

DIREITO DE REUNIÃO BRASILEIRO: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

LEONARDO MARTINS*

Um bom exemplo das dificuldades enfrentadas no Brasil na relação entre direito e política são as tentativas de compatibilização do exercício de tão relevante direito fundamental para a realização da própria democracia, que é a liberdade de reunião, com a segurança pública. Também essas tentativas conciliatórias ocorrem no contexto da investigação do propagado fenômeno da judicialização da política e conseqüente politização do direito.

Nos dias 5 e 6 de outubro de 2016, o *Programa Estado de Derecho para Latinomerica* da Fundação Konrad Adenauer (RSP-KAS), em parceria com a Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), promoveu, na sede desta última, em São Paulo, um seminário intitulado “Liberdade de Reunião e seus

* Agradeço a *Beatriz Ferreira de Almeida*, mestre em direito pela UFRN, por sua atenta e cuidadosa revisão do manuscrito; e a *Jone Maciel*, igualmente mestre em direito pela UFRN, por sua generosa e sempre profícua disposição ao diálogo acadêmico em torno da presente complexa temática, com suas implicações jurídico-transdisciplinares. Ambos são membros ativos do Grupo de Pesquisa por mim liderado junto ao PPGD-UFRN: “Constituição Federal e sua Concretização pela Justiça Constitucional – CFJC”.

O manuscrito foi concluído no bojo de minha missão de pesquisa na Faculdade de Direito da Humboldt-Universität zu Berlin (março a junho de 2017), a partir de um convite do colega alemão, Prof. Dr. *Martin Eifert*, e fomentada pelo Deutscher Akademischer Austauschdienst – DAAD. A essa instituição de fomento, que tem me acompanhado em boa parte de minha trajetória acadêmica, reitero aqui meus agradecimentos, já manifestados alhures e em diversas oportunidades. Por fim, agradeço à minha IES, UFRN, pelo deferimento de meu pedido de licença, desobrigando-me, em parte, das tarefas ligadas ao ensino para uma dedicação mais intensa e intensiva à pesquisa.

Por fim, agradeço ao Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, especialmente nas pessoas de sua diretora, Dra. *Marie-Christine Fuchs* e da pesquisadora e colaboradora *Ginna Rivera*, pela viabilização material e logística do seminário realizado em São Paulo, cuja palestra compõe a parte central da presente contribuição. A elas e ao colega, Prof. *Victor Bazán*, organizador da coletânea, cabe também um agradecimento específico pela paciência demonstrada nos reiterados deferimentos de meus pedidos de prorrogação do prazo para a entrega do manuscrito e aceitação final.

As deficiências e carências do presente texto recaem, contudo, exclusivamente na minha esfera de responsabilidade.

Limites Constitucionais no Contexto da Democracia Militante: alicerces legais para uma regulamentação constitucionalmente compatível do direito fundamental às manifestações coletivas”. Seu precípua escopo foi apresentar uma primeira tentativa de —ou ao menos uma introdução a— um consistente diagnóstico sobre o complexo relacionamento aludido a partir de uma aparente ou real demanda político-legislativa tão específica quanto imprescindível.

A hipótese da necessidade, percebida ou não por atores políticos, quiçá até da referida demanda político-legislativa, pode ser mais bem explicitada com as seguintes perguntas: Como devem ser os inevitáveis conflitos resolvidos e, sobretudo, quem deve ter a competência regulatória e decisória? Aquilo que em um consistente sistema político-jurídico deveria ter uma resposta diretamente aferível do seu sistema constitucional, pelo menos no que tange ao questionamento das competências regulatória e decisória, parece não ser o caso no Brasil. Há dúvidas e divergências quanto ao “se” da regulamentação da liberdade de reunião, quanto mais as há em relação ao “como” da configuração de processos legislativos e decisórios para a matéria tendo em vista o bom funcionamento do Estado democrático de direito.

Após um breve relato do mencionado evento (sob **A.**), reproduzirei a palestra nele ministrada em que se tentou apresentar os fundamentos constitucionais do direito objetivo de reunião com o suporte comparativo do direito comparado alemão. Manteve-se o estilo de palestra, com a simples adição das referências nas notas de rodapé (**B.**). A presente contribuição será, ao final, amarrada com provocações alusivas à idoneidade para a concretização constitucional e até necessidade de um debate com um sistema jurídico-político que em relação a essa problemática passou por um vigoroso desenvolvimento bicentenário que é o alemão. Trata-se de um desenvolvimento bicentenário quando se leva em consideração os primórdios do direito policial geral, de segurança e ordem públicas, do qual partiu, como *lex specialis* e ramo específico de direito administrativo, o direito de reunião alemão¹. Por isso, ele merece uma atenção especial de todos aqueles que seriamente quiserem tomar ciência de suas experiências, com elas discutir e refletir sobre as possibilidades de sua importação para sistemas jurídico-políticos atrelados às democracias ocidentais, mas ainda relativamente imaturos, como o são os sistemas latino-americanos (**C.**).

1. RELATO INTRODUTÓRIO: SEMINÁRIO E MESA REDONDA PROMOVIDOS PELA KAS E AASP EM SÃO PAULO

A) *Objetivo*

O evento perseguiu o objetivo de despertar a consciência dos participantes —relevantes operadores do direito, formadores de opinião e membros da co-

¹ Cf., por exemplo, com muitas referências: PIEROTH, SCHLINK, KNIESEL, KINGREEN e POSCHER (2016: 4-6).

munidade jurídico-acadêmica em geral— a respeito da falta de regulamentação legislativa para o âmbito do direito de reunião, que poderia ser em qualquer tempo examinada quanto a sua constitucionalidade.

Como se trata de um assunto que, desde as grandes manifestações ocorridas em diversos centros urbanos brasileiros em junho de 2013, inegavelmente integrantes da agenda política brasileira, suscitou um cogente debate. Sua obrigatoriedade tem lastro na missão das ciências jurídicas de perscrutar as bases normativas e metodológicas para o fortalecimento da força normativa de todas as normas constitucionais. No caso, trata-se do fortalecimento notadamente da norma definidora do direito fundamental à liberdade de reunião, em suas dimensões jurídico-subjetiva e objetiva e em face de seu papel na formação da opinião pública, que é imprescindível ao processo democrático e à realização do princípio constitucional democrático.

B) Destinatários e participantes do evento

O evento foi dividido em duas partes. A primeira parte consistiu-se de um seminário aberto a toda comunidade acadêmica, operadora do direito e política em geral, realizado na noite do dia 5 de outubro de 2016. Por sua vez, na segunda parte, realizou-se uma “mesa redonda”, no dia seguinte, da qual participaram juízes federais, juízes estaduais, promotores de justiça, procuradores da república, advogados, defensores públicos, professores universitários, pesquisadores, membros de ONGs e representantes de veículos de comunicação social.

C) Desenvolvimento, primeiros efeitos e conclusões heurísticas

O projeto desenvolveu-se conforme planejado. O formato composto de duas partes, sendo a primeira pública e a segunda fechada para experts, revelou-se muito exitoso na execução.

Ainda que se deva esperar por certo transcurso de tempo, há suficientes indícios que apontam para o reconhecimento de que os efeitos e contribuições alcançados com o projeto são sustentáveis e que as repercussões no futuro próximo não cessarão. Formou-se um “mailing” com os 20 integrantes do Grupo de Experts que se reuniu na sede da AASP no dia 6 de outubro. Tal “mailing” tem por finalidade dar sequência aos debates e avaliar a possibilidade de se consolidar um Grupo de Trabalho a respeito do Direito (Objetivo) de Reunião.

Como todos os atores envolvidos atestaram, o balanço geral do evento é bastante positivo. O método adotado revelou-se perfeitamente adequado aos desafios que o tema implica. Comprova esse diagnóstico um olhar atento sobre a relação entre uma demanda de debate e sua satisfação, a que, pelo menos em parte, chegou-se por seu intermédio. Com efeito, o interesse das comunidades jurídica, política e dos meios de comunicação social, antes muito difuso, foi

abordado com muita concretude e pertinência. Satisfez-se um interesse por uma primeira discussão específica e bem orientada que se logrou suscitar.

2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE REUNIÃO À LUZ DO DIREITO COMPARADO ALEMÃO²

Para se pesquisar os fundamentos constitucionais do direito de reunião em um determinado Estado constitucional é imprescindível o estudo da respectiva outorga do direito fundamental à liberdade de reunião no seu estatuto constitucional. O dispositivo normativo de tal outorga é o parâmetro, por excelência, para a resposta à questão da constitucionalidade de uma regulamentação do direito por lei ordinária³. Dessa questão aparta-se outra relevante, que é a da sua conveniência político-jurídica⁴.

Dedicar-me-ei apenas à primeira. Deixarei também de tratar da possível configuração de um sistema jurídico-objetivo do direito de reunião, que deve ser medido com base no direito fundamental à sua liberdade, do art. 5º, XVI da Constituição Federal (a seguir: “CF”). Como se trata de uma abordagem jurídico-dogmática, com o adjetivo “fundamental” refiro-me à fundamentalidade formal⁵ do direito que é parâmetro do direito objetivo de reunião.

Por opção metodológica, busco desvencilhar-me da muito em voga —porém, do ponto de vista jurídico-científico, irracional— ponderação entre princípios, valores, bens ou interesses jurídicos, que se encontram quase sempre em conflito na lida do direito constitucional⁶. Falta, absolutamente, critério racional-jurídico para tais sopesamentos. De fato, o peso ou a importância de bens, princípios jurídicos ou sinônimos não se deixa definir com critério que cumpra os mais elementares requisitos de racionalidade jurídico-científica.

² Palestra proferida no Seminário Internacional “Liberdade de Reunião e seus Limites Constitucionais no Contexto da Democracia Militante”, na sede da AASP, noite de 5 de outubro de 2016.

³ Essa clara divisão entre parâmetro e objeto do controle de constitucionalidade tem a virtude de afastar a presente análise de abordagens axiológicas e ponderativas de princípios que não são marcadas por uma metodologia e racionalidade especificamente jurídicas. Cf. em geral: SCHLINK (1980) e MARTINS (2012).

⁴ Que responde a outra espécie de racionalidade ligada a questões programáticas político-partidárias, ao cumprimento de mandatos populares e ao juízo de conveniência e oportunidade dentro de quadros decisórios materiais (margens discricionárias) abertos pelo constituinte.

⁵ Cf. DIMOULIS e MARTINS (2014: 41).

⁶ A suposta técnica da ponderação tem vários matizes teóricos que a lastreiam. Na literatura jurídica brasileira, fizeram impressionantes carreiras as teorias institucional de PETER HÄBERLE (1983) e principiológica, de ROBERT ALEXY (1986). Crítica em relação a ambas as teorias por MARTINS (2012: 15-25 e 76-88); em relação à primeira, por SCHLINK (1980); e em relação à segunda, por POSCHER (2003: 76-83).

No lugar do suposto método da ponderação, valho-me de uma interpretação sistemática. Entram em cena as categorias da intervenção estatal e dos limites à intervenção decorrentes das normas jusfundamentais⁷.

Essa interpretação sistemática constitui-se de três etapas, sequencialmente investigadas⁸. Na primeira etapa, verifica-se o alcance dos direitos fundamentais junto aos quais pese uma suspeita de violação, ou por uma norma infraconstitucional, ou por sua interpretação e aplicação feita pelos órgãos estatais para tanto competentes. Nesse sentido, demonstrarei o que foi outorgado pelo constituinte como ressalva de liberdade aos titulares do direito fundamental em pauta. Analisadas serão suas condições subjetivas e/ou objetivas e seu alcance específico que, em tese, podem ser violados por uma intervenção estatal. A apreciação conjunta do aspecto normativo da verificação da área de proteção e do contraponto fático da intervenção estatal nela configura o suporte fático da hipótese de violação⁹ do direito fundamental a ser sempre testada.

Em uma segunda etapa, a atenção recairá, muito sucintamente, sobre o sistema de limites constitucionais a direitos fundamentais tal qual positivado, implícita ou explicitamente, pelo constituinte. Apenas uma cuidadosa interpretação sistemática de todo o texto constitucional torna possível a aferição de tais limites constitucionais à liberdade de reunião.

Por fim, em uma terceira etapa, como os limites são concretamente traçados por titulares de poder constituído, poder esse a ser sempre limitado¹⁰, há de se investigar os pressupostos e condições para uma justificação constitucional do traçado concreto do respectivo limite.

Antes, porém, uma última observação preliminar para refutar um equívoco muito recorrente na discussão pátria. Haveria, segundo alguns autores, quando não uma vedação, ao menos uma total dispensa de regulamentação do direito fundamental decorrente do art. 5º, XVI CF¹¹. É o que ocorreria não apenas com a liberdade de reunião, mas com qualquer direito fundamental por força do §1º do mesmo art. 5º CF, segundo o qual: “as normas definidoras de direito fundamental têm aplicação imediata”.

⁷ Cf. SCHLINK (1984: 457ss.) e Martins (2012: 28-43).

⁸ Cf. em idioma português, em geral: DIMOULIS e MARTINS (2014: 133 ss.).

⁹ Também a norma definidora de direito fundamental é —como toda norma jurídica— composta por suporte fático, acrescido de, ao menos, uma consequência jurídica. O suporte fático preenche-se com uma intervenção estatal não justificada por limites constitucionais proporcionalmente aplicados. A consequência jurídica é, em regra, a nulidade do ato. Cf. a seguir, no texto.

¹⁰ A primeira função de norma definidora de direito fundamental, especialmente da categoria de *status libertatis* ou *status negativus*, é a limitação material dos poderes estatais constituídos. Cf. DIMOULIS e MARTINS (2014: 50-52).

¹¹ Vide, por todos, apenas: FRANÇA (2007).

O equívoco desse entendimento não reside na correta assertiva segundo a qual o direito não careceria de interposição legislativa para ser exercido por seu titular. De fato, como ocorre com todo direito fundamental de liberdade, precipuamente aqueles de marca comportamental ou situacional¹², como é a liberdade de reunião, uma legislação regulamentadora não é apenas dispensável. Sobre ela recai também, em princípio, uma suspeita de inconstitucionalidade¹³.

O equívoco está presente em uma incorreta derivação do art. 5º, §1º CF: dele derivaria, segundo esse entendimento, uma vedação de lei interveniente ou configuradora de conteúdo da liberdade. Tal leitura superficial do §1º ignora o sistema de limites —notadamente o sistema de reservas legais e demais pressupostos ou aspectos jurídico-dogmáticos, tais como o papel de leis configuradoras de conteúdo de direitos fundamentais—¹⁴,

I

Eis que chegamos à primeira —e mais longa— etapa da apresentação que corresponde aos dois primeiros passos do exame de uma hipótese de violação de direito fundamental: a delimitação do alcance do direito e a verificação da presença ou não de uma intervenção estatal nele.

1. Começo pelo alcance do direito ou delimitação da área de proteção normativa. Necessário se faz, uma vez mais preliminarmente, saber sobre qual recorte da realidade social¹⁵ a norma constitucional incide.

Tendo em vista o teor do parâmetro constitucional, vem à pauta uma primeira diferenciação de repercussão dogmática das mais relevantes, porquanto influencia na concretização do princípio do ônus argumentativo¹⁶. Ônus argu-

¹² Em oposição aos direitos fundamentais de marca normativa como são, principalmente, as garantias de institutos jurídico-privados, tais como o casamento, a herança e a propriedade. Cf. a respeito DIMOULIS e MARTINS (2014: 152) e, na literatura especializada germânica, por muitos: PIEROTH, SCHLINK, KINGREEN e POSCHER (2015: 60 s.).

¹³ A ser confirmada ou refutada a partir do exame trifásico desenvolvido pela literatura e jurisprudência constitucionais alemãs e aqui descrito abstratamente.

¹⁴ Leis configuradoras (*gesetzliche Ausgestaltungen*) de direitos fundamentais têm o condão de colaborar com o exercício da liberdade garantida pela norma jusfundamental. Em não sendo verificada uma intervenção estatal na área de proteção normativa, tais atuações legislativas são, em geral, compatíveis com o parâmetro constitucional jusfundamental. Trata-se, todavia, de um dos assuntos da dogmática alemã dos direitos fundamentais mais debatidos na última década. Exemplarmente, mencionem-se as seguintes exposições monográficas: CORNILS (2005), BUMKE (2009).

¹⁵ Alcinhado, na literatura comparada alemã, em uma tradução literal, de “área de regulamentação” (em sentido amplíssimo) ou área da vida social. Cf. PIEROTH, SCHLINK, KINGREEN e POSCHER (2015) e DIMOULIS e MARTINS (2014: 133-135).

¹⁶ V. a respeito dessa figura a sistematização da figura cunhada precipuamente por SCHLINK (1976) e a recepção brasileira por MARTINS (2012: 33).

mentativo ao qual me refiro é aquele que deve ser cumprido pelos destinatários normativos que são os órgãos estatais, quando tiverem de obstar o exercício mais irrestrito, quiçá abusivo, do direito.

1.1 “Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas [...]”. Até esse ponto, o constituinte brasileiro condicionou o gozo da liberdade a, pelo menos, duas condições a serem cumpridas por seus titulares: desenrolar pacífico da reunião e não porte de armas pelos reunidos. Teor semelhante pode ser encontrado no correspondente alemão, no art. 8 I *Grundgesetz* (a seguir: “GG”): “Todos os alemães têm o direito de se reunirem pacificamente e sem armas”.

1.1.1 A norma jusfundamental incide sobre o fenômeno das reuniões de pessoas naturais. Ele estará presente toda vez que pelo menos três pessoas (colégio mínimo) —logicamente, porém, também duas pessoas— encontrarem-se em determinado local, compartilhando um propósito comum¹⁷. Alguns autores germânicos aceitam a presença de apenas duas pessoas ao enfatizarem o aspecto comunicativo e de desenvolvimento coletivo da personalidade, segundo o qual a liberdade de reunião protegeria o indivíduo contra seu isolamento¹⁸.

1.1.2 A reunião deve se dar em um *determinado local*; encontros virtuais não são protegidos por esse direito fundamental de comunicação, mas por outros pertinentes ao catálogo de direitos fundamentais. Trata-se de opor, jusfundamentalmente, um obstáculo àquela, em princípio, possível e potencialmente legítima competência estatal de impedir que pessoas se juntem, com emprego de seus corpos¹⁹, em prol de algo que desejam comunicar, em um determinado local físico. É sobre tal demanda por proteção de direito de liberdade que recai a tutela do art. 5º, XVI CF.

1.2 O mencionado propósito comum, essencial à definição da reunião no sentido constitucional, deve ser diferenciado do fato de todos os reunidos poderem ter, paralelamente, o mesmo propósito sem, no entanto, estar presente o elemento da sua comunhão coletiva²⁰. Com isso, excluem-se todos os aglomerados de pessoas que tenham o mesmo propósito de assistir a um evento musical, por exemplo, ou quaisquer outras formas de entretenimento protegidas por outros direitos fundamentais, mas, em princípio, não pela liberdade de reunião.

Contudo, outra opinião, aparentemente ainda minoritária, enxerga em eventos de puro entretenimento presente a reunião a ser especificamente protegida

¹⁷ Sobre a sistematização das posições em torno desse requisito numérico, por todos: MICHAEL e MORLOK (2016: 160 s.).

¹⁸ Cf. *ibid.*, p. 159-160.

¹⁹ Enfatizam esse aspecto KNIESEL e POSCHER (2007: 1009 ss.).

²⁰ Também chamados de propósitos paralelos. Deve estar presente um liame intrínseco, uma interdependência entre os reunidos em prol do propósito comunicativo da reunião.

pelo direito fundamental²¹. O argumento central dessa corrente, que se vale de um conceito amplo de reunião, é que se deve constatar somente o aspecto da sociabilidade como seu elemento marcante e decisivo²². Deve estar presente uma “mais valia do intercâmbio comunicativo, da manifestação de opiniões ou experiências”²³, que exsuriria da sociabilidade comunitária. Excluídos seriam, praticamente, tais aglomerados somente se, na junção de pessoas, não houver comunicação verbal ou —ao menos— não-verbal ou se ela se der em um contexto de imposição ou constrangimentos ilícitos de obstrução ou direcionamento forçado das pessoas em uma dada direção²⁴. De fato, o conceito de reunião protegida não abrange, em todo caso, a constrição corporal de terceiros.

Há, no entanto, quem exija que o propósito da reunião seja manifestar uma opinião como participação no processo de formação da opinião pública²⁵. Outros se contentam com o propósito de manifestar qualquer tipo de opinião, como, por exemplo, de um juízo de valor atinente a interesses particulares. Assim, podem ser classificados três conceitos de reunião, do estrito ao mais amplo acima aludido, passando pelo ampliado ou intermediário que pressupõe tão somente a manifestação de uma opinião, qualquer que ela seja²⁶.

A par dessa definição negativa, do que não configura “reunião” no sentido do art. 5º, XVI CF, trata-se de passeatas, marchas ou aglomeração em lugar fixo que tenham por escopo chamar a atenção para qualquer questão política, social ou cultural. Excluir o propósito de manifestar opinião pertinente a interesses particulares seria desconsiderar a dimensão jurídico-subjetiva do direito fundamental²⁷. Por outro lado, estendê-la a qualquer coletivo de pessoas que se comuniquem entre si parece ser ao mesmo tempo tão temerário, em

²¹ Percebe-se uma clara tendência da subida do número de seus adeptos. Cf. MICHAEL e MORLOK (2016: 159-163); MÖLLERS (2015: 186 ss.) e SCHILDHEUER (2015: 207 ss. e 232).

²² Cf. MICHAEL e MORLOK (2016: 159-160).

²³ *Ibid.*, p. 160.

²⁴ O que pode suscitar a necessidade de o Estado cumprir seu dever de tutela em face de agressões perpetradas por outros titulares de direito fundamental. Contra o Estado, esse aspecto da liberdade encontra-se amparado pelo chamado exercício negativo da liberdade, o qual corresponde ao direito de não ser forçado a participar de uma reunião; algo, como sabido, bastante recorrente em regimes ditatoriais ou autoritários. A respeito, cf. DIMOULIS e MARTINS (2014: 137-140).

²⁵ Advogam por esse conceito estrito de reunião, entre outros, por exemplo: BADURA (2015: 222 s.).

²⁶ Sobre os três conceitos aludidos e com mais referências, cf. MÖLLERS (2015: 186 ss.) e SCHILDHEUER (2015: 207 ss. e 232).

²⁷ Sobre a bidimensionalidade, vide, por muitos, o tão sucinto quanto clássico trabalho de DREIER (1993: 41 ss.). V. também: BÖCKENFÖRDE (1990). Na literatura brasileira: Sarlet *et al.* (2016) e DIMOULIS e MARTINS (2014: 115-120).

face da provável acarretada ausência de contornos do direito, quanto supérfluo. A tais interesses de proteção cabe a tutela, na pior das hipóteses, do direito fundamental subsidiário à liberdade (art. 5º, *caput* CF), que pode ser interpretado como direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade²⁸.

Por essas razões, filio-me ao conceito ampliado de reunião. Presente deve estar, portanto, apenas 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 debate entre posições convergentes ou divergentes que se trata.

Tal interdependência não está presente em outros já aludidos aglomerados de pessoas. Pessoas curiosas que, espontaneamente, se aglomerem ao lado de um acidente automobilístico ou que estejam aguardando um ônibus passar em um ponto de parada não estão se reunindo no sentido do discutido parâmetro constitucional. Também não participará de reunião uma pessoa ou um grupo de conhecidos que estiver indo ao estádio de futebol para torcer por um time. Em tais casos, o indivíduo cumpriria seu propósito mesmo que estivesse completamente solitário. Ainda que possa ser considerado bem mais divertido torcer no meio de uma multidão, os espectadores não dependem um dos outros e não precisam, necessariamente, estar inseridos em um contexto comunicativo para dar sentido à sua ação²⁹.

1.3 Do ponto de vista jurídico-objetivo³⁰, trata-se, em primeira linha, de um direito fundamental pertinente ao sistema de direitos fundamentais de comunicação social, considerado, como todos os outros do sistema, imprescindível à formação da opinião pública³¹. De fato, viabiliza a circulação de ideias, aproxima os representados de seus representantes e, com isso, serve ao processo democrático com um todo³².

1.3.1 Não obstante, como verificado, a reunião, no sentido do art. 5º, XVI CF, não precisa ter, necessariamente, conotação política; ter como propósito

²⁸ Sobre a referida subsidiariedade, v. MARTINS (2012: 47-54).

²⁹ Porém, o conceito amplo propriamente também não contempla meros aglomerados sem a presença do elemento comunicativo intrínseco. Por todos: MICHAEL e MORLOK (2016: 159 ss.).

³⁰ Relativo à aludida dimensão ou caráter, ou ainda um complexo de conteúdos jurídico-objetivos que funcionam como parâmetros para o poder público, independentemente da dimensão jurídico-subjetiva correspondente a uma pretensão do titular em face do Estado a um fazer ou a um não fazer.

³¹ Cf. por muitos: SCHULZE-FIELITZ (2013: 1078 ss.).

³² A ênfase exagerada nesse aspecto funcional da liberdade que se deve à chamada teoria funcional-democrática pode subverter a primeira dimensão jurídico-subjetiva. Pode, por exemplo, levada às últimas consequências, fazer transmutar a liberdade em dever, especialmente no caso das liberdades de comunicação social. Cf. MARTINS (2012: 25-27; 214-215).

discutir questões públicas; nem efetivamente contribuir para a formação da opinião pública. Contudo, se os tiver, pode-se pensar em uma concorrência com a liberdade de manifestação do pensamento. Na dogmática, convencionou-se chamá-la de concorrência ideal, sem relação de generalidade-especificidade³³. Consequentemente, não deve o intérprete, no caso, medir a suposta violação estatal de um direito fundamental apenas com base no parâmetro da liberdade de reunião, justamente por não ser o parâmetro específico em relação aos demais. Com efeito, a liberdade de reunião protege a junção física das pessoas; os demais direitos como, por exemplo, a liberdade de manifestação de pensamento, protegem as esferas de liberdade pertinentes ao escopo da reunião, precipuamente em face de ulteriores sancionamentos³⁴.

1.3.2 Na decisão do Supremo Tribunal Federal sobre as chamadas “marchas da maconha”³⁵ teria sido o caso de se aplicar os parâmetros concorrentes da liberdade de reunião e de manifestação do pensamento, sequencialmente, admitindo-se duas hipóteses distintas de violação de direito fundamental. Embora correta em sede de conclusão, que foi pela inconstitucionalidade da proibição prévia e/ou sancionamento ulterior por juízes monocráticos e tribunais das manifestações pela descriminalização da conhecida droga, na fundamentação, não distinguiu e não descreveu com a devida precisão os parâmetros constitucionais envolvidos³⁶. Consequentemente, há três problemas que precisariam ter sido mais bem aprofundados. Primeiro, apesar de ter sido a liberdade de reunião mencionada com efusivo destaque, dezenas de vezes, sua específica relevância jurídico-dogmática, sobretudo no caso de proibições judiciais arbitrárias, não restou devidamente identificada. É o que resta claro com a menção reiterada ao caráter instrumental da liberdade de reunião em prol da liberdade de manifestação do pensamento³⁷. Segundo, em

³³ Cf., com referências às origens da discussão germânica, notadamente ao constitucionalista *Klaus Stern* que tanto quanto observável cunhou a classificação das concorrências entre direitos fundamentais pelas categorias “ideal” X “aparente”: DIMOULIS e MARTINS (2014: 171-175).

³⁴ Recaindo uma intervenção estatal sobre outro direito fundamental, outras serão as exigências e condições para sua possível justificação constitucional por causa dos limites constitucionais previstos, que são outros. Sendo outros, também não podem ser transplantados sob pena de o intérprete subverter o sistema de limites aos direitos fundamentais tal qual concebido pelo constituinte.

³⁵ Cf. STF-ADPF 187 (Rel. Min. *Celso de Mello*), voto disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF187merito.pdf> (acesso em 14.04.2017).

³⁶ Cf. *ibid.*

³⁷ Cf., entre várias outras passagens encontradas no voto do relator: “[...] a liberdade de reunião traduz meio vocacionado ao exercício do direito à livre circulação de ideias, configurando por isso mesmo um precioso instrumento de concretização da liberdade de manifestação do pensamento, nela incluído o insuprimível direito de protestar.” Cf. *ibid.*, p. 3. Malgrado

decorrência dessa primeira carência da fundamentação, não se vislumbrou nela a aludida concorrência dos direitos fundamentais. Terceiro, como decorrência dos dois problemas anteriores, restou insuficiente porque deixou de aplicar, sequencialmente, ambos os parâmetros normativos³⁸.

1.4 Em face de uma dada afirmação de inconstitucionalidade por violação do art. 5º, XVI CF, responde-se, nessa primeira etapa, se a conduta que se pretenda livre da intervenção estatal está ou não coberta pela área de proteção do direito. Aqui, pode-se proceder a uma diferenciação essencial à definição do que seja, em princípio, protegido. Distingue-se entre área de regulamentação ou área da vida, de um lado, e área de proteção, de outro³⁹. Direito público-

o tão comum e exagerado uso de adjetivações que não têm o condão de fundamentar nada, tais passagens afirmam o valor abstrato e os desejados efeitos das liberdades concorrentes, ficando devedora da descrição do suporte fático normativo, dos limites e do modo justificado de impô-los.

³⁸ Em que pesem os aplausos à decisão, manifestados inclusive no debate da noite do dia 5 de outubro pelo colega debatedor, Prof. Dr. *Marcos Zilli*, o problema aqui levantado refere-se à fundamentação jurídico-dogmática dos votos dos membros do STF. O dispositivo da decisão e suas consequências políticas devem ser saudadas. Porém, é passada a hora de nos despedirmos de voluntarismos judiciais e de decisões que parecem buscar persuadir interlocutores como se fossem meros partícipes do debate político, ainda que com muito poder, vale dizer: poder “supremo”. No caso da decisão do STF em apreço, as decisões dos juízes penais (objeto indireto da ADPF, uma vez que a ADPF recaía –em um também recorrente uso bastante problemático dela– sobre as interpretações judiciais do art. 287 do CPB que tipifica o crime de apologia) não violavam apenas os direitos fundamentais dos manifestantes. Com efeito, violavam também o próprio princípio constitucional do Estado de direito (art. 1º, *caput* da CF) ao considerar típica em face do art. 287 do CP a conduta de reivindicar uma mudança liberalizante da lei penal. Trata-se de um erro tão crasso de interpretação e aplicação do direito ordinário que as decisões penais beiram a fronteira do crime de prevaricação judicial. Com efeito, pelo sempre lembrado princípio da motivação racional o juiz do feito até tem uma muito ampla margem de apreciação das provas trazidas aos autos, mas não para impor seus preconceitos pessoais em detrimento da correta aplicação do direito posto, o que vale principalmente no processo penal. Não se trata, portanto, de dar interpretação conforme a Constituição ao art. 287 do CP que seria o caso se fosse colocada em cheque sua constitucionalidade abstrata. Do mesmo modo, não se trata da chamada “interpretação orientada por direito fundamental” como sendo um subcaso daquela - cf. a respeito da diferença: Schlaich e Koriath (2015: 321 s.). Nesse sentido, a provocação do STF foi também equivocada. A ADPF era, rigorosamente falando, inadmissível. Para os atingidos (acusados nas ações penais públicas e sentenciados à pena prevista no art. 287 do CP) seria o caso de optar por uma das seguintes alternativas: ou pela interposição de recursos até o extraordinário; ou por avocar o CNJ; ou por uma representação junto um órgão do MPE para o ajuizamento de cabíveis ações penais por crime de prevaricação judicial. Analítico, mas ainda menos diferenciado e aquém dos atuais reconhecimentos: MARTINS (2013).

³⁹ Cf. DIMOULIS e MARTINS (2014: 133-137).

subjetivo à abstenção de intervenção estatal está presente somente junto ao fenômeno da reunião no sentido constitucional referido e cabe apenas aos reunidos que atendam às duas condições congêneres (caráter pacífico da reunião e não porte de armas).

Isso porque o intérprete pode ter à sua frente um encontro de pessoas: primeiro, que não se encontrem reunidas no já discutido sentido do art. 5º, XVI CF; ou, segundo, que, mesmo encontrando-se reunidas, não atendam às duas referidas condições. Em ambos os casos, uma hipótese de violação restaria refutada já nessa fase preliminar da primeira etapa do exame.

1.4.1 Não há como se desenvolver aqui, exaustivamente, critérios para a aferição do caráter pacífico de uma reunião. Também o aparentemente objetivo critério do porte de armas revela problemas hermenêuticos e práticos⁴⁰. Por ora, temos de nos satisfazer com os poucos indícios que passo a apresentar.

É cediço que nem toda violação de normas penais por manifestantes descaracterizaria o caráter pacífico de uma reunião⁴¹. Caso contrário, a outorga da liberdade não estaria vinculando o legislador penal e seu aplicador, tornando-se, em larga medida, inútil. O direito fundamental vincula também, obviamente, o legislador penal e seu intérprete por excelência, o juiz penal. Isso é o que se chama supremacia da Constituição, concretamente falando.

O caráter pacífico de uma reunião, em regra, não estará presente, quando o elemento comunicativo da reunião desvirtuar-se em violência física contra pessoas e/ou coisas ou adquirir transcurso sedicioso⁴². A lei federal de reuniões da República Federal da Alemanha, em seu § 13 I, n. 2, definiu a condição negativa da ausência do caráter pacífico de uma reunião com essas duas características do transcurso violento ou sedicioso, acrescentando a iminência de sua ocorrência⁴³.

No primeiro caso, do transcurso violento, trata-se de se excepcionar as únicas condutas, penalmente tipificadas, cuja norma definidora, sua interpretação e aplicação não precisam ser justificadas constitucionalmente por não atingirem a área de proteção da norma jusfundamental: a lesão corporal e o dano, além de suas tentativas. Questionável é se o mero planejamento de atos de violência⁴⁴ implicaria tornar a reunião *ab initio* desprotegida jusfun-

⁴⁰ Cf. da extensa literatura especializada alemã entre muitos outros: MICHAEL e MORLOK (2016: 167) e a seguir no texto.

⁴¹ Cf. *ibid.*

⁴² Cf. por todos: MÖLLERS (2015: 188 s.)

⁴³ Com fundamento no § 15 I BVerfG (Lei Federal de Reuniões), a jurisdição administrativa devidamente provocada pode proibir uma reunião em face da qual haja fundamentados prognósticos de que ela terá marca sediciosa. Cf. a respeito PIEROTH, SCHLINK, KNIESEL, KINGREEN e POSCHER (2016: 374-375).

⁴⁴ Vide a profunda análise de ENDERS *et al.* (2011: 39-43).

damentalmente. Na dúvida, a reunião é protegida até o ponto da tentativa da prática de atos violentos, mesmo porque também uma reunião pacífica poderá sofrer intervenções estatais justificadas no momento da imposição dos limites constitucionais do direito fundamental. A consequência jurídico-dogmática é a submissão da intervenção, em princípio pautada em limite constitucional, ao ônus argumentativo estatal como, muito sucintamente, veremos ao final⁴⁵.

No segundo caso —de a reunião adquirir um transcurso sedicioso— tem-se de avaliar que, por mais questionadora do *establishment* que seja uma reunião ou uma marcha, deve poder ser esperado dela um mínimo de comprometimento com a ordem constitucional vigente⁴⁶. Até porque é tal ordem que protege justamente a manifestação de opiniões minoritárias, exóticas e/ou mesmo potencialmente muito desagradáveis, não apenas para os detentores de poder político, mas também para a maioria da população. O referido comprometimento mínimo faltará quando uma reunião tiver por precípua escopo atacar a ordem constitucional, tendo um ímpeto revolucionário que se corporifica, entre outros, principalmente, em ataques deliberados a forças de segurança policiais competentes para assegurar a ordem e segurança públicas⁴⁷. Lembre-se, aqui, do conceito de “democracia militante”⁴⁸, segundo o qual a ordem constitucional democrática deve ser apta a responder, sem quebra institucional e violação de direitos de minorias ideológicas, de maneira idônea, aos ataques provenientes de radicais à direita ou à esquerda do espectro político-ideológico.

Questionável é, no mais, se a violência psíquica presente em ações de bloqueio de vias, autoestradas ou ferrovias por manifestantes sentados ou deitados descaracterizaria o seu caráter pacífico⁴⁹. Sem dúvida, trata-se, no caso, de uma reunião no sentido constitucional. Trata-se de uma reunião tanto com

⁴⁵ Cf. sob III.

⁴⁶ Não faria sentido considerar que o constituinte tenha aceitado a possibilidade de ter criado uma ordem constitucional vulnerável em relação a movimentos revolucionários. Toda ordem constitucional, também uma de perfil democrático e que tutele direitos fundamentais de minorias políticas, tem a pretensão de ser perene.

⁴⁷ Cf. MÖLLERS (2015: 189).

⁴⁸ Conceito cunhado por K. *Loewenstein* e K. *Mannheim* já na década de 1930. Cf. LOEWENSTEIN (1937: 417-433 e 638-658). O conceito tem respaldo em normas da *Grundgesetz* como o positivado direito à insurreição do art. 20, IV GG; a destituição de direitos fundamentais individuais (art. 18 GG); e o processo de proibição de partido político (Art. 21 II 2 GG) que for manifestamente inimigo da ordem constitucional vigente. Apenas dois processos, no início da década de 1950, movidos perante o TCF (logo no início de sua história jurisprudencial, portanto) foram concluídos com a proibição de partidos políticos: o sucedâneo do Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães e o Partido Comunista. A respeito, v. na literatura de comentários a *Grundgesetz*: JARASS (2016: 478) e PIEROTH (2016: 595).

⁴⁹ Cf. da série de julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão a série de decisões *Sitzblockade* I, II e III (BVerfGE 73, 206; 92, 1 e 104, 92).

fulcro no referido conceito amplo, quanto no conceito estrito. 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 pacífico⁵⁰. Resolve-se o choque entre esse tipo de reunião e outros bens jurídicos na etapa da justificação constitucional a que —repito— nos dedicaremos ao final da exposição.

Dessa hipótese de proteção devem ser apartados os bloqueios incendiários⁵¹. Por causa de seu alto potencial lesivo à integridade física de pessoas e de provocação de danos, excluem-se da área de proteção do direito fundamental tais condutas, pouco importando seu uso como instrumento de protesto político. Também podem ser consideradas sediciosas no sentido apresentado. Destarte, mesmo sendo reunião no sentido constitucional, não cumprem a condição apriorística do caráter pacífico que deve ser observado, já nesse ponto, pelos titulares do direito.

A conduta não pacífica de apenas alguns manifestantes não descaracteriza o caráter pacífico de toda uma reunião, desde que não haja uma “contaminação” de parte considerável de seus integrantes⁵². Pelo contrário, gera a necessidade do cumprimento de dever estatal de tutela por parte de forças policiais⁵³.

1.4.2 Por fim, “armas” no sentido do dispositivo constitucional podem ser quaisquer objetos aptos a causar lesões corporais. Deve estar presente a intenção de, efetivamente, usá-los. Isso não se verifica, salvo elementos fáticos que apontem em sentido contrário, em manifestações de militares ou de trabalhadores rurais cujos integrantes trazem consigo, como marca simbólica, instrumentos de trabalho que sejam em si considerados perigosos⁵⁴. Ao contrário

⁵⁰ Cf., por exemplo, por todos, com suaves reservas na formulação: HUFEN (2016: 485 s.): “Também puros bloqueios por pessoas sentadas não são *ab initio* não pacíficos [...] Isso vale também —enquanto não forem investidos outros meios não pacíficos— para reuniões que, por excelência, queiram atrapalhar certos processos econômicos (‘Blockupy’)”.

⁵¹ Bloqueios incendiários preenchem os elementos objetivos do tipo penal de incêndio (art. 250 do CPB). Como a atuação repressora e sancionamento penal de tais condutas não podem preencher o suporte fático da norma jufundamental em apreço, seus autores não podem se valer de uma causa excludente da antijuridicidade por força, por exemplo, da figura do exercício regular de direito, como poderia ocorrer, em tese, com o bloqueio de pessoas sentadas. Neste caso, tem-se uma coerção psíquica *passiva* que, por sua vez, não estará presente se os manifestantes se prenderem a correntes, por exemplo.

⁵² Trata-se de opinião amplamente majoritária na discussão germânica. Cf. por todos: PIEROTH, SCHLINK, KINGREEN e POSCHER (2015: 200), com a muito importante ressalva: “Entretanto, a reunião tornar-se-á não pacífica quando o corpo diretor da reunião ou a maioria dos participantes solidarizarem-se com o comportamento não pacífico de alguns”.

⁵³ Cf. com análises exaustivamente diferenciadas: PIEROTH, SCHLINK, KNIESEL, KINGREEN e POSCHER (2016: 355-389).

⁵⁴ A aludida intenção de uso de um objeto com potencial de arma ou desta em sentido estrito relaciona-se à interdependência com a outra condição para o exercício protegido da

do respectivo texto da Constituição alemã, a Constituição Federal não separou os dois elementos com a conjunção aditiva “e”. Optou por separá-los apenas com uma vírgula. Assim, denotou que se trata de um indício da presença ou não da primeira característica estipulada pelo advérbio de modo “pacificamente”.

2. Sobre o alcance específico⁵⁵, temos de continuar nos orientando pelo teor do dispositivo. Protegidas são reuniões havidas “em locais abertos ao público”. Poderíamos derivar dessa locução que reuniões realizadas em locais fechados não seriam protegidas por direito fundamental tendo em vista o argumento *a contrario sensu*? Definitivamente, não é o caso de se imaginar que reuniões a portas cerradas não fossem protegidas. Todavia, reparem que falei em proteção por “direito fundamental”, de modo genérico. O teor indica que, de fato, o constituinte não ressaltou as reuniões feitas em locais fechados ao público em razão da incidência de outros direitos fundamentais concorrentes, tal qual da inviolabilidade do domicílio. Poder-se-ia pensar também na liberdade profissional ou na liberdade de crença⁵⁶. Por sua vez, o constituinte alemão optou, ao contrário, por proteger, em sede do direito fundamental em apreço, todas as reuniões, também as realizadas a portas cerradas. No entanto, ressaltou a possibilidade de haver intervenção legislativa apenas em face de reuniões ao ar livre. Consequentemente, outorgou a liberdade das reuniões a portas fechadas sem reserva legal.

A razão da diferenciação constitucional entre reuniões em locais abertos ao público e reuniões em locais não abertos é, como o restante do dispositivo por seu teor revela, o potencial de reuniões em locais abertos ao público chocarem-se contra outros bens jurídicos. Pensemos, precipuamente, na gestão pelo poder público do uso ordinário e extraordinário de locais públicos como vias urbanas, praças e autoestradas.

liberdade que é o caráter pacífico da reunião. A finalidade implícita no uso do instrumento deve ser facilitar a prática de condutas típico-penais. Cf. THIEL (2016: 259), com referência expressa a GUSY (2014). Ressalvada a possibilidade de prova contrária, em princípio é evidente que a referida finalidade não está presente nas mencionadas reuniões.

⁵⁵ Ou seja, o conteúdo propriamente dito das condutas protegidas após a definição das condutas expressamente excluídas pelo constituinte.

⁵⁶ Trata-se de uma concorrência “ideal” e não apenas “aparente”. Sobre o conceito de concorrência e suas duas referidas variantes: DIMOULIS e MARTINS, 2014: 171-175. A consequência da presença de uma concorrência ideal para o exame de constitucionalidade é que (todos) os objetos do controle devem ser medidos com base em cada direito fundamental concorrente; não se podendo excluir parâmetros supostamente genéricos em prol de específicos (caso da concorrência meramente aparente). Praticamente todos os autores germânicos reconhecem em suas análises a concorrência em tese da liberdade de reunião com os direitos fundamentais mencionados no texto. Por todos, cf. HUFEN (2016:487 s.).

Esse problema não se apresenta em reuniões realizadas em locais fechados. As reuniões em locais fechados são indiretamente protegidas, na medida em que se protege como direito fundamental, entre outras, a intimidade espacial do ambiente em que se realizem, caso em que se traz à baila, como aludido, o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio. Isso quer dizer que, a depender de seus diferentes escopos e dos ambientes fechados ao público em que esteja sendo realizada, uma reunião será protegida pelo direito fundamental à inviolabilidade do domicílio ou à liberdade profissional, à liberdade de imprensa, à liberdade de crença ou outras imagináveis.

Não obstante, em todos os aludidos casos, têm-se ambientes não apenas fechados ao público, como também privados⁵⁷. Se, de um lado, para ambientes abertos ao público, o constituinte considerou *a priori* digna de proteção específica toda reunião pacífica, deixando a proteção das reuniões em ambientes fechados a cargo de outros direitos fundamentais individuais; de outro, não pretendeu, em absoluto, proteger reuniões convocadas para aqueles prédios públicos não reservados a essa finalidade⁵⁸.

No direito comparado alemão, a expressão ora discutida aparece na positividade de uma reserva legal e, assim, no âmbito dos limites ao direito fundamental. Contudo, o que se entende como reunião ao ar livre, literalmente: “sob o céu livre”, pode ajudar o intérprete da Constituição Federal a descortinar o sentido da locução. Trata-se de uma reunião que tenha a possibilidade de se expandir, em tese, para todas as direções, de acesso livre, portanto⁵⁹. Sabida-

⁵⁷ Independentemente do fato de poder ser uma reunião “pública” ou “privada”, apesar de a titularidade do domínio da edificação em que se realize ser privada ou ser estatal. Cf. por todos, as “formas de reunião” descritas por PIEROTH, SCHLINK, KNIESEL, KINGREEN e POSCHER (2016: 358s. e 359-362). A par da recorrente dicotomia “locais abertos X locais fechados”, apresentam uma segunda dicotomia muito relevante para a aplicação da lá vigente Lei de Reuniões – BVersG (*lex specialis*) e das leis estaduais gerais de segurança pública (*legi generali*), qual seja: “reunião pública X reunião não pública”. 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 prévias dos organizadores, as quais predeterminam ou não um público-alvo, especificamente convidado / convocado para a reunião. Tais predeterminações fazem também parte da área de proteção do direito fundamental; na dúvida, também o fazem em face do teor e contexto normativo do art. 5º, XVI CF.

⁵⁸ Lembre-se que se trata de um direito de resistência à intervenção estatal, que pressupõe metodologicamente uma estrita separação entre Estado e sociedade e que, para além daquela conhecida teoria da separação, tem repercussões práticas muito concretas. Não se trata de um direito de *status activus* que preconizaria, pelo menos em tese, uma pretensão ao uso de repartições públicas. Cf. DIMOULIS e MARTINS (2014: 50 ss. e 53 ss.) e o aprofundamento teórico e metodológico em MARTINS (2012: 7-43).

⁵⁹ Embora se parta, para a conceituação das formas de reunião, de uma dimensão antes social do que espacial. Nesse sentido, cf. PIEROTH, SCHLINK, KNIESEL, KINGREEN e POSCHER

mente, repartições públicas são abertas ao público dentro de um determinado horário de funcionamento e para uma determinada finalidade. É principalmente sua capacidade funcional⁶⁰ que está em jogo. Portanto, a ocupação de prédios públicos para fins de protesto, obviamente pouco importando a causa defendida tendo em vista o mandamento de neutralidade ética do Estado⁶¹, não é abrangida pela área de proteção da liberdade de reunião. É o que se dá, sobretudo, porque não configuram locais “abertos ao público” no sentido do art. 5º, XVI CF.

3. Questionável é, de resto, se a locução que finaliza o dispositivo “[...] desde que não frustrem outra reunião convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso a autoridade competente” deveria ser considerada como determinante de mais condições apriorísticas a serem atendidas pelos reunidos. Alternativa de interpretação seria que tal locução encerrasse, ao contrário, limites constitucionais ao direito fundamental. Tais limitações constitucionais são externas ao suporte fático do direito fundamental, que é o parâmetro do controle de constitucionalidade de exercício de qualquer poder constituído. Por isso, sua aplicação carece de justificação constitucional.

Destarte, a classificação dogmática —assim como ocorreu acima na avaliação do caráter pacífico ou não de bloqueios de vias ou estradas por manifestantes sentados ou deitados— é de suma importância, tendo em vista suas consequências para o exame específico de constitucionalidade. Entendendo-se como condições apriorísticas, excluir-se-iam da área de proteção as condutas individuais e/ou coletivas que não as tenham observado. Na qualidade de limite constitucional, o concreto impedimento ou sancionamento das condutas representaria intervenção estatal no exercício do direito. Esta seria, então, carecedora de justificação constitucional.

(2016: 359): “reuniões ao ar livre [literalmente: “sob o céu livre” - art. 8 I GG] são aquelas que são realizadas no [contexto do] tráfego público, independentemente das [suas] relações com edificações”. Nada obstante, nesse sentido, traz-se à pauta, por exemplo, um *shopping center* devidamente coberto e com segurança privada em suas entradas, mas nunca uma repartição pública.

⁶⁰ Em prol do propósito de se garantir a capacidade funcional de órgãos de segurança pública, pode-se relativizar o direito de acesso à informação arquivada em órgãos públicos. Cf. KUGELMANN (2001: 77 ss., 162, 326 ss. e *passim*); e, especificamente no campo do direito policial: SCHENKE (2016: 34): proibição de identificar e fotografar policial, uma vez presentes determinadas circunstâncias.

⁶¹ V. a respeito, em geral, a muito analítica exposição monográfica de HUSTER (2002). Enfatiza-o também KOLL (2015: 295-235) que, como aqui, parte de um entendimento liberal do direito objetivo de reunião, apesar das competências para o Estado intervir legislativamente e da possibilidade de uso do instrumento da cooperação entre manifestantes e Estado, o que segundo ele implica “chance e perigo” ao mesmo tempo (cf. *ibid.*, p. 305-324).

Mais uma vez, recorro ao direito comparado alemão. Lá, a obstrução intencional de uma reunião por manifestantes contrários ao seu escopo (contra-manifestação), assim como a entrada ou presença de contramanifestantes infiltrados permanecem *ab initio* desprotegidas. Em outras palavras: trata-se lá não da imposição de limite constitucional externo a ser justificada, mas de conduta não protegida. Todavia, no correspondente teor do primeiro parágrafo do art. 8 GG não há nenhuma menção à frustração de outra reunião convocada para o mesmo local. Não obstante, caso uma reunião seja convocada para apresentar uma contramanifestação que não implique a total frustração de uma reunião fixa ou móvel já em curso em dado local, esta será, em princípio, protegida: a liberdade de reunião contempla o propósito da contraexposição. O choque entre as duas reuniões deverá ser arbitrado com base na proporcionalidade das eventuais duas intervenções ao âmbito da justificação de cada um dos limites constitucionais aplicados⁶².

No caso da mencionada locução da Constituição Federal, resta em aberto a possibilidade de uma frustração de outra reunião convocada para o mesmo local, como dado objetivo, não ser intencional⁶³.

No mais, a possibilidade de se restringir locais de reuniões e itinerários de passeatas encontra respaldo independentemente das intenções dos organizadores ou manifestantes na reserva legal com a qual o constituinte alemão fez acompanhar a outorga do direito fundamental. Lê-se no art. 8 II GG: “Para reuniões ao ar livre, esse direito pode ser restringido por intermédio de lei ou com base em uma lei”. Na Constituição Federal brasileira, não se encontra tal reserva legal. Cabe, então, ao intérprete a difícil tarefa de investigar qual o sentido da ora estudada locução. Mais precisamente: se, e em caso afirmativo, qual propósito —lícito, constitucionalmente falando— poderia ser perseguido por uma lei ordinária, pelos órgãos administrativos e/ou pelos órgãos jurisdicionais, que aqueles revisam, quanto à legalidade e constitucionalidade. Seria mais uma condição apriorística a ser atendida pelos titulares do direito fundamental ou um limite constitucional externo no sentido aqui proposto?

⁶² Cf. nesse sentido: KOLL (2015: 245-259). No mais, cf. o interessante caso decidido pela 1ª Câmara do 1º Senado do Tribunal Constitucional Federal alemão publicada em: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – NVwZ*. Ano 2007. P. 1180 ss. Cf. também seu uso em cursos de direitos fundamentais como, principalmente, de SCHILDHEUER (2015: 231-235) e amplo aprofundamento analítico e comparativo em: MARTINS (2017).

⁶³ Mais uma razão para que o legislador adense com máxima precisão os critérios para o procedimento de prévio aviso, distribuindo as cabíveis competências. Se não se pode condicionar a liberdade de reunião a uma autorização prévia, como deveria se lidar, por exemplo, com reuniões espontâneas e/ou urgentes não convocadas com razoável antecedência? Seria um bom critério a proeminência da reunião que for antes convocada ou a primeira ocupação de determinado local aberto ao público? Cf. o aprofundamento destes e outros questionamentos em: MARTINS (2017).

O prévio aviso a autoridade competente determinado na Constituição Federal só pode ser entendido como meio para o alcance de dois tipos de propósito constitucionalmente lícitos: ou do propósito de se impedir, objetivamente, que uma reunião frustrasse outra 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, e não de uma condição prévia para o seu exercício a ser atendida pelo titular, tal como ocorre com as condições do “caráter pacífico” e “não porte de armas”.

4. O alcance da área de proteção da liberdade de reunião estende-se, ainda, de maneira bem específica, à escolha do local de sua realização, do trajeto no caso de passeatas ou marchas e do horário, assim como a todas as medidas pertinentes à sua organização e divulgação prévias⁶⁴.

5. Por fim, quem se manifesta pode se valer do anonimato⁶⁵. Qualquer medida de identificação promovida por forças policiais significa uma intervenção estatal no direito. Sendo intervenção, tem de ser justificada com fulcro em um limite constitucional para a liberdade de reunião. Deduzir o contrário seria atribuir ao Estado um poder específico ilimitado em face de um direito fundamental dos mais vulneráveis —porque potencialmente hostis a governantes de plantão— qual seja, um poder de intimidar ou desestimular o exercício do direito fundamental, causando um efeito de autocensura psicológica junto aos seus titulares⁶⁶.

Exemplos aqui dos mais recentes e eloquentes para ilustrar esse reconhecimento são os manifestantes alcunhados de “black-blocks”. Caracterizados por ocultarem seus rostos em manifestações, têm tal escolha protegida pela liberdade de reunião, desde que cumpram os pré-requisitos do caráter pacífico

⁶⁴ Cf. por todos: PIEROTH, SCHLINK, KINGREEN e POSCHER (2015: 201 s.).

⁶⁵ Por vezes, busca-se extrair, de maneira absolutamente infundada e arbitrária por ser violadora do sistema de limites específicos a direitos fundamentais concebido pelo constituinte brasileiro, da vedação do anonimato da norma definidora do direito fundamental à liberdade de manifestação do pensamento, do art. 5º, IV CF consequências para a interpretação do art. 5º, XVI CF. Mas essa transposição de limites —mais especificamente: de uma exclusão de proteção da área de proteção do art. 5º, IV CF— é indefensável. Cf. as definições e crítica de MARTINS (2012: 216; 251 s. e 303).

⁶⁶ De resto, assim como ocorre nos demais direitos de comunicação social do art. 5º, IV CF, deve-se prevenir o desestímulo do exercício do direito fundamental por parte daquele que teme consequências sociais negativas do mesmo exercício. Exemplos aqui não faltam. Imagine-se, exemplarmente, o caso de possíveis consequências ao titular do direito em um ambiente de trabalho mais conservador, quando o propósito da reunião da qual queira participar seja, por exemplo, a reivindicação da legalização de drogas ou a defesa de outras causas mais “progressistas”. Sobre esse efeito de autocensura que deve ser combatido pelo Estado em decorrência da dimensão objetiva do direito fundamental, vide GRIMM (1995) e sobre a dimensão objetiva em geral do direito fundamental em tela: SCHULZE-FIELITZ (2013: 1069-1075).

e não porte de armas, que não procedam à violência física e que não causem dano ao patrimônio público ou privado.

6. Verificando-se a pertinência de uma conduta à área de proteção, perdura a hipótese de violação, ainda não comprovada definitivamente. Isso porque uma reunião que seja, em princípio, protegida pode sofrer intervenções estatais provenientes de órgãos dos três poderes, possivelmente justificadas constitucionalmente. Verificar uma intervenção estatal pressupõe a identificação precisa de todas as condutas e situações contempladas pelo direito fundamental, tecnicamente abrangidas pela área de proteção, o que fizemos até aqui. É a verificação de uma intervenção pela via da obstrução dos comportamentos ou de cargas sobre as situações ou seus sancionamentos *a posteriori* que torna dogmaticamente imprescindível o questionamento dos limites e limites desses, ensejando um específico ônus argumentativo a ser cumprido pelo Estado.

II

Assim, chegamos à —comparada à primeira, brevíssima— segunda etapa da exposição. O estudo dos limites constitucionais ao direito fundamental à liberdade de reunião contrapõe-nos a uma tarefa hermenêutica menos simples quando comparada à correspondente tarefa que cabe aos colegas alemães. Como já referido, o constituinte alemão fez a outorga da liberdade de reunião “ao ar livre”, correspondente à locução da Constituição Federal “em locais abertos ao público”, vir acompanhada de uma reserva legal. Lembrando: “[...] esse direito pode ser restringido por intermédio de lei ou com base em uma lei”. Uma reserva legal é uma das duas espécies de limite constitucional; a outra é o direito constitucional colidente. Este é limite implícito, porque decorre do sistema normativo-constitucional; aquele, explícito⁶⁷.

1. No presente caso do art. 5º, XVI CF, o constituinte brasileiro não se valeu de expressa reserva legal como técnica de previsão de limite. Não obstante, uma leitura atenta do dispositivo revela que —para além das descritas condições apriorísticas endereçadas ao exercício da liberdade, a serem atendidas pelos titulares do direito fundamental (caráter pacífico e não porte de armas)— há ainda a possibilidade jurídica de o Estado intervir, notadamente, no exercício do Poder Executivo. Ou, apesar de o direito ser exercido “independentemente de autorização”, cabem os seguintes questionamentos. A quem, quando e como se deve avisar previamente a autoridade competente? Quem seria essa autoridade “competente”? Qual seria o procedimento; quais os prazos e recursos inerentes a tal dever de prévio aviso? Quais as consequências do não cumprimento desse dever? Ou por outro viés: como assegurar —respeitando-se bens jurídicos ameaçados por seu exercício ilimitado, como a ordem

⁶⁷ Sobre o conceito e o sistema de limites constitucionais a direitos fundamentais, v. DIMOULIS e MARTINS (2014: 129-151).

e segurança públicas, outros direitos fundamentais de locomoção, de reunião, à igualdade etc.— o cumprimento da condição de não frustrar “outra reunião convocada para o mesmo local”⁶⁸.

Somente a lei pode lastrear intervenções executivo-administrativas ou judiciais. É o que determina tanto o princípio da legalidade —que se reveste, na dogmática jusfundamental, do princípio da garantia da reserva de lei—, quanto o princípio da essencialidade⁶⁹. Este implica a obrigatoriedade de os pressupostos básicos da intervenção serem definidos pelo legislador formal, razão pela qual se transmuta em uma “reserva parlamentar”, isto é, cuja normatização (dos essenciais pressupostos da intervenção) não pode ser delegada a órgãos administrativos⁷⁰. Tais leis são passíveis de justificação constitucional, desde que atendidos os critérios a serem apresentados na seguinte e final etapa da exposição.

2. Esse reconhecimento nos faz pensar até se não seria o caso de enxergar no pouco preciso teor do artigo 5º, XVI CF, além de uma espécie de reserva legal tácita, quase um mandado legislativo, caso em que se poderia, pelo menos em tese, reconhecer até mesmo uma inconstitucionalidade por omissão. Respondo negativamente a essa pergunta. E fundamento: por mais conveniente que seja uma regulamentação legal para a disciplina dos pressupostos de intervenções executivas e/ou judiciais na liberdade de reunião, não há de se reconhecer mandados constitucionais legislativos tácitos, uma vez que isso implicaria muita insegurança jurídico-constitucional. O estado da arte não é de inconstitucionalidade por omissão, mas de precariedade jurídico-constitucional das eventualmente necessárias e, exatamente por isso, justificáveis intervenções executivas. Isso denota mais um argumento em prol da conveniência político-jurídica da regulamentação do direito fundamental e consequente configuração do direito objetivo de reunião⁷¹.

III

Com isso, chego à última parte da exposição e do exame proposto. Uma vez concretamente traçados pelo legislador ordinário os limites previstos pelo

⁶⁸ Cf. sobre estes e congêneres questionamentos: MARTINS (2017).

⁶⁹ Segundo tal princípio, as questões essenciais pertinentes aos pressupostos da intervenção devem ser definidas diretamente pelo legislador formal, caso em que a reserva legal especifica-se em uma reserva “parlamentar”. A respeito, vide DIMOULIS e MARTINS (2014, p. 162 s.).

⁷⁰ Cf. DIMOULIS e MARTINS (2014, p. 163.), com referência a PIEROTH e SCHLINK (2012: 64-65).

⁷¹ O papel jurídico-dogmático da configuração infraconstitucional de direitos fundamentais, principalmente aqueles cuja área de proteção não tenham marca normativa, mas apenas comportamental e, com isso, não carecendo expressamente da configuração (caso dos direitos fundamentais a propriedade, casamento e herança, por exemplo) tem merecido atenção especial da literatura jurídica especializada alemã. Por todos, v. BUMKE (2009) e CORNILS (2005).

constituente e interpretados e aplicados *a posteriori* por órgãos administrativos e judiciais, chega o momento de estudar as condições definitivas de sua justificação constitucional. Para esse fim, consolidou-se o princípio da proporcionalidade como critério de aferição de observância definitiva do parâmetro constitucional. Costuma-se caracterizá-lo, com razão, como a mais decisiva das espécies de limite dos limites dos direitos fundamentais⁷².

1. Não obstante, no caso do direito comparado alemão, a locução adverbial, que aparece já no primeiro parágrafo do art. 8 GG e, assim, junto à outorga do direito fundamental, “sem aviso ou autorização”, é entendida como um específico “limite do limite”⁷³. Tal interpretação poderia ser dada também à correspondente do art. 5º, XVI CF, “independentemente de autorização”, principalmente em face do restante do dispositivo já antes explicitado. Sem embargo, a exigibilidade do prévio aviso a autoridade competente deve servir a propósitos lícitos e de lastro constitucional direto, hipótese do chamado limite do direito constitucional colidente.

2. Contudo, a inexigibilidade de autorização poderia ser também entendida como um elemento redundante e, por isso, sem significado autônomo. O efeito principal de qualquer outorga de direito fundamental de liberdade é justamente uma vedação, endereçada ao Estado, de embaraçar, previamente, a conduta dos titulares que, em princípio, deve permanecer livre de intervenções estatais⁷⁴.

3. Também deve ser avaliado se a inexigibilidade de prévia autorização não seria endereçada, em regra, apenas à Administração, ou se também ao legislador. Em outras palavras: se o legislador poderia ou não prever hipóteses de proibição prévia de uma reunião. No mínimo, viriam à pauta alguns propósitos legislativos que servissem à proteção de bens jurídico-constitucionais⁷⁵.

4. Tais questões não têm como ser agora respondidas. Em todo caso, as intervenções legislativas teriam de observar o princípio da proporcionalidade. Tal princípio funciona como critério para o cumprimento do ônus argumentativo ínsito ao processo de justificação constitucional da imposição de um limite constitucional a direito fundamental. Não se confunde, em absoluto, com a arbitrária prática da ponderação ou sopesamento⁷⁶.

⁷² Que no direito constitucional alemão tomou, por assim dizer, a função da intangibilidade do chamado conteúdo essencial. Cf. por todos: DREIER (2013: 1723 e 1726).

⁷³ Cf. PIEROTH, SCHLINK, KINGREEN e POSCHER (2015: 200 ss.).

⁷⁴ Intervenções que podem ser em tese justificadas desde que cumpridas suas condições constitucionais, notadamente um ônus argumentativo pelo Estado. Cf. DIMOULIS e MARTINS (2014: 141-151) e MARTINS (2012: 28-43).

⁷⁵ Hipótese do chamado direito constitucional de colisão ou colidente. Cf. DIMOULIS e MARTINS (2014: 163-165).

⁷⁶ Cf. descrição e crítica em: MARTINS (2012: 65-88).

4.1 Todavía, na literatura jurídica pátria, o princípio da proporcionalidade faz parte do rol de institutos e figuras dogmáticas dos mais polissêmicos e, assim, obscuros⁷⁷. Sem tempo para nos debruçarmos sobre os debates semânticos, teóricos e jurídico-dogmáticos, partimos aqui de um conceito especificamente jurídico-dogmático constitucional. Segundo ele, o princípio em tela é embasado no vínculo do legislador aos direitos fundamentais⁷⁸. Legislador que, sendo autorizado por uma reserva legal, impõe limites ao exercício mais amplo possível de direito fundamental.

Como essa autorização não é absoluta, sob pena de o legislador, praticamente, contornar seu vínculo, tornando-o inócuo, o controle da constitucionalidade material de lei concretizadora deve se valer de um critério racional-jurídico.

4.2 Assim, a proporção a ser verificada deve ser procurada na relação entre o escolhido meio de intervenção e seu propósito, e não entre grandezas rígidas (bens, valores, interesses etc.), ou entre princípios formais colidentes. À instância política, notadamente ao legislador, cabe a determinação de propósitos a serem perseguidos e a escolha dos meios de intervenção nas liberdades para tanto⁷⁹. Aos intérpretes, operadores e pesquisadores do direito constitucional cabe a análise, primeiro, da licitude *lato sensu* dos propósitos e meios de intervenção, além de cada relação meio-fim, que deve ser caracterizada pela adequação e necessidade. Adequado será um meio de intervenção se houver uma conexão baseada em hipóteses comprovadas sobre a realidade empírica entre o estado de coisas provocado pela intervenção e o estado de coisas observável quando o propósito puder ser considerado realizado. Eis a definição técnica do chamado subprincípio da adequação⁸⁰. Necessário será o meio adequado que, comparado a todos os demais meios alternativos de intervenção, os quais também cumpram o primeiro requisito relacional da adequação, implique o menor impacto na liberdade atingida⁸¹. Por assim dizer, ao exame eliminatório da adequação, sucede o classificatório da necessidade.

Para ilustrar, imaginemos que o legislador federal promulgue uma lei, motivado pelo entendimento aqui defendido segundo o qual a obrigação de realizar prévio aviso, no sentido do art. 5º, XVI CF, implica uma reserva legal tácita. Alternativamente, poderia estar reconhecendo a necessidade de se regulamentar o direito com vistas a compatibilizá-lo com direitos constitucionais colidentes. Possivelmente, um dos seus dispositivos determinasse que o prévio

⁷⁷ Cf. o minucioso debate em: MARTINS (2012: 176-230).

⁷⁸ Consequente acento sobre esse fundamento também em: MARTINS (2012: 130 ss.).

⁷⁹ Cf. DIMOULIS e MARTINS (2014: 196 ss.).

⁸⁰ Cf. PIEROTH, SCHLINK, KINGREEN e POSCHER (2016: 72) e DIMOULIS e MARTINS (2014: 203).

⁸¹ Cf. DIMOULIS e MARTINS (2014: 188-192 e 210-217).

aviso devesse ser feito por pessoa identificada como líder da manifestação⁸². Ao centralizar toda a comunicação na figura do líder da reunião, a finalidade poderia ser facilitar o trâmite do planejamento e da organização pelas autoridades competentes do devido acompanhamento da reunião na configuração, por exemplo, de uma passeata. Ter-se-ia, destarte, indubitavelmente, um propósito permitido e lícito. Pressupondo-se a constitucionalidade formal da lei federal, exame que tem de ser deixado ora de lado⁸³, o meio teria de ser adequado e necessário. Sem dúvida, o meio fomenta o propósito. Como, todavia, são imagináveis meios alternativos também adequados, quando se tratar de reuniões com poucos participantes que não demandem grande preparação por parte do poder público, a exigência genérica não teria cumprido o critério da necessidade e, com isso, finalmente, não observado o princípio da proporcionalidade. A intervenção legislativa representaria, assim, uma violação do artigo 5º, XVI CF.

IV

Concluo com uma reflexão para instrução do cogente debate. Uma lei de reuniões que definisse os contornos do direito objetivo de reunião é, em princípio, constitucionalmente possível, ainda que deva poder ser, em qualquer tempo, em face do parâmetro do art. 5º, XVI CF, abstratamente, assim como também sua interpretação e aplicação, controlada pelo Judiciário. Sua conveniência político-jurídica também me parece óbvia. A questão é escolher um modelo legislativo que oriente o início dos trabalhos.

À disposição, temos o modelo alemão do direito policial como ramo do direito administrativo e seu especial capítulo do direito de reunião, que goza de uma longa tradição⁸⁴. Deveríamos nos despedir de discussões acadêmicas muito abstratas e, por isso, estéreis e inconsequentes, e da velha tendência ao ecletismo teórico e metodológico. Nesse sentido, propugno por menos anglicismos incompatíveis com nossa tradição civilista, mais busca da definição de uma agenda legislativa bem instruída e ulterior sistematização jurídico-

⁸² Figura prevista pela Lei Federal de Reuniões alemã. Cf. mais uma vez a descrição de partes da lei e de seus institutos de MARTINS (2017).

⁸³ A competência para legislar no âmbito do sistema federativo brasileiro a respeito da matéria não consta no rol nem competências privativas da União, nem das competências concorrentes ou comuns (art. 22 ss. CF). Para a discussão sobre qual ente federativo tenha a competência legislativa, há de se ter em mente que o direito objetivo de reunião não se resume nem à disciplina do trânsito, nem à segurança pública. Sobre as múltiplas interseções do direito objetivo de reunião: MARTINS (2017).

⁸⁴ O direito geral de segurança pública e policial remonta ao sec. XIX e o de reunião, como *lex specialis* em relação àquele, à promulgação da Lei Federal de Reuniões na década de cinquenta do séc. XX. Cf. PIEROTH; SCHLINK; KNIESEL; POSCHER e KINGREEN (2016: 2-6).

dogmática e jurisprudencial que atenda aos critérios de racionalidade jurídica de marca germânica!

Muito obrigado pela atenção!

3. PROVOCAÇÕES CONCLUSIVAS

O *Direito* —notadamente o direito público como sistema social autônomo— somente pode cumprir seu escopo, colocando rédeas no *sistema político* —que, no regime do Estado democrático de direito, lida com a dicotomia “titularidade legítima do poder” e “oposição”—, se os cientistas que dele se ocupam lograrem desenvolver teoria, método e dogmática jurídicos que reflitam, adequadamente, os desafios de sua operação.

A rigorosa observação e estudo de experiências bem sucedidas em ordenamentos jurídicos estrangeiros e a busca de um real “diálogo entre as Cortes” —que pode e deve ser criticamente acompanhado pela pesquisa jurídica especializada— pode resultar em um auspicioso processo de aprendizado recíproco. Todavia, a condição para tanto é irmos além da retórica jurídico-discursiva, das odes e apresentação de catálogos de boas intenções políticas, as quais ainda permeiam muitos dos esforços envolvidos no âmbito do direito comparado e internacional. Definitivamente, não é no sistema jurídico que serão resolvidos os problemas políticos e as mazelas socioeconômicas que há séculos assolam os países latino-americanos.

Para ilustrar, o seguinte exemplo.

Na introdução e na conclusão de um de seus ensaios jurídicos, BERNHARD SCHLINK balizou o problema das possibilidades do Direito em face do avanço da ciência e técnica biogenética. Sem dispensar a característica elegância literária, logrou no referido ensaio, do qual foram extraídos os excertos a seguir, um tratamento estritamente sóbrio de grandes dilemas filosóficos, éticos e políticos. Dilemas estes constitutivos dos direitos fundamentais de liberdade e seus limites, da “relação de tensão” como os chama o Tribunal Constitucional Federal alemão, seguido por muitos representantes da literatura jurídica especializada daquele país. Assim como no caso do exercício de outras liberdades individuais, garantidas em normas definidoras de direitos fundamentais (lá, principalmente da liberdade científica; aqui, da liberdade de reunião), tais dilemas implicam perigos e riscos que não podem ser nem ignorados, de um lado; nem decididos mais ou menos arbitrariamente, de outro. Decisões arbitrárias são todas aquelas destituídas de rigor jurídico-dogmático constitucional e jurídico-metodológico, naturalmente pouco importando se se atende com elas a certo *milieu* ou posicionamento político-ideológico considerado —por muitos ou quem quer seja— progressista. Mesmo porque esse atendimento de demanda pode ser sinônimo de política clientelista de legitimidade questionável até mesmo no *sistema político* que deve seguir regras intrínsecas em

prol da realização da democracia, que se dirá no *sistema jurídico*, junto ao qual as decisões devem ser com um grau satisfatório previsíveis.

Nas mesmas passagens citadas, SCHLINK não deixa dúvidas que as possibilidades e responsabilidades do Direito são e devem ser também limitadas. O que vale para os riscos implícitos no avanço da técnica deve valer *mutatis mutandis* para o acompanhamento do desenvolvimento do direito de reunião que também é –como visto– um direito de comunicação social. Assim, não se trata de acompanhar o desenvolvimento do direito de reunião a partir de uma política de forte lastro democrático e fidelidade constitucional para cerceá-lo com vistas a impedir que o novo “criador” viole a dignidade humana ou o direito fundamental à vida das “criaturas”, como é o caso dos dilemas analisados na obra citada. Contudo, trata-se de se certificar das chances e riscos para o regime constitucional e democrático de direito que derivam do, em si, salutar e bem-vindo exercício do direito de reunião:

“Quando, nos anos 1960, se questionava a responsabilidade dos físicos, a bomba atômica já havia sido há muito desenvolvida e lançada e o uso pacífico da energia nuclear encontrava-se a todo o vapor. Quando se discutia, nos anos 1970, em razão [do advento] da pílula anticoncepcional, a dissociação entre sexualidade e reprodução, esta também já se tornara realidade. Quando hoje se insiste na diferença entre criador e criatura, como se ainda fosse possível interromper o processo de transformação da criatura em criador, crescem as crianças que somente graças a um ato criador humano foram concebidas in vitro. Os grandes debates do passado e o grande debate ético do presente confirmam que a filosofia, que tem a pretensão de ensinar como o mundo deve ser, sempre chega atrasada

”[...].

”Ensinar ao mundo que ele deve interromper o progresso técnico-medicinal para tanto a filosofia chega tarde demais e o Direito é fraco demais. Entretanto, insistir que ele deve pará-lo significa não somente perder tempo, como também não atende à responsabilidade que o Direito tem de acompanhar o progresso. Dar ao progresso um parâmetro, facilitando isso e dificultando aquilo, eventualmente também até proibindo isto é a possibilidade e responsabilidade que o Direito tem⁸⁵.

No prefácio do mesmo ensaio traduzido para o vernáculo (português), SCHLINK expressou-se sobre o diálogo entre os sistemas jurídicos aventado, da seguinte maneira:

A ciência jurídico-constitucional foi, durante muito tempo, uma questão nacional. Há 20 anos, o intercâmbio tem se tornado mais intenso e a ciência jurídico-constitucional, mais internacional. Nós observamos uns aos outros,

⁸⁵ Cf. SCHLINK (2014: 183 e 203).

conversamos uns com os outros, estimulamos uns aos outros e aprendemos uns com os outros⁸⁶.

O caso da regulamentação do direito de reunião —a se dar no contexto das salvaguardas metodológicas e jurídico-dogmáticas desenvolvidas— revela que é plenamente possível respeitar a margem de configuração da instância política que é o legislador formal ordinário sem, ao mesmo tempo, perder de vista a força normativa da Constituição. Esta deve ser atualizada pela constante possibilidade do controle de constitucionalidade dos resultados legislativos para o setor. Retóricas jurídico-discursivas despidas de preocupações metodológicas e jurídico-dogmáticas e boas intenções políticas em nada contribuem para se chegar a esse resultado.

A arte (obra artística) pode ser boa ou ruim, juízo que cabe à crítica especializada, e o exercício de sua liberdade constitucionalmente garantida ser politicamente engajado ou não. Tudo isso faz parte das possibilidades de autodeterminação do titular que são abertas por esse direito fundamental.

Por sua vez, ciência politicamente engajada não é ciência. Em não sendo ciência, não diagnostica com mínimo de procedência e precisão os complexos problemas que deveriam ser seus objetos e, por consequência, não tem como propor soluções a eles.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, ROBERT: *Die Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986.
- BADURA, PETER: *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*. 6ª ed. ampliada. Beck: München.
- BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG: Grundrechte als Grundsatznormen – Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. *Der Staat*. v. 29, p. 1–31, 1990.
- BUMKE, CHRISTIAN: *Ausgestaltung von Grundrechten*. Grundlagen und Grundzüge einer Dogmatik der Grundrechtsausgestaltung unter besonderen Berücksichtigung der Vertragsfreiheit. Mohr Siebeck: Tübingen, 2009.
- CORNILS, MATTHIAS: *Die Ausgestaltung der Grundrechte: Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.
- DIMOULIS, DIMITRI; MARTINS, LEONARDO: *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.
- DREIER, HORST: *Dimensionen der Grundrechte*. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten. Hannover: Hennies & Zinkeisen, 1993.

⁸⁶ Cf. BERNHARD SCHLINK,, Prefácio à edição brasileira de “Questões atuais da proteção da vida pré-natal”, in MARTINS (2014: xxxii).

- Artikel 1 III [Grundrechtsbindung]. In: DREIER, Horst. *Grundgesetz-Kommentar*. Vol. I. Artikel 1-19. 3^a ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. P. 280-329.
- Artikel 19 II [Grundrechtseinschränkung]. In: DREIER, Horst. *Grundgesetz-Kommentar*. Vol. I. Artikel 1-19. 3^a ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. P. 1721-1734.
- ENDERS, CHRISTOPH; HOFFMANN-RIEM, WOLFGANG; KNIESEL, MICHAEL; POSCHER, RALF; SCHULZE-FIELITZ, HELMUTH: *Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes*. München: Beck, 2011.
- FRANÇA, VLADIMIR DA ROCHA: Direito de reunião pacífica da Constituição Federal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI*. v. 15, n. 61, p. 280–297, out./dez. 2007.
- GRIMM, DIETER: Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *Neue Juristische Wochenschrift – NJW*. v. 1995, p. 1697–1705.
- GUSY, CHRISTOPH: *Polizei- und Ordnungsrecht*. 9^a ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.
- HÄBERLE, PETER: *Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz – Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*. Heidelberg: Müller, 1983.
- HUFEN, FRIEDEHELM: *Staatsrecht II. Grundrechte*. 5^a ed. München: C.H. Beck, 2016.
- HUSTER, STEFAN: *Die ethische Neutralität des Staates: eine liberale Interpretation der Verfassung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.
- JARASS, HANS D.: Vorbemerkung vor Art. 1. In: JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*. 12^a ed. München: Beck. P. 15-37, 2011.
- KNIESEL, MICHAEL; POSCHER, RALF: Versammlungsrecht. in: Lisken, Hans; Denninger, Erhard (org.), *Handbuch des Polizeirechts*. 4^a ed. München: C. H. Beck. P. 1009-1110, 2007.
- KOLL, BEREND: *Liberales Versammlungsrecht*. Zum Stellenwert der Freiheit in den Versammlungsgesetzen. Baden-Baden: Nomos, 2015.
- KUGELMANN, DIETER: *Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.
- JARASS, HANS D.: Art. 18 [Verwirkung von Grundrechten]. In: JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*. 14^a ed. München: Beck. P. 477-480, 2016.
- LOEWENSTEIN, KARL: Militant Democracy and Fundamental Rights. in: *American Political Science Review*. v. 31, P. 417–433 e 638–658, 1937.
- 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 [Manuscrito de artigo ainda não publicado, mas submetido à seleção por periódico jurídico]*, 2017.

- *Bioética à luz da liberdade científica: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança e no direito comparado alemão* [com um ensaio de Bernhard Schlink: “Questões atuais da proteção da vida pré-natal”]. São Paulo: Atlas, 2014.
- ADPF 187/DF: Marcha da Maconha. In: ANJOS Filho, Robério dos (org.). *STF e direitos fundamentais*. Diálogos contemporâneos. Salvador: Juspodivm. P. 277-305, 2013.
- *Liberdade e Estado constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MICHAEL, LOTHAR; MORLOK, MARTIN: *Grundrechte*. 5ª. ed. Baden-Baden: Nomos, 2016.
- MÖLLERS, MARTIN H. W.: *Polizei und Grundrechte*. Ein Lehrbuch zu den Menschenrechten in der polizeilichen Praxis. 3ª ed. atualizada e ampliada. Frankfurt: Verlag für Polizeiwissenschaft, 2015.
- PIEROTH, BODO: Art. 21 [Politische Parteien]. In: JARASS, Hans D.; PIEROTH, BODO. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*. 14ª ed. München: Beck. P. 582-602, 2016.
- PIEROTH, BODO; SCHLINK, BERNHARD: *Grundrechte*. Staatsrecht II. 28ª ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2012.
- PIEROTH, BODO; SCHLINK, BERNHARD; KINGREEN, THORSTEN; POSCHER, RALF: *Grundrechte*. Staatsrecht II. 31ª ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2015.
- PIEROTH, BODO; SCHLINK, BERNHARD; KNIESEL, MICHAEL; KINGREEN, THORSTEN; POSCHER, RALF: *Polizei- und Ordnungsrecht*. Mit Versammlungsrecht. 9ª ed. München, 2016.
- POSCHER, RALF: *Grundrechte als Abwehrrechte*. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
- SARLET, INGO WOLFGANG; MARINONI, LUIZ GUILHERME; MITIDIERO, DANIEL: *Curso de direito constitucional*. Saraiva: São Paulo, 2016.
- SCHENKE, WOLF RÜDIGER: *Polizei- und Ordnungsrecht*. 9ª ed. Heidelberg: Müller, 2016.
- SCHILDHEUER, FRANK: *Grundrechte*. 4ª ed. Frankfurt: Jura Intensiv Verlag, 2015.
- SCHLAICH, KLAUS; KORIOTH, STEFAN: *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. 10ª. ed. München: Beck, 2015.
- SCHLINK, BERNHARD: Prefácio à edição brasileira de “Questões atuais da proteção da vida pré-natal”. In: MARTINS, Leonardo. *Bioética à luz da liberdade científica: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança e no direito comparado alemão* [com um ensaio de Bernhard Schlink: “Questões atuais da proteção da vida pré-natal”]. São Paulo: Atlas, 2014.
- Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In: BADURA, PETER; DREIER, HORST (org.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Vol. 2. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

- Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift - EuGRZ*. v. 1984, p. 457–468, 1984.
 - Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft. *Der Staat*. v. 19, p. 73–107, 1980.
 - *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.
- SCHULZE-FIELITZ, HELMUTH: Artikel 8 [Versammlungsfreiheit]. In: DREIER, HORST. *Grundgesetz-Kommentar*. V. I. Artikel 1-19. 3^a ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. P. 1022-1077.
- THIEL, MARKUS: *Polizei- und Ordnungsrecht*. 3^a ed. Baden-Baden: Nomos, 2016.