

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

RUI DECIO MARTINS

THIAGO LOPES DECAT

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias dos direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Sérgio Urquhart de Cademartori, Rui Decio Martins, Thiago Lopes Decat –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-138-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos fundamentais.

I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 :
Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apresentação

A publicação que ora apresentamos é o resultado dos trabalhos concentrados no grupo de Teoria dos Direitos Fundamentais, da 24ª edição do CONPEDI. A transversalidade das questões relativas a direitos fundamentais, aliada à relevância prática destas questões e ao tratamento teórico/racional que o tema tem angariado na academia jurídica pátria, explica a diversidade de temas e enfoques presentes nos textos deste volume. Aliando reflexões sobre a fundamentação dos Direitos Fundamentais, sua efetivação e aplicação em contextos diversos, esta obra exerce a importante função de divulgação acadêmica de como o campo jurídico, nos termos de Bourdieu, elabora sua compreensão desta importante classe de direitos subjetivos, na sua função ao mesmo tempo condicionadora do exercício dos demais direitos e contramajoritária. Em constante tensão produtiva com a soberania popular, e equiprimordial em relação a ela, o conjunto dos direitos fundamentais articula a proteção da autonomia privada com a autonomia pública constitutiva da soberania popular, de modo a fornecer o conteúdo mínimo daquilo que se chama hoje de estado democrático de direito. Neste sentido, os direitos fundamentais e o conceito conexo de dignidade, ainda hoje próximo de suas raízes kantianas, pode ser compreendido como topos inevitável da teoria do direito, mesmo que a densificação de seu conteúdo para além dos critérios formalistas/procedimentais kantianos e liberais remeta necessariamente, em sociedades pluralistas e postradicionais, a uma teoria da argumentação. Esta é a razão pela qual não se poderia deixar de incluir no título do grupo de trabalhos que deu origem a esta publicação a questão epistemológica de que tipo de teoria seria apropriada para a concreção do sentido destes direitos em contextos concretos de ação. Os trabalhos que integram a obra tratam de todas estas questões, abordando assuntos que vão desde o tipo de teorias apropriadas para lidar com o tema, passando pela Dignidade da Pessoa Humana, Estado democrático de Direito, a prioridade da proteção das crianças e adolescentes, a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, o princípio da laicidade, a concretização tardia do valor iluminista da solidariedade, os direitos da personalidade, a história e a terminologia dos direitos humanos, os direitos humanos na declarações de direitos, a relação entre direitos humanos e o trânsito à modernidade, constitucionalização simbólica e direito de reunião, a contraposição entre a relatividade dos direitos humanos e a ideia de um núcleo conceitual invariável de tais direitos, direito à informação e liberdade de expressão, proibição administrativa, a teoria dos princípios jurídicos, rumos possíveis do processo histórico de compreensão dos direitos humanos, a ideia de ponderação de princípios, a tensão entre direitos humanos e elementos identitários nas práticas sociais de

povos tradicionais até a teoria dos limites aos limites dos direitos fundamentais. Acreditamos que tal diversidade, em vez de revelar ausência de sistematicidade nas reflexões sobre os direitos fundamentais, expõe um dos pilares de toda investigação científica digna deste nome: a liberdade no pensar e a apropriação dos conceitos para reflexões próprias, característica de pesquisadores e de um campo do saber verdadeiramente emancipados.

DO TEXTO ÀS RUAS: CONSTITUIÇÃO SIMBÓLICA, FORÇA NORMATIVA E DIREITO DE REUNIÃO NUMA SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES

DEL TEXTO ÀS CALLES: CONSTITUCIÓN SIMBÓLICA, FUERZA NORMATIVA Y DERECHO DE REUNIÓN EM LA SOCIEDAD ABIERTA DE INTÉRPRETES

**Gilton Batista Brito
Lucas Gonçalves Da Silva**

Resumo

O artigo tem a finalidade de refletir sobre o direito constitucional de reunião, na perspectiva da realização da força normativa e da redução do caráter meramente simbólico da Constituição em um contexto de incremento de protestos reivindicatórios na era dos direitos. Com o referencial teórico de Norberto Bobbio, Marcelo Neves, Konrad Hesse e Peter Häberle, o texto propõe uma compreensão do uso do direito constitucional como bandeira legítima de manifestações públicas coletivas. Nessa perspectiva, ganha importância a decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1969 (ADI 1969), que, ao julgar inconstitucional decreto disciplinando manifestações em logradouros públicos do Distrito Federal, reconheceu a estreita vinculação com o Estado Democrático de Direito e com o pluralismo político da cláusula prevista no artigo 5º, XVI, da Constituição Federal.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Efetividade, Protestos, Direito de reunião

Abstract/Resumen/Résumé

El artículo tiene como objetivo reflexionar sobre el derecho constitucional de reunión, en vista del logro de la fuerza normativa y de la reducción del carácter meramente simbólico de la Constitución en un contexto de aumento de las protestas en la era de los derechos. Con el marco teórico de Norberto Bobbio, Marcelo Neves, Konrad Hesse e Peter Häberle, el texto propone una comprensión del uso del derecho constitucional como bandera legítima de manifestaciones públicas colectivas. Desde esta perspectiva, gana importancia la decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal em la Acción Directa de Inconstitucionalidad 1969 (ADI 1969), que, a juzgar inconstitucional decreto de la regulación de las manifestaciones en lugares públicos del Distrito Federal, reconoció la estrecha relación entre el Estado Democrático de Derecho y el pluralismo político y la cláusula prevista en el artículo 5, XVI, de la Constitución Federal.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derechos fundamentales, Eficacia, Protestas, Derecho de reunión

1 INTRODUÇÃO

Em 05 de janeiro de 2011, morreu na capital da Tunísia Mohammed Bouazizi. Com qualificação superior, mas desempregado, o rapaz de 26 anos havia jogado gasolina no próprio corpo em protesto pelo confisco de frutas e legumes que vendia para ajudar a renda familiar, provocando diversas manifestações de rua que geraram a Revolução da Liberdade e da Dignidade. Nela a juventude urbana teve um papel determinante ao usar novas tecnologias para ampliação e divulgação das reivindicações da sociedade civil que resultaram na queda do regime ditatorial há muito instalado naquele país.

No Brasil, em várias cidades, fenômeno similar ocorreu nas Jornadas de Junho de 2013, quando milhares de pessoas saíram às ruas de modo pacífico para protestar inicialmente contra a cobrança abusiva de tarifas no transporte público, seguindo-se pleito de melhora geral nos serviços públicos, resultando na revogação do aumento tarifário e na piora em pesquisas de avaliação dos governantes e políticos em geral.

Tais manifestações coletivas reivindicatórias de trabalho, liberdade, moradia, saúde e educação, direitos próprios de uma Constituição dirigente e amplamente declarados na ordem jurídica, o que é uma nota peculiar da era dos direitos apontada por Bobbio, representaram um significativo exemplo de efetividade do direito de reunião ou de assembléia, igualmente reconhecido em documentos internacionais de direitos humanos e na Constituição de 88 e estreitamente vinculado ao Estado Democrático de Direito, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1969 (ADI 1969).

Nessa perspectiva, atuam os manifestantes não apenas no processo de concretização do catálogo de direitos fundamentais como também na função de intérpretes autorizados dos textos normativos, influenciando, assim, decisivamente no significado social e no conceito de direitos constitucionais ao definir limites e possibilidades, o que confere força normativa na superação do cariz meramente simbólico dos textos de modo a torna realidade o dever de proteção, como se pretende demonstrar adiante.

2 A ERA DOS DIREITOS

No livro a Era dos Direitos (BOBBIO, 1992), Bobbio defende que as Constituições modernas se caracterizam pela proteção dos direitos do homem e decorrem da mudança operada na concepção do Estado, cujo centro passou da figura do soberano ao cidadão e respectivos direitos numa contínua ampliação histórica de novos valores e necessidades da sociedade, sendo insuficientes a proteção apenas da vida, propriedade e liberdade sob a ótica absentéista estatal.

Nesse aspecto, as declarações modernas de direitos do homem, incorporadas às Constituições como direitos fundamentais e presentes em tratados internacionais, elencam direitos sociais em sentido amplo, além das liberdades tradicionais. Estas impondo obrigações negativas dirigidas ao Estado; aqueles fixando o dever de proteção via realização estatal de obrigações positivas.

Bobbio situa no final da Segunda Guerra o início da multiplicação e universalização desses direitos, aumentados em quantidade e titularidade principalmente no âmbito dos direitos sociais. Essa positivação, generalização e internacionalização fizeram emergir novos sujeitos de direito e, com isso, movimentos sociais organizados de mulheres, ambientalistas, indígenas, portadores de deficiência e movimento negro, entre outros.

Apresenta, então, o autor a tradicional classificação em direitos de primeira geração, identificados com as primeiras liberdades exercidas contra o Estado; segunda geração, representados pelos direitos políticos/sociais; terceira geração, pertinentes por igual à perspectiva econômica, social e cultural, sendo o mais representativo o direito ao meio ambiente; e quarta geração à necessidade de proteção contra o abuso no avanço tecnológico na pesquisa biológica e defesa do patrimônio genético.

Tal concepção geracional, contudo, não está imune a críticas, havendo autores que preferem a perspectiva dimensional (SARLET, 1998, p. 46-48) e outros que enfatizam que a distinção fundada em obrigações negativas e positivas ignora a circunstância de que todos os direitos têm um custo orçamentário, portanto, exigem serviços e investimentos públicos (CLÈVE, 1988; HOLMES, SUSTEIN, 1999).

Além de argumentar contra a pena de morte e a favor do respeito à tolerância, Bobbio toca no problema da resistência à opressão, procurando diferenciá-la da contestação, ao afirmar que a primeira, cujo contrário é a obediência, é um comportamento que rompe a ordem constituída e pode chegar ao uso da violência e a segunda, cujo contrário é a aceitação, uma atitude crítica e ideológica contra essa mesma ordem, sem colocá-la em crise. (BOBBIO, 1992, p. 143-159).

Nada obstante, a consideração mais relevante trazida por Bobbio no texto é identificar a maneira mais eficaz de defender os direitos do homem como problema crucial da atualidade, pois a questão dos fundamentos foi resolvida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

Para o pensador italiano, a Declaração Universal constitui apenas o início de um longo processo de supressão das dificuldades em realizar os direitos declarados, ainda mais quando

a proteção não se limita ao domínio de um Estado e alcança a comunidade internacional. Um aspecto que torna imperiosa a questão da legislação simbólica, no particular da Constituição.

3 A CONSTITUIÇÃO SIMBÓLICA

No livro *A Constitucionalização Simbólica* (NEVES, 1994), Neves argumenta que a legislação simbólica se apresenta quando há predominância da função simbólica, vinculada essencialmente ao caráter político-ideológico, em detrimento da função jurídico-instrumental, relacionada ao caráter normativo-jurídico, servindo ao propósito de confirmar valores sociais; demonstrar a capacidade de ação do Estado; e estabelecer um compromisso dilatatório, ao adiar a efetiva solução dos conflitos.

Baseando-se no modelo sistêmico de Niklas Luhmann, o autor considera a Constituição instrumento que permite a autonomia operacional do direito na sociedade moderna quando assegura a desvinculação de apoios externos, a exemplo da política, da economia e do direito natural, e garante o acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico.

Com tal perspectiva procura Neves preservar a noção moderna de constitucionalização e enfrenta a relação entre texto e realidade constitucionais sob o prisma da concretização. Para tanto, utiliza os conceitos de *alopoiese* (reprodução do sistema jurídico, com base em critérios, programas e códigos estranhos a esse ambiente) e *autopoiese* (reprodução a partir de critérios, códigos e programas próprios) conforme divisão dos países em modernidade central e periférica. Assim, nesses últimos é recorrente o fenômeno da constitucionalização simbólica diante da sobreposição do sistema político frente ao jurídico, embora mais recentemente tenha ocorrido um movimento de extensão desse aspecto à modernidade central fruto da expansão do poder econômico globalizado. (NEVES, 2011, p. 191-200).

Nessa ótica, a constitucionalização simbólica, entendida como funcionamento hipertrofiado da atividade político-ideológica que afeta os alicerces do sistema jurídico constitucional (direitos fundamentais, separação de poderes e eleição democrática) e não encontra ressonância generalizada na práxis dos órgãos estatais, tampouco na conduta da população, perde a capacidade de orientação generalizada das expectativas normativas.

Tal representação ilusória, conforme Neves, ainda tem a função de encobrir problemas sociais, obstruindo transformações efetivas na sociedade e imunizando o sistema político contra outras alternativas, ante o propósito latente de anestésiar possíveis manifestações populares e apaziguar reivindicações via satisfação postergada.

Desse modo, esse tipo de constitucionalização simbólica consistiria essencialmente no bloqueio político-destrutivo que impede a reprodução operacionalmente autônoma do sistema

jurídico, acarretando, com isso, a perda da relevância normativo-jurídica dos textos constitucionais, provocando politização desjuridizante da realidade constitucional excludente, em conflito com um texto constitucional simbolicamente includente.

Daí a permanência das relações de subintegração e sobreintegração, incrementando bloqueios à reprodução autopoietica do sistema jurídico, retirando da Constituição a tarefa de mecanismo de acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico e encobrando a subcidadania e sobrecidadania.

Contudo, em verdade, a constitucionalização simbólica tem natureza ambivalente, como reconhece o próprio Neves em outra oportunidade. De fato, ao discutir a força simbólica dos direitos humanos em tratados internacionais, Neves reconhece nestes uma ambiguidade, pois a um só tempo a referência simbólica a determinado instituto jurídico, caracterizado pelo alto grau de ineficácia normativo-jurídica, serve tanto ao encobrimento de tal circunstância e mesmo à mera manipulação política para usos contrários à concretização e efetivação das respectivas normas, quanto a uma ampla realização do modelo normativo no futuro. (NEVES, 2005).

Nesse aspecto, a ambivalência afasta a concepção de que o simbólico está reduzido ao puramente ideológico criador da ilusão negadora de outras alternativas ou meramente retórico de persuasão descompromissada da efetivação dos direitos, pois, também, incorpora de modo paradoxal a crítica ao modelo de fachada. Além disso, o recurso à força simbólica é sempre arriscado, porque pode implicar mobilização social que contribua para realização da norma.

Assim, é emblemático o papel da multidão nas ruas no período de reconquista democrática nos países latino-americanos, quando classes populares, sociedade civil e movimentos sociais em geral reivindicaram a condição de humanidade, a participação na gestão do Estado, a escolha de dirigentes e retorno das prerrogativas de cidadão (CLÈVE, 1993, p.122), apoiados nos direitos humanos declarados em vários tratados internacionais, inclusive no Pacto de São José da Costa Rica.

Nesse caso, a instância jurídica e o direito constitucional em particular podem ser vistos como uma condensação da relação de forças mediada por normas jurídicas, princípios e valores, e como um espaço de confrontação e de lutas de imposição de novos paradigmas e novos compromissos (CLÈVE, 1993, p.208), ganhando relevo a força normativa da Constituição, que incorpora juridicamente o teor de diversos tratados de direitos humanos.

4 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Em 16 de abril de 1862, Ferdinand Lassale, um precursor da social-democracia alemã, proferiu palestra em Berlim que serviu de base para um livro clássico do direito

constitucional, “A Essência da Constituição”, que, ao denunciar a Constituição “folha de papel” e realçar os fatores reais de poder, chega a afirmar que questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas. (LASSALE, 1998).

Na obra “A Força Normativa da Constituição” (HESSE, 1991), que é baseada em uma aula inaugural na Universidade de Freiburg realizada no ano de 1954 na Alemanha, Hesse se opõe a concepção de Lassale, embora reconhecendo de início a origem política de assuntos constitucionais e a aparente supremacia histórica da realidade fática sobre a normativa, a exemplo da Constituição de Weimar.

No entanto, continua Hesse, o pensamento de que “questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas”, no limite, provoca um permanente e ineliminável estado de conflito, cujo fim é sempre em benefício da Constituição real e a coincidência entre fato e norma, que é condição de eficácia da Constituição jurídica, seria apenas uma hipótese extrema.

Tal idéia impõe um choque entre Direito Constitucional e essência da Constituição que nega a cientificidade desse direito enquanto ciência normativa, surgindo a indagação sobre a possibilidade de existir, ao lado do poder sócio-político, uma força determinante própria do Direito Constitucional, motivadora e ordenadora da vida do Estado, normativa em suma. A resposta para o autor é sim.

Para se chegar a essa força, o ex-juiz do Tribunal Constitucional alemão aponta três variantes: o condicionamento recíproco entre realidade e norma constitucional; nesse contexto, os limites e possibilidades dessa norma; e os pressupostos de eficácia dessa norma.

No primeiro aspecto, de logo, deve afastar-se o isolamento entre ser e dever ser, pois a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, havendo, por outro lado, uma pretensão de eficácia essencial na Constituição. Assim, é que essa pretensão embora com significado próprio, não pode desconsiderar condições históricas (econômicas, naturais, técnicas e sociais) necessárias a uma efetiva concretização da norma constitucional, tampouco as concepções sociais e valorativas que influem na construção e autoridade do preconceito normativo. Sendo verdade, contudo, que a pretensão de eficácia, enquanto dever ser, não se confunde com essas condições de concretização: “A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas”. (HESSE, 1991, p. 15).

Conexos a esse ponto, estão as possibilidades e os limites de realização. Citando Wilhelm Humboldt, argumenta Hesse que nenhuma Constituição política completamente fundamentada num plano racionalmente elaborado pode lograr êxito; somente aquela

Constituição que resulta do acaso poderoso com a racionalidade oposta consegue desenvolver-se, ante o princípio da necessidade.

Mas não é apenas aí que reside a “força vital” da Constituição. Ainda é elementar que exista na consciência geral, particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não apenas a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*), cuja origem está na defesa de uma ordem normativa que proteja do arbítrio estatal; na subordinação dessa ordem a um constante processo de legitimação; e na presença da vontade humana para realizá-la.

Com relação aos pressupostos de eficácia da norma constitucional, Hesse aponta como os mais importantes: (a) quanto ao conteúdo, a devida coincidência entre a Constituição e o fático, embora seja indispensável a capacidade da norma se adaptar às novas condicionantes. Nesse aspecto, sugere-se o estabelecimento, quando possível, de poucos princípios fundamentais com condições de ser desenvolvido, pois a constitucionalização de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com a inevitável desvalorização da força normativa; ainda nesse tópico, é imprescindível a incorporação ponderada de estruturas contrárias (direitos-deveres, divisão-concentração de poder, federalismo-unitarismo). Outro requisito, agora (b) quanto à prática, é a já falada *Wille zur Verfassung*, pois é aí que surge o respeito à Carta Fundamental e a necessidade de se sacrificar um interesse em seu benefício. (BRITO, 1997).

Também a interpretação se afigura como basilar na manutenção da força normativa constitucional, sujeita ao princípio da ótima concretização da norma, significando que o ato interpretativo deve se dirigir à maior realização do sentido do preceito sem esquecer as exigências determinantes num dado momento. Contudo, não deve haver prejuízo ao sentido da proposição: impossibilitada a realização daquele deve esta ser revista.

De fato, é inegável que a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica, embora o elemento normativo tenha o poder de ordenar e ajustar a realidade política e social, não podendo ser desprezado que a textura aberta e vaga do texto constitucional permite novos significados, inclusive pelos destinatários das normas igualmente detentores da vontade de Constituição, o que abre espaço para a proposta de Peter Häberle de sociedade aberta dos intérpretes.

5 A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES E O PROTESTO NAS RUAS: A IMPORTÂNCIA DO DIREITO DE REUNIÃO

É sabido que na atualidade a Constituição não estrutura apenas o Estado, mas também a própria esfera pública, dispondo sobre organização da sociedade e afetando setores da vida

privada, não podendo, assim, tratar as forças sociais e privadas como meros objetos, impondo-se a condição de sujeitos.

Diz o Häberle (HÄBERLE, 1997, p. 13), literalmente.

A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade.”

Assim, a teoria de Häberle sustenta que a sociedade aberta de intérpretes da Constituição deve alcançar o maior número possível de participantes e não se limitar aos intérpretes oficiais, tornando a interpretação a mais democrática e plural possível de modo viabilizar uma mediação própria entre Estado e sociedade (HÄBERLE, 1997, p. 15):

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da constituição.

Com isso, há uma ruptura do monopólio estatal da interpretação constitucional, admitindo a participação não só dos tradicionais intérpretes da norma jurídica (juízes e políticos), que operam interpretação em sentido estrito, mas também daqueles que atuam como co-intérpretes (*experts*, associações, organizações religiosas, imprensa, etc.), que efetuam interpretação em sentido lato, pertencendo, porém, aos juízes constitucionais a última palavra.

Assim, sob a ótica institucional, a previsão legislativa do *amicus curiae* e da audiência pública no julgamento de constitucionalidade realmente se apresentam como formas de inclusão no debate dos destinatários das normas, embora já na Assembléia Nacional Constituinte brasileira, no intervalo entre 1987 e 1988, tivesse havido intensa participação popular durante todo o processo, assegurando um forte teor comunitário e plural ao texto promulgado (CITTADINO, 1999), a exemplo da previsão do direito de reunião, vinculado ao princípio democrático e ao pluralismo.

Nesse sentido, é sintomático o incremento de protestos nos últimos anos no Brasil, de que é exemplo as Jornadas de Junho de 2013, quando milhares de pessoas foram às ruas reivindicar probidade administrativa, transporte público de qualidade, saúde, educação e outros direitos amplamente declarados em documentos internacionais de direitos humanos e

na Constituição de 88, seguindo aliás tendência mundial (CASTELLS, 2012; DUPUIS-DÉRI, 2014; FILLIEULE, TARTAKOWSKY, 2015; GOHN, 2014; BURKE, 2014).

De fato, como menciona Castels, sobretudo após a crise mundial de 2008 diversos movimentos reivindicatórios ocorreram ao redor do mundo (Primavera Árabe, *Los Indignados*, *Ocuppy*), tendo como nota característica a formação de uma sociedade em rede, dominada por jovens urbanos e interligada por tecnologias de informação e comunicação (*twitter*, *facebook*, *Youtube*, *smartphones*, *blogs*) utilizadas como ferramenta destinada a divulgar reivindicações sociais, econômicas e culturais (CASTELLS, 2012).

Assim é que os egípcios, identificados com o protesto dos tunisianos, logo ocuparam a Praça Tahir no Cairo para também expressar a sua revolta, no que foram seguidos pelo movimento *Los Indignados* na Espanha, que utilizaram também espaços públicos para manifestações. Nos Estados Unidos, ativistas do *Ocuppy* permaneceram em praça no principal centro financeiro, denunciando a apropriação indevida de riqueza.

Sobre esse tema, pertinente a análise de Burke da pesquisa *World Protests 2006-2013*, publicada pela Universidade de Columbia dos Estados Unidos e pela Fundação Friedrich-Ebert-Stiftung. O estudo consultou mais de 500 fontes de notícias locais e internacionais disponíveis na *internet* para analisar 843 eventos de protesto que ocorreram entre janeiro de 2006 e julho de 2013, em 84 países, abrangendo mais de 90% da população mundial no mapeando das principais reivindicações, causas, métodos utilizados, alvos e resultado dos protestos. (BURKE, 2014).

Para Burke o estudo concluiu que a tendência à indignação e ao descontentamento em protestos pode estar aumentando em todo o mundo e tem como principal causa um conjunto de demandas contra a injustiça econômica e contra políticas de austeridade envolvendo serviços públicos e pensões; criação de bons empregos e melhores condições de trabalho; justiça fiscal; desigualdade; baixo padrão de vida; reforma agrária; e preços de alimentos, energia e habitação, além de queixas contra a representação política formal em favor de uma democracia efetiva, não dominada por elites e interesses privados.

Em outra constatação, a pesquisa registra que as manifestações não se limitaram a passeatas e comícios. Incluíram atos de desobediência civil e ações diretas, a exemplo de bloqueio de estradas, ocupações de ruas e praças para elevar a conscientização das demandas, revelando como alvo da maioria das manifestações o governo do país onde elas ocorrem, além de denunciar o sistema político e econômico internacional, a influência das grandes empresas e o privilégio das elites.

Embora a autora registre que demandas de justiça econômica que dominaram os protestos mundiais desde 2006 não tenham sido formuladas em linguagem jurídica, chegando mesmo a duvidar o caráter transformador dos direitos humanos, é fato que o amplo repertório das reivindicações está estreitamente relacionado às gerações ou dimensões desses direitos (direitos civis, políticos, ambientais, sociais, econômicos, trabalhistas e culturais), sobretudo diante da natureza indivisível e interdependente e da presença pródiga em declaração em tratados internacionais com vasta adesão dos países. Além disso, é evidente a vinculação entre a expansão do poder econômico globalizado e a redução dos direitos sociais no geral, com reformas em várias Constituições dirigentes para diminuir a intervenção estatal e o nível do dever de proteção.

Ora, é por demais certo que reclamar direitos importa elencá-los, compreendê-los, elucidá-los e defendê-los, seja quando estabelecidos em tratados internacionais de direitos humanos, seja quando disciplinados nas Constituições como direitos fundamentais, fixando um conteúdo mínimo de significação (CLÈVE, 1993, p. 122), vale dizer, implica atuar como intérprete, tanto mais livres quanto mais aberta a sociedade.

Dá as manifestações reivindicatórias, como mobilização social, se apresentarem, em verdade, como um instrumento poderoso para reduzir a ambivalência da constitucionalização simbólica na direção de uma efetiva realização do modelo normativo, afastando a subintegração e subcidadania dos destinatários das normas e tornando os direitos declarados uma legítima bandeira de luta, que, aliás, é própria da instância jurídica.

Não é sem razão, portanto, que o direito de reunião está incluído na Constituição Federal como direito fundamental e nessa direção seguiu o Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1969 (ADI 1969).

6 DIREITO DE REUNIÃO NO MÉRITO DA ADI 1969

6.1 Regramento constitucional

Intimamente relacionado ao direito individual de liberdade de expressão e de associação e à adoção do Estado Democrático de Direito, a Constituição de 88 de início exige como limite imanente que a reunião não obste outra anteriormente convocada, o que faz incidir a regra da precedência firmada quando do primeiro comunicado prévio, o qual não se confunde com autorização, ao Poder Público.

Assim, previsto no artigo 5º, XVI, o enunciado da norma tem a seguinte redação: “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.”

Não é, porém, qualquer agrupamento humano que pode ser chamado de reunião para fins de alcance normativo do texto. De fato, estão incluídos no âmbito de proteção desse direito fundamental: (a) o elemento subjetivo: a formação por um conjunto de pessoas, pois inexistente reunião individual; (b) o elemento formal: é a coordenação mínima com convocação prévia para o ajuntamento, pois o encontro espontâneo de transeuntes em um determinado tempo e espaço não se enquadra na hipótese, por exemplo; (c) elemento teleológico: as pessoas unidas a partir de uma liderança comum devem visar objetivos compartilhados, de cunho político, religioso, artístico, etc.; (d) o elemento temporal: a reunião deve ser passageira, com previsão de início e término; (e) o elemento objetivo: ausência de pessoas armadas, impondo-se a forma pacífica, ainda que possa eventualmente suscitar reação violenta de terceiros não participantes da reunião; (f) o elemento espacial: estáticas ou em movimentos há necessidade de delimitação do local da realização. (MENDES, 2010).

No Supremo Tribunal Federal, existem quatro decisões acerca do direito constitucional de reunião, todas tomadas no âmbito do controle concentrado de normas. Duas cuidaram do conteúdo da manifestação, precisamente sobre a constitucionalidade da “Marcha da Maconha”: a ADPF 187 e a ADI 4274. Outras duas, cautelar e mérito da ADI 1969, decidiram sobre limitação espacial de protestos na capital do país, tratando o texto apenas da última.

6.2 A interpretação do Supremo Tribunal Federal no mérito da ADI 1969

Em 28 de junho de 2007, o Supremo Tribunal Federal analisou decreto do Poder Executivo do Distrito Federal que vedava a realização de manifestações públicas com a utilização de meios sonoros na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios, Praça do Buriti e vias adjacentes, na cidade de Brasília. O ato já havia sido suspenso por decisão cautelar colegiada em 24 de março de 1999.

Quando do mérito, o Relator Ricardo Lewandowski reconheceu a liberdade de reunião como fundamento da democracia, com origem na luta contra o absolutismo monárquico do século XVIII, sendo contemplada na Declaração de Direitos do Estado da Virgínia em 1776, na Constituição francesa de 1791, na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966.

Ressaltou o caráter instrumental da liberdade de reunião, ao assegurar uma das mais importantes liberdades individuais e a espontaneidade da atuação de grupos distintos, e a relação estreita entre direito de reunião e liberdade de expressão, apoiando-se em Konrad Hesse e no voto anterior de Marco Aurélio, Relator da cautelar.

Após informar que a liberdade de reunião sempre esteve presente no capítulo destinado aos direitos e garantias individuais em todas as Constituições brasileiras a partir da República, o magistrado entendeu que a Carta de 88 fixou ela mesma os limites e as condições para o exercício do direito: reunião pacífica, sem armas, com prévio aviso à autoridade competente e que não impeça outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local.

Negou, porém, o caráter absoluto ao direito fundamental invocando Canotilho para estabelecer a seguinte compreensão sobre as limitações de direitos fundamentais: restrições constitucionais diretas e imediatas, traçadas pela própria Constituição; restrições estabelecidas em lei mediante autorização constitucional expressa; e restrições decorrentes da resolução de conflitos entre direitos contrapostos. No ponto, mencionando o voto cautelar de Nelson Jobim, exemplificou como razoável a limitação ao uso de carros, aparelhos e objetos sonoros nas imediações de um hospital, pois a colisão entre o direito de reunião e o direito dos pacientes resultaria na prevalência do segundo.

Sustentou, porém, que o decreto impugnado inviabilizava a liberdade de reunião e manifestação exatamente na Praça dos Três Poderes, local aberto ao público conforme planejamento da capital federal. Relembrando o pronunciamento de Sepúlveda Pertence, destacou que a proibição sonora imposta no decreto impede a livre expressão do pensamento ao tornar as reuniões emudecidas, sem eficácia para os propósitos pretendidos.

Anotou Lewandowski, então, que o prévio comunicado serve à atribuição das autoridades competentes de organizar o exercício do direito, que é limitado no tempo, de modo a não inviabilizar o fluxo de pessoas e veículos pelas vias públicas. Como Marco Aurélio, citou artigo doutrinário de Celso de Mello acerca do direito de reunião, pontuando ensinamento de Gilmar Mendes acerca do teste de proporcionalidade e razoabilidade na aferição de medida restritiva. Em seguida, finalizou declarando o decreto inadequado, desnecessário e desproporcional, quando confrontado com a vontade da Constituição de permitir que todos os cidadãos possam reunir-se pacificamente para fins lícitos, expressando opiniões livremente.

Eros Grau limitou-se a declarar o vício formal na regulação do direito de reunião por meio de decreto, aceitando expressamente a disciplina por meio de lei.

Celso de Mello, após enfatizar a presença do direito de reunião nas declarações constitucionais e nas convenções internacionais, defendeu que o direito fundamental é instrumento de concretização da liberdade de manifestação do pensamento, que inclui o direito de protestar, criticar e discordar, impondo-se ao Estado o dever de respeitá-lo.

Já Carlos Britto considerou que o compromisso constitucional com a liberdade da reunião resultou em um dispositivo de eficácia plena, presentes na própria Constituição todas as condições para o exercício do direito, entre os quais a comunicação prévia. Juntamente com Cármen Lúcia e César Peluso, acompanhou, então, a decisão de Ricardo Lewandowsky.

Gilmar Mendes acentuou que, de fato, o texto constitucional não previu uma reserva legal expressa. Em sua opinião, há uma reserva legal implícita, pois a cláusula de não frustrar outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local já indica colisão entre direitos idênticos e a menção à prévia comunicação da autoridade exige definição de quem seja tal autoridade.

Sepúlveda Pertence ratificou o voto na cautelar, reconhecendo a inconstitucionalidade material do decreto pela vedação de qualquer reunião em locais públicos, numa cidade planejada com imenso espaço aberto em frente aos três Poderes da República destinado ao comparecimento do povo.

Portanto, a decisão do tribunal foi unânime pela inconstitucionalidade da restrição.

7 CONCLUSÃO

Em 23 de junho de 2015, moradores de um povoado às margens de uma rodovia estadual em Sergipe bloquearam a via para realizar um ato em protesto contra a morte de um motociclista no dia anterior. Reivindicavam sinalização, redutores de velocidade e melhorias na infraestrutura local e na segurança pública, além de regularidade no abastecimento de água. Após negociação com a polícia rodoviária e com a autoridade municipal, a pista foi liberada, durando a manifestação seis horas.

Como se vê, seja em Túnis, seja em Madri, seja em São Paulo, Rio de Janeiro, Cairo ou Brasília, quer ocupando uma praça no urbanizado centro financeiro do mundo em New York, quer uma estreita rodovia na zona rural do menor Estado do Brasil, o repertório varia nos temas e no alcance das reivindicações, porém, o instrumento é o mesmo e igual o propósito: o uso das ruas para tornar realidade, ao fim e ao cabo, uma vida digna, direito que no seu conjunto é declarado no texto das Constituições modernas e dos tratados internacionais de direitos humanos.

É um desafio que exige um longo processo para ser solucionado, como advertiu Bobbio, o que só revela ainda mais a importância do direito de reunião, ao permitir que os intérpretes do texto reduzam o simbolismo e confirmem força normativa, manifestando democraticamente, como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no mérito da ADI 1969, a sua concepção de direito fundamental ao trabalho, à liberdade, à moradia, à saúde, à educação e à vida, enfim.

REFERÊNCIAS:

- ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade**. Revista de Direito Privado, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 24, p. 297-310, 2006a.
- _____. **Fundamentação jurídica, sistema e coerência**. Revista de Direito Privado, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 25, p. 335-344, 2006b.
- ARTIGO 19. **Protestos no Brasil 2013**. Disponível em: <http://artigo19.org/wp-content/uploads/2014/06/Protestos_no_Brasil_2013-vers%C3%A3o-final.pdf>. Acesso: em 14 jul. 2014.
- BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BLACK, Hugo Lafayette. **Crença na Constituição**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1970.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BRITO, Gilton Batista. **A força normativa da Constituição, uma leitura necessária**. *Judiciarium*, n. 14, jul. 1997, p. 4.
- BURKE, SARA. **O que uma época de protestos globais diz a respeito da eficácia dos direitos humanos como linguagem para alcançar a mudança social**. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 11, nº 20, jun. 2014. Disponível em <<http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/20/1007241-o-que-uma-epoca-de-protestos-globais-diz-a-respeito-da-eficacia-dos-direitos-humanos-como-linguagem-para-alcancar-a-mudanca-social>>. Acesso em: 09 ago 2015.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CASTELLS, Manuel Castells. **Movimentos sociais na era da internet**. São Paulo: Zahar, 2012.
- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.
- CLÉVE, Clémerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Konrad Hesse: uma crença na Constituição.** Revista de Informação Legislativa, ano 28, n. 110, abr./jun. 1993, p. 51-68.

DUPUIS-DÉRI, Francis. **Black Blocs.** São Paulo: Veneta, 2014.

FILLIEULE, Olivier; TARTAKOWSKY, Daniele. **La Manifestación: cuando la acción colectiva toma las calles.** Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015.

FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social.** São Paulo: Universidade de São Paulo, 1988.

GOHN, Maria da Glória. **Manifestações de junho de 2013 no Brasil e praças dos indignados no mundo.** Petrópolis: Vozes, 2014.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R.. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes.** New York: W. W. Norton & Company, 1999.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MELO Filho, José Celso de. **O direito constitucional de reunião.** Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. São Paulo, vol. 54, set./out., 1978, p. 19-23.

Morre jovem que ateou fogo no próprio corpo na Tunísia. Terra, Mundo, 05 jan. 2011. Disponível em <<http://noticias.terra.com.br/mundo/morre-jovem-que-ateou-fogo-no-proprio-corpo-na-tunisia,93882ed4f18da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>. Acesso em 26 ago 2015.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do; MORAIS, José Luis Bolzan. **A cidadania e a Constituição: Uma necessária relação simbólica.** Revista de Informação Legislativa, n. 175, jul./set. 2007, p. 163-174.

NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica.** São Paulo: Acadêmica, 1994.

_____. **A Constituição Simbólica.** 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **A força simbólica dos direitos humanos.** Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 4, out./nov./dez. Disponível em <<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/04/A-for%C3%A7a-simb%C3%B3lica-dos-DH-M-Neves1.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SOUM, Yamine El. **A esperança democrática para o mundo árabe está na Tunísia**. Operamundi, Norte da África, 30 ago. 2013. Disponível em <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/opiniao/30921/a+esperanca+democratica+para+o+mundo+arabe+esta+na+tunisia.shtml>>. Acesso em: 06 ago. 2015.
- TRIBE, Laurence; e Michael, DORF. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- VAZ, Andréa. **Moradores de Itaporanga bloqueiam rodovia Ayrton Senna**. Jornal da Cidade.net, Últimas Notícias, 26 jan. 2015. Disponível em <<http://www.jornaldacidade.net/noticia-leitura/66/84047/moradores-de-itaporanga-bloqueiam-rodovia-ayrton-senna-.html#.Vc3aqPn49hF>>. Acesso em: 14 jan. 2015.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **A constitucionalização simbólica, de Marcelo Neves**. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 6, 2007, p. 381-384. Disponível em <http://www.uninove.br/PDFs/Publicacoes/prisma_juridico/pjuridico_v6/prismaj_v6_6res3.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2015.