



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Antinomias entre a liberdade de expressão, direito de reunião e o anonimato nas manifestações populares

Thiago Meirelles Silva dos Santos

Rio de Janeiro
2014

THIAGO MEIRELLES SILVA DOS SANTOS

Antinomias entre a liberdade de expressão, direito de reunião e o anonimato nas manifestações populares

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientadores:

Mônica Areal

Nelson Tavares Júnior

Néli Luiza C. Fetzner

ANTINOMIAS ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DIREITO DE REUNIÃO E O ANONIMATO NAS MANIFESTAÇÕES POPULARES

Thiago Meirelles Silva dos Santos

Graduado pela Universidade Candido Mendes.
Assessor do Desembargador Agostinho
Teixeira de Almeida Filho – 13º Câmara Cível
do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de
Janeiro

Resumo: A livre manifestação do pensamento e a reunião pacífica são direitos fundamentais de primeira dimensão garantidos aos brasileiros. As contemporâneas manifestações populares, que almejam maior efetividade dos preceitos constitucionais, são nítidos exemplos do exercício popular dessas liberdades que, por não serem absolutas, devem ser compatibilizadas com os demais princípios insculpidos na Constituição Federal, em especial à vedação do anonimato. O uso de máscaras nesses atos populares, com a conseqüente incitação à violência, tem constrangido o Estado a editar normas vetando a utilização de artifícios para ocultar o rosto. Sobressaem então controvérsias jurídicas a respeito da adequação de tais atos-normativos à Carta Magna. O presente trabalho ponderou os direitos fundamentais envolvidos, sem olvidar dos aspectos administrativos e penais inerentes, para se obter a compatibilização adequada e justa desse aparente conflito.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Livre manifestação do pensamento. Reunião. Vedação ao anonimato. Manifestações populares. Direitos Fundamentais. Ponderações.

Sumário: Introdução. 1. Os direitos fundamentais à liberdade de expressão e à reunião pacífica sob a ótica da Constituição Federal. 2. A vedação constitucional ao anonimato. 3. Harmonização prática da liberdade de expressão, reunião pacífica e vedação ao anonimato. 4. Consequências penais do uso de máscaras ou outras formas de ocultação do rosto. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo abordar e avaliar a amplitude do direito fundamental à liberdade de expressão e à reunião pacífica, contrastados com a vedação ao anonimato, para se extrair a harmonização prática destes princípios.

As manifestações populares desencadeadas nos últimos meses revelaram a insatisfação com o atual quadro político existente no país. A corrupção dos agentes políticos, a inércia do Estado e a deficiência dos serviços públicos não são mais toleradas pela população, que exige mudanças drásticas e imediatas na busca de uma maior efetividade dos direitos garantidos pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Acompanhada das aplaudidas manifestações, o que se viu, por parte de um pequeno grupo de populares mascarados, foram atos de violência e vandalismo ao patrimônio público e privado.

Em comum a esses poucos manifestantes, está o uso de artifícios para encobrir o rosto e, assim, garantir a impunidade dos atos praticados à margem da lei.

Com objetivo de reprimir a violência e o abuso por parte dessas pessoas, o Estado do Rio de Janeiro editou a Lei nº 6.528/2013, proibindo qualquer forma de ocultação do rosto que possa dificultar ou impedir a identificação do manifestante.

Outros estados da federação, seja por ato administrativo, legislativo ou judicial, adotaram comportamento semelhante.

Em contrapartida, já se percebe insurgências contra tal proibição, inclusive a Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Rio de Janeiro, ajuizou representação de inconstitucionalidade contra a referida Lei Estadual, ainda pendente de julgamento¹.

Com efeito, a Constituição da República Federativa do Brasil prevê, em seu artigo 5º, incisos IV e XVI, o direito fundamental à livre manifestação do pensamento e à reunião pacífica. Por outro lado, também veda o anonimato no exercício desses direitos.

Este trabalho, portanto, almeja avaliar a constitucionalidade dessas medidas, de forma a extrair o núcleo essencial que deverá prevalecer na hipótese.

¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0053071-58.2013.8.19.0000. Relator: Desembargador Sérgio de Souza Verani. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201300700095>>. Acesso em 10 jan. 2014.

Parte-se da premissa de que não existem direitos fundamentais absolutos na ordem constitucional vigente. Os direitos fundamentais são relativos, e essa característica impede que um direito se sobreponha ao outro, em respeito à igualdade material.

Eventuais conflitos entre esses princípios são apenas aparentes e deverão ser resolvidos no caso concreto, mediante ponderação específica, exatamente o que se pretende neste artigo.

Além disso, a proibição do anonimato induz outras dúvidas na imposição prática da lei, inclusive no que diz respeito à tutela penal da proibição cominada.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E À REUNIÃO PACÍFICA SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Os direitos à liberdade de expressão e à reunião pacífica, além de previstos no ordenamento interno como direitos fundamentais nos artigos 5º, IV, IX e XVI, da Constituição Federal, também possuem *status* de direitos humanos, igualmente previstos nos artigos XIX e XX da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948²; artigos IV e XXI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948³; artigos 19 e 21 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966⁴; e artigos 13 e 15 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969⁵.

² Art. XIX - Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Art. XX - Toda pessoa tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas.

³ Art. IV - Toda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio

Art. XXI - Toda pessoa tem o direito de se reunir pacificamente com outras, em manifestação pública, ou em assembleia transitória, em relação com seus interesses comuns, de qualquer natureza que sejam.

⁴ Art. 19 - Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha.

Segundo o artigo 5º, incisos IV e IX, da CRFB/88, é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato e é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco⁶ extraem desses incisos que:

A garantia de liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não – até porque ‘diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista’.

No direito de expressão cabe, segundo a visão generalizada, toda mensagem, tudo o que se pode comunicar- juízos, propaganda de ideias e notícias sobre fatos.

A liberdade de expressão, contudo, não abrange a violência [...]

Por evidente, a liberdade de expressão não é absoluta. Encontra limites previstos na própria Constituição Federal, sobretudo quando em risco de colidência com direitos outros. Exemplos dessas restrições constam do artigo 220 e seu §1º, sendo possível apontar a proibição do anonimato, direito de resposta e direito à indenização por danos sofridos decorrentes da exposição do pensamento (artigo 5º, V, CRFB/88).

Sobre o direito de reunião pacífica, dispõe o artigo 5º, inciso XVI, da CRFB/88, que 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.

Art. 21 direito de reunião pacífica será reconhecido. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em um sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde públicas ou os direitos e as liberdades das pessoas”.

⁵ Art. 13 - Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

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

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 350-351.

Entende-se por reunião o agrupamento de duas ou mais pessoas com o objetivo de compartilhar ideias ou manifestar o seu pensamento político ou protestar, com expressão de vontades e sentimentos.

O Poder Constituinte Originário também impôs ao direito de reunião limitações que devem ser observadas por aqueles que desejarem exercer o legítimo ato de democracia. Além do encontro não poder frustrar outra reunião anteriormente convocada e se exigir prévio aviso, depreende-se do sistema constitucional que os integrantes do ato público não podem empregar violência física ou psicológica para extravasar os ideais e pensamentos, tampouco conduzir ou gerar qualquer tipo de tensão capaz de por em risco a ordem pública.

Da análise conjunta desses direitos fundamentais, percebe-se que não podem ser exercidos de forma absoluta e autoritária, notadamente quando colidir com outras garantias constitucionais.

Embora os direitos e deveres individuais estejam previstos em regras constitucionais de eficácia imediata e, conseqüentemente, tenham aplicação imediata (artigo 5º, §1º, da CRFB/88), nada impede que o legislador ordinário edite atos normativos para restringir a liberdade de expressão e o direito de reunião. Ensina-nos Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco⁷ que

[...] não são apenas aqueles bens jurídicos mencionados expressamente pelo constituinte (como a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem) que operam como limites à liberdade de expressão. Qualquer outro valor abrigado pela Constituição pode entrar em conflito com essa liberdade, reclamando sopesamento, para que, atendendo ao critério da proporcionalidade, descubra-se, em cada grupo de casos, qual princípio deve sobrelevar.

Registre-se, por evidente, que essa limitação não pode atingir o núcleo essencial dos princípios, de modo a esvaziar o seu conteúdo e inviabilizar o seu exercício, sob pena de flagrante inconstitucionalidade (art. 60, §4º, IV, CRFB/88).

⁷ Ibidem, p. 357.

Desse modo, atos normativos que tenham por objetivo regular a ordem pública, a fim de assegurar o direito de locomoção de terceiros e a proteção patrimonial, bem como garantir o direito de resposta e à eventual reparação moral e patrimonial, são válidos.

A propalação de mensagens de ódio, preconceituosas, violentas ou que possuam capacidade de incitá-los também não encontram guarida na ordem constitucional. Isso porque escapa do âmbito de proteção dos direitos à liberdade de expressão e reunião a tutela de atos ilícitos, imorais ou contra os bons costumes e suscetíveis de por em risco a ordem democrática⁸.

Sobre o tema, pertinente a seguinte transcrição⁹:

Leis de índole geral, que não tenham como objetivo a restrição às mensagens e às ideias transmitidas pelo indivíduo, podem também interferir, indiretamente, sobre a liberdade de exprimi-las. Assim, leis sobre a segurança das vias de tráfego ou de proteção ao patrimônio ambiental ou turístico podem ter impacto restritivo sobre a liberdade de expressão, embora perseguindo objetivos outros, perfeitamente legítimos (...) procede-se, nesses casos, a uma concordância prática entre valores em conflito, para assegurar a legitimidade da lei que tem por efeito colateral a interferência sobre o exercício da liberdade de expressão. O teste de validade da lei não exige critérios particularmente estritos, bastando que a deliberação legislativa se revele razoável.

Nesse contexto, do qual se extrai que a liberdade de expressão e o direito à reunião não são absolutos¹⁰, mas condicionados ao respeito e convivência pacífica com outros princípios, a vedação ao anonimato sobressai como uma dessas vertentes limitadoras.

⁸ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco esclarecem que a pronúncia de palavras de ordem que espalhem medo ou produzam falso alarme são proibidas. Citam, como exemplo, o grito de FOGO!

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 358.

¹⁰ “Considerando que praticamente inexistente direito individual ou coletivo absoluto, ou de fundamentação absoluta, isto é, revestido de ilimitação plena, e que a grande maioria das liberdades individuais consubstanciam liberdades sociais, ou seja, existem para serem exercidas em sociedade, há que se haver limites para que essas liberdades possam ser igualmente exercidas por todos os membros da comunidade em regime de concomitância e de respeito recíproco”. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno*. Rio de Janeiro: Forense, p. 62.

O exercício desses direitos não é inofensivo: uma vez que a manifestação do pensamento e ideias comumente causa danos a terceiros, os injustos ocasionados devem ser coibidos, *a posteriori*, pelo Direito.

É nesse sentido o artigo 13, item 2, do Pacto de San José da Costa Rica, ao dispor que a manifestação do pensamento não se sujeita à censura prévia, mas tão somente a responsabilidades ulteriores, para assegurar os direitos e reputação das demais pessoas, assim como a proteção da segurança nacional, ordem pública e a saúde e moral públicas¹¹.

E para que seja viável essa reparação, através do direito de resposta ou mediante indenização pecuniária, mister que se possa identificar os responsáveis por agredir a dignidade alheia e lesionar a honra ou mesmo o patrimônio tangível da vítima.

Nessa linha de raciocínio, não se pode conceber um juízo de reparação proporcional ao agravo (artigo 5º, V, CRFB/88), quando inviável a individualização o autor do injusto. Daí porque o artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal, ao passo que afiança o direito fundamental a liberdade de expressão, veda o anonimato.

A ordem democrática pressupõe o pluralismo político, de opiniões e de direitos, com convivência harmônica e equilibrada. Conseqüentemente, o Poder Público pode e deve intervir quando vislumbrar abuso de direito ou para evitar o excesso injusto, inclusive como garantia da ordem social.

A Administração Pública, então, pode-se valer do seu poder de polícia para disciplinar e restringir, em benefício de interesse público primário, direitos e liberdades individuais.

¹¹ Disposição semelhante é encontrada no artigo 19, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ao expressar que “o exercício do direito previsto no § 2º do presente artigo (liberdade de expressão) implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública”.

No exercício dessa prerrogativa, não se figura desproporcional nem desarrazoado limitar o uso de máscaras pelos participantes da reunião.

Desde os inícios das manifestações, em julho de 2013, se observa que pequena quantidade de populares tem se valido de artifícios para encobrir o rosto e, com isso, extrapolar os parâmetros inerentes ao direito de expressão.

A balbúrdia, seguida de atos de vandalismo, com depredação do patrimônio público e privado, não está inserida na proteção constitucional. O Estado não pode, a pretexto de não violar direitos e garantias fundamentais, ficar inerte diante destas situações.

A manutenção da ordem pública deve ser preservada. O direito constitucional não pode ser desempenhado de modo a infirmar outras prerrogativas igualmente fundamentais.

Para tanto, a proibição do uso de máscaras como um instrumento hábil a assegurar a reunião pacífica, por si só, não seria suficiente para atingir o núcleo essencial previsto no artigo 5º, XVI, da CRFB/88.

2. A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL AO ANONIMATO

Não há dúvidas de que nenhum direito ou garantia fundamental está isento de sofrer limitações quando em rota de colisão com preceito de igual ordem.

A livre manifestação do pensamento, ao mesmo tempo em que erigida a direito constitucional do cidadão, sofreu restrição para vedar a expressão anônima de ideias. Ponderou o constituinte originário que a livre manifestação do pensamento, de forma inominada, não encontra respaldo no sistema democrático de direito.

Embora a vedação constitucional do anonimato não tenha sido expressamente estendida ao direito de reunião, é certo que uma interpretação lógico-sistemática conduzirá à semelhante impossibilidade.

Ao analisar o direito de reunião previsto na constituição alemã, cuja norma assemelha-se com a nacional, Robert Alexy¹² afirma que:

A cláusula “pacificamente e sem armas” pode ser interpretada como formulação resumida de uma regra, que transforma os direitos *prima facie* decorrentes do princípio da liberdade de reunião em não-direitos definitivos. Isso corresponde exatamente à definição de restrição fornecida acima. A regra expressa pela cláusula restringe a realização de um princípio constitucional. Sua peculiaridade consiste no fato de que foi o próprio constituinte que estabeleceu a restrição definitiva.

Partindo-se do pressuposto de que o direito de reunião consiste, em última análise, na expressão coletiva da livre manifestação do pensamento, impõe-se também a vedação ao anonimato.

Nessa ordem de ideias, não se vislumbraria, em princípio, inconstitucionalidade material nas legislações dos Estados que, disciplinando esses direitos fundamentais, impede o uso de máscaras ou outros artifícios para ocultar o rosto.

Sob a ótica de um Estado Democrático de Direito, a participação popular, para ser legítima, deve-se revestir de características que observem e respeitem o direito dos demais cidadãos.

Outrossim, a Constituição Federal, em inúmeras passagens, impõe a reparação integral do dano. Daí extrai-se que, para ser possível perseguir a indenização por eventuais prejuízos materiais ou morais, o autor do dano deve ser identificado ou, ao menos, identificável.

É certo que o rosto é o elemento principal de identificação do cidadão manifestante. Por consequência, a sua ocultação gera o completo anonimato e impede que se conheça o do autor do pensamento. Ou seja, estaria ele sob o manto do anonimato e manifestando livremente a ideologia que o guia.

¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 287.

O anonimato não ocorre apenas com a ocultação da face. A criatividade humana revela inúmeras maneiras de se camuflar: desde a utilização superposta de terceiros, vulgarmente conhecidos como “laranjas”, até a criação apócrifa de dossiês, documentos e cartas.

Aquele que deseja manifestar o seu pensamento, mas, em contrapartida, não deseja ser identificado como o respectivo autor, deixa transparecer a ilegitimidade da sua conduta. Esse anonimato denota que o direito fundamental não estaria sendo utilizado na amplitude democrática que concebido.

A liberdade de expressão e reunião, tal como idealizada no texto da Magna Carta, pressupõe o seu uso racional e compatível com os demais preceitos constitucionais.

Deve ser anotado que a vedação ao anonimato, em momento algum, restringe o núcleo essencial desses direitos. A liberdade na manifestação do pensamento continua ampla e inabalável: não há censura em relação ao tema, local ou hora escolhidos. Exige-se apenas que os partidários da ideologia extravasada não estejam sob o manto do anonimato.

Nesse contexto, a utilização de máscaras ou meio semelhante para esconder o rosto, bem como qualquer forma de anonimato, que impeça identificar o autor do pensamento, não estaria adequada com o comando constitucional esculpido no artigo 5º, IV e XVI, tampouco com o ideal democrático imaginado pelo constituinte originário e almejado pelo povo.

3. HARMONIZAÇÃO PRÁTICA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, REUNIÃO PACÍFICA E VEDAÇÃO AO ANONIMATO.

A aplicabilidade das regras jurídicas às situações fáticas se dá de forma simples, através da subsunção, isto é, amolda-se o fato (premissa menor) à regra (premissa maior), para se obter os efeitos jurídicos e a conclusão, tudo através de um raciocínio silogístico.

Na hipótese de antinomias, vale a máxima do “tudo ou nada”, ou seja, uma norma deverá ser excluída do ordenamento. Não por outra razão que o ordenamento jurídico contém mecanismo próprio para resolver conflitos aparentes entre normas, tal como previsto no art. 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei nº 4.657/1942.

Em relação aos princípios, verdadeiros mandados de otimização do sistema, eventual incidência simultânea no caso concreto demanda solução mais complexa, para averiguar qual irá preponderar. A prevalência de um não implica na negativa do outro. Pelo contrário, ambos continuarão a coexistir harmoniosamente, inclusive na mesma hipótese em que nascido o conflito. Todavia, algum deles terá a sua amplitude diminuída em detrimento do outro, que será potencializado.

Se mais de um princípio incidir sobre a única situação fática, deverá ser examinado a importância axiológica de cada um deles, a fim de que se possa concluir qual irá ceder e qual irá ascender.

Nesse sentido, ensina-nos Daniel Sarmiento que¹³

A compreensão a cada bem jurídico deve ser inversamente proporcional ao peso específico atribuído ao princípio que o tutela e diretamente proporcional ao peso conferido ao princípio oposto. Nessas compreensões, deve ser utilizado como parâmetro o princípio da proporcionalidade, em sua tríplice identidade.

Sob o ponto de vista superficial, poder-se-ia imaginar tratar-se de tarefa singela, sobretudo porque há hipóteses, *hard cases*, em que mesmo a ponderação de princípios, para obter-se uma conclusão dentro da lógica proporcional, será influenciada, invariavelmente, pela formação político-social do julgador.

Não se está questionando a imparcialidade do Poder Judiciário. É certo, porém, que o magistrado, assim como qualquer pessoa inserida em um contexto social próprio, com valores éticos e culturais criados e influenciados pelo meio no qual está encaixada, não é neutro.

¹³ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 199.

Essa premissa se confirma quando vemos a Corte Suprema do nosso país, ao aplicar a ponderação de princípios idealizada por Robert Alexy, chegar a conclusões diametralmente opostas¹⁴.

Sob o ponto de vista objetivo, a harmonização prática do princípio da liberdade de expressão e reunião pacífica com a vedação ao anonimato, perpassa, obrigatoriamente, no postulado da proporcionalidade.

A proporcionalidade é verificada através de sua tríplice identidade: (i) adequação do meio utilizado; (ii) necessidade desse meio escolhido; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação estará presente se o meio utilizado for capaz de alcançar o fim almejado. A necessidade pode ser compreendida como a inexistência de outro meio menos restritivo para se obter a pretensão idealizada. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação, no caso concreto, se a preponderância de um princípio justifica a restrição do outro.

Nessa linha de raciocínio, inicia-se a análise da vedação do anonimato nas manifestações populares.

A Lei Estadual nº 6.528/2013, ao restringir o uso de máscaras, o fez para garantir que a livre manifestação do pensamento ocorra de forma pacífica, pois o breve histórico desses recentes movimentos tem nos demonstrado que os conflitos corporais se iniciam e são mantidos por grupo de pessoas com o rosto encoberto.

Em princípio, a norma seria adequada ao fim que se propõe, qual seja, garantir a pacificidade e a ordem social.

¹⁴ Exemplo é o julgamento do caso *Ellwanger*, submetido a julgamento na Corte Suprema, através do HC 82.424/RS. Para o Min. Marco Aurélio, deveria prevalecer, na hipótese, o direito à liberdade de expressão. Já para o Min. Gilmar Mendes, o princípio da dignidade da pessoa humana e a igualdade racial. Ambos as conclusões obtidas pelos Ministros foram alcançadas através do método idealizado por Robert Alexy.

A necessidade do ato normativo estadual vedar o anonimato decorre dos embates travados entre o poder público e alguns manifestantes, que se aproveitando da impossibilidade de sua identificação, promoviam tumultos, depredavam patrimônio da cidade e de particulares, além de agredir pessoas, causando-lhes, inclusive, a morte.

Consequentemente, para eliminar esse nefasto efeito colateral e assegurar o legítimo exercício da liberdade de expressão e reunião pacífica, a referida lei, em tese, seria necessária, sobretudo porque se desconhece outro meio menos gravoso.

Na análise da proporcionalidade em sentido estrito, deve-se aferir se a restrição ao uso de máscaras provoca mais benefícios do que malefícios. Inicialmente, como já afirmado, a Constituição Federal em nenhum momento permitiu que a liberdade de expressão e a reunião pacífica pudessem ser exercidas irrestritamente. O próprio inciso IV do art. 5º já vedava o anonimato.

Nessa ordem de ideias, a proibição do uso de máscaras é mera consequência da limitação imposta pelo Poder Constituinte originário. Ainda que assim não fosse, o impedimento contido na Lei Estadual nº 6.528/2013 se mostra proporcional em sentido estrito, pois cria condições para o legítimo exercício do direito de manifestação, ao mesmo tempo em que assegura a liberdade de ir e vir de terceiros, a propriedade e a incolumidade física da população.

A previsão da referida lei estadual não teria também amplitude para atingir o núcleo essencial da livre manifestação do pensamento, que estaria resguardada em seu amplo conteúdo. Apenas não poderia ser exercitada de maneira a causar riscos aos direitos de outrem e à ordem democrática, que pressupõe o pluralismo ideológico, com a convivência harmônica entre ideais e crenças diversas.

Desse modo, sob qualquer enfoque, não se vislumbra desproporcionalidade na normatização estadual, seja porque apenas disciplina a vedação ao anonimato prevista na

Carta Magna, seja porque não tem força para atingir o núcleo essencial das garantias constitucionais que pretendeu regular.

4. CONSEQUÊNCIAS PENAIS DO USO DE MÁSCARAS OU OUTRAS FORMAS DE OCULTAÇÃO DO ROSTO.

A proibição do uso de máscaras ou outros instrumentos que possam garantir o anonimato, por si só, não constitui infração de natureza penal, até porque a incriminação de tal conduta não se mostraria compatível com a moderna concepção do Direito Penal, em especial com os princípios da fragmentariedade e *ultima ratio*.

Ademais, não se pode olvidar que é da tradição nacional o uso de máscaras e fantasias em certos períodos festivos do ano. Logo, a vedação dessa conduta seria desproporcional e incompatível com os costumes da sociedade.

As legislações estaduais editadas especificamente para coibir a ocultação do rosto ou da identidade não têm competência para tipificar condutas, uma vez que, nos termos do art. 22, inciso I, da Constituição Federal, é competência privativa da União legislar sobre direito penal.

Assim, seria flagrantemente inconstitucional, por vício formal e material, lei estadual que tentasse incriminar a mera utilização de máscaras ou outros artifícios para encobrir a identidade.

Sedimentado que o uso de máscaras não é nem poderia vir a ser tipificado como crime, cabe esclarecer então qual seria a consequência do uso de máscaras pelo manifestante.

Inicialmente, não há dúvidas de que o mero emprego de disfarces, por estar sujeito a violar a ordem pública e os demais preceitos constitucionais fundamentais, autorizaria a retirada da pessoa do ato popular ou da manifestação.

Em seguida, o poder público poderia exigir a identificação civil, para averiguar a situação jurídica da pessoa. Comprovada a identidade regular, o manifestante deve ser imediatamente liberado, sem qualquer ressalva.

Por outro lado, caso se negue a apresentar documento de identificação ou não o possua, observar-se-á o teor do art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal, segundo o qual o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei. Através de uma interpretação a *contrario sensu* deste dispositivo constitucional, extrai-se que aquele não identificado civilmente deverá ser submetido à identificação criminal.

E para que essa identificação criminal ocorra é imprescindível a condução do anônimo ao Distrito Policial, nos termos do art. 5º, da Lei nº 12.037/2009, onde será realizado o procedimento datiloscópico e fotográfico.

Não encontrado nenhum óbice legal, será liberado, sem ressalvas.

Merece registro o fato de que eventual insistência no uso das máscaras não configurará o delito de resistência do artigo 330 do Código Penal.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a atuação do poder público nesses atos populares deve cingir-se à garantia da ordem social, com remanejamento dos serviços públicos e organização do evento, de modo a não criar contratempos ao restante da população que não aderiu ao movimento.

A prisão pelo simples uso de máscaras ou artifício similar se revela manifestamente inconstitucional e abusiva, podendo, inclusive, configurar o crime de abuso de autoridade, conforme disciplinado nos artigos 3º e 4º da Lei nº 4.898/1965.

A simples retirada do manifestante anônimo e exigência de sua identificação civil encontra respaldo no ordenamento jurídico e, mas que um poder, caracteriza o regular exercício da polícia administrativa.

No ponto, pertinente à transcrição do artigo 78 da Lei nº 5.172/1966 – Código Tributário Nacional, que conceitua o poder de polícia como:

Atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Evidente, assim, que o poder público pode e deve, sem inviabilizar o exercício dos direitos fundamentais da liberdade de expressão e reunião pacífica, exigir que o manifestante exerça a sua prerrogativa de maneira que não cause riscos à segurança, ordem pública e disciplina locais, e respeite a propriedade e os direitos de terceiros.

Ultrapassado esses limites impostos para o bom funcionamento da sociedade e da ordem democrática, o exercício dos direitos fundamentais torna-se ilegítimo e o seu abuso deverá ser reprimido através de mecanismos legais e proporcionais ao agravo.

CONCLUSÃO

Logo no artigo 1º da Constituição Federal está expressamente consignado que a República Federativa do Brasil, constituída em um Estado Democrático de Direito, tem, dentre os seus fundamentos, a cidadania e o pluralismo político.

Em seguida, se observa que o Estado tem por objetivo fundamental construir uma sociedade livre, justa e solidária, ao mesmo tempo em que deve promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV, da CRFB/88).

Os direitos fundamentais à liberdade de expressão e à reunião pacífica são uma consequência lógica desses fundamentos e objetivos, pois indissociáveis. Não se concebe um

Estado Democrático de Direito no qual o cidadão não possa manifestar livremente a sua opinião, de forma individual ou coletiva, partidária ou ligada a uma ideologia política própria. Não se pode construir uma sociedade melhor, mais evoluída e sem discriminação, quando não há abertura para o povo reclamar os seus direitos, manifestar os seus anseios ou lutar por uma ideia justa.

Desde os anos 80, com a ideia do movimento do Direito Achado na Rua, expressão pensada por Roberto Lyra Filho para explicar o Direito a partir das reivindicações sociais, do espaço público de pessoas comuns, se tem conhecimento de que o povo é capaz de transformar positivamente o Estado.

As recentes manifestações que originaram o presente estudo são legítimas reivindicações de mudanças sociais e jurídicas, com transformação da política enraizada no país e aperfeiçoamento dos serviços públicos em geral.

Todavia, a liberdade no direito de se manifestar e expor suas ideias encontra limites no próprio texto constitucional, sobretudo quando há fundada ameaça de lesão a direitos fundamentais de terceiros.

A vedação ao anonimato consiste em uma dessas restrições. A ocultação do rosto ou qualquer outra forma que impeça a identificação do cidadão não se coaduna com a ideia de um Estado Democrático de Direito. As reivindicações legítimas, aquelas imaginadas e almejadas pelo constituinte originário quando da elaboração da Constituição, não imploram a ocultação do seu idealizador, porque justas. Pelo contrário, são motivos de orgulho e eivadas do nobre sentimento cívico inerente àquele ligado à Pátria por amor.

Quem necessita cobrir o rosto ou ocultar a sua identidade dificilmente estará expondo a ideologia compatível com os preceitos constitucionais. Além de não agregar valores legítimos, tais condutas, na verdade afastam-se do espírito democrático do adotado no Estado.

Sendo atribuição comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios zelar pela guarda da Constituição e pelas instituições democráticas (art. 23, I, da CRFB/88), o ente federativo regional tem o dever de agir para, dentro seu âmbito de competência, coibir os atos públicos que atentem contra a ordem democrática, contra liberdade de ir e vir e contra o patrimônio, publico ou privado.

Não se vislumbra qualquer pecha de inconstitucionalidade material nas leis estaduais editadas para coibir o uso de máscaras e mecanismos similares de ocultação do rosto. Essa restrição, contudo, não pode vir a impedir as manifestações, sob pena de flagrante violação à ordem constitucional.

Também não há tipificação penal para a conduta de utilizar máscaras ou artifícios para ocultação do rosto. Trata-se de fato atípico, irrelevante para o Direito Penal. O manifestante flagrado com o rosto encoberto não poderá ser preso nem conduzido ao distrito policial se se identificar civilmente.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*. n. 217, p. 67-79, 1999.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. *Revista de Direito Privado*. v. 6, n. 24, p. 334-344, out, 2005.
- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARBOSA, Rui. O direito de reunião. *Revista dos Tribunais*. n. 926, v. 101, p. 23-35, 2012.
- BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Privado*. n. 18, v. 5, p. 105-143, 2004.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DIREITO à manifestação, democracia e garantias constitucionais. Palestrantes: Carlos Eduardo Martins, Gustavo Proença, Tiago Joffily e Adriano Pilatti, Rio de Janeiro, EMERJ, 2013, 2 DVDs.
- FRANCA, Vladimir da Rocha. Direito de reunião pacífica na Constituição Federal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 61, v. 15, p. 280-297, 2007.
- GUERRA, Evandro Martins. Direito de reunião e manifestação : os movimentos populares no espaço territorial urbano. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. n. 34, v. 6, p. 27-38, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade : Estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. Controle da constitucionalidade e direitos fundamentais. *Revista da EMERJ*. n. 21, v. 6, p. 61-84, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão ! : superando os limites do "politicamente (in)correto". *AJURIS*. n. 126, v. 39, p. 39-62, 2012.
- SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "hate speech". *Revista de Direito do Estado*. n. 4, v. 1, p. 53-105, 2006.
- SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2002.