideológico do Poder Judiciário na análise do exercício do direito de reunião.

Nesse sentido, o Acórdão registra que, *in verbis*:

Não é a motivação da manifestação e vigília de tais pessoas por vários dias em vias e passeios públicos daquela localidade que interessa ao caso, mas sim as limitações ao exercício do direito constitucional à reunião e à liberdade de expressão e se eventual abuso de tais direitos, notadamente se malferirem outros direitos de idêntica estatura constitucional, assegura ao ente federado a tutela possessória requerida na inicial (TJPR, 17ª Câmara Cível – Apelação Cível nº 0020750-75.2018.8.16.0000. Curitiba, 2019. Relator: Desembargador Fernando Paulino da Silva Wolff Filho. J. 05 set).

No demais, o Acórdão fez o que não se viu em nenhuma outra decisão judicial aqui apresentada: um verdadeiro exercício ponderativo entre os direitos colidentes.

Alicerçado em suportes doutrinário e jurisprudencial, atento ao contexto fático das manifestações por ocasião levadas a efeito pelos manifestantes e da inaptidão do anterior acordo firmado em audiência conciliatória, o Acórdão do TJPR, fundamentada e racionalmente, expôs sistematicamente as razões da sua decisão. Pode-se até não concordar com o mérito da decisão, mas não é possível acusá-la de não fundamentada.

Por fim, têm-se que a análise dos julgamentos acima detalhados demonstra claramente que o Poder Judiciário brasileiro, capitaneado pela Suprema Corte Constitucional, não tem oferecido contribuições relevantes para a pacificação das polêmicas que envolvem as restrições ao exercício do direito fundamental de reunião.

Este *déficit* de jurisdição do Supremo Tribunal Federal e do Poder Judiciário como um todo contribui para que o desrespeito à ordem democrática e aos direitos fundamentais seja avolumado por decisões administrativas e judiciais arbitrárias e carentes de fundamentação constitucional.

O caráter pedagógico das decisões da Corte Constitucional e dos Tribunais para os demais órgãos do poder estatal e para a sociedade em geral avulta a necessidade de que os juízes – em especial os Ministros do Supremo Tribunal Federal – encarem de frente as controvérsias constitucionais que impactam no exercício dos direitos e na vivência democrática, *in casu* sob a ótica do direito fundamental de reunião.

Este cenário jurisprudencial reforça a tese suscitada neste trabalho, ou seja, de que a falta de uma legislação regulatória do exercício do direito de reunião constitui um prejuízo à tutela desta liberdade pública tão relevante no Estado Democrático de Direito.

5.5 A atuação da Força de Segurança nas reuniões públicas: a lei como parâmetro e limite

No contexto do Estado Democrático de Direito, as Forças de Segurança exercem um papel essencial na defesa e promoção dos direitos fundamentais. O compromisso das Forças de Segurança com os valores e fundamentos que sustentam o edifício democrático da República Federativa do Brasil é mandamento constitucional inarredável a servir de norte para conduzir toda a sua atuação. Não há democracia sem polícia e, o Estado Democrático de Direito, não há polícia se não houver absoluto compromisso e respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana.

É nesse sentido que Marcos Francisco Massó Garrote (2016, 22) afirma haver um ponto de partida a condicionar a atuação das Forças de Segurança diante das reuniões públicas:

La posible intervención de la autoridad gubernativa no es para controlar y en su caso prohibir sino de garantizar y respetar para que el derecho de reunión se realice en las mejores condiciones y respeto para los bienes y las personas afectadas.

Em homenagem ao princípio da separação dos poderes, no cumprimento desta sua missão constitucional de proteger e promover os direitos fundamentais, no caso

o direito fundamental de reunião, as Forças de Segurança devem cumprir e fazer cumprir as leis, sempre sob as luzes axiológicas da Constituição. Daí dizer-se que a atuação das Forças de Segurança, como da Administração Pública em geral, é legalmente condicionada.

Destarte, além de determinar procedimentos e medidas restritivas atinentes ao exercício do direito fundamental de reunião, a disciplina legislativa também deve servir de baliza para orientar o exercício da discricionariedade e o uso da força pela Polícia no exercício das suas atribuições de preservação da ordem e da segurança públicas frente à necessidade de concordância prática entre a manifestação e os direitos colidentes, mormente através do estabelecimento de *standards* restritivos o mais objetivos possíveis.

Este também é o entendimento exarado por Sérvulo Correia (2006, p. 97) ao asseverar que os *standards* legais devem orientar procedimentos policiais “suscetíveis de serem determinados através de um *raciocínio teórico-discursivo*” a ser levado a efeito pela autoridade administrativa.

Deve-se, de pronto, destacar que a atuação policial é uma atividade de caráter eminentemente jurídico, posto que, na maioria das vezes, é a Força de Segurança a primeira instituição pública responsável pela interpretação e aplicação do Direito para fins de organização e solução dos conflitos que permeiam a vida social; mas, como bem lembra Steevan Oliveira (2019, p. 26), “o momento no qual o Direito realiza-se por intermédio da instituição policial ainda é bastante desconhecido”.

O Direito não é só o formalismo da lei. O Direito não é só a abstração dos valores. O Direito é a síntese da dinâmica e complexa dialética entre fatos, valores e normas. Aquele que deixa de lançar atento olhar para a rua não é capaz de compreender e bem aplicar a norma jurídica. O Direito das teorias dos gabinetes e das estantes estáticas das bibliotecas não é outra coisa senão o maravilhoso mundo de Alice.

Na rua se produz o Direito. A Força de Segurança está na rua e, no embate da vida cotidiana – complexa, plural, instável e, muitas vezes, tomada pelo individualismo-possessivo que inunda de egoísmos a sociedade contemporânea – a Força de Segurança precisa interpretar e aplicar o Direito. E tudo isso se faz na fugacidade da moderna vida tecnológica, que não se apraz com a detida reflexão para a tomada decisão. Na rua, a decisão deve ser tão rápida quanto uma mensagem de *WhatsApp*, mas não se admitem erros de digitação e nem falhas no envio.

Parece evidente que a lei, por si só, não é capaz de dar solução adequada a todos os casos ou situações que podem ocorrer no curso da manifestação e daí a necessidade de se conferir margem de atuação discricionária à Força de Segurança para, diante das circunstâncias do caso concreto, determinar as cedências recíprocas exigidas para a concordância prática dos direitos em colisão.

Sem perder de mira a relevância do direito de reunião como instrumento democrático e, ao mesmo tempo, sem fechar os olhos para a complexidade concreta das reuniões, Sérvulo Correia (2006, p. 79) alerta para a necessidade e importância de um tratamento legislativo com maior nível de densidade normativa a disciplinar o tema, sem a pretensão, por evidente, de fechar todas as variáveis fenomênicas.

Nesse contexto, vale a advertência de Laura Huerga e Blanca Busquets¹⁷⁷ (2018, p. 30) acerca dos riscos que o excesso de discricionariedade conferido por textos normativos abertos pode gerar para o exercício do direito fundamental de reunião e manifestação, *in verbis*:

La discrecionalidad policial es la posibilidad de interpretación de la ley por parte del policía. Como el texto de la ley es vago y abierto, el policía lo interpreta e sanciona según su lectura, que puede ser interesada, como parte de un conflicto.

E não há texto mais aberto do que aqueles que albergam os princípios constitucionais.

A incerteza durante as manifestações restringe o seu exercício pelo medo causado pelas interpretações e conseqüentes sanções em razão dos atos praticados. O medo e a incerteza são desmobilizadores. Nesse sentido, a fala de Laura Huerga e Blanca Busquets (2018, p. 136), *in verbis*:

No sabemos con mucha seguridad las acciones que son “legales” o no cuando nos manifestamos, si podemos hacer una foto, si podemos subir a las redes sociales el vídeo de una carga policial, si nos podemos quejar de las acciones de la policía.

Destarte, de forma alguma a complexidade concreta das reuniões pode conduzir à conclusão de que a lei se torna desnecessária ou mesmo inconveniente

¹⁷⁷ Na obra “*Tú, cállate!*: sobre el derechos a la libertad de expresión y manifestación”, as autoras denunciam o uso político-ideológico da Lei Orgânica nº 04/2015 (Lei de Segurança Cidadã), da Espanha, em face das manifestações e protestos populares. As denúncias não se dirigem exclusivamente à atuação das Forças Policiais, mas também atingem o Poder Judiciário daquele país (HUERGA; BUSQUETS, 2018).

por limitar a atuação administrativa. Na verdade, é a junção destes dois elementos – legalidade e discricionariedade – que vai conduzir à melhor solução possível no caso concreto: a lei que estabelece procedimentos, medidas e *standards* restritivos capazes de guiar, orientar e parametrizar o exercício da discricionariedade administrativa sob as luzes da proporcionalidade.

Não se deve negar que haverá, no caso concreto, situações em que nenhuma das medidas interventivas previstas na lei se mostre adequada e proporcional para o deslinde do conflito de direitos fundamentais. Nestes casos é que a Força de Segurança deverá se valer dos *standards* legais para decidir sobre as medidas restritivas a adotar naquele caso.

A desconfiança no trabalho policial não pode sustentar o afastamento da discricionariedade do âmbito das suas decisões e, em sentido inverso, a falta de limites e critérios – os mais objetivos possíveis – abre um perigoso espaço para a arbitrariedade. É necessário buscar o equilíbrio.

Não se pode perder de vista que, sob a égide do Estado Democrático de Direito, a Força de Segurança tem como dever inarredável a defesa do Estado e das instituições democráticas, o que, por evidente, congloba a proteção e promoção das liberdades públicas, centradas na dignidade da pessoa humana. Dentre estas, alinha-se a liberdade de reunião.

Por isso, é preciso reconhecer o caráter prestacional da proteção estatal que decorre da dimensão objetiva do direito fundamental de reunião e que, por isso, exige uma postura “amistosa” da Força de Segurança para a garantia do escoamento desenvolvimento da manifestação (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 640).

Nesse sentido, o art. 272 da Constituição portuguesa, *in verbis*:

CRP, art. 272 -1. A polícia tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos. 2. As medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário. 3. A prevenção dos crimes, incluindo a dos crimes contra a segurança do Estado, só pode fazer-se com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. 4. A lei fixa o regime das forças de segurança, sendo a organização de cada uma delas única para todo o território nacional.

A Constituição portuguesa determina expressamente que a Polícia deve defender a legalidade democrática e os direitos dos cidadãos, devendo atuar sempre com proporcionalidade – “estritamente necessário” – no cumprimento da sua missão.

A atuação da Força de Segurança deve se desenvolver com respeito aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Para Peter Häberle (2003, p. 32) a atuação da Força de Segurança não pode ser compreendida apenas sob a perspectiva do interesse público, sendo que sua missão é a de proteger o indivíduo e a comunidade frente às ameaças de violações de direitos e da ordem, situando-se assim no entrecruzamento entre o interesse público e os interesses individuais.

De outro modo, adverte, “la libertad garantizada por el derechos fundamental del individuo quedaría sin objeto en la vida social, no sería una liberrtad real, yla libertad y el orden constituíne una ‘couple nécessaire’ (Hauriou)” (HABERLE, 2003, P. 33).

No Brasil não é diferente. As Forças de Segurança brasileiras estão inseridas no Título V da Constituição Federal de 1988, destinado à arquitetura constitucional da “Defesa do Estado e das instituições democráticas”, com o que reafirmam o seu compromisso com os direitos fundamentais. Fica claro assim que a Força de Segurança é uma polícia de proteção de pessoas.

Daí porque se pode afirmar que Polícia e democracia são irmãs siamesas. Não há possibilidade de vida democrática sem a atuação da Polícia para a garantia da ordem pública necessária para o gozo dos direitos fundamentais e, de outro lado, hodiernamente não se pode conceber que atuação policial não esteja incisivamente comprometida os valores democráticos, notadamente com o respeito, defesa e promoção dos direitos humanos.

Discorrendo sobre a importância da polícia para a democracia, Herman Goldstein (2003, p. 13) escreve que:

[...] para manter o grau de ordem que torna possível uma sociedade livre, a democracia depende de maneira decisiva da Força de Segurança [...] o vigor da democracia e a qualidade de vida desejada por seus cidadãos estão determinados em larga escala pela habilidade da polícia em cumprir suas obrigações.

A prosseguir, têm-se, pois, que este tratamento legislativo com maior nível de densidade normativa serviria a dois propósitos. O primeiro deles seria estabelecer, em favor da liberdade de reunião, organizações e procedimentos necessários ao correto exercício do direito e, com isso, reduzir os espaços da discricionariedade da Força de Segurança (e judicial) na avaliação dos fatos que justificariam a proibição

e a dissolução da manifestação. O segundo seria o de conferir maior segurança e legitimidade à decisão da Força de Segurança, a partir do estabelecimento de regras e critérios mais objetivos (e públicos) para orientar o processo decisório.

Insista-se: é evidente que a lei não esgotará as possibilidades de conflitos e suas respectivas soluções, mas conferirá parâmetros para a atuação da Força de Segurança. Diante da ausência da previsão legal (e na aplicação dela), a Força de Segurança pode (e deve) agir com fundamento na cláusula geral do princípio da proporcionalidade.

Já foi visto que, a partir de 2013, várias manifestações populares tomaram as ruas, avenidas, rodovias e outros espaços públicos em todo o Brasil. A insatisfação com a agenda política e, sobretudo, o combate à corrupção pública foram e têm sido as molas propulsoras deste levante social.

No Estado de São Paulo, as manifestações populares atingiram números elevadíssimos e, infelizmente, nem sempre os protestos transcorreram de forma pacífica. Apenas no ano de 2018, conforme dados estatísticos da PMESP, ocorreram 3.425 manifestações públicas no Estado de São Paulo com a participação de 1.681.364 participantes.

Destas manifestações, 3.422 contaram com a presença da Polícia Militar para a proteção/promoção do direito fundamental de reunião e preservação da ordem e segurança públicas. Em relação aos horários, 1472 ocorreram no período da manhã, 1283 à tarde, 382 à noite e 285 durante a madrugada. Em 805 manifestações houve a interdição de vias públicas e, em 240, ocorreu a necessidade da intervenção policial para o restabelecimento da ordem pública quebrada pela atuação de manifestantes violentos, culminando em 34 civis (1/ 49.451 manifestantes) e 11 policiais militares feridos. No total, 261 pessoas foram detidas por violações legais.

Diante deste cenário e com vistas ao cumprimento da sua atribuição constitucional de preservação da ordem e da segurança públicas com vistas à garantia do exercício dos direitos fundamentais pelas pessoas, a Polícia Militar do Estado de São Paulo (PMESP), a partir da sua experiência concreta na execução do policiamento preventivo nas manifestações populares, criou uma série de procedimentos para orientar a sua atuação nestes atos.

No âmbito institucional da PMESP, a partir de 2017, a atuação policial nas manifestações populares é regulada pelo Procedimento Operacional Padrão (POP): 4.06.01, que foi revisado e atualizado em 2019.

Observa-se, desde logo, que os procedimentos operacionais descritos no POP:4.06.01 denotam o compromisso institucional com a garantia, a um só tempo, do exercício do direito fundamental de reunião e da ordem pública, o que, aliás, vêm expresso no texto ao discorrer sobre os motivos da presença da Polícia Militar no ato (PMESP, 2019b, p. 08).

A atenção destinada ao esboço planejamento da operação policial nas manifestações é revelada já nas primeiras linhas do POP ao serem descritas as “atividades críticas” (PMESP, 2019b, p. 02) que merecem atenção do comandante do policiamento.

O planejamento operacional adequado é indispensável para o sucesso da atuação policial nas manifestações populares. A deficiência no planejamento operacional, que muitas vezes decorre da falta de informações e de tempo adequados, é um grave e sério sinal de que o transcurso da manifestação pode não ser aquele esperado e desejado por todos.

Daí porque o POP: 4.06.01 (PMESP, 2019b, p. 02) estabelecem as seguintes atividades críticas que merecem a atenção do comandante do policiamento: (i) disponibilidade de tempo para realizar o planejamento; (ii) estimativa de pessoas que participarão da manifestação, tempo de duração, motivação e grau de animosidade dos manifestantes; (iii) identificação das características do local do evento e das vias de acesso e dispersão; (iv) pontos críticos que podem ser alvo de vandalismos; (v) estimativa do número de policiais e equipamentos necessários para a garantia do exercício do direito de reunião e da ordem e segurança públicas; (vi) definição da forma de atuação policial no transcurso da manifestação; (vii) contato com a liderança da manifestação, órgãos de imprensa e outros órgãos de apoio para que possam participar da reunião prévia.

O prazo mínimo estimado para que o planejamento operacional possa ser elaborado é de 05 dias úteis (PMESP, 2019b, p. 02). Todavia, diante da possibilidade de ausência de aviso prévio por parte da liderança do movimento, é necessário que o policiamento local esteja atento às informações que circulam nas redes sociais e nas ruas da sua área de atuação para identificar eventuais manifestações programadas.

Outro ponto a ser destacado é a designação de reunião prévia com a liderança do movimento, órgãos de imprensa e outras entidades públicas e privadas para o planejamento da ação conjunta. Determina-se assim que o comandante do policiamento (PMESP, 2019b, p. 3) deverá:

Convidar as lideranças (organizadores), órgãos de imprensa, entidades públicas e privadas para reunião prévia, com a finalidade de planejar uma ação conjunta, sendo que ao final da reunião deverá ser elaborada ata que será assinada por todos os presentes.

A gestão da ordem e da segurança públicas, dos manifestantes e dos não manifestantes, não é um dever incumbido exclusivamente à Força de Segurança. A partilha das responsabilidades entre todos os órgãos públicos e privados envolvidos é fundamental para que a manifestação tenha um transcurso pacífico e ordeiro, que permita aos manifestantes emitirem suas reivindicações, críticas, protestos e ideias e, ao mesmo tempo, aos não manifestantes exercerem seus direitos no espaço público.

Sob esta inspiração de gestão democrática da atividade policial nas manifestações populares, o Comando de Policiamento de Área Metropolitana – 1 (CPA/M-1)¹⁷⁸ emitiu a Nota de Instrução nº CPA/M1-001/31/19, de 18 de janeiro de 2019, para regular a atuação de “mediação em manifestações públicas” no âmbito do CPA/M-1, assim definida (PMESP, 2019a, p. 01) como:

Um instrumento efetivo de pacificação social, solução e prevenção de litígios, consistindo em um método consensual de solução de conflitos, evitando a desordem pública, por meio do diálogo, garantido, desta maneira, a promoção e exercício da cidadania/democracia e facilitando, por conseguinte, a realização das manifestações de forma pacífica.

A referida Nota de Instrução (PMESP, 2019a, p. 03) prevê a existência de uma equipe de mediações em manifestações, cuja finalidade “repousa na essência da mediação de conflito”. Esta equipe é liderada pelo “policial mediador”, que deve possuir “conhecimento específico sobre negociação e gerenciamento de crises”.

Na busca de aprimorar os seus procedimentos, a Polícia Militar do Estado de São Paulo, por intermédio do CPA/M-1, firmou uma parceria com o Instituto “Sou da Paz”¹⁷⁹, que participa ativamente das reuniões prévias para planejamento das operações policiais por ocasião das manifestações populares.

¹⁷⁸ O CPA/M-1 é responsável pelas atividades de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública na região central da cidade de São Paulo, incluindo a Avenida Paulista, que é palco de inúmeras manifestações populares na capital paulista.

¹⁷⁹ Conforme relato do Sr. Ivan Marques (2019, p. 07), Diretor Executivo do Instituto “Sou da Paz”, a parceria entre a Polícia Militar do Estado de São Paulo e o Instituto “Sou da Paz” teve início no ano de 2017, nas dependências da Academia de Polícia Militar do Barro Branco.

Através desta parceria, em 2019, foi realizado, na cidade de São Paulo, o “Seminário Internacional de Segurança Pública e Gestão da Atividade Policial – Protestos Seguros”, que contou com diversos workshops e palestras, dentre as quais se destacam as seguintes participações: (i) da Superintendente Chefe da Polícia Metropolitana de Londres, Timothy Ruprecht, que discorreu sobre a atuação da Polícia londrina nos protestos populares; (ii) do Coronel de Polícia Militar Temístocles Telmo Ferreira Araújo, que palestrou sobre a experiência e boas práticas do CPA/M-1 no policiamento de manifestações públicas; (iii) do Sr. Bruno Langeani, do Instituto “Sou da Paz”, que dissertou sobre a sua experiência na gestão das manifestações populares em parceria com a Polícia Militar do Estado de São Paulo; (iv) da policial londrina Constable Rebecca McKeown, que relatou a experiência das Polícia Metropolitana de Londres na mediação em manifestações públicas; (v) da professora Jacqueline Muniz, da Universidade Federal Fluminense, que trouxe o tema do policiamento em manifestações sociais e seus desafios; (vi) do Capitão da Polícia Militar de Minas Gerais Steevan Oliveira, que dissertou sobre a tomada de decisão em manifestações públicas; (vii) do Coronel de Polícia Militar Marcelo Viana, Coordenador Operacional da Polícia Militar do Estado de São Paulo, que discorreu sobre o planejamento operacional estratégico para a realização de protestos seguros; (viii) do Coronel da Polícia Militar do Distrito Federal Leonardo Sant’Anna, do Tenente Coronel de Polícia Militar Emerson Massera Ribeiro e do Tenente de Polícia Militar Diogo Perdigão, que apresentaram um relevante painel sobre o tema da comunicação em protestos e relações com a imprensa.

A pluralidade dos temas e dos palestrantes, que, para além de policiais militares paulistas, envolveram a sociedade civil, a comunidade acadêmica e autoridades internacionais, com experiência na temática das manifestações populares, denota a relevância do tema para a democracia e o compromisso institucional da Polícia Militar com a garantia dos protestos seguros.

A iniciativa do Comando de Policiamento de Área Metropolitano – 1 apresentou resultados positivos. No ano de 2019, ocorreram 1252 manifestações populares na região central da cidade de São Paulo e houve quebra da ordem pública e necessidade de intervenção policial apenas em 08 casos. No Estado de São Paulo, em 2018, houve necessidade de intervenção policial na proporção de 1/14 manifestações; enquanto isto, em 2019, na região central da capital paulista, a proporção de intervenção policial nas manifestações populares foi de 1/156.

Parece ser evidente que, para além dos procedimentos operacionais empregados pelo CPA/M-1 na gestão e policiamento nas manifestações populares ocorridas na região central da cidade de São Paulo, outros fatores podem ter contribuído pelo baixo índice de quebra da ordem pública que exigisse a intervenção policial direta, *v.g.*, o objeto e a finalidade das reuniões. Mas isto não foi averiguado nesta pesquisa.

De todo modo, não se pode olvidar que o compromisso democrático de todos os envolvidos na realização e gestão dos protestos seguros, a incluir a Força de Segurança, Órgãos Públicos, Sociedade Civil organizada e manifestantes, é um caminho a ser seguido para a partilha plural e democrática do espaço público como *locus* da vivência democrática e cidadã.

5.6 A disciplina jurídico-legal do direito fundamental de reunião

O presente tópico analisará, de maneira específica, a inconsistência da vedação à disciplina legislativa do direito fundamental de reunião e, em seguida, serão apresentados os parâmetros que, na visão do autor, devem orientar a elaboração da lei reguladora do exercício da liberdade de reunião.

Não se pode assentir com aqueles que defendem que a disposição do inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal prevê todos os elementos suficientes para o exercício concreto e pleno do direito fundamental de reunião, sobretudo diante da sua colisão com os direitos fundamentais de terceiros na partilha democrática do espaço público.

Este é o entendimento exposto, por exemplo, pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Brito (STF, 2007, p. 394) ao proferir o seu voto no julgamento da ADI nº 1969/99 e defender que “a Constituição brasileira [de 1988] é tão enfática e comprometida com a liberdade de reunião, que chega a ser regulamentar”.

Têm-se, conforme já se desenvolveu neste trabalho¹⁸⁰, que este posicionamento tem como raiz a adesão de boa parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras à superada teoria da aplicabilidade das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva (1968) que, ao discorrer sobre as normas constitucionais de

¹⁸⁰ Conforme item 3.5 *supra*.

eficácia plena e aplicabilidade imediata, não admite, em face da ausência de reserva legal expressa, a incidência de lei para a disciplina do exercício do direito fundamental.

Conforme visto acima, a possibilidade de restrições legais ao direito de reunião é admitida nos principais documentos internacionais de direitos humanos e nas ordens constitucionais dos países sul americanos, dos países da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa e na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.

Mesmo diante da omissão de reserva legal expressa na Constituição da Espanha, a Lei Orgânica nº 09/1983 traz extensa disciplina acerca do exercício do direito fundamental de reunião nos locais públicos. A Lei Orgânica nº 04/2015, que discorre sobre a proteção à segurança cidadã, também dedica dois dispositivos (arts. 23 e 24) à disciplina do exercício do direito fundamental de reunião e manifestação na Espanha.

No âmbito da doutrina portuguesa, mesmo de igual omissão textual no art. 45 da Constituição de Portugal, o Decreto-Lei nº 406/74 disciplina o exercício do direito fundamental de reunião.

A este respeito, Sérvulo Correia (2006, p. 62) assevera que:

Não se compreenderia que o direito de manifestação, embora consagrado no texto constitucional sem autorização de lei restritiva, não pudesse ser restringido por lei, já que este direito se encontra sujeito não apenas aos limites da “não violência”, mas também aos limites resultantes da necessidade de proteção do conteúdo juridicamente garantido dos direitos dos outros, como, por exemplo, do direito de deslocação.

Outro não é o entendimento de António Francisco de Sousa (2011, p. 176) ao advertir que:

As ingerências na liberdade de reunião e de manifestação apenas devem ter lugar por lei ou com base numa lei. Essa limitação deve-se ao significado fundamental que a liberdade de reunião e de manifestação ostenta no Estado de Direito Democrático.

Não se está com isto a defender que somente o legislador possa determinar, com rigor, precisão e taxatividade, as medidas restritivas que devem incidir sobre o exercício do direito de reunião. Bem se sabe que, por mais previdente e competente que seja, o legislador não é capaz de sintetizar nas letras da lei todas as nuances que integram a complexidade da vida plural e complexa nas sociedades democráticas.

Mas igualmente não é crível, sob os influxos do Estado Democrático de Direito, negar ao legislador a competência e legitimidade para reger o exercício de um direito tão relevante para a vivência democrática. Cada um dos poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm a sua parcela de competência e dever de respeito, proteção e promoção para a efetividade dos direitos fundamentais. Não há – ou não deve haver – disputa de poder, mas partilha de responsabilidades e atribuições constitucionais.

Como bem aponta Sérvulo Correia (2006, p. 111-112, grifo do autor), o âmbito de garantia efetiva do direito fundamental de reunião deve ser o resultado de uma sobreposição das práticas legislativa, administrativa e jurisdicional, *in verbis*:

No *tecido legislativo*, quatro realidades devem ser levadas em conta para uma determinação do *âmbito de garantia efectiva*: a) elenco de medidas restritivas; b) o feixe de *standards* finalísticos justificativos da efectivação de restrições nos casos concretos; c) o âmbito e a intensidade das restrições estatutárias e, d) o delineamento dos meios jurídicos destinados à satisfação do dever estatal de proteção da liberdade de manifestação.

Enquanto, com verniz democrático, se nega a disciplina legal do direito fundamental de reunião sob o argumento de que a posição jusfundamental de proteção não pode ser restringida pelo legislador, o que se tem, muito ao contrário, é a busca de estratégias camufladas para regular o exercício do direito de reunião.

E o perigo é que este desvio para burlar a suposta vedação constitucional à intervenção legislativa acaba por deixar vulnerável aquilo que discursivamente se queria proteger, já que há a fuga dos mecanismos de controle constitucional das intervenções estatais no âmbito de proteção do direito fundamental de reunião.

É o que ocorreu com a inclusão do art. 253-A no Código de Trânsito Brasileiro. Por ocasião da greve dos caminhoneiros de 2015, a Presidente do Brasil Dilma Rousseff (PT) editou a MP nº 699/15 com evidente intuito de impedir os atos de protestos dos motoristas e desarticular o movimento grevista. A MP foi aprovada pelo Congresso Nacional e convertida na Lei nº 13.281/2016.

O art. 253-A do Código de Trânsito Brasileiro é a infração mais gravemente punida entre todas as tipificadas no estatuto viário, *in verbis*:

Art. 253-A. Usar qualquer veículo para, deliberadamente, interromper, restringir ou perturbar a circulação na via sem autorização do órgão ou entidade de trânsito com circunscrição sobre ela: Infração - gravíssima; Penalidade - multa (vinte vezes) e suspensão do direito de

dirigir por 12 (doze) meses; Medida administrativa - remoção do veículo. § 1º Aplica-se a multa agravada em 60 (sessenta) vezes aos organizadores da conduta prevista no *caput*. § 2º Aplica-se em dobro a multa em caso de reincidência no período de 12 (doze) meses. § 3º As penalidades são aplicáveis a pessoas físicas ou jurídicas que incorram na infração, devendo a autoridade com circunscrição sobre a via restabelecer de imediato, se possível, as condições de normalidade para a circulação na via.

O poder intimidatório da estratégia governamental vai além das pesadas multas atribuídas aos motoristas que participassem da manifestação R\$ 5.869,40 (cinco mil, oitocentos e sessenta e nove reais e quarenta centavos) e aos organizadores R\$ 17.608,20 (dezesete mil seiscentos e oito reais e vinte centavos) para atingir o próprio direito fundamental ao trabalho dos motoristas, já que há imposição cumulativa da penalidade de suspensão do direito de dirigir pelo período de 12 meses. Na hipótese de reincidência, a pena de multa é aplicada em dobro ao motorista R\$ 11.738,00 (onze mil setecentos e trinta e oito reais) e a suspensão do direito de dirigir passa a ser pelo período de 24 meses.

Na justificativa da MP, não há qualquer referência ao direito fundamental de reunião. O art. 5º, XVI da Constituição Federal não é lembrado e muito menos é levada em conta a retórica de que é proibida a intervenção legislativa na ausência de reserva legal expressa. Os mecanismos de controle constitucional da intervenção estatal no âmbito de proteção da liberdade pública democrática não são disparados.

Vale a pena transcrever um trecho da justificativa que sustentou a publicação da MP nº 699/15, *in verbis*:

Ao instituir essa nova infração, a proposta visa promover desincentivo à prática intencional de ações que ocasionem prejuízos a uma municipalidade ou região, ou prejudiquem as relações comerciais regionais ou internacionais, cuja efetivação envolva o transporte de bens pelas vias terrestres brasileiras. [...] A urgência desta medida se justifica pela necessidade de pronta resposta do Estado para coibir administrativamente a prática dessas atividades danosas à coletividade.

A referência expressa à intenção de se promover, com a publicação da MP nº 699/15, o “desincentivo” às manifestações populares, que são referidas como “danosas à coletividade”, o Governo Federal não se preocupou nem um pouco com o respeito ao exercício da liberdade fundamental-democrática de reunião.

Enquanto os teóricos repousam no berço esplêndido das suas rebuscadas e retóricas abstrações, o poder autocrático se aproveita dos espaços e oportunidades

concretas para, sem qualquer receio ou freio, se rebelar contra os direitos fundamentais.

De outro lado, os projetos de lei que visam disciplinar o exercício do direito fundamental de reunião encontram-se parados nas gavetas do Congresso Nacional, conforme se observou em pesquisa realizada nos sites de internet do Senado Federal e da Câmara dos Deputados utilizando como parâmetro de pesquisa a expressão “direito de reunião”.

No site do Senado Federal não foi localizado nenhum Projeto de Lei em trâmite. O PL do Senado (PLS) nº 271/2013, de autoria do senador Vital do Rêgo (MDB/PB), que tinha por finalidade estabelecer critérios para o uso progressivo da força e de armas de fogo pelos agentes de segurança pública, foi arquivado no dia 10 de novembro de 2017 com base no parecer da Comissão de Constituição e Justiça do Senado pela prejudicialidade do projeto.

O PLS nº 271/2013, alicerçado na excepcionalidade do uso da força e da solução pacífica dos conflitos, propunha que o uso da força e de armas de fogo contra manifestantes só poderia ser feito em caso de abuso do direito de reunião e que os órgãos de segurança pública deveriam manter um gabinete de gestão de crise, com designação prévia de autoridade de comando e formação de equipe tática, responsável por fazer frente a situações de distúrbio civil ou outros tipos de crises e estabelecer negociação para normalizar a situação e evitar o uso da força ou de armas de fogo.

No site da Câmara dos Deputados foram encontrados 32 projetos de lei (PL) com o parâmetro de pesquisa “direito de reunião”, sendo que 15 estão arquivados e 17 em tramitação. Destes 17 projetos em trâmite, 07 foram propostos em 2019, 04 em 2017, 02 em 2014, 02 em 2013, 01 em 2011 e 01 em 2002.

Os deputados federais do Estado de São Paulo são os que mais apresentam projetos de lei sobre o direito de reunião, totalizando 05 projetos. Os parlamentos do Estado do Rio de Janeiro apresentaram 03 propostas, os deputados federais dos Estados de Minas Gerais, Mato Grosso e Pernambuco propuseram 02 projetos de lei cada um e os dos Estados do Amazonas, Bahia, Paraíba, Santa Catarina e Distrito Federal apresentaram 01 Projeto de Lei cada.

Em relação aos partidos políticos dos parlamentares proponentes foram registrados 03 projetos de lei apresentados por deputados federais do PT, 02 do

PODEMOS, 02 do PSD, 01 do PSDB, 01 do PSL, 01 do PMDB, 01 do PR, 01 do PTB, 01 do PV, 01 do PCdoB, 01 do PSB, 01 da REDE e 01 do PDT.

O PL nº 6928/2002, de autoria da deputada federal Vanessa Grazziotin (PCdoB/AM), propõe a criação de um “Estatuto para o exercício da Democracia Participativa” e, no seu artigo 2º, reconhece o exercício do direito de reunião como um instrumento de democracia participativa, sem, contudo, trazer qualquer disciplina jurídico-legal sobre o seu exercício.

O deputado federal Roberto de Lucena (PV/SP) propõe, através do PL nº 2715/2011, a disciplina legal da decretação do Estado de Defesa e do Estado de Sítio. No art. 7º, I do PL é feita referência (genérica) à possibilidade de restrição ao direito de reunião durante o Estado de Defesa, sem qualquer outro detalhamento. No art. 28, ao discorrer sobre o Estado de Sítio, o Projeto de Lei estabelece que o direito de reunião poderá ser suspenso nos casos (i) de epidemia, pandemia ou propagação de vetores desconhecidos de doenças, que coloquem em risco a saúde pública e (ii) de sublevação que coloque em grave risco a estabilidade institucional.

Com as justificativas de que é responsabilidade dos pais zelarem pelos cuidados com suas crianças e adolescentes e de que alguns docentes se mostram irresponsáveis ao aderirem a manifestações, protestos ou reuniões públicas durante o turno escolar, o deputado federal Hélio Lopes (PSL/RJ) apresentou o PL nº 5854/2019 para alterar a Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) com o objetivo (i) de proibir a participação de estudantes menores de 16 anos, durante o horário de aula, em tais eventos e (ii) condicionar a participação destes menores em manifestações, protestos ou reuniões públicas, fora do horário escolar, a autorização escrita dos pais ou responsáveis legais, contendo a motivação, local, data e horário do evento.

Os projetos de lei nº 8770/2017, de autoria do deputado federal Eduardo Cury (PSDB/SP), e nº 5327/2019, do deputado federal José Medeiros (PODEMOS/MT), buscam a criminalização de atos associados às manifestações populares.

O PL nº 8770/2017 propõe a inclusão do art. 261-A no Código Penal Brasileiro para tipificar a conduta de “expor a perigo veículo terrestre, próprio ou alheio, ou praticar qualquer ato, desde que ilegal, tendente a impedir ou dificultar o transporte terrestre em estradas e rodovias”, punido com pena privativa de liberdade de reclusão de 02 a 05 anos, além da pena de multa. Se do fato resulta desastre, a pena privativa de liberdade passa a ser de reclusão de 04 a 12 anos.

Através do PL nº 5327/2019, o deputado federal José Medeiros propõe o acréscimo do § 3º do art. 2º da Lei nº 13.260,2016, que tipifica o crime de terrorismo e reformula o conceito de organização criminosa.

O art. 2º da Lei nº 13.260/2016 estabelece:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

§ 1º São atos de terrorismo:

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

II – (VETADO);

III - (VETADO);

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.2º

O § 2º do art. 2º da Lei nº 13.260/2016 excepciona das condutas tipificadas no §1º as ações individuais ou coletivas de protesto, crítica ou apoio a propósitos sociais ou reivindicatórios praticadas durante manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou categoria profissional.

O acréscimo do §3º ao art. 2º da Lei nº 13.260/2016, proposto no PL nº 5327/2019, tem por finalidade excluir a regra de exceção do § 2º nos casos de “abuso do direito de articulação de movimentos sociais”, *in verbis*:

§ 3º O disposto no § 2º não se aplica aos casos de abuso do direito de articulação de movimentos sociais, voltado a dissimular a natureza dos

atos de terrorismo, quando provocarem o terror social, a distribuição de bens públicos e privados e quando os seus integrantes estiverem armados, colocando em risco a paz pública.

A proposta foi apensada ao PL nº 5065/2016¹⁸¹, de autoria do deputado federal Edson Moreira (PR/MG), que se encontra aguardando parecer na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado da Câmara dos Deputados.

Em sentido oposto, sob a epígrafe de que “lutar contra as injustiças não é crime”, os deputados federais Amauri Teixeira (PT/BA), Erika Kokay (PT/DF), Fernando Ferro (PT/PE) e Renato Simões (PT/SP) apresentaram o Projeto de Lei nº 7951/2014, com o objetivo de conceder anistia, anular e revogar condenações, ações penais e inquéritos policiais contra pessoas e lideranças dos movimentos sociais, sindicais e estudantis que participaram de greves, ocupações de fábricas, ocupações de terras, ocupações de escolas, manifestações e atividades públicas, no período compreendido entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 (05/10/1988) e a promulgação do Projeto de Lei proposto, além de revogar a Lei de Segurança Nacional.

Buscando disciplinar o exercício em si do direito de reunião, foram encontrados os projetos de lei nº 5964/2013, nº 6532/2013, nº 7158/2014, nº 7637/2017 e nº 1513/2019.

O PL nº 5964/2013, de lavra do deputado federal Rogério Peninha Mendonça (PMDB/SC), trata do uso de máscara ou outro meio de dissimulação que dificulte a identificação de pessoas em locais públicos e os permite durante manifestação popular pacífica, ressalvando a abordagem policial no caso do manifestante estar “cometendo ou incitando atos de incivilidade ou que configure infração penal, com prejuízo para terceiro ou para o patrimônio público”.

O PL nº 1513/2019 foi proposto pelo deputado federal Carlos Veras (PT/PE) e intenta a alteração da Lei nº 13.060/2014¹⁸² para garantir a proteção à vida, à incolumidade das pessoas e aos direitos de livre manifestação do pensamento e de reunião no contexto de manifestações públicas.

¹⁸¹ O PL nº 5065/2016 foi apresentado pelo deputado federal delegado Edson Moreira (PR/MG) e propõe nova redação ao art. 2º e outros dispositivos da Lei nº 13.260/2016. Entre outras alterações, o projeto quer incluir, no caput do art. 2º, que define “terrorismo”, a motivação ideológica, política, social e criminal.

¹⁸² A Lei nº 13.060/2014 disciplina o uso dos instrumentos de menor potencial ofensivo pelos agentes de segurança pública, em todo o território nacional.

Em síntese, o projeto estabelece que o uso da força deve ser progressivo, pontual e dependente de prévia autorização, expressa e formal, do chefe do Poder Executivo ao qual estiver subordinada a Força de Segurança; produção e publicação de relatórios pormenorizados das operações em que haja uso da força; proibição de dispersão ou repressão de manifestações com base na ausência ou incompletude do aviso prévio; e garantia de especial proteção aos órgãos de imprensa, advogados, observadores de direitos humanos e profissionais de segurança pública presentes no evento.

Por fim, o PL nº 6532/2013, de autoria da deputada federal Eliene Lima (PSD/MT), o PL nº 7158/2014, do Deputado Federal Inocêncio de Oliveira (PR/PE) e o PL nº 7637/2017, apresentado pela deputada federal Cristiane Brasil (PTB/RJ), buscam disciplinar o exercício do direito fundamental de reunião.

Em comum, os três projetos (i) repetem os requisitos constitucionais para o exercício do direito de reunião; (ii) proíbem o uso de máscara ou outro meio que dificulte a identificação do rosto da pessoa; (iii) exigem o aviso prévio à autoridade pública, excetuando-se a hipótese de reuniões convocadas pela internet com antecedência igual ou superior a 48 horas; e (iv) consideram armas para fins da vedação constitucional, além das armas próprias, os bastões, tacos,

De modo específico, o PL nº 6532/2013 estabelece que as manifestações que reunirem mais de mil pessoas devem acontecer em locais abertos e determina que a intervenção da Força de Segurança só ocorrerá para garantir o caráter pacífico e sem armas da reunião, para garantir o direito constitucional a outra reunião anteriormente agendada para o local e avisada à autoridade competente, para impedir o uso de máscara ou similar e para a defesa das pessoas e do patrimônio público e privado.

O PL nº 7158/2014 estabelece que a autoridade competente para receber o aviso prévio, que será feito por “qualquer meio eficaz”, será a Secretaria de Justiça ou de Segurança Pública, ou ainda a delegacia de polícia em cuja circunscrição se realize ou inicie a reunião pública.

Por fim, o PL nº 7637/2017 prescreve que viola o caráter pacífico da reunião “a quebra de barreiras, a invasão de propriedades públicas e privadas e sua deterioração, a interrupção total do trânsito de veículos e/ou pessoas, o uso de barricadas para impedir o trânsito de veículos e/ou pessoas, agressão, violência e a ameaça física”, sujeitando-se os autores à legislação penal vigente.

Interessante sanção é prevista para o caso manifestações não pacíficas levadas a termo por grupos que recebam receita proveniente de fundos públicos. O art. 3º, §1º prevê que, neste caso, haverá a suspensão da receita por 01 mês e, no caso de reincidência, a suspensão tornar-se-á definitiva e o grupo somente poderá voltar a receber recursos públicos de qualquer natureza após 05 anos.

Em relação ao aviso prévio, o PL nº 7637/2017 determina que seja direcionado à delegacia da Polícia Civil, ao batalhão da Polícia Militar, ao Departamento de Trânsito e ao Corpo de Bombeiros.

A exemplo do PL nº 6532/2013, o PL nº 7637/2017 também subordina a intervenção policial à preservação do caráter pacífico e sem armas da reunião, à garantir do direito constitucional a outra reunião anteriormente agendada para o local e avisada à autoridade competente, ao impedimento ao uso de máscara ou similar e para a defesa das pessoas e do patrimônio público e privado.

De modo geral, o que se observa nos projetos de lei em trâmite é que, apesar de alguns avanços, não há uma disciplina organizatória e procedimental satisfatória para o exercício do direito fundamental de reunião.

Os avanços podem ser observados na definição das armas impróprias, do destinatário do aviso prévio e, nos Projetos de Lei nº 6532/2013 e nº 7637/2017, a fixação de *standards* para orientar a ponderação entre os direitos colidentes e legitimar a intervenção da Força de Segurança.

Não há, como se viu na legislação portuguesa e alemã, detalhamentos mais objetivos acerca do uso do espaço público e critérios para balizar a ponderação entre os direitos de reunião e de locomoção. A exceção aqui diz respeito ao PL nº 7637/2017 que veda a “interrupção total do trânsito de veículos e/ou pessoas”. Apesar de insuficiente, já é um primeiro critério objetivo que busca harmonizar a partilha das vias públicas.

A construção de uma disciplina jurídico-legal apta a disciplinar de modo satisfatório o exercício democrático do direito fundamental de reunião, independentemente dos fins da manifestação em si, exige o debate plural (e distante de contaminações ideológicas) acerca da partilha do espaço público como *locus* da vivência democrática.

Sem o reconhecimento de que o direito de reunião não é algo apropriável por um determinado grupo ou segmento social ou ideológico, mas um instrumento de participação popular democrática de todos os grupos ou segmentos sociais ou

ideológicos, não será possível construir este marco regulatório tão necessário para a convivência harmônica e plural no espaço público democrático.

A seguir, serão apresentadas algumas balizas que poderão servir de ponto de partida para a construção da disciplina jurídico-legal do exercício do direito fundamental de reunião sob as luzes do Estado Democrático de Direito.

5.7 Parâmetros para a elaboração de lei disciplinadora do exercício do direito fundamental de reunião

O primeiro pressuposto a ser observado na elaboração de uma proposta de regulação legislativa do exercício do direito fundamental de reunião é o de que a lei deve contribuir para a efetividade da tutela jusfundamental do direito de reunião em respeito à magnitude da sua importância para o Estado Democrático de Direito. Sem este compromisso, certamente não haverá sucesso na empreitada legislativa.

Outro ponto preliminar importante é que não deve haver vinculação ideológica na disciplina legislativa do direito fundamental de reunião. Como foi visto, a liberdade de reunião não pode ser compreendida como um objeto apropriável por este ou aquele grupo ideológico. Sob os influxos do Estado Democrático de Direito, a liberdade de reunião é de todos e não de apenas alguns.

O Estado não tem ideologia político-partidária. A ideologia do Estado é (ou pelo menos deveria ser) a Constituição e a defesa/promoção dos direitos fundamentais, sob a centralidade axiológica da dignidade da pessoa humana.

A lei deve, portanto, criar condições para que todas as pessoas, independentemente de orientação ideológica, político-partidária, religiosa, de gênero ou quaisquer outras, exerçam, na maior amplitude possível, o seu direito fundamental de reunião. As intervenções estatais ablativas devem ser restringidas e orientadas sob as luzes da proporcionalidade.

Afirma-se assim a autonomia do direito fundamental de reunião em relação ao conteúdo da crítica, protesto, reivindicação ou pensamento manifestados pelos participantes. O direito de reunião é um direito-meio. O conteúdo manifestado se circunscreve na esteira da liberdade de expressão do pensamento.

Seguindo à frente, outro aspecto relevante é o de que não pode ser frustrada no exercício do direito fundamental de reunião a sua finalidade comunicativa, sob pena de ofensa ao conteúdo essencial. Toda vez que a restrição estatal subtrair da

reunião a sua aptidão para chamar a atenção de terceiros e comunicar-lhes a sua opinião restará violado o conteúdo essencial do direito de reunião e, portanto, a intervenção restritiva estará acoimada de insolúvel inconstitucionalidade.

Não tendo sido fixado pelo legislador constitucional e buscando conferir a máxima extensão possível à posição jusfundamental, o direito de reunião deve ser reconhecido ao grupo de duas ou mais pessoas que se encontrem fisicamente para manifestar os seus pensamentos, críticas, reivindicações ou protestos.

A reunião deve ser pacífica e sem armas. Evidencie-se, mais uma vez, que o adjetivo pacífico se agrupa à reunião em si e não ao conteúdo dela. A reunião pacífica é aquela que se desenvolve sem violência física contra pessoas e/ou coisas. Mas não é só. O caráter pacífico da reunião não pode ser associado apenas à não prática da violência física.

O caráter pacífico está diretamente associado à partilha harmônica do espaço público como *locus* da vivência democrática e cidadã, onde todos e cada um, marcados pelo signo da individualidade e da pluralidade humanas, podem exercer os seus direitos.

Destarte, perderá o caráter pacífico a reunião que transcorrer de forma a impedir totalmente o exercício dos direitos colidentes por terceiros. A ponderação entre os direitos colidentes deve conduzir a uma concordância prática que seja razoável diante das circunstâncias concretas.

Do outro lado, o dever estatal de proteção e promoção do direito fundamental de reunião deve ser estampado em medidas organizatórias e procedimentais que vinculem a atuação dos órgãos estatais competentes. Esta exigência, sem eliminar por completo, reduz o espectro de discricionariedade dos órgãos administrativos e judiciais e, em contrapartida, também reduz os espaços para decisões arbitrárias e autoritárias. Com isso, confere-se segurança jurídica para que as pessoas exerçam seus direitos.

A grande dificuldade está na disciplina da partilha do espaço público como *locus* da vivência democrática. E este é outro pressuposto importante: o espaço público – a praça, a rua, a avenida, a rodovia etc. – é o local do encontro coletivo das pessoas e, portanto, não pode ser peremptoriamente fechado às reuniões. Ao contrário, o espaço público é o *locus* das reuniões e manifestações.

Mas o espaço público também não é uma propriedade exclusiva dos manifestantes, que podem dele requisitar o uso quando e como bem desejarem. Ele

é de todos e deve ser partilhado, harmônica e ponderadamente, por todos. Para viabilizar a partilha do espaço público alguns pressupostos precisam ser reafirmados.

O ponto de partida deste trabalho está assentado na ideia de que não há espaços absolutos nem para a permissão e nem para a proibição da realização das manifestações populares. O exercício da proporcionalidade é que deve orientar as soluções de partilha do espaço público por manifestantes e não manifestantes.

Com efeito, não parece ser adequado às liberdades democráticas restringir de maneira absoluta o exercício do direito fundamental de reunião em determinados dias e horários, tal como se faz no Decreto-lei nº 406/74 de Portugal.

Em sentido inverso, também não parece ser adequado deixar de impor restrições de dia e horário para a realização das manifestações populares em determinados lugares públicos. O equilíbrio entre uma e outra proposta, fruto de um adequado juízo de proporcionalidade, é a solução que se mostra necessária e adequada à partilha do espaço público como *locus* da vivência democrática e cidadã.

A vedação peremptória da realização de reuniões em determinados dias e horários, independentemente do local do evento, estrangula a finalidade comunicativa da manifestação e, no mais das vezes, a torna inefetiva como instrumento democrático de formação da opinião pública.

Restringir a realização das reuniões aos domingos e feriados, aos sábados, após às 12 horas, e aos dias de semana, após às 19:30 horas, tal como rege o Decreto-Lei nº 406/74 de Portugal, é, em breves linhas, exigir que os manifestantes ecoem suas vozes para os ventos que assopram pelas ruas vazias e para os cães que ladram nas esquinas.

Os manifestantes querem partilhar, compartilhar suas ideias, pensamentos, críticas e reivindicações com as demais pessoas, sobretudo com os não manifestantes, para sensibilizá-los acerca das suas pautas e assim influenciarem na formação da opinião e da agenda pública.

Na outra vertente, a realização das reuniões em qualquer local, dia e horário acaba por causar impactos sensíveis, que vão muito além do mero incômodo para, por vezes milhares ou milhões, de outras pessoas. É o caso, do já citado exemplo, da manifestação de bloqueio na marginal Tietê, na capital paulista, em dia e horário de *rush*.

A marginal Tietê é um importante via pública urbana arterial da cidade de São Paulo e, além de receber o fluxo de milhares de veículos que circulam entre as regiões

da capital paulista, ainda serve de ligação entre importantes rodovias que cruzam o Estado de São Paulo e o Brasil. O bloqueio da circulação de veículos na marginal Tietê, ainda que parcial e temporário, causa um verdadeiro caos no trânsito paulistano, impactando nas cidades vizinhas e nas rodovias que chegam, saem e passam pela cidade de São Paulo. Ainda que a interrupção do fluxo de veículos dure apenas alguns poucos minutos, o retorno da condição de normalidade na circulação demora horas.

Destarte, uma manifestação realizada, numa segunda-feira, às 07 horas da manhã, na marginal Tietê causa violações, por vezes irreparáveis, não apenas ao direito de locomoção, que tal qual o direito de reunião também tem caráter instrumental (direito-meio), mas ao direito ao trabalho, à educação, ao lazer e à saúde, dentre outros, de milhares de pessoas que circulam por aquela via pública.

Diferente é a condição de uma manifestação realizada na avenida Paulista. Não há dúvidas que o evento gera incômodos no trânsito e na rotina das pessoas que vivem, trabalham ou estudam na região central da cidade de São Paulo. Porém, este transtorno é transitório e há viabilidade de medidas que podem diminuir o impacto da manifestação na rotina dos não manifestantes, como o desvio do trânsito pelas ruas e avenidas laterais.

Pode ainda ser proposta a medida de alteração do trajeto da manifestação, que deve ser encarada sob dois ângulos opostos e complementares. O primeiro deles é a necessidade de que a alteração do percurso indicado pelos organizadores ou promotores tenha por finalidade e seja efetivamente necessário e adequado para garantir a segurança e fluidez do trânsito de veículos e pessoas. O segundo é que tal imposição não pode frustrar a finalidade comunicativa do direito de reunião, sob pena de atingir o seu conteúdo essencial. A proporcionalidade é o juízo a orientar a medida interventiva.

Nesse sentido, a lição de Sérvulo Correia (2006, p. 75) de que o conteúdo essencial do direito de reunião está diretamente associado à finalidade comunicativa da manifestação como instrumento de formação da opinião pública:

Em tais hipóteses, ficaria gravemente atingido o papel comunicativo da manifestação e, como ele, a intervenção no foro público dos cidadãos ou dos grupos sociais com escasso acesso aos principais meios de comunicação social, ou portadores de interesses e propostas com pouco eco junto da representação parlamentar.

Com efeito, é irrecusável que o exercício do direito de reunião nas vias públicas, ordinariamente destinadas ao trânsito de veículos automotores, causa prejuízos à livre circulação e, desta forma, atinge o direito fundamental de locomoção. Mas também é igualmente irrecusável que este prejuízo à livre circulação faz parte da estratégia da manifestação para chamar a atenção das autoridades, da mídia e da opinião pública em geral para a pauta que quer divulgar.

A debater esta harmonização entre o direito de reunião e o direito de locomoção, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha já decidiu, no julgamento do caso *Brokdorf* – BVerfGE 69/315 (1985, p. 64), que:

Em virtude de meros motivos de técnica de tráfego, tanto menos se poderá proibir uma reunião, quanto mais se puder atingir-se mediante estabelecimento de obrigações *ad hoc* uma contemporização do uso da via pública pelos participantes da reunião e pelo tráfego.

A alteração do trajeto de uma manifestação que passará por uma rua ou avenida do centro da cidade não parece ser justificada apenas com o argumento do transtorno que causará no fluxo viário, posto que é possível, com algum incômodo aos não manifestantes e trabalho dos agentes do sistema viário, desviar o fluxo de veículos por rotas alternativas viáveis.

Mas este planejamento operacional capaz de adequar o uso do espaço público por manifestantes e não manifestantes não é possível se as autoridades competentes não forem previamente científicas da realização do evento.

A desconfiança dos manifestantes de que as autoridades tentarão impedi-los do exercício do seu direito de reunião não deve prosperar no Estado Democrático de Direito e, caso assim ajam as autoridades públicas, devem se sujeitar aos sistemas de controle próprios do regime democrático.

Eis, portanto, os pressupostos basilares a orientar a construção de um marco legislativo capaz de organizar e compatibilizar, sob a inspiração democrática, o exercício do direito fundamental de reunião com os direitos colidentes no espaço público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A participação popular na vida pública é o sopro de vida da democracia. Criar espaços plurais e garantir o poder de fala das pessoas é um dever estatal no âmbito do Estado Democrático de Direito.

E é aí que se inserem as manifestações populares e o legítimo exercício do direito fundamental de reunião como instrumentos aptos a fazerem ecoar as vozes do povo – especialmente das minorias – pelas ruas, avenidas, estradas, praças públicas e outros espaços públicos, na tentativa de sensibilizar as mentes e os corações dos demais cidadãos e dos gestores públicos.

A apresentação e defesa democrática de reivindicações, críticas, ideias, insatisfações e protestos fazem parte das regras do jogo democrático. A agenda pública deve ser a síntese das vontades plurais que, sob o signo da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, alicerçam o Estado Democrático de Direito.

Mas viver na democracia também tem seu custo, mas este é um custo que vale a pena (e precisa ser pago) por todas e por cada uma das pessoas que usufruem da vivência democrática e cidadã. O custo é a partilha do espaço público com o outro, o que, a um só tempo, lhe impõe restrições ao exercício dos seus direitos fundamentais e, de outro lado, lhe confere a sua própria condição de humanidade.

Não há direitos absolutos, nem mesmos aqueles que recebem o dístico da fundamentalidade. A vida sob a senda da democracia pressupõe limites ao exercício dos direitos.

A ausência de limites aos interesses individuais fez aflorar o Estado absoluto hobbesiano. A falta de reconhecimento de limites aos direitos é uma porta perigosa e ampla para o autoritarismo e as arbitrariedades, sobretudo, mas não só, aquelas provenientes do poder estatal.

O direito fundamental de reunião é uma liberdade pública imprescindível no contexto do Estado Democrático de Direito. Mas ele não é absoluto e tampouco sacrossanto. Como todos os outros direitos fundamentais, ele tem (ou precisa ter) limites que viabilizem a partilha do espaço público como *locus* da vivência democrática e cidadã de todas e de cada uma das pessoas para o exercício dos seus direitos fundamentais.

Partilhar significa ceder, abrir mão de uma parcela do seu direito para que todos possam exercer os seus direitos. Se não reconheço e respeito o direito do outro, não posso esperar que o outro reconheça e respeite o meu direito. A sabedoria popular tem muito a ensinar a todos: *o meu direito termina onde começa o seu*. Esta lógica é singular. Partilha de vida democrática!

Um outro aspecto que não pode ser esquecido é que o direito fundamental de reunião não é algo apropriável por um ou outro grupo qualquer de pessoas. O direito fundamental de reunião é de todas as pessoas, independentemente de ideologia política, crença religiosa ou qualquer outra (indevida) divisão ou classificação.

Daí porque a análise jurídico-dogmática do direito fundamental de reunião, autônomo em relação ao conteúdo das críticas, reivindicações, ideias ou protestos expressados pelos manifestantes, é uma exigência do Estado Democrático de Direito.

É, portanto, a partir da escorreita interpretação constitucional do inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que deve ser iniciado o estudo do direito fundamental de reunião como uma liberdade pública vital para a sobrevivência da democracia, sobretudo em tempos sombrios.

Mas a natureza normativa e axiológica da Constituição não lhe permite apresentar todas as respostas jurídicas necessárias para a solução dos conflitos de direitos fundamentais que inundam a vida cotidiana das pessoas reais. Fechar os olhos para a realidade é viver no maravilhoso mundo de Alice e não enxergar além da fantasia da caverna platônica.

As teorias abstratas que inundam as estantes das bibliotecas e os confortáveis gabinetes refrigerados devem olhar para a rua. O Direito não se faz apenas nos livros, mas a norma jurídica é a síntese da dinâmica dialética entre fatos e valores. O fato integra a norma jurídica e não pode ser desprezado pelo estudioso do Direito.

E o que se vê hoje é que o discurso da suficiência plena do enunciado normativo do inciso XVI da Constituição Federal de 1988 para disciplinar a realidade das manifestações populares – alicerçado na ultrapassada retórica da ausência de reserva legal expressa – é insuficiente para a solução necessária, adequada e proporcional dos conflitos concretos entre o exercício do direito fundamental de reunião e os direitos fundamentais colidentes de terceiros.

A busca de socorro na teoria interna dos limites imanentes é uma fuga retórica desnecessária. O melhor caminho para proteger o direito fundamental de reunião é

reconhecer que restrições ao seu exercício são necessárias como *conditio sine qua non* da sua própria efetividade.

Destarte, a proteção e efetividade do direito fundamental de reunião pressupõe e exige o estabelecimento de regras capazes de ordenar o uso do espaço público por manifestantes e não manifestantes. E a Constituição não traz e nem é apta a estampar estas regras.

Defender a previsão de regras para disciplinar a partilha do espaço público por manifestantes e não manifestantes não significa, de forma alguma, negar a abertura imprescindível ao exercício discricionário. Da mesma forma que a Constituição, a lei também não é capaz de descer às minúcias de cada fato concreto para detalhar todas as regras aptas a solucionarem os conflitos de direitos.

Mas, sob outro prisma, esta referência ao fato concreto não pode ser, como muitas vezes tem sido interpretada como um bloqueio à intervenção legislativa no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, sob pena de violação dos alicerces do Estado Democrático de Direito.

O legislador democrático é o primeiro concretizador da Constituição. É ele que, à vista da realidade de como ordinariamente os fatos acontecem, estabelece as regras do jogo social. Estas regras devem ser as mais objetivas possíveis, pois isto confere segurança jurídica às pessoas e orienta a atuação dos demais poderes estatais.

A lei não trará todas as respostas, mas trará muitas respostas que ainda não existem e que são exigidas pela realidade das manifestações populares. O *déficit* na prestação jurisdicional, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, demonstra claramente a insuficiência do recurso ao Poder Judiciário para a garantia do exercício do direito fundamental de reunião.

A ampla discricionariedade conferida à Força de Segurança e aos demais órgãos públicos administrativos envolvidos na gestão das manifestações populares pode representar um duplo perigo. O primeiro é o da atuação arbitrária e autoritária, que impede ou restringe o legítimo exercício do direito fundamental de reunião. O segundo, no reverso da moeda, é a atuação omissiva e deficiente na proteção dos direitos fundamentais colidentes de terceiros em detrimento do exercício ilegítimo do direito fundamental de reunião. De qualquer forma, o resultado não é o idealizado pelo legislador constituinte.

Esta atuação muitas vezes cambiante da Força de Segurança é fruto da insegurança jurídica dos gestores de polícia diante da falta de regras mais claras e

objetivas sobre o que é permitido e proibido no transcurso das manifestações populares.

Se, sob os gritos estridentes e o cheiro da fumaça, age e restringe o exercício do direito fundamental de reunião, a Força de Segurança é acusada, sob o conforto e tranquilidade do ar condicionado e inspiração das luzes teóricas que repousam nas estantes estáticas das bibliotecas, de ter sido (e por vezes é) autoritária e arbitrária. Mas se, a seguir o caminho inverso, a Força de Segurança silencia e não intervém no transcurso da manifestação, é acoimada de omissa e fraca no restabelecimento da ordem e segurança públicas.

À guisa de conclusão final, resta ao autor a convicção do acerto da sua hipótese inicial: a disciplina legal do direito fundamental de reunião é uma exigência democrática para proteger e garantir o exercício desta liberdade pública imprescindível para a sobrevivência do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Versão Alemã de 23 maio 1949. Tradução de Assis Mendonça. Revisão Jurídica de Urbano Carvelli. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 20. abr. 2020.

ALEMANHÃ. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Brokdorf – BVerfGE 69/315 de 14 de maio de 1985. *In: MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. v. 4: liberdade de reunião, sigilo da comunicação, liberdade de locomoção, inviolabilidade de domicílio. São Paulo: Marcial Pons e Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2020, p. 52-70.

ALEMANHÃ. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Eilversammlungen – BVerfGE 85/69 de 23 de outubro de 1991. *In: MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. v. 4: liberdade de reunião, sigilo da comunicação, liberdade de locomoção, inviolabilidade de domicílio. São Paulo: Marcial Pons e Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2020, p. 71-76.

ALEMANHÃ. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Sitzblockaden II – BVerfGE 92/1 de 10 de janeiro de 1995. *In: MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. v. 4: liberdade de reunião, sigilo da comunicação, liberdade de locomoção, inviolabilidade de domicílio. São Paulo: Marcial Pons e Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2020, p. 86-93.

ALEMANHÃ. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Versammlungsauflösung – BVerfGE 87/399 de 01 de dezembro de 1992. *In: MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. v. 4: liberdade de reunião, sigilo da comunicação, liberdade de locomoção, inviolabilidade de domicílio. São Paulo: Marcial Pons e Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2020, p. 77-85.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Liberdade de Reunião*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.

ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2013.

ALVES, Fernando de Brito. Democracia e desconfiança. *In: Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 16., p. 267-281, jan./jul. 2012 – ISSN 1676-2800, versão *online*. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/223>. Acesso em: 10 abr. 2020.

ALVES, Fernando de Brito. *Democracia à portuguesa: retórica democrática na tradição jurídica lusófona*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ALVES, Fernando de Brito; LIMA, Jairo Neia. Quando o poder constituinte desafia os poderes constituídos: uma abordagem filosófica sobre a confiança democrática na desobediência civil e no direito ao protesto social. *Revista de Direito Brasileira*. Passo Fundo, vol. 13, n. 1, p. 45-59, jan./abr. 2017 – ISSN 2238-0604, versão online. Disponível em: <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1790>. Acesso em: 12 abr. 2020.

ANGOLA. *Constituição de Angola*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/188898/Constitui%C3%A7%C3%B5es%20de%20L%C3%ADngua%20Portuguesa.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2020.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/10092>. Acesso em: 29 jan. 2020.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019a.

ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019b.

AVRITZER, Leonardo. *Impasses da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

BAPTISTA, Eduardo Correia. *Os direitos de reunião e de manifestação no direito português*. Coimbra/PT: Edições Almedina, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Themis: Revista da ESMEC*, Fortaleza, v.4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006, e-ISSN: 2525-5096, versão *online*. Disponível em: http://www.tjce.jus.br/esmec/pdf/THEMIS_v4_n_2.pdf. Acesso em: 23 jan. 2020.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. *Direitos e deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado de la República de Bolivia*. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/10092>. Acesso em: 29.jan.2020

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Constituições dos países do Mercosul 1996-2000: Textos Constitucionais Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai*. 2001. Disponível em: file:///D:/Users/Note-1618/Downloads/constituicoes_mercosul.pdf. Acesso em: 11 abr. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, 07 de dezembro de 1940.

BRASIL. *Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Brasília, 21 de outubro de 1969.

BRASIL. *Lei nº 9.503, de 21 de setembro de 1997*. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília, 23 de setembro de 1997.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 43*. Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Acordão em processo eletrônico nº 4000886-80.2016.1.00.0000, 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1969/99 - MC*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 24 mar. 1999. DJ 05 mar. 2004 pp-00015. Ement vol-02142-02 pp-00282. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1753574>. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 1969/99*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 28 jun. 2007. DJe-092. Divulgado em 30 ago. 2007. Publicado em 31 ago. 2007. DJ 31 ago. 2007. pp-00029. Ement vol-02287-02 pp-00362. v. 29, n. 345, 2007, p. 63-88. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1753574>. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3540/05 MC*. Tribunal Pleno, Distrito Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 01 set. 2005, DJ 03 fev. 2006, pp-00014. Ement vol-02219-03 pp-00528. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2311268>. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 130*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Britto. Julgado em 30 abr. 2009. DJe-208 Divulgado em 05 nov. 2009. Publicado em 06 nove. 2009. Ement vol-02381-01 pp-00001 RTJ Vol-00213-01 pp-00020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=12837>. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 905149/16 RG/RJ Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo*. Direito Constitucional. Recurso extraordinário. Liberdades de expressão e reunião [...]. Relator: Min. Roberto Barroso, 18 ago. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12188295>. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 70814/94*. Primeira Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 01 mar. 1994. DJ 24 jun. 1994. pp-1664. Ement vol-01750-02 pp-00317 RTJ vol-00176-01 pp-01136. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1573852>. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 82424/04*. Tribunal Pleno. Relator Min. Moreira Alves, Relato p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa. Julgado em 17 set. 2003. DJ 19 mar. 2004 pp-00024 Ement vol-02144-03 pp-00524. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 96056/11*. Segunda Turma. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 28 jun. 2011. Acórdão eletrônico DJe-089. Divulgado em 07 maio 2012. Publicado em 08 maio 2012. RT v. 101, n. 922, 2012, p. 710-718. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637465>. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 24369/04 MC- segunda AgR-ED-AgR*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 23 set. 2004, DJe-176 Divulgado em 17 set. 2009, publicado em 18 set. 2009. Vol-02374-01 pp-00135. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2054698>. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 466343/09*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em 03 dez. 2008. Repercussão Geral – Mérito. DJe-104. Divulgado em 04 jun. 2009. Publicado em 05 jun. 2009. Ement vol-02363-06 pp-01106 RTJ Vol-00210-02 pp-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2343529>. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 806339/18*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 01 jun. 2018. Publicado em processo eletrônico DJe-111. Divulgado em 05 jun. 2018. Publicado em 06 jun. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4555912>. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1197155/19 AgR*. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 30 ago. 2019. Processo eletrônico DJe-201. Divulgado em 16 set. 2019. Publicado em 19 set. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5656912>. Acesso em: 25 mar. 2020.

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

BUCCI, Eugênio. *A forma bruta dos protestos: das manifestações de 2013 à queda de Dilma Rousseff em 2016*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

CABO VERDE. *Constituição de Cabo Verde*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/188898/Constitui%C3%A7%C3%B5es%20de%20L%C3%ADngua%20Portuguesa.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2020.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra/PT: Edições Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018 (série IDP).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. vol. 1, 4. ed. rev. Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2007.

CARA, Juan Carlos Gavara de. *Derechos fundamentales e desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales em la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid/ES: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

CHILE. *Constitución política de la República de Chile*. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/10092>. Acesso em: 29 jan. 2020.

COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia 1991*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

COLOMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia C-009/18*. Código Nacional de Policía y Convivencia -Requisitos para ejercer el derecho de reunión y manifestación pública y pacífica. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-009-18.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.

COLOMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia C-281/17*. Demanda de inconstitucionalidade-Competencia de la Corte Constitucional [...]. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-281-17.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.

COLOMBIA. *Ley nº 1801, de 29 de julio de 2016, por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia*. Disponível em: <https://www.ccibague.org/archivos/cae/ley-1801-2016-codigo-nacional-policia.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CORREIA, Sérvulo. *O direito de manifestação: âmbito de proteção e restrições*. Coimbra/PT: Edições Almedina, 2006.

CPLP. *Estatutos da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa*. Disponível em: http://www.cplp.org/Files/Filer/cplp/CCEG/IX_CCEG/Estatutos-CPLP.pdf. Acesso em: 07 jan. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DICIO. Dicionário Online da Língua Portuguesa. *Reunião*. 2009-2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/reuniao/>. Acesso em: 11 abr. 2020.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. O valor constitucional dos protestos populares: o fim dos “inocentes do Leblon”. In: *Revista Direitos Humanos Fundamentais*, Osasco, n. 2, p. 167-178, jul./dez., 2016, versão online. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliotec

a/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-Hum-Fund_v.16_n.02.09.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ESPAÑA. *Constitución Española (1978)*. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

ESPAÑA. *Ley Orgánica nº 09/1983, reguladora del derecho de reunión*. Jefatura del Estado. BOE núm. 170, de 18 de julio de 1983 Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1983-19946>. Acesso em: 20 abr. 2020.

ESPAÑA. *Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana*. Jefatura del Estado. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1983-19946>. Acesso em: 20 abr. 2020.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia nº 66/95, de 8 de mayo*. BOE núm. 140, de 13 de junio de 1995. ECLI:ES:TC:1995:66. Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Magistrado: don Julio Diego González Campos. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2920>. Acesso em: 20 abr. 2020.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia nº 193/11, de 12 de diciembre*. BOE núm. 9, de 11 de enero de 2012. ECLI:ES:TC:2011:193. Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Magistrados: don Eugeni Gay Montalvo; doña Elisa Pérez Vera; don Ramón Rodríguez Arribas; don Francisco José Hernando Santiago y don Luis Ortega Álvarez. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/22641>. Acesso em: 20 abr. 2020.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia nº 163/06, de 22 de mayo*. BOE núm. 148, de 22 de junio 2006. ECLI:ES:TC:2006:163. Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Magistrados: don Guillermo Jiménez Sánchez; don Vicente Conde Martín de Hijas; doña Elisa Pérez Vera; don Eugeni Gay Montalvo; don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/5765>. Acesso em: 10 abr. 2020.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia nº 177/15, de 22 de julio*. BOE núm. 200, de 21 de agosto de 2015. ECLI:ES:TC:2015:177. Pleno del Tribunal Constitucional. Magistrado: don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel; doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías; don Andrés Ollero Tassara; don Fernando Valdés Dal-Ré; don Juan José González Rivas; don Santiago Martínez-Vares García; don Juan Antonio Xiol Ríos; don Pedro José González-Trevijano Sánchez; don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24578>. Acesso em: 10 abr. 2020.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia nº 193/11, de 12 de diciembre*. BOE núm. 9, de 11 de enero de 2012. ECLI:ES:TC:2011:193. Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Magistrados: don Eugeni Gay Montalvo; doña Elisa Pérez Vera; don Ramón Rodríguez Arribas; don Francisco José Hernando Santiago y don Luis Ignacio Ortega Álvarez. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/22641>. Acesso em: 10 abr. 2020.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia nº 59/90, de 29 de marzo*. BOE núm. 107, de 04 de mayo de 1990. ECLI:ES:TC:1990:59. Sala Primera del Tribunal Constitucional. Magistrados: don Francisco Tomás y Valiente; don Fernando García-Mon y González-Regueral; don Carlos de la Vega Benayas; don Jesús Leguina Villa; don Luis López Guerra y don Vicente Gimeno Sendra. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1484>. Acesso em: 10 abr. 2020.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia nº 196/03, de 27 de octubre*. BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003. ECLI:ES:TC:2003:195. Sala Primera del Tribunal Constitucional. Magistrados: don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera; don Pablo García Manzano; doña María Emilia Casas Baamonde; don Javier Delgado Barrio; don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/4970>. Acesso em: 10 abr. 2020.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia nº 195/03, de 27 de octubre*. BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003. ECLI:ES:TC:2003:195. Sala Primera del Tribunal Constitucional, Magistrados: don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera; don Pablo García Manzano; doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio; don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/4970>. Acesso em: 10 abr. 2020.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia nº 301/06, de 23 de octubre*. BOE núm. 284, de 28 de noviembre de 2006. ECLI:ES:TC:2006:301. Sala Primera del Tribunal Constitucional. Magistrados: doña María Emilia Casas Baamonde; don Javier Delgado Barrio; don Roberto García-Calvo y Montiel; don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez; don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps. Disponível em:

<https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/5903>. Acesso em: 10 abr. 2020.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia nº 284/05, de 7 de noviembre. BOE núm. 297, de 13 de diciembre de 2005. ECLI:ES:TC:2005:284. Sala Primera del Tribunal Constitucional. Magistrados: doña María Emilia Casas Baamonde; don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel; don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez; don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/5544>. Acesso em: 10 abr. 2020.*

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. *Sentencia nº 24/15, de 16 de febrero. BOE núm. 64, de 16 de marzo de 2015. ECLI:ES:TC:2015:24. Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Magistrados: doña Adela Asua Batarrita; don Fernando Valdés Dal-Ré; don Juan José González Rivas; don Pedro José González-Trevijano Sánchez; don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/24328>. Acesso em: 10 abr. 2020.*

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FUX, Luiz. O direito de reunião na Constituição Federal de 1988. *In: A Constituição de 1988 na visão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal*: edição comemorativa. Brasília: Secretaria de Documentação, 2013, p. 169-205.

GARGARELLA, Roberto. *El derechos a la protesta: el primer derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

GOLDSTEIN, Herman. *Policiando uma sociedade livre*. Série Polícia e Sociedade, n. 9, Organização de Nancy Cardia. Tradução de Marcello Rollemberg e revisão de tradução de Maria Cristina Pereira da Cunha Marques. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.

GONÇALVES, Luiz Alcione. *Direito fundamental de reunião e liberdade de circulação*. Curitiba: Juruá, 2016.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

GUINÉ-BISSAU. *Constituição de Guiné-Bissau*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/188898/Constitui%C3%A7%C3%B5es%20de%20L%C3%ADngua%20Portuguesa.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2020.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales: una contribución a la Concepción institucional d elos derechos*

fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Editorial Dykinson, 2003.

HUERGA, Laura; BUSQUETS, Blanca. *Tú, cállate!*: sobre el derechos a la libertad de expresión y manifestación. Barcelona/ES: Rayo Verde Editorial, 2018.

ITÁLIA. *Constituzione Italiana*. Disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010.

LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro*. Tradução de Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Editora Contratempo, 2018.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LOPES, Ana Maria D'Ávila *et al.* *NOMOS Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Fortaleza, vol. 24, jan./dez. 2005 - ISSN 1807-3840, versão *online*. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/issue/view/62/65>. Acesso em: 20 abr. 2020.

MARTINS, Leonardo. Direito fundamental à liberdade de reunião e controle de constitucionalidade de leis penais e de sua interpretação e aplicação: contribuição para o direito de reunião como sub-ramo autônomo do direito administrativo. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*. v. 18 n. 2, 2017, p. 433-490, versão *online*. Disponível em : <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/13301>. Acesso em: 10 fev. 2020.

MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. v. 4: liberdade de reunião, sigilo da comunicação, liberdade de locomoção, inviolabilidade de domicílio. São Paulo: Marcial Pons e Konrad-Adenauer Stiftung - KAS, 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Comentários ao art. 15 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *In*: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Penal: comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, 139-140.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito Constitucional*. Tomo I. 6. ed. rev. e atual. Coimbra/PT: Coimbra Editora, 1997.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito Constitucional*. Tomo IV. 3. ed. rev. e atual. Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2000.

MOÇAMBIQUE. *Constituição de Moçambique*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/188898/Constitui%C3%A7%C3%B5es%20de%20L%C3%ADngua%20Portuguesa.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2020.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

MOURÃO, Fernando Augusto Albuquerque. Breve Avaliação Crítica da CPLP: o projeto, os estatutos, seus mecanismos. In: SENADO FEDERAL. *As Constituições dos países da comunidade de língua portuguesa comentadas*. Fernando Augusto Albuquerque Mourão; Walter Costa Porto; Thelmer Mário Mantovanini (org.). Edições do Senado Federal. Brasília, vol. 91., p. 916-920, 2008, versão *online*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/188898/Constitui%C3%A7%C3%B5es%20de%20L%C3%ADngua%20Portuguesa.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 11 abr. 2020.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, Steevan. *A tropa de choque e as manifestações de rua*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos, 10 de dezembro de 1948*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2020.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, 16 de dezembro de 1966*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.htm>. Acesso em: 07 jan. 2020.

OUA. Estados africanos membros da Organização da Unidade Africana. *Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, 27 de julho de 1981*: Carta de Banjul. Quênia, 27 jul. 1981. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>. Acesso em: 06 jan. 2020.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 22 de novembro de 1969*. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 06 jan. 2020.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório sobre a situação das defensoras e defensores de direitos humanos nas Américas*. Washington, DC, 2006. Disponível em: [https://cidh.oas.org/pdf%20files/DEFENSORES%20PORTUGUES%20\(Revisada\).pdf](https://cidh.oas.org/pdf%20files/DEFENSORES%20PORTUGUES%20(Revisada).pdf). Acesso em: 13 jul. 2020.

PARAGUAI. *Constitución de la República del Paraguay*. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/10092>. Acesso em: 29 jan. 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. *Apelação Cível nº 0020750-75.2018.8.16.0000*. 17ª Câmara Cível de Curitiba, 2019. Relator: Desembargador Fernando Paulino da Silva Wolff Filho. J. 05 set. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000006444551/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0020750-75.2018.8.16.0000#>. Acesso em: 09 maio 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. *Apelação Cível nº 1041721-1*. 6ª Câmara Cível de Guaratuba, 2014. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Andersen Espínola. Relator Designado p/ o Acórdão: Desembargador Sérgio Arenhart. Por maioria - J. 04 fev. 2014. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11637667/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1041721-1#>. Acesso em: 09 maio 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. *Apelação Cível nº 986315-2*. 5ª Câmara Cível Almirante Tamandaré, 2013. Relator: Desembargador Leonel Cunha - Unânime - J. 26 fev. 2013. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11415512/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-986315-2#>. Acesso em: 09 maio 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. *Apelação Cível nº 0004126-41.2015.8.16.0004*. 5ª Câmara Cível de Curitiba, 2019. Relator: Juiz Anderson Ricardo Fogaça - J. 02 jul. 2019. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000006257471/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0004126-41.2015.8.16.0004#>. Acesso em: 09 maio 2020.

PARLAMENTO EUROPEU. *Resolução do Parlamento Europeu, de 14 de fevereiro de 2019, sobre o direito à manifestação pacífica e o uso proporcionado da força*. 2019. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0127_PT.html. Acesso em: 12 abr. 2020.

PEREZ, Jesús González. *Derecho de reunión y manifestación*. Madrid: Civitas Ediciones, S.L., 2002.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Sousa e de António Franco. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

PIRES, Maria José Morais. *Carta africana dos direitos humanos e dos povos*. Disponível em:

http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/ua_pires_carta_africana_direitos_povos.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa (1976)*. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 15 abr. 2020.

PORTUGAL. *Decreto-Lei nº 406/1974*, de 27 de agosto de 1974. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/424767/details/normal?p_p_auth=v3R8GlxP. Acesso em: 10 maio 2020.

PORTUGAL. Gabinete do Secretário-Geral. Sistema de Segurança Interna. *Relatório Anual de Segurança Interna*. 2019. Disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=19cab8c8c-e3f1-4cb2-a491-a10c8a3e4bf0>. Acesso em: 20 set. 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. *Acórdão nº 132/90*. Processo n.º 174/89, 2ª Seção. Relator: Conselheiro Mário de Brito. Lisboa, 19 abr. 1990. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900132.html>. Acesso em: 15 mar. 2020.

REYBROUCK, David Van. *Contra as eleições*. Tradução de Flávio Quintale. Belo Horizonte: Editora Âyiné, 2013.

RODRIGUES, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Comentários ao capítulo I do título V da Constituição Federal de 1988. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (org). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018 (série IDP).

SÃO PAULO (Estado). Secretaria de Estado dos Negócios da Segurança Pública. Polícia Militar do Estado de São Paulo (PMESP). *Nota de Instrução (NI) nº CPA/M1-001/31/19*. 2019a. Disponível em: <http://www.intranet.polmil.sp.gov.br/>. Acesso em: 04 maio 2020.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria de Estado dos Negócios da Segurança Pública. Polícia Militar do Estado de São Paulo (PMESP). *Procedimento Operacional Padrão (POP): 4.06.01*. 2019b. Disponível em: <http://www.intranet.polmil.sp.gov.br/>. Acesso em: 04 maio 2020.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 0023906-39.2011.8.26.0000*. 12ª Câmara de Direito Público da Comarca de Atibaia. Relator: Desembargador Osvaldo de Oliveira. Voto nº 8.281. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5050120&cdForo=0>. Acesso em: 01 maio 2020.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível nº 0001629-02.2011.8.26.0106*. 2ª Vara do Foro de Caieiras. Interdito Proibitório. Juiz:

Daniel Nakao Maibashi. 2011. Disponível em:
https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2YZX9AQSD0000&processo.foro=106&processo.numero=0001629-02.2011.8.26.0106&uuidCaptcha=sajcaptcha_bf2e7e490a4845f082dd7dc8b1ea62e8
. Acesso em: 01 maio 2020.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível nº 1001614-39.2017.8.26.0483*. 3ª Vara do Foro de Presidente Venceslau. Juiz: Deyvison Hebert dos Reis. Disponível em:
https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=DF0000WEG0000&processo.foro=483&processo.numero=1001614-39.2017.8.26.0483&uuidCaptcha=sajcaptcha_bf2e7e490a4845f082dd7dc8b1ea62e8
. Acesso em: 01 maio 2020.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação nº 1002573-05.2016.8.26.0108*. 2ª Câmara de Direito Público da Comarca de Cajamar. Relator: Desembargador Alves Braga Junior. Voto nº 09900. Registro 2018.0000446281. Disponível em:
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11546301&cdForo=0>. Acesso em: 01 maio 2020.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível nº 1006046-75.2019.8.26.0566*. 6ª Câmara da Comarca de São Carlos. Relatora: Desembargadora Maria Olívia Alves. Voto nº 30.184. Registro: 2019.0000986103. Disponível em:
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13110000&cdForo=0>. Acesso em: 01 maio 2020.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *HC nº 0120499-62.2013.8.26.0000*. Relator: Antonio Luiz Pires Neto. Data de julgamento 11 dez. 2013. Órgão especial. Disponível em:
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 01 maio 2020.

SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE. *Constituição de São Tomé e Príncipe. 25 de janeiro de 2003*. Disponível em:
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/188898/Constitui%C3%A7%C3%B5es%20de%20L%C3%ADngua%20Portuguesa.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 8. ed. rev. atual, e ampl. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRE, Ricardo Lobo (org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2001. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/93927011/Daniel-Sarmiento-Ponderacao-de-Bens>. Acesso em: 15 jul. 2020.

SENADO FEDERAL. *As Constituições dos países da comunidade de língua portuguesa comentadas*. Fernando Augusto Albuquerque Mourão; Walter Costa Porto; Thelmer Mário Mantovanini (org.). Edições do Senado Federal – vol. 91. Brasília, 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/188898/Constitui%C3%A7%C3%B5es%20de%20L%C3%ADngua%20Portuguesa.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 11 abr. 2020.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Ronny Carvalho da. *O direito fundamental à segurança no constitucionalismo luso-brasileiro*. Curitiba: Primas, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *In: Revista de Direito do Estado* 4. 2006. p. 23-51. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf. Acesso em: 15 jul. 2020a.

SILVA, Virgílio Afonso da. Os direitos fundamentais e a lei: a Constituição brasileira tem um sistema de reserva legal? *In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (org.). Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009: 605-618. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2009-Direitos_fundamentais_e_lei.pdf. Acesso em: 15 jul. 2020b.

SOUSA, António Francisco. *Reuniões e manifestações no estado de direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro, Vivianne Geraldine Ferreira. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf. Acesso em: 10 mar. 2020.

TIMOR-LESTE. *Constituição de Timor-Leste, de 20 de maio de 2002*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/188898/Constitui%C3%A7%C3%B5es%20de%20L%C3%ADngua%20Portuguesa.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2020.

TIMOR-LESTE. Tribunal de Recurso. *Controle de Constitucionalidade*. Processo nº 01/2005. Díli, 9 maio 2005. Disponível em: https://www.dh-cii.eu/0_content/investigao/files_CRDTLA/acordaos/2005/acordao_do_tribunal_de_recurso_n._degrees_01-2005_de_9_de_maio-fiscalizacao_preventiva_de_constitucionalidade.pdf. Acesso em: 16 jul. 2020.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Conselho da Europa. *Convenção europeia de direitos do homem (1950)*. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 06 jan. 2020.

URUGUAI. *Constitución de la República Oriental del Uruguay*. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/10092>. Acesso em: 29 jan. 2020.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Constituição anotada da República Democrática do Timor-Leste*. Braga/PT: Centro de Investigação Interdisciplinar/Escola de Direito da Universidade do Minho, 2011. Disponível em: https://www.dh-cii.eu/0_content/CRDTL_Anotada_final.pdf. Acesso em: 16 jul. 2020.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

ZIZEK, Slavoy. O violento silêncio de um novo começo. *In: Occupy: movimentos de protesto que tomaram as ruas*. Tradução de João Alexandre Peschanski *et al.* São Paulo: Boitempo, 2012, p. 15-25.

ANEXO A – LEI DE REUNIÕES DA ALEMANHA

VersammlG - Gesetz über Versammlungen und Aufzüge Gesetz über Versammlungen und Aufzüge (Versammlungsgesetz) Nichtamtliches Inhaltsverzeichnis VersammlG
Ausfertigungsdatum: 24.07.1953

Vollzitat:

"Versammlungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. November 1978 (BGBl. I S. 1789), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 8. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2366) geändert worden ist"

Stand: Neugefasst durch Bek. v. 15.11.1978 I 1789;

zuletzt geändert durch Art. 2 G v. 8.12.2008 I 2366

Näheres zur Standangabe finden Sie im Menü unter Hinweise

Fußnote

(+++ Textnachweis ab: 26.7.1985 +++)

Abschnitt I Allgemeines

§ 1 - (1) Jedermann hat das Recht, öffentliche Versammlungen und Aufzüge zu veranstalten und an solchen Veranstaltungen teilzunehmen. (2) Dieses Recht hat nicht, 1.wer das Grundrecht der Versammlungsfreiheit gemäß Artikel 18 des Grundgesetzes verwirkt hat, 2.wer mit der Durchführung oder Teilnahme an einer solchen Veranstaltung die Ziele einer nach Artikel 21 Abs. 2 des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärten Partei oder Teil- oder Ersatzorganisation einer Partei fördern will, 3.eine Partei, die nach Artikel 21 Abs. 2 des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt worden ist, oder 4. eine Vereinigung, die nach Artikel 9 Abs. 2 des Grundgesetzes verboten ist.

§ 2 - (1) Wer zu einer öffentlichen Versammlung oder zu einem Aufzug öffentlich einlädt, muß als Veranstalter in der Einladung seinen Namen angeben. (2) Bei öffentlichen Versammlungen und Aufzügen hat jedermann Störungen zu unterlassen, die bezwecken, die ordnungsgemäße Durchführung zu verhindern. (3) Niemand darf bei öffentlichen Versammlungen oder Aufzügen Waffen oder sonstige Gegenstände, die ihrer Art nach zur Verletzung von Personen oder zur Beschädigung von Sachen geeignet und bestimmt sind, mit sich führen, ohne dazu behördlich ermächtigt zu sein.

Ebenso ist es verboten, ohne behördliche Ermächtigung Waffen oder die in Satz 1 genannten Gegenstände auf dem Weg zu öffentlichen Versammlungen oder Aufzügen mit sich zu führen, zu derartigen Veranstaltungen hinzuschaffen oder sie zur Verwendung bei derartigen Veranstaltungen bereitzuhalten oder zu verteilen.

§ 3 - (1) Es ist verboten, öffentlich oder in einer Versammlung Uniformen, Uniformteile oder gleichartige Kleidungsstücke als Ausdruck einer gemeinsamen politischen Gesinnung zu tragen. (2) Jugendverbänden, die sich vorwiegend der Jugendpflege widmen, ist auf Antrag für ihre Mitglieder eine Ausnahmegenehmigung von dem Verbot des Absatzes 1 zu erteilen. Zuständig ist bei Jugendverbänden, deren erkennbare Organisation oder Tätigkeit sich über das Gebiet eines Landes hinaus erstreckt, der Bundesminister des Innern, sonst die oberste Landesbehörde. Die Entscheidung des Bundesministers des Innern ist im Bundesanzeiger und im Gemeinsamen Ministerialblatt, die der obersten Landesbehörden in ihren amtlichen Mitteilungsblättern bekanntzumachen.

§ 4 (weggefallen)

§ 5 - Die Abhaltung einer Versammlung kann nur im Einzelfall und nur dann verboten werden, wenn 1.der Veranstalter unter die Vorschriften des § 1 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 fällt, und im Falle der Nummer 4 das Verbot durch die zuständige Verwaltungsbehörde festgestellt worden ist, 2.der Veranstalter oder Leiter der Versammlung Teilnehmern Zutritt gewährt, die Waffen oder sonstige Gegenstände im Sinne von § 2 Abs. 3 mit sich führen, 3.Tatsachen festgestellt sind, aus denen sich ergibt, daß der Veranstalter oder sein Anhang einen gewalttätigen oder aufrührerischen Verlauf der Versammlung anstreben, 4.Tatsachen festgestellt sind, aus denen sich ergibt, daß der Veranstalter oder sein Anhang Ansichten vertreten oder Äußerungen dulden werden, die ein Verbrechen oder ein von Amts wegen zu verfolgendes Vergehen zum Gegenstand haben.

§ 6 - (1) Bestimmte Personen oder Personenkreise können in der Einladung von der Teilnahme an einer Versammlung ausgeschlossen werden. (2) Pressevertreter können nicht ausgeschlossen werden; sie haben sich dem Leiter der Versammlung gegenüber durch ihren Presseausweis ordnungsgemäß auszuweisen.

§ 7 - (1) Jede öffentliche Versammlung muß einen Leiter haben. (2) Leiter der Versammlung ist der Veranstalter. Wird die Versammlung von einer Vereinigung veranstaltet, so ist ihr Vorsitzender der Leiter. (3) Der Veranstalter kann die Leitung einer anderen Person übertragen. (4) Der Leiter übt das Hausrecht aus.

§ 8 - Der Leiter bestimmt den Ablauf der Versammlung. Er hat während der Versammlung für Ordnung zu sorgen. Er kann die Versammlung jederzeit unterbrechen oder schließen. Er bestimmt, wann eine unterbrochene Versammlung fortgesetzt wird.

§ 9 - (1) Der Leiter kann sich bei der Durchführung seiner Rechte aus § 8 der Hilfe einer angemessenen Zahl ehrenamtlicher Ordner bedienen. Diese dürfen keine Waffen oder sonstigen Gegenstände im Sinne vom § 2 Abs. 3 mit sich führen, müssen volljährig und ausschließlich durch weiße Armbinden, die nur die Bezeichnung "Ordner" tragen dürfen, kenntlich sein. (2) Der Leiter ist verpflichtet, die Zahl der von ihm bestellten Ordner der Polizei auf Anfordern mitzuteilen. Die Polizei kann die Zahl der Ordner angemessen beschränken.

§ 10 - Alle Versammlungsteilnehmer sind verpflichtet, die zur Aufrechterhaltung der Ordnung getroffenen Anweisungen des Leiters oder der von ihm bestellten Ordner zu befolgen. Nichtamtliches Inhaltsverzeichnis

§ 11 - (1) Der Leiter kann Teilnehmer, welche die Ordnung gröblich stören, von der Versammlung ausschließen. (2) Wer aus der Versammlung ausgeschlossen wird, hat sie sofort zu verlassen.

§ 12 - Werden Polizeibeamte in eine öffentliche Versammlung entsandt, so haben sie sich dem Leiter zu erkennen zu geben. Es muß ihnen ein angemessener Platz eingeräumt werden.

§ 12a - (1) Die Polizei darf Bild- und Tonaufnahmen von Teilnehmern bei oder im Zusammenhang mit öffentlichen Versammlungen nur anfertigen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, daß von ihnen erhebliche Gefahren für die

öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehen. Die Maßnahmen dürfen auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden. (2) Die Unterlagen sind nach Beendigung der öffentlichen Versammlung oder zeitlich und sachlich damit unmittelbar im Zusammenhang stehender Ereignisse unverzüglich zu vernichten, soweit sie nicht benötigt werden 1.für die Verfolgung von Straftaten von Teilnehmern oder 2. Gesetz über Versammlungen und Aufzüge im Einzelfall zur Gefahrenabwehr, weil die betroffene Person verdächtigt ist, Straftaten bei oder im Zusammenhang mit der öffentlichen Versammlung vorbereitet oder begangen zu haben, und deshalb zu besorgen ist, daß von ihr erhebliche Gefahren für künftige öffentliche Versammlungen oder Aufzüge ausgehen. Unterlagen, die aus den in Satz 1 Nr. 2 aufgeführten Gründen nicht vernichtet wurden, sind in jedem Fall spätestens nach Ablauf von drei Jahren seit ihrer Entstehung zu vernichten, es sei denn, sie würden inzwischen zu dem in Satz 1 Nr. 1 aufgeführten Zweck benötigt. (3) Die Befugnisse zur Erhebung personenbezogener Informationen nach Maßgabe der Strafprozeßordnung und des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten bleiben unberührt.

§ 13 - (1) Die Polizei (§ 12) kann die Versammlung nur dann und unter Angabe des Grundes auflösen, wenn 1.der Veranstalter unter die Vorschriften des § 1 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 fällt, und im Falle der Nummer 4 das Verbot durch die zuständige Verwaltungsbehörde festgestellt worden ist, 2.die Versammlung einen gewalttätigen oder aufrührerischen Verlauf nimmt oder unmittelbare Gefahr für Leben und Gesundheit der Teilnehmer besteht, 3.der Leiter Personen, die Waffen oder sonstige Gegenstände im Sinne von § 2 Abs. 3 mit sich führen, nicht sofort ausschließt und für die Durchführung des Ausschlusses sorgt, 4.durch den Verlauf der Versammlung gegen Strafgesetze verstoßen wird, die ein Verbrechen oder von Amts wegen zu verfolgendes Vergehen zum Gegenstand haben, oder wenn in der Versammlung zu solchen Straftaten aufgefordert oder angereizt wird und der Leiter dies nicht unverzüglich unterbindet. In den Fällen der Nummern 2 bis 4 ist die Auflösung nur zulässig, wenn andere polizeiliche Maßnahmen, insbesondere eine Unterbrechung, nicht ausreichen. (2) Sobald eine Versammlung für aufgelöst erklärt ist, haben alle Teilnehmer sich sofort zu entfernen. Abschnitt III Öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzüge .

§ 14 - (1) Wer die Absicht hat, eine öffentliche Versammlung unter freiem Himmel oder einen Aufzug zu veranstalten, hat dies spätestens 48 Stunden vor der Bekanntgabe der zuständigen Behörde unter Angabe des Gegenstandes der Versammlung oder des Aufzuges anzumelden. (2) In der Anmeldung ist anzugeben, welche Person für die Leitung der Versammlung oder des Aufzuges verantwortlich sein soll.

§ 15 - (1) Die zuständige Behörde kann die Versammlung oder den Aufzug verbieten oder von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges unmittelbar gefährdet ist. (2) Eine Versammlung oder ein Aufzug kann insbesondere verboten oder von bestimmten Auflagen abhängig gemacht werden, wenn 1. die Versammlung oder der Aufzug an einem Ort stattfindet, der als Gedenkstätte von historisch herausragender, überregionaler Bedeutung an die Opfer der menschenunwürdigen Behandlung unter der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft erinnert, und 2. nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung konkret feststellbaren Umständen zu besorgen ist, dass durch die Versammlung oder den Aufzug die Würde der Opfer beeinträchtigt wird. *Das Denkmal für die ermordeten Juden Europas in Berlin ist ein Ort nach Satz 1 Nr. 1. Seine Abgrenzung ergibt sich aus der Anlage zu diesem Gesetz. Andere Orte nach Satz 1 Nr. 1 und deren Abgrenzung werden durch Landesgesetz bestimmt.* (3) Sie kann eine Versammlung oder einen Aufzug auflösen, wenn sie nicht angemeldet sind, wenn von den Angaben der Anmeldung abgewichen oder den Auflagen zuwidergehandelt wird oder wenn die Voraussetzungen zu einem Verbot nach Absatz 1 oder 2 gegeben sind. (4) Eine verbotene Veranstaltung ist aufzulösen.

§ 16 - (1) Öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzüge sind innerhalb des befriedeten Bannkreises der Gesetzgebungsorgane der Länder verboten. Ebenso ist es verboten, zu öffentlichen Versammlungen unter freiem Himmel oder Aufzügen nach Satz 1 aufzufordern. (2) Die befriedeten Bannkreise für die Gesetzgebungsorgane der Länder werden durch Landesgesetze bestimmt. (3) *Das Weitere regeln die Bannmeilengesetze der Länder.*

§ 17 - Die §§ 14 bis 16 gelten nicht für Gottesdienste unter freiem Himmel, kirchliche Prozessionen, Bittgänge und Wallfahrten, gewöhnliche Leichenbegängnisse, Züge von Hochzeitsgesellschaften und hergebrachte Volksfeste.

§ 17a - (1) Es ist verboten, bei öffentlichen Versammlungen unter freiem Himmel, Aufzügen oder sonstigen öffentlichen Veranstaltungen unter freiem Himmel oder auf dem Weg dorthin Schutzwaffen oder Gegenstände, die als Schutzwaffen geeignet und den Umständen nach dazu bestimmt sind, Vollstreckungsmaßnahmen eines Trägers von Hoheitsbefugnissen abzuwehren, mit sich zu führen. (2) Es ist auch verboten, an derartigen Veranstaltungen in einer Aufmachung, die geeignet und den Umständen nach darauf gerichtet ist, die Feststellung der Identität zu verhindern, teilzunehmen oder den Weg zu derartigen Veranstaltungen in einer solchen Aufmachung zurückzulegen. bei derartigen Veranstaltungen oder auf dem Weg dorthin Gegenstände mit sich zu führen, die geeignet und den Umständen nach dazu bestimmt sind, die Feststellung der Identität zu verhindern. (3) Absätze 1 und 2 gelten nicht, wenn es sich um Veranstaltungen im Sinne des § 17 handelt. Die zuständige Behörde kann weitere Ausnahmen von den Verboten der Absätze 1 und 2 zulassen, wenn eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung nicht zu besorgen ist. (4) Die zuständige Behörde kann zur Durchsetzung der Verbote der Absätze 1 und 2 Anordnungen treffen. Sie kann insbesondere Personen, die diesen Verboten zuwiderhandeln, von der Veranstaltung ausschließen.

§ 18 - (1) Für Versammlungen unter freiem Himmel sind § 7 Abs. 1, §§ 8, 9 Abs. 1, §§ 10, 11 Abs. 2, §§ 12 und 13 Abs. 2 entsprechend anzuwenden. (2) Die Verwendung von Ordnern bedarf polizeilicher Genehmigung. Sie ist bei der Anmeldung zu beantragen. (3) Die Polizei kann Teilnehmer, welche die Ordnung gröblich stören, von der Versammlung ausschließen.

§ 19 - (1) Der Leiter des Aufzuges hat für den ordnungsmäßigen Ablauf zu sorgen. Er kann sich der Hilfe ehrenamtlicher Ordner bedienen, für welche § 9 Abs. 1 und § 18 gelten. (2) Die Teilnehmer sind verpflichtet, die zur Aufrechterhaltung der Ordnung getroffenen Anordnungen des Leiters oder der von ihm bestellten Ordner zu befolgen. (3) Vermag der Leiter sich nicht durchzusetzen, so ist er verpflichtet, den Aufzug für

beendet zu erklären. (4) Die Polizei kann Teilnehmer, welche die Ordnung gröblich stören, von dem Aufzug ausschließen.

§ 19a - Für Bild- und Tonaufnahmen durch die Polizei bei Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen gilt § 12a.

§ 20 - Das Grundrecht des Artikels 8 des Grundgesetzes wird durch die Bestimmungen dieses Abschnitts eingeschränkt. Abschnitt IV Straf- und Bußgeldvorschriften

§ 21 - Wer in der Absicht, nicht verbotene Versammlungen oder Aufzüge zu verhindern oder zu sprengen oder sonst ihre Durchführung zu vereiteln, Gewalttätigkeiten vornimmt oder androht oder grobe Störungen verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 22 - Wer bei einer öffentlichen Versammlung oder einem Aufzug dem Leiter oder einem Ordner in der rechtmäßigen Ausübung seiner Ordnungsbefugnisse mit Gewalt oder Drohung mit Gewalt Widerstand leistet oder ihn während der rechtmäßigen Ausübung seiner Ordnungsbefugnisse tätlich angreift, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 23 - Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften, Ton- oder Bildträgern, Abbildungen oder anderen Darstellungen zur Teilnahme an einer öffentlichen Versammlung oder einem Aufzug auffordert, nachdem die Durchführung durch ein vollziehbares Verbot untersagt oder die Auflösung angeordnet worden ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 24 - Wer als Leiter einer öffentlichen Versammlung oder eines Aufzuges Ordner verwendet, die Waffen oder sonstige Gegenstände, die ihrer Art nach zur Verletzung von Personen oder Beschädigung von Sachen geeignet und bestimmt sind, mit sich führen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 25 - Wer als Leiter einer öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel oder eines Aufzuges die Versammlung oder den Aufzug wesentlich anders durchführt, als die Veranstalter bei der Anmeldung angegeben haben, oder Auflagen nach § 15 Abs. 1

oder 2 nicht nachkommt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu einhundertachtzig Tagessätzen bestraft.

§ 26 - Wer als Veranstalter oder Leiter 1.eine öffentliche Versammlung oder einen Aufzug trotz vollziehbaren Verbots durchführt oder trotz Auflösung oder Unterbrechung durch die Polizei fortsetzt oder 2. eine öffentliche Versammlung unter freiem Himmel oder einen Aufzug ohne Anmeldung (§ 14) durchführt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 27 - (1) Wer bei öffentlichen Versammlungen oder Aufzügen Waffen oder sonstige Gegenstände, die ihrer Art nach zur Verletzung von Personen oder Beschädigung von Sachen geeignet und bestimmt sind, mit sich führt, ohne dazu behördlich ermächtigt zu sein, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. Ebenso wird bestraft, wer ohne behördliche Ermächtigung Waffen oder sonstige Gegenstände im Sinne des Satzes 1 auf dem Weg zu öffentlichen Versammlungen oder Aufzügen mit sich führt, zu derartigen Veranstaltungen hinschafft oder sie zur Verwendung bei derartigen Veranstaltungen bereithält oder verteilt. (2) Wer 1.entgegen § 17a Abs. 1 bei öffentlichen Versammlungen unter freiem Himmel, Aufzügen oder sonstigen öffentlichen Veranstaltungen unter freiem Himmel oder auf dem Weg dorthin Schutzwaffen oder Gegenstände, die als Schutzwaffen geeignet und den Umständen nach dazu bestimmt sind, Vollstreckungsmaßnahmen eines Trägers von Hoheitsbefugnissen abzuwehren, mit sich führt, 2.entgegen § 17a Abs. 2 Nr. 1 an derartigen Veranstaltungen in einer Aufmachung, die geeignet und den Umständen nach darauf gerichtet ist, die Feststellung der Identität zu verhindern, teilnimmt oder den Weg zu derartigen Veranstaltungen in einer solchen Aufmachung zurücklegt oder 3.sich im Anschluß an oder sonst im Zusammenhang mit derartigen Veranstaltungen mit anderen zusammenrottet und dabei a)Waffen oder sonstige Gegenstände, die ihrer Art nach zur Verletzung von Personen oder Beschädigung von Sachen geeignet und bestimmt sind, mit sich führt, b)Schutzwaffen oder sonstige in Nummer 1 bezeichnete Gegenstände mit sich führt oder c) in der in Nummer 2 bezeichneten Weise aufgemacht ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 28 - Wer der Vorschrift des § 3 zuwiderhandelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 29 - (1) Ordnungswidrig handelt, wer 1.an einer öffentlichen Versammlung oder einem Aufzug teilnimmt, deren Durchführung durch vollziehbares Verbot untersagt ist, 1a. entgegen § 17a Abs. 2 Nr. 2 bei einer öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel, einem Aufzug oder einer sonstigen öffentlichen Veranstaltung unter freiem Himmel oder auf dem Weg dorthin Gegenstände, die geeignet und den Umständen nach dazu bestimmt sind, die Feststellung der Identität zu verhindern, mit sich führt. 2.sich trotz Auflösung einer öffentlichen Versammlung oder eines Aufzuges durch die zuständige Behörde nicht unverzüglich entfernt, 3.als Teilnehmer einer öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel oder eines Aufzuges einer vollziehbaren Auflage nach § 15 Abs. 1 oder 2 nicht nachkommt, 4.trotz wiederholter Zurechtweisung durch den Leiter oder einen Ordner fortfährt, den Ablauf einer öffentlichen Versammlung oder eines Aufzuges zu stören, 5.sich nicht unverzüglich nach seiner Ausschließung aus einer öffentlichen Versammlung oder einem Aufzug entfernt, 6.der Aufforderung der Polizei, die Zahl der von ihm bestellten Ordner mitzuteilen, nicht nachkommt oder eine unrichtige Zahl mitteilt (§ 9 Abs. 2), 7.als Leiter oder Veranstalter einer öffentlichen Versammlung oder eines Aufzuges eine größere Zahl von Ordnern verwendet, als die Polizei zugelassen oder genehmigt hat (§ 9 Abs. 2, § 18 Abs. 2), oder Ordner verwendet, die anders gekennzeichnet sind, als es nach § 9 Abs. 1 zulässig ist, oder 8. als Leiter den in eine öffentliche Versammlung entsandten Polizeibeamten die Anwesenheit verweigert oder ihnen keinen angemessenen Platz einräumt. (2) Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 bis 5 mit einer Geldbuße bis tausend Deutsche Mark und in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 6 bis 8 mit einer Geldbuße bis zu fünftausend Deutsche Mark geahndet werden.

§ 29a - (1) Ordnungswidrig handelt, wer entgegen § 16 Abs. 1 an einer öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel oder an einem Aufzug teilnimmt oder zu einer öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel oder zu einem Aufzug auffordert. (2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu dreißigtausend Deutsche Mark geahndet werden.

§ 30 - Gegenstände, auf die sich eine Straftat nach § 27 oder § 28 oder eine Ordnungswidrigkeit nach § 29 Abs. 1 Nr. 1a oder 3 bezieht, können eingezogen

werden. § 74a des Strafgesetzbuches und § 23 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten sind anzuwenden.

§ 31 (Aufhebungsvorschriften)

§ 32 - Dieses Gesetz gilt nach Maßgabe des § 13 Abs. 1 des Dritten Überleitungsgesetzes auch im Land Berlin. Rechtsverordnungen, die auf Grund der in diesem Gesetz enthaltenen Ermächtigung erlassen werden, gelten im Land Berlin nach § 14 des Dritten Überleitungsgesetzes.

§ 33 -(Inkrafttreten) Nichtamtliches Inhaltsverzeichnis Anlage (zu § 15 Abs. 2) Die Abgrenzung des Ortes nach § 15 Abs. 2 Satz 2 (Denkmal für die ermordeten Juden Europas) umfasst das Gebiet der Bundeshauptstadt Berlin, das umgrenzt wird durch die Ebertstraße, zwischen der Straße In den Ministergärten bzw. Lennestraße und der Umfahrung Platz des 18. März, einschließlich des unbefestigten Grünflächenbereichs Ebertpromenade und des Bereichs der unbefestigten Grünfläche im Bereich des J.-W.-von-Goethe-Denkmal, die Behrenstraße, zwischen Ebertstraße und Wilhelmstraße, die Cora-Berliner-Straße, die Gertrud-Kolmar-Straße, nördlich der Einmündung der Straße In den Ministergärten, die Hannah-Arendt-Straße, einschließlich der Verlängerung zur Wilhelmstraße. Die genannten Umgrenzungslinien sind einschließlich der Fahrbahnen, Gehwege und aller sonstigen zum Betreten oder Befahren bestimmten öffentlichen Flächen Bestandteil des Gebiets.

zum Seitenanfang Datenschutz

Seite ausdrucken.

**ANEXO B – LEI DE REUNIÕES E PARADAS/DESFILES DA ALEMANHA
(TRADUÇÃO DE IRIA ROCKENBACH)**

REUNIÃO - LEI SOBRE REUNIÕES E PARADAS/DESFILES

Lei sobre Reuniões e Paradas (Lei de Reuniões)

ASSEMBLEIA

Data de emissão: 24/07/1953

Citação completa:

"Lei da Assembleia, emendada em 15 de novembro de 1978 (Diário Federal da Lei I p. 1789), que foi alterada pela última vez pelo Artigo 2 da Lei de 8 de dezembro de 2008 (Diário Federal da Lei I p. 2366)"

Status: revisado por Bek. V. 15 de novembro de 1978/ 1789;

Alterado última vez pelo Art. 2 G v. 8 de dezembro de 2008 I 2366

Seção I Geral

§ 1 - (1) Todos têm o direito de realizar reuniões e Paradas/Desfiles públicos e de participar desses eventos. (2) Este direito não possui: 1. Quem perdeu o direito fundamental de liberdade de reunião nos termos do artigo 18 da Lei Básica; 2. Quem, com a implementação ou participação em tal evento, deseja promover os objetivos de uma parte ou organização parcial ou substituta de uma parte declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Federal nos termos do artigo 21 (2) da Lei Básica; 3. Um Partido que tenha sido considerado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Federal nos termos do artigo 21 (2) da Lei Básica; ou 4. Uma Associação proibida nos termos do artigo 9.º, n.º 2, da Lei Básica.

§ 2 - (1) Qualquer pessoa que convide uma reunião ou um desfile público deve declarar seu nome como organizador(a) do convite; (2) Em reuniões e paradas públicas, todos devem evitar distúrbios que visam impedir a execução adequada; (3) Ninguém pode portar armas ou outros objetos de natureza adequada e destinados a ferir pessoas ou danificar objetos em reuniões ou paradas públicas sem a autorização das autoridades. Também é proibido transportar armas ou objetos mencionados na sentença 1 a caminho de reuniões ou desfiles públicos, levá-los ou mantê-los prontos para uso em tais eventos, ou ainda, distribuí-los sem autorização oficial.

