



**OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DAS LEIS QUE PROÍBEM O USO DE  
MÁSCARAS EM MANIFESTAÇÕES**  
*CONSTITUTIONAL GROUNDS OF LEGAL BAN ON FACE-COVERING IN PUBLIC  
PROTESTS*

---

**Murilo Duarte Costa**

Professor Adjunto de Teoria Política na Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa (DDE/UEPG). Affiliated Researcher na Faculty of Law and Criminology da Vrije Universiteit Brussel, universidade em que realizou estágio de pós-doutorado com pesquisa sobre a filosofia do campo social de Gilles Deleuze. Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (PPGD/USP). Mestre em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (CPGD/UFSC). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Coordena o Laboratório de Pesquisa Interdisciplinar em Teoria Social/Teoria Política e Pós-Estruturalismo junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa (PPGCSA/UEPG), onde também é Professor Permanente. Escreveu, entre outros livros, "Direito e Ruptura: ensaios para uma filosofia do direito na imanência" (Ed. Juruá) e "Filosofia Black Bloc" (Ed. Circuito, no prelo). Co-organizou o livro "O estado de exceção e as formas jurídicas" (Editora UEPG) e "Pensar a Netflix: séries de pop filosofia e política" (D'Plácido). Desenvolve pesquisas interdisciplinares nas áreas do Direito, da Filosofia, da Teoria Social e da Teoria Política. Principais interesses: Teoria Política e Teoria Social contemporâneas, Pós-Estruturalismo, Critical Legal Thinking, Movimentos Sociais Contemporâneos e Políticas de Segurança Pública.

**Resumo**

O presente artigo discute os fundamentos constitucionais da proibição do uso de máscaras (e da dissimulação do rosto) no espaço público a partir do estudo de caso das Ações Diretas de Inconstitucionalidade que impugnaram a Lei Estadual n. 6528/2013, conhecida como "Lei Brazão", e foram julgadas improcedentes pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em dezembro de 2014. Após situar os principais marcos constitucionais e legislativos que dão forma jurídica à proibição sob análise, verifica-se, a partir de uma abordagem empírico-indutiva, a hipótese de que o uso do critério da proporcionalidade, no caso concreto, dissimulou tecnicamente operações de exceção constitucional e fundamentou interpretações autoritárias das liberdades públicas. Eis o que desvelaria não apenas um uso paradoxal da retórica da proteção a direitos, mas as operações concretas de exceção – aqui consideradas como

potenciais extensões judiciárias dos mecanismos policiais de controle social – que os tribunais adotam na avaliação constitucional de políticas de segurança pública restritivas de direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade; Manifestações; Jornadas de Junho; Máscaras; Proibição.

### Abstract

This essay discusses the constitutional grounds of legal ban on face-covering in public protests based on the study of case of two direct actions of unconstitutionality denied by the Rio de Janeiro Court of Law in December 2014. Situating the main constitutional and statute landmarks that shape that prohibition, we verify, based on an empirical and deductive method, the use of fundamental rights theory to technically dissimulate operations of constitutional exception and establish an authoritarian interpretation of public freedoms. This would unveil the paradox of rhetorical protection of rights and concrete operations of exception just as well – here considered as possible judiciary extensions of social control mechanisms and reactive policies.

**Key-words:** Constitutional review; Riots; Brazil Protests; Masks; Interdiction;

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O recente ciclo de manifestações no Brasil, que ficou conhecido como “Jornadas de Junho”, desencadeou a elaboração de uma série de medidas legislativas nos diversos níveis federativos do Estado brasileiro que visam a restringir juridicamente as condutas de manifestantes políticos. Tanto Assembleias Estaduais localizadas em capitais afetadas por protestos populares de alta intensidade quanto as casas legislativas do Congresso Nacional propuseram dezenas de projetos de lei que têm por objetivo tornar ilícita a dissimulação do rosto no espaço público. Muitos desses projetos procuram conferir forma jurídica à adoção de políticas de controle social restritivas do exercício do direito constitucional de reunião. Em comum, os projetos de lei parecem eleger uma saída estratégica que consistiria em atribuir legitimidade política a práticas

policiais de exceção utilizadas para controlar situações sociais fluidas por meio da atribuição de forma jurídica a elas<sup>1</sup>.

