

ELEMENTOS A RESPEITO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO PROTESTO

Abner Arias Fugaça¹
Bruno Meneses Lorenzetto²

Resumo: O artigo versa sobre o direito ao protesto e a sua concepção dentro da ordem constitucional brasileira. Analisa os fundamentos do direito ao protesto, assim como o seu conceito e definição enquanto direito fundamental. Expõe, em seguida, o tratamento jurisdicional deste, abarcando alguns precedentes argentinos e norte-americanos, analisados por Roberto Gargarella, discute posteriormente o julgamento da ADPF 187, precedente do STF acerca do tema, para concluir com uma definição acerca da amplitude do direito ao protesto e a necessidade de sua proteção no ordenamento jurídico nacional.

Palavras-chave: Direito ao protesto. Direitos fundamentais. Jurisdição constitucional.

Abstract: The article deals with the right to protest and its conception within the Brazilian constitutional order. It analyzes the fundamentals of the right to protest, as well as its concept and definition as a fundamental right. It then sets out its jurisdictional treatment, covering some Argentine and US precedents, analyzed by Roberto Gargarella, it discusses the judgment of the Supreme Court's ADPF 187, to conclude with a definition of the breadth of the right to protest and the need for its protection in the national legal system.

Keywords: The right to protest. Fundamental rights. Constitutional jurisdiction.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal da República foi promulgada em 1988 e marcou a transição de um período ditatorial para o estabelecimento da democracia na sociedade brasileira. Seus dispositivos trouxeram uma ampla quantidade de garantias, anteriormente negadas e recriminadas pela ditadura civil-militar que perdurou por quase um quarto de século. Previu direitos sociais, individuais e restringiu de forma considerável o exercício do poder estatal, buscando

¹ Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

² Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Direitos Fundamentais e Democracia) e Professor da Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Visiting Scholar na Columbia Law School, Columbia University, New York. Doutor em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia.

direcionar a força da lei para a proteção do jurisdicionado. Paulo Bonavides³ afirma que “foi a melhor das Constituições brasileiras de todas as nossas épocas constitucionais”. José Afonso da Silva⁴, ao justificar a expressão “Constituição Cidadã”, explica que a Constituição teve ampla participação popular em sua elaboração, defendendo que o texto se volta para a plena realização da cidadania.

Dentre os direitos supramencionados, a Constituição assegurou o direito à livre manifestação do pensamento e à liberdade de reunião.⁵ É possível classificar essas duas garantias como as responsáveis por assegurar ao cidadão brasileiro seu direito ao protesto, compreendido como a possibilidade do jurisdicionado se insurgir, de forma voluntária, individualmente ou em grupo, contra ou ao favor de determinada ideologia, tanto de entes privados como do Estado.

Entretanto, a Constituição Federal não estabelece, de modo exclusivo, a garantia de tais direitos. A redação constitucional estabelece contrapartidas necessárias para que o protesto possa ser revestido de legalidade. Ao versar sobre o direito à livre manifestação do pensamento, vedou expressamente o anonimato.⁶ Da mesma forma, o direito de liberdade de reunião é condicionado “apenas” a um aviso prévio a autoridade competente, mesmo que não haja necessidade direta de autorização.⁷

3 BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Estudos Avançados* v. 14, n.º 40, p. 155-176, 2000.

4 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 91.

5 Art. 5º da Constituição Federal: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) VI – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (...) 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 aviso prévio à autoridade competente;”.

6 REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 11, n. 2, jul./dez. 2010.

7 Neste sentido, importante questionamento é apresentado por Leonardo Martins: “Todos podem reunir-se ‘independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local’. Aqui a locução ‘independentemente de autorização’, que poderia ser mais uma locução supérflua da CF, porque sem sentido normativo próprio, ganha relevo com a imediatamente seguinte locução adverbial, ‘desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local’. Em tese e *a contrario sensu*, o poder público poderia desautorizar (previamente? Ou dissolvê-la *ad hoc* durante seu transcurso?), dito de forma positiva: proibir uma reunião, cujos integrantes não tenham cumprido a condicionante negativa da não frustração de outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local?” (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*,

A maior parte da doutrina entende que as exigências feitas pelo constituinte não funcionam como uma forma de restrição. Ao contrário: defendem que os limites servem para efetivar e garantir os direitos supramencionados e prevenir abusos. Ingo Wolfgang Sarlet e Jayme Weingartner Neto⁸, ao tratarem do direito de reunião, argumentam que seu exercício está sujeito a diversas limitações e pode ser objeto de intervenções restritivas.

Nesse sentido, diversas limitações são concebíveis. A maior parte das possibilidades do exercício deste direito, especialmente manifestações de rua, traz complicações logísticas que inevitavelmente resultam em conflito com outros direitos fundamentais de outras partes da população, que não necessariamente concordam com as pautas defendidas pelo manifestante. A título de exemplo, não é difícil imaginar um cidadão cansado, voltando do trabalho, que acaba preso em seu veículo por várias horas enquanto uma rodovia é bloqueada em uma manifestação.

Exemplo emblemático dessa discussão é a criminalização generalizada da “Marcha da Maconha”. Diversos magistrados de 1º e 2º grau consideraram que seu conteúdo incorria nas penas do crime de apologia, conduta tipificada no Código Penal. Dessa forma, sua realização foi impedida pelo poder estatal. A questão só veio a ser elucidada em 2014 no julgamento da ADPF 187,⁹ quando o Supremo Tribunal Federal restringiu a interpretação do art. 287 do Código Penal, coibindo-o de ser utilizado como pretexto para a proibição da manifestação de rua.

Com isso, o controle de constitucionalidade realizado pelo STF se apresentou como importante mecanismo para dar vida e efetivar o “primeiro direito” da relativamente jovem democracia brasileira, garantindo a possibilidade de um amplo debate social e democrático sobre as questões políticas e jurídicas que regem a vida de todos os jurisdicionados.¹⁰

v. 18, n. 2, maio/ago. 2017. p. 447).

8 SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. Democracia desmascarada? Liberdade de reunião e manifestação: uma resposta constitucional contra-hegemônica. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

9 ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, DJE 17.06.2014.

10 “Aquilo que pode ser dito, por outro lado, é que as Constituições são carregadas, desde o seu início, com uma narrativa densa, que não é capaz de se auto definir sem fatores exógenos, narrativa que segue por distintos momentos históricos, demandando que as sucessivas gerações produzam sentidos a partir dela, seja com base na história, na estrutura ou no texto constitucional.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin;

O objetivo deste trabalho, assim, é compreender o direito ao protesto, tanto como direito fundamental, como a interpretação que os tribunais lhe conferem em casos concretos.

1 – O DIREITO AO PROTESTO

De acordo com o inciso XVI do art. 5º da Constituição Federal, é possibilitado a todos os jurisdicionados pelo Estado Brasileiro a liberdade de reunião, de forma pacífica, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local.¹¹ A legislação exige, entretanto, o aviso prévio a autoridade competente. Este é o principal fundamento Constitucional, junto ao direito de livre manifestação, da realização do que pode ser compreendido como o direito de protestar.¹²

Para o constitucionalista alemão Konrad Hesse,¹³ a liberdade de reunião está intimamente ligada com a liberdade de expressão. Para o jurista, a formação de opinião ou a “formação preliminar da vontade política” só pode acontecer em um ambiente que possibilite ampla comunicação, atividade que se consoma por meio de reuniões.

Hesse também adverte que as reuniões são o que torna possível a multiplicação do efeito de uma simples manifestação do pensamento em reivindicações enérgicas de exigências políticas – justamente o que costuma ser compreendido como um “protesto”. Em suas próprias palavras, “oferecem, com isso, a possibilidade para o exercício de influência pública sobre o processo político, para o desenvolvimento de iniciativas e alternativas pluralistas, ou também, para crítica e protesto”¹⁴. Entende-se, com isso, que a garantia do

LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 19, n. 19, 2016. p. 137).

11 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 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.

12 MELLO FILHO, José Celso de. O direito constitucional de reunião. *Justitia*, São Paulo, v. 98, 1997. p. 163.

13 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 313

14 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. p. 313.

direito de reunião – e do direito ao protesto – é essencial para o efetivo cumprimento da função da contestação da norma.

Neste ponto, ocorre uma primeira dificuldade da compreensão acerca deste direito: a Constituição assegura o direito à reunião, que pode ser compreendido de formas diferentes de acordo com o caso concreto e a interpretação. Assim, além do que o próprio texto constitucional estabelece, tanto a doutrina quanto a jurisprudência buscam fixar, com o objetivo de identificar determinados elementos para a caracterização de uma “reunião”, o sentido jurídico-constitucional da palavra.

Tais elementos são devidamente delineados na doutrina de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. O primeiro a ser identificado é de caráter subjetivo. Uma reunião, nesse sentido, para ser caracterizada, exige uma consciência e uma vontade coletiva, além de um laço comum entre seus praticantes, além de uma finalidade em comum.¹⁵

Relativo à esfera da finalidade, é possível dizer também que é um elemento teleológico da reunião.¹⁶ Ademais, a reunião possui um elemento de natureza objetiva, que pode ser entendido como as restrições elencadas para a própria Constituição Federal para o seu exercício – a já citada vedação da reunião armada, a frustração de outra reunião previamente agendada para a mesma localidade, além da necessidade de notificação prévia as autoridades competentes.¹⁷

A tais restrições deve ser somada uma dimensão temporal, já que a reunião é necessariamente transitória, de duração limitada¹⁸. É esta dimensão, inclusive, que permite traçar a linha divisória entre o direito de reunião e o de livre associação. O vínculo subjetivo, presente em ambos, não se confunde, já que a coligação estabelecida pelos cidadãos em associações pressupõe uma união entre as pessoas em um caráter estável e sob uma direção comum.¹⁹

Ademais, a doutrina considera o direito de reunião como um direito individual de exercício coletivo, sendo necessário um agrupamento de pessoas

15 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 423

16 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p. 24.

17 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p. 425.

18 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p. 425

19 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p. 424.

para que seja caracterizada.²⁰ Da mesma forma, cumpre ressaltar o apontamento da doutrina, que assevera que a reunião pode acontecer tanto em caráter estático, restringindo sua realização a determinado local, como transitando por diversas vias públicas, geralmente recebendo o nome de passeatas.²¹

Para Sarlet e Weingartner Neto²²: “na sua condição de direito de reunião (liberdade de reunião) é, em primeira linha, um direito negativo, no sentido de um direito de defesa, voltado ao não impedimento (por parte do Estado e de terceiros) de uma ação (a reunião e a manifestação que lhe é inerente).” Da mesma forma, o direito de reunião abarca também um âmbito de proteção negativa, relativo ao dever do Estado de assegurar a possibilidade do exercício deste direito.

A dimensão positiva se encontra na chamada “dimensão objetiva dos direitos fundamentais”,²³ no caso, atribuindo ao Estado o dever de garantir que os cidadãos tenham meios seguros de dar pleno exercício ao seu direito de reunião. Logo, o direito fundamental ao protesto possui características simultaneamente positivas e negativas, recebendo um âmbito de proteção duplo.²⁴

As possibilidades de restrição ao direito merecem ser analisadas com a devida cautela. As normas constitucionais são terminologicamente vagas, tendo um campo bastante amplo de seu significado suscetível a interpretação. Assim, esta interpretação deve ser orientada, inclusive, pelas manifestações de determinados setores da sociedade, como forma de atribuição de responsabilidade democrática às leituras da Constituição.

Entretanto, esse campo de suscetibilidade também abre espaço para decisões judiciais em sentido contrário, especialmente levando em consideração o fato de que o direito ao protesto possui uma outra característica paradoxal:

20 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p. 425.

21 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p. 425. A respeito da desobediência civil pode-se afirmar que: “Enquanto a violação do direito é um aspecto necessário da desobediência civil, o mesmo também é um compromisso obrigatório para com a autoridade estatal. A desobediência civil é mais preservadora do que revolucionária. Ela demonstra respeito pelo sistema legal como um todo mesmo se ela desafia um pedaço do sistema. (BULMAN-POZEN, Jessica; POZEN, David E. Obediência incivil. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 23, n. 2, 2018. p. 243).

22 SARLET, Ingo Wolfgang. NETO, Jayme Weingartner. *Democracia desmascarada?* p. 484.

23 SARLET, Ingo Wolfgang. NETO, Jayme Weingartner. *Democracia desmascarada?* p. 485.

24 SARLET, Ingo Wolfgang. NETO, Jayme Weingartner. *Democracia desmascarada?* p. 485.

para ter seu direito de protestar efetivamente garantido, a população precisa confiar na mesma instituição contra qual o protesto é usualmente dirigido.

Por isso, é possível a formulação de nova pergunta “Como pode a ordem jurídica prever e assegurar atos de protesto contra ela mesma de forma satisfatória”? A resposta para essa questão se encontra na análise de como os tribunais costumam tratar o direito ao protesto.

2 – O TRATAMENTO JURISDICIONAL DO DIREITO AO PROTESTO

2.1 ROBERTO GARGARELLA E A REAÇÃO DO DIREITO FRENTE AO PROTESTO

Roberto Gargarella buscou analisar a reação do direito (aqui compreendido como o conteúdo das decisões judiciais analisadas) frente a ações de protesto. Para tanto, baseou-se principalmente em decisões judiciais proferidas pelas cortes Argentinas, especialmente entre os anos de 2001-2004, a respeito de diversas mobilizações sociais no país.

Assevera que os conflitos relacionados com o direito ao protesto derivam de uma tensão permanente, imbuída dentro da própria essência da Constituição. Isto se deve ao fato de que as Constituições assumem um duplo compromisso: por um lado, proteger os direitos da maioria, especialmente no que tange às suas aspirações democráticas; por outro lado, resguardar os direitos das minorias, relativos aos seus direitos fundamentais.

A tensão é exemplificada da seguinte forma: enquanto o ideal democrático assume um compromisso direto com a vontade da maioria da população, para que a maior parte dos jurisdicionados pelo Estado se sinta satisfeita com a jurisdição, existe também determinadas coisas contidas dentro da ordem constitucional que não podem ser concedidas. É por este motivo que o autor sustenta a existência de um conflito entre aspirações democráticas e o direito de cada cidadão.²⁵

Um dos julgados mais emblemáticos relativos ao tema dentro do contexto argentino é o chamado “Caso Schiffrin”, no qual ficou decidido que uma professora, ali apresentada como líder organizacional de um protesto, ficaria impedida de participar de reuniões públicas por um período prolongado. Um dos

25 SARLET, Ingo Wolfgang. NETO, Jayme Weingartner. Democracia desmascarada? p. 485.

principais fundamentos para o entendimento da corte foi uma interpretação do artigo 22²⁶ da Constituição Argentina, que estabelece, em síntese, que o povo só exerce seu direito de deliberação e influência nas decisões governamentais por meio de seus representantes e demais autoridades estabelecidas pela própria Constituição. A *Camara Criminal de Apelaciones* estabeleceu que a norma constitucional só admitia uma única forma legítima para o povo expressar sua soberania: o sufrágio.²⁷

Com isso, ao invés de colaborar com o processo coletivo de reflexão decorrente da situação de tensão de duas aspirações constitucionais distintas e igualmente importantes, os juízes acabam por oferecer a versão mais pobre possível sobre o significado da democracia.²⁸ Entretanto, verifica-se que essa é a resposta típica que a jurisdição argentina apresenta quando confrontada com o problema do direito ao protesto.²⁹

O primeiro argumento utilizado para o cerceamento dos protestos é o relativo à legalidade.³⁰ Gargarella sustenta que a ideia de fazer referência a determinadas condutas perpetradas por indivíduos dentro das manifestações como criminosas é o argumento mais comum para rechaçá-las por completo. É habitual que os juízes façam referências a tipos penais bastante abrangentes, geralmente associados a uma noção de perigo abstrato.

Um exemplo desta espécie de raciocínio é o caso *Alais*, em que a *Cámara Nacional de Casación Penal*, a mais alta corte de matéria penal dentro da jurisdição argentina, invalidou uma decisão judicial anterior que havia favorecido o acusado em prol da criminalização de sua conduta pelo ato de “impedir ou perturbar o normal e eficiente funcionamento dos transportes e serviços públicos”³¹. Afirma que as decisões costumam ser mais rigorosas quando os manifestantes não possuíam autorização para a realização do

26 “*El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición*”

27 GARGARELLA, Roberto. Entre el derecho y la protesta social. *Ecuador Debate*, Quito, n. 83, p. 75-94, Agosto de 2011. p. 90.

28 GARGARELLA, Roberto. El derecho a la protesta social. *Derecho y Humanidades*. n. 12, pp. 141-151, 2006. p. 143.

29 GARGARELLA, Roberto. El derecho a la protesta social. p. 143.

30 GARGARELLA, Roberto. Entre el derecho y la protesta social. p. 76

31 Art. 194 do Código Penal Argentino: “*El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años*”.

protesto, ou quando interferiram excessivamente com o trânsito em vias públicas.³²

Outro ponto geralmente levantado pelos julgamentos contrários ao exercício do direito ao protesto guarda relação com a legitimidade dos objetivos dos manifestantes no ato de protestar. Neste mesmo sentido, referenciam a forma como as manifestações são organizadas, utilizando-se, por exemplo, de máscaras ou outros meios para ocultar a própria identidade. Assim, uma linha de pensamento bastante comum dentre os formadores de opinião é a de que o fato de muitos manifestantes cobrirem seus rostos deixava claro que almejavam objetivos ilegítimos.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte possui um amplo histórico de associar imediatamente a realização de um piquete com violência.³³ Ademais, os tribunais mantiveram um entendimento firme de negar proteção constitucional as manifestações que fizeram uso de violência. Há, inclusive, uma distinção apresentada pela corte no caso *Cox vs Louisiana* (1965), no qual se diferencia a “expressão pura” de uma “expressão com agregados” – *plus speech*, para diferenciar a forma de liberdade de expressão resguardas pela primeira e décima-quarta emendas à Constituição norte-americana. Nesta oportunidade a Corte rechaçou a noção de que aqueles que comunicam suas ideias através de manifestações de rua, bloqueando vias públicas, têm sua liberdade de expressão equiparada aos indivíduos que se manifestam por meio de uma “expressão pura”.

Com isso, é possível perceber que os principais argumentos utilizados para impor limitações ao exercício do direito ao protesto guardam relação com a suposta existência de colisão com outros direitos também devidamente assegurados pela ordem constitucional. A criminalização do ato de protestar, o questionamento da legitimidade das pautas e uso de violência e, principalmente, a alusão de que a manifestação poderia se utilizar de outros meios para que se fizesse ouvir, podem ser compreendidas como uma tentativa de pacificação dos conflitos ocasionados pelo exercício de protesto.

Um dos exemplos mais emblemáticos para a compreensão do conflito entre direitos fundamentais está em *New York Times vs Sullivan* (1964). No

32 GARGARELLA, Roberto. Entre el derecho y la protesta social. p. 76.

33 GARGARELLA, Roberto. Entre el derecho y la protesta social. p. 76.

caso, o jornal New York Times publicou diversas críticas extremamente contundentes contra Sullivan, o chefe de polícia da cidade de Nova York – que continham, inclusive, informações falsas. Neste caso, é nítido o conflito direto entre dois direitos: a liberdade de expressão o direito à honra e à reputação pessoal do indivíduo.

Na decisão da Suprema Corte norte-americana, os juízes reconheceram, em primeiro lugar, que sua resolução do caso seria orientada por uma concepção robusta de democracia. Em segundo lugar, a corte enfatizou que detinha um compromisso excepcionalmente forte com a liberdade de expressão, e, por isso, toleraria até mesmo a inclusão de “comunicados errôneos”, fazendo referência às informações falsas contidas nas publicações do jornal.

Ainda, os juízes reconheceram que era necessária uma proteção mais robusta aos exercícios da liberdade de expressão que continham críticas a autoridades públicas. A corte entendeu que a crítica da população aos funcionários, constituía, inclusive, uma obrigação tão importante quanto a própria obrigação dos funcionários públicos de administrar. Em sua conclusão, a corte citou James Madison, um dos fundadores da República norte-americana, que asseverava que “o poder de censura está no povo sobre o governo, e não no governo sobre o povo”.

Em suma, a Suprema Corte, ao reconhecer a existência de um conflito entre dois direitos fundamentais, expressou de forma clara e direta sua visão de que o direito à liberdade de expressão merecia uma proteção especial dentro da ordem constitucional, agindo, na concepção de Gargarella, de forma exemplar.³⁴

Na sequência será analisada a proteção conferida ao direito fundamental em apreço dentro da jurisdição brasileira, por meio da decisão em que o STF realizou manifestação explícita acerca do direito de reunião e à livre manifestação, incluindo, neste diapasão, o direito ao protesto: trata-se da ADPF 187.

2.2 O CASO BRASILEIRO – O TRATAMENTO DO DIREITO AO PROTESTO NA ADPF 187

No ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal analisou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 187, proposto pela Procuradora

34 GARGARELLA, Roberto. Entre el derecho y la protesta social. p. 81.

Geral da República, que postulou que fosse dada ao art. 287 do Código Penal Brasileiro³⁵ interpretação conforme à Constituição, de forma a excluir qualquer exegese que possa resultar na criminalização da defesa da legalização das drogas, incluindo manifestações e eventos públicos.

O caso apresentava a seguinte discussão: diversos grupos de manifestantes organizados buscavam a realização de uma marcha, que aconteceria simultaneamente em diversas localidades, na qual os manifestantes transitariam pelas vias públicas de suas respectivas localidades, como um ato de protestar contra a criminalização do uso da droga popularmente conhecida como maconha. O evento foi denominado “Marcha da Maconha”.

Nos anos de 2008 e 2009, a marcha foi proibida por decisões judiciais nas cidades de Curitiba, São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Brasília, Cuiabá, Salvador, João Pessoa, Fortaleza, Americana, Juiz de Fora e Goiânia, em algumas cidades, inclusive, por dois anos consecutivos.

Essas decisões, em grande parte, pautaram-se na redação do art. 287 do Código Penal Brasileiro para concluir que, sendo a comercialização e o uso da maconha criminalizados pela lei penal, a defesa pública de sua legalização seria uma espécie de apologia das drogas e estimularia seu consumo.

A tese sustentada na ADPF era a de que tais interpretações são absolutamente incompatíveis com os direitos fundamentais à liberdade de expressão e reunião, nos termos estipulados pela Constituição Federal. A petição inicial valorou a liberdade de expressão como um dos mais importantes direitos fundamentais do sistema constitucional brasileiro, sendo ela um pressuposto para o funcionamento da democracia. Esclareceu que o objetivo da ação não era a discussão da legitimidade ou eficácia da política pública adotada pelo Estado brasileiro ao criminalizar o uso e o comércio de entorpecentes, mas sim reconhecer o caráter político desta criminalização e a importância do debate sobre temas políticos de qualquer natureza.

Celso de Mello, ao proferir seu voto, pontuou a importância da liberdade de reunião como um meio do exercício do direito à livre expressão das ideias, ou um instrumento da concretização da liberdade de manifestação do pensamento. Incluiu neste raciocínio o que chamou de “o insuprimível direito de protestar”³⁶,

35 “Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa”.

36 ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15-6-2011. p. 63.

sendo imposto ao Estado democrático o dever de respeitar tal direito, pelo fato de constituir prerrogativa essencial dos cidadãos, geralmente cerceado por regimes despóticos e ditatoriais.

Durante todo o voto, Celso de Mello sublinhou a necessidade de resguardo do direito ao protesto como um dos mais importantes meios de exercício do questionamento da população frente aos atos do Estado, frisando, especialmente, no vínculo relacional existente entre os direitos de reunião, manifestação do pensamento e participação dos cidadãos na vida política do Estado. Com isso, entende-se que o cerceamento ao direito de reunião acaba por redundar na transgressão das demais liberdades constitucionalmente previstas³⁷.

Ademais, Celso de Mello pontuou que a liberdade pública de protestar é de ainda mais importante proteção para as minorias, já que o exercício deste direito é essencial à propagação de suas ideias dentro do debate público. Assim, seria absolutamente irrelevante que a maior parte da população se opusesse às reivindicações de grupos minoritários, “ainda que desagradáveis, atrevidas, insuportáveis, chocantes, audaciosas ou impopulares”³⁸ reforçando o papel contramajoritário dos direitos ali discutidos e da decisão da corte. Os grupos majoritários estão impedidos de submeter à hegemonia de sua vontade a eficácia de direitos fundamentais, sendo possível traçar, neste sentido, uma contribuição ao debate relativo à tensão permanente contida na ordem constitucional, conforme suscitado por Gargarella.³⁹

Em sua conclusão, o Ministro enfatizou que o ato de protestar publicamente em prol da legalização das drogas estaria muito distante de significar qualquer ilícito penal, configurando, apenas, prática legítima do direito à livre manifestação do pensamento, propiciada pelo exercício do direito de reunião, destacando a irrelevância de maior ou menor receptividade social da proposta. Com isso, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para dar ao art. 287 do Código Penal interpretação

37 ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15-6-2011. p. 72.

38 ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15-6-2011. p. 82.

39 GARGARELLA, Roberto. El derecho a la protesta social. p. 143.

conforme à Constituição, nos termos delineados pela petição inicial.⁴⁰ O voto foi integralmente seguido pelos demais ministros e a decisão foi unânime.

No caso, é possível verificar um exercício do controle concentrado de constitucionalidade, no qual o Supremo Tribunal Federal manifestou a proeminência e a importância do direito ao protesto dentro do ordenamento constitucional brasileiro.

Apesar de não terem sido tecidas maiores considerações acerca do eventual conflito com outros direitos fundamentais, ao contrário do exemplo mencionado por Gargarella (*Sullivan vs. New York Times*), é certo que a STF foi fulgente ao determinar a interpretação de norma infraconstitucional de acordo com seu entendimento do conteúdo constitucional e da prevalência do direito ao protesto, fornecendo ao *nomos*⁴¹ nacional um riquíssimo compilado de entendimentos acerca da nossa noção de democracia e constitucionalismo. Reconheceu-se que o direito ao protesto é essencial para o funcionamento da democracia, assim como ficou estabelecido um limite claro para a possibilidade de cerceamento do Estado para o exercício deste direito.

3 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reprovação aplicada a determinado ato violento de determinado indivíduo não guarda relação com a discussão acerca do valor do direito ao protesto e a necessidade de sua proteção constitucional. Esta reflexão é especialmente importante, levando em consideração o fato de existir inúmeros exemplos, em diversas cortes brasileiras e no exterior, em que o direito ao protesto foi cerceado, com fundamento em um raciocínio absolutamente alheio ao real conteúdo da discussão acerca dos limites relativos ao direito ao protesto, limitando-se a raciocínios supérfluos relativos à legitimidade das pautas, meios de protesto empregados por indivíduos isolados ou, na pior das hipóteses, à criminalização do próprio ato de se manifestar. É certo que, conforme devidamente pontuado pelo Supremo Tribunal Federal, eventuais restrições a

40 “(...) de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”.

41 No mesmo sentido do termo utilizado por Robert Cover: COVER, Robert M. *The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative*. In *Harvard Law Review*, Harvard, 1983. p. 28.

este direito acabam por afetar todos os demais, ocasionando perigoso precedente de possível utilização inadequada do Estado para o controle social.

Ademais, é possível notar que assegurar o devido direito ao protesto não pode ser compreendido pelo estabelecimento de uma dicotomia entre os interesses do indivíduo, que busca dar pleno exercício ao seu direito, e os interesses do Estado, que busca cerceá-lo. É certo que os exemplos supramencionados, além de muitos outros, demonstram o risco de atribuir ao Estado a função de garantir e assegurar o direito ao protesto, já que é muitas vezes exercido contra ele próprio.

Não obstante, o direito de realizar críticas ao governo, de protestar, de se reunir e de se manifestar livremente na arena democrática é fundamental para a continuidade de regimes democráticos, nos quais o povo pode cumprir sua função cidadã de tomar o espaço público para transmitir diretamente aos governantes mensagens sobre ações que gostariam que fossem observadas por eles.

Cabe aos governantes o uso da razão e da argumentação para formular respostas políticas e jurídicas que venham a atender adequadamente aos anseios de seus representados. Impedir as manifestações populares é o mesmo que silenciar a voz das ruas e, o ato de calar o povo, não deveria ser uma opção disponível em Estados democráticos de Direito, eis que, nos passos da lição de Madison, o poder de censura está no povo sobre o governo, e não no seu inverso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Estudos Avançados* v. 14, n.º 40, p. 155-176, 2000.

BULMAN-POZEN, Jessica; POZEN, David E. Obediência incivil. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 23, n. 2, 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 19, n. 19, 2016.

COVER, Robert M. *The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative*. In *Harvard Law Review*, Harvard, 1983.

GARGARELLA, Roberto. El derecho a la protesta social. *Derecho y Humanidades*. n. 12, pp. 141-151, 2006.

_____. Entre el derecho y la protesta social. *Ecuador Debate*, Quito, n. 83, p. 75-94, Agosto de 2011.

- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- 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*, v. 18, n. 2, maio/ago. 2017.
- MELLO FILHO, José Celso de. O direito constitucional de reunião. *Justitia*, São Paulo, v. 98, 1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 11, n. 2, jul./dez. 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. Democracia desmascarada? Liberdade de reunião e manifestação: uma resposta constitucional contra-hegemônica. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.