§ 3 - (1) É proibido usar uniformes, trajes ou peças de vestuário do tipo em público ou em uma reunião como expressão de um espírito político comum; (2) As associações de jovens que se dedicam principalmente à assistência a jovens, devem receber uma isenção da proibição do parágrafo 1 para seus membros mediante solicitação. A responsabilidade pelas associações de jovens cuja organização ou atividade reconhecível se estende além do território de um país é do Ministro Federal do Interior, caso contrário, a mais alta autoridade regional. A decisão do Ministro Federal do Interior é publicada no Diário Federal e no Diário Ministerial Conjunto, e nos boletins oficiais das mais altas autoridades estaduais.

§ 4 (revogado)

Seção II Reuniões públicas em salas fechadas

§ 5 - A realização de uma reunião só pode ser proibida em casos individuais e somente se:

1. O organizador for abrangido pelo disposto § 1 (2) nº 1 a 4 e, no caso do número 4, a proibição foi determinada pela autoridade administrativa responsável; 2. O organizador ou líder da assembleia concede acesso aos participantes que carregam armas ou outros objetos com intensões que contradizem as regras do § 2 (3); 3. Fatos são estabelecidos a partir dos quais se pode observar que o organizador ou seus apoiadores estão tentando levar a reunião a um curso violento ou inflamatório; 4. Fatos são estabelecidos a partir dos quais se conclui que o organizador ou seu apêndice terão opiniões ou tolerarão declarações relacionadas a um crime ou uma acusação a ser processada.

§ 6 - (1) Determinadas pessoas ou grupos de pessoas podem ser excluídos do convite de participar de uma reunião; (2) Os assessores de imprensa não podem ser excluídos; eles devem se identificar adequadamente ao chefe da reunião pelo cartão de imprensa.

§ 7- (1) Toda assembléia pública deve ter um líder; (2) O organizador é o chefe da reunião. Se a reunião for organizada por uma associação, seu presidente é o líder; (3)

O organizador pode transferir a direção à outra pessoa; (4) O líder exerce os direitos da casa.

§ 8 - O líder determina o curso da reunião. É responsável por manter a ordem durante a reunião. Ele pode interromper ou encerrar a reunião a qualquer momento. Determina a retomada de uma reunião interrompida.

§ 9 - (1) O líder pode recorrer a um número adequado de administradores voluntários para exercer seus direitos nos termos do § 8. Estes não devem portar armas ou outros objetos conforme o § 2 (3). Devem ser maiores de idade e reconhecíveis apenas por braçadeiras brancas, que podem conter apenas a designação "Pasta"; (2) O líder é obrigado a informar à polícia o número de pastas que ele ordenou, mediante solicitação. A polícia pode razoavelmente limitar o número de Pastas conforme considerar conveniente.

§ 10 - Todos os participantes da reunião são obrigados a seguir as instruções dadas pelo líder ou pelas pastas que ele ordenou para manter a ordem.

§ 11 - (1) O líder pode excluir da reunião os participantes que prejudicam totalmente (grosseiramente) a ordem; (2) Qualquer pessoa excluída da assembleia deve abandoná-la imediatamente.

§ 12 - Se policiais forem enviados para uma reunião pública, devem se identificar com o líder. Eles devem receber um local apropriado.

§ 12a - (1) A polícia só pode fazer gravações de vídeo e áudio de participantes em reuniões ou em conexão com reuniões públicas se as evidências reais justificarem a suposição de que elas representam ameaças significativas à segurança ou ordem pública. As medidas também podem ser executadas se terceiros forem inevitavelmente afetados;

(2) Os documentos devem ser destruídos imediatamente após o término da reunião pública ou dos eventos diretamente relacionados em termos de tempo e fato, a menos que sejam necessários: 1. para o julgamento de infrações penais pelos participantes, ou 2. Para evitar perigos em casos individuais, porque há suspeita de que o titular dos

dados tenha preparado ou cometido crimes na assembléia pública ou em conexão com ela e, portanto, deve-se temer que isso represente riscos significativos para futuras assembléias ou paradas públicas. Os documentos que não foram destruídos pelos motivos listados na sentença 1 número 2, devem ser destruídos, em qualquer caso, o mais tardar três anos após a sua criação, a menos que sejam necessários para os fins listados na sentença 1 número 1. (3) Os poderes (autorização/licença) para coletar informações pessoais de acordo com o Código de Processo Penal e a Lei de Infracções Administrativas permanecem inalterados.

§ 13 - (1) Somente então, e comprovando os motivos (§ 12), a polícia pode dissolver a reunião se: 1.O organizador se enquadrar nas disposições do § 1 (2) nº 1 a 4 e, no caso do número 4, a proibição tenha sido determinada pela autoridade administrativa competente; 2. A assembléia está seguindo um curso violento ou inflamatório, ou existe um perigo imediato para a vida e a saúde dos participantes; 3. O líder não excluir imediatamente as pessoas que portam armas ou outros objetos na acepção do § 2 (3), e garantir que a expulsão seja realizada; 4. Se durante o curso da reunião, violar leis criminais relacionadas a um crime ou ofensa ex officio, ou se a reunião demonstrar ou estimular tais ofensas e o líder não impedir imediatamente isso. Nos casos dos números 2 a 4, a dissolução só é permitida se outras medidas policiais, em particular uma interrupção, não forem suficientes. (2) Assim que uma reunião é declarada dissolvida, todos os participantes devem sair imediatamente.

Seção III Reuniões e paradas públicas ao ar livre

§ 14 - (1) Qualquer pessoa que pretenda realizar uma reunião pública ao ar livre ou um desfile deve notificar a autoridade competente com pelo menos 48 horas de antecedência, indicando o assunto da reunião ou do desfile; (2) O registro deve indicar qual pessoa será responsável pela administração da reunião ou do desfile (parada).

§ 15 - (1) A autoridade competente pode proibir a reunião ou parada, ou torná-la dependente de determinadas condições se, de acordo com as circunstâncias reconhecíveis no momento em que a ordem foi emitida, a segurança pública ou a ordem estiverem em perigo imediato quando a reunião ou a parada for realizada; (2)

Uma reunião ou parada pode, em particular, ser proibida ou sujeita a certas condições se: 1. A reunião ou a parada/desfile ocorrerem em um local que seja um memorial de importância nacional historicamente notável para as vítimas de tratamento desumano sob o regime nazista, e 2. De acordo com as circunstâncias que podem ser determinadas no momento em que a ordem é emitida, está comprovado que a assembleia ou desfile afetam a dignidade das vítimas. O Memorial aos Judeus da Europa mortos em Berlim é um Local, e segundo a sentença 1, nº 1. - sua demarcação resulta do anexo a esta lei. Outros locais de acordo com a sentença 1 nº 1 e sua demarcação são determinados segundo Leis de Estado. (3) Uma reunião ou um desfile podem ser dissolvidos se não forem registrados, se desviarem das informações do registro ou se as condições forem violadas ou se os requisitos para uma proibição nos termos dos parágrafos 1 ou 2 forem atendidos. (4) Um evento proibido deve ser dissolvido.

§ 16 - (1) Reuniões públicas ao ar livre, e desfiles, são proibidas dentro do círculo pacífico de legisladores dos estados federais. Da mesma forma, é proibido solicitar reuniões públicas ou desfiles ao ar livre ou de acordo com a sentença. (2) Os círculos pacificados dos órgãos legislativos dos estados são determinados pelas leis federais. (3) O restante é regido pelas leis de feitiços dos Estados Federais.

§ 17 - Os §§ 14 a 16 não se aplicam a atos religiosos ao ar livre: procissões da igreja, petições e peregrinações, funerais comuns, desfiles de festas de casamento e festivais tradicionais.

§ 17a - (1) É proibido o porte de Armas ou objetos que sejam adequados como armas de proteção e que, sob as circunstâncias, visem a impedir medidas de execução por parte de uma instituição de poderes soberanos em, ou a caminho, de reuniões públicas ao ar livre, desfiles e paradas, ou outros eventos do tipo (2) Também é proibido ((3) Os parágrafos 1 e 2 não se aplicam se se tratar de eventos na acepção do § 17. A autoridade competente pode conceder isenções adicionais das proibições previstas nestes parágrafos 1 e 2, se não houver risco para a segurança ou ordem pública. 4) A autoridade competente pode emitir ordens para fazer cumprir as proibições previstas nos parágrafos 1 e 2. Em particular, ela pode excluir pessoas que violam essas proibições do evento.

§ 18 - (1) Para reuniões ou eventos a céu aberto, aplica-se em conformidade o § 7 (1), §§ 8 9, parágrafo 1, §§ 10 11, parágrafo 2, §§ 12 e 13, parágrafo 2. (2) O emprego de pastas requer aprovação da polícia. Deve ser solicitado ao se registrar. (3) A polícia pode excluir da reunião os participantes que interromperem totalmente a ordem.

§ 19 - (1) O responsável pelo desfile/parada deve garantir que tudo transcorra dentro da ordem. Ele pode usar a ajuda de mordomos voluntários, aos quais se aplica o § 9, parágrafos 1 e 18. (2) Os participantes são obrigados a seguir as instruções dadas pelo líder ou pelas pessoas que ele ordenou para manter a ordem. (3) Se o líder não puder se impor, ele é obrigado a declarar a reunião (o evento) encerrada. (4) A polícia pode excluir da parada os participantes que interromperem grosseiramente a ordem.

§ 19a - O § 12 se aplica a gravações de vídeo e áudio pela polícia em reuniões e eventos ao ar livre.

§ 20 - O direito fundamental do artigo 8 da Lei Básica é limitado pelo disposto nesta seção.

Seção IV Sanções e multas.

§ 21 - Qualquer pessoa que pretenda impedir ou explodir montagens, eventos não autorizados ou impedir sua implementação, comprometa-se ou ameace cometer atos violentos ou cause perturbações graves, será punida com prisão de até três anos ou multa.

§ 22 - Qualquer pessoa que, em uma reunião pública ou evento (ao ar livre), resista ao líder ou administrador do exercício legal de seus poderes regulatórios por força ou ameaça de violência, ou que o assalte durante o exercício legal de seus poderes reguladores, é punida com uma pena de prisão de até um ano ou multa.

§ 23 - Qualquer pessoa que solicitar ou distribuir escritos publicamente em uma reunião, portadores de som ou imagem, fotos ou outras representações para participar de uma reunião pública ou de outro evento (ao ar livre) após a execução ter

sido proibida por uma proibição forçada ou a ordem ter sido dissolvida, será punida com prisão até um ano ou multado.

§ 24 - Qualquer pessoa que como chefe de uma reunião pública ou evento use Pastas, que carregam armas ou outros objetos de um tipo adequado e destinado a ferir pessoas ou danificar propriedades, é punida com prisão de até um ano ou multa.

§ 25 - Quem dirige uma reunião pública ao ar livre ou um desfile: Se a reunião ou o desfile for realizado de maneira significativamente diferente da que os organizadores declararam no momento do registro, ou se os requisitos no § 15 (1) ou (2) não forem atendidos, a sentença de prisão é de até seis meses ou uma multa de até cento e oitenta diárias.

§ 26 - Qualquer pessoa que, como organizador ou líder: 1. Realize uma reunião pública ou de um desfile, apesar de uma proibição executória, ou continue, apesar da dissolução ou interrupção através da polícia, ou...2. Realize uma reunião pública ao ar livre ou uma parada sem registro (§ 14) é punida com prisão até um ano ou com multa.

§ 27 - (1) Qualquer pessoa que carregue armas ou outros objetos do tipo adequado e destinado a ferir pessoas ou causar danos à propriedade em reuniões ou desfiles públicos sem ser oficialmente autorizado a fazê-lo, deve ficar preso por um ano ou será multado. Igualmente será punida qualquer pessoa que carregar armas ou outros objetos, na acepção da sentença 1, a caminho de reuniões ou desfiles públicos, os levar a tais eventos ou os mantiver disponíveis ou distribuídos para uso em tais eventos. (2) Quem: 1. Contrariamente ao § 17a (1) em reuniões públicas ao ar livre, desfiles ou outros eventos ao ar livre ou no meio do caminho, portar armas ou objetos de proteção que sejam adequados como armas de proteção e que, de acordo com as circunstâncias, se destinem a impedir medidas de execução por uma pessoa com poderes soberanos; 2. Se contrário ao § 17a (2) N° 1 em tais eventos, em um processo adequado e, de acordo com as circunstâncias, destinado a impedir a apuração de identidade, participar ou liderar o caminho para apresentação de tais eventos, ou...3. Se reunir com outras pessoas depois ou em conexão com tais eventos e: a) Portar Armas ou outros objetos que, por sua natureza, sejam utilizados para ferir pessoas ou

danificar coisas; b) leve armas de proteção ou outros objetos especificados no número 1, ou c) apresentados da maneira descrita no número 2 serão punidos com pena de prisão até um ano ou com multa.

§ 28 - Quem violar o disposto no § 3º será punido com prisão por até dois anos ou com multa.

§ 29 - (1) Atos ilegais, Quem: 1. Participar de uma reunião pública ou de um desfile, cuja execução seja proibida por uma proibição executória, 1ª. Contrariar o § 17a (2) N° 2, em uma reunião pública ao ar livre, em um desfile ou outro evento público ao ar livre ou a caminho destes, portar objetos adequados e, de acordo com as circunstâncias, impedir que a identidade seja estabelecida; 2ª. Não se afastar imediatamente, apesar da dissolução de uma reunião pública ou de um desfile pela autoridade responsável; 3ª. Como participante de uma reunião pública ao ar livre ou de um desfile, não cumprir com um requisito obrigatório de acordo com o § 15, parágrafos 1 ou 2; 4ª. Apesar de repreensão repetida pelo líder ou por uma pasta, o curso de uma reunião pública ou da parada seja atrapalhado; 5ª. Não se afastar imediatamente de uma reunião pública ou de um desfile após sua exclusão; 6ª. Não atende à solicitação da polícia para notificar o número de pastas solicitadas por ele ou fornece um número incorreto (§ 9, subseção 2); 7ª. Como líder ou organizador de uma reunião ou desfile público, for usado um número maior de pastas do que aprovado pela polícia ou permitido pela (seção 9 subseção 2, seção 18 subseção 2) ou pastas usadas marcadas de maneira diferente da permitida na seção 9 subseção 1 ou; 8ª. Como líder, nega a presença de policiais postados em uma reunião pública ou não lhes fornece um local apropriado. (2) A infração administrativa pode ser punida com uma multa de até mil marcos alemães nos casos do Parágrafo 1º n° 1 a 5, e com uma multa de até cinco mil marcos alemães nos casos do Parágrafo 1º n° 6 a 8.

§ 29ª - (1) Negocia irregularmente qualquer pessoa que, ao contrário do § 16 (1), participe ou solicite uma reunião pública ao ar livre ou em um desfile. (2) A infração administrativa pode ser punida com uma multa de até trinta mil marcos alemães.

§ 30 - Os objetos a que se refere uma infração penal nos termos do § 27 ou 28 ou uma infração administrativa nos termos do § 29, parágrafo 1, n°. 1 ou 3, podem ser

confiscados. Aplicam-se o § 74^a do Código Penal e o § 23 da Lei de Ofensas Administrativas.

Seção V Disposições Finais

§ 31 - (Regulamentos de Revogação)

§ 32 - Esta lei também se aplica no Estado de Berlim, de acordo com § 13 (1) da Terceira Lei de Transição. As ordens estatutárias emitidas com base na autorização contida nesta lei aplicam-se no estado de Berlim, de acordo com o § 14 da Terceira Lei de Reconciliação.

§ 33 - (Entrada em vigor) Anexo (parágrafo 2 do § 15) A demarcação do local de acordo com o § 15, parágrafo 2, sentença 2 (Memorial aos Judeus Mortos da Europa) inclui a área da capital federal Berlim, delimitada pela Ebertstraße (rua), entre a rua dos Jardins Ministeriais respectivamente, Lennestraße(rua) e o desvio da 18 Março, incluindo a área verde não pavimentada do Passeio de Ebert e a área de espaço verde não pavimentada na área do monumento J.-W.-von-Goethe, Behrenstrasse (rua), entre Ebertstrasse(rua) e Wilhelmstrasse(rua), Cora-Berliner-Strasse(rua), Gertrud-Kolmar-Strasse(rua), norte da confluência da rua dos Jardins Ministeriais, Hannah-Arendt-Straße(rua), incluindo a extensão para Wilhelmstraße(rua). As linhas de fronteira mencionadas fazem parte da área, incluindo estradas, passarelas e todas as outras áreas públicas destinadas a entrar ou nelas dirigir.