No decurso de 2013, algumas dessas práticas de exceção foram sistematizadas pela Organização Não-Governamental Artigo 19 (2013, p. 26-32) e descritas no Relatório “Protestos no Brasil 2013”. Sua base de dados foi constituída pelo levantamento de 696 protestos ocorridos entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 2013 a partir de pesquisa ao acervo eletrônico do Jornal Folha de S. Paulo – de circulação nacional –, do *síte* do Movimento Passe Livre, catalisador involuntário das Jornadas de Junho<sup>2</sup>, e da Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo. As principais violações às liberdades de expressão e manifestação registradas foram: a falta de identificação dos policiais, a prática de detenções ilegais e arbitrárias, a criminalização do direito ao protesto pelo enquadramento das ações de manifestantes em tipos penais inadequados<sup>3</sup>, censura prévia, uso de armas letais e abuso da utilização de armas de baixa letalidade, vigilantismo das redes sociais, manifesta desproporção entre o efetivo policial e o contingente de manifestantes, a presença de policiais infiltrados nos protestos que, por vezes, incentivavam ou causavam tumulto e violência, defesa prioritária do patrimônio privado e público em detrimento da proteção da integridade física dos manifestantes, ameaças e sequestros (ARTIGO 19, 2013, p. 24). No período considerado, registraram-se 112 episódios de uso de armas de baixa letalidade, 10 casos de uso de arma de fogo, 08 mortes, 867 pessoas feridas e 2608 pessoas detidas.

O contexto dos protestos populares no ano de 2013 descerrava um cenário institucional adverso ao exercício do direito constitucional ao protesto. Exceção feita ao decreto interministerial n. 4226/2010, à inexistência de regulamentação nacional adequada a padrões internacionais sobre o uso de força policial em protestos populares somava-se a progressiva adoção de normas de exceção, que visavam a garantir a realização dos megaeventos no Brasil, e que redundaram em um legado institucional de caráter repressor em matéria de políticas de segurança pública.

---

<sup>1</sup> Uma prática institucional que Antony W. Pereira, ao descrever o funcionamento do sistema jurídico da Ditadura Militar brasileira, chamou de “legalidade autoritária”. (PEREIRA, 2010, p. 277).

<sup>2</sup> Para uma minuciosa descrição dos progressos e reveses do movimento em São Paulo, cf. (JUDENSNAIDER et al., 2013). Sobre o Movimento Passe Livre e a reivindicação de uma política de Tarifa Zero, ver (MPL *in* MARICATO, 2013, p. 13-18).

<sup>3</sup> Três exemplos inquietantes, amplamente noticiados, foram as detenções de manifestantes que portavam vinagre, o enquadramento de um casal na Lei de Segurança Nacional e o arrolamento de Mikail Bakunin (filósofo anarquista russo, falecido em 1876) como suspeito de participar das manifestações.

Exemplares disso foram as restrições extraordinárias a direitos fundamentais instituídas pelas Leis Federais n. 12.663/2012 (Lei Geral da Copa) e n. 12.850/2013 (Lei de Combate às Organizações Criminosas), as proposições de leis que proíbem o uso de máscaras em manifestações públicas, a criação de postos de justiça itinerantes para julgar em tempo real casos de manifestantes supostamente flagrados em prática de ato ilegal, projetos de lei – a exemplo do n. 728/2011, hoje rejeitado – que majoravam penas e alteravam normas processuais penais em casos de crimes e infrações administrativas correlatas à Copa do Mundo de 2014, e propunham criar o tipo penal de terrorismo “contra coisa”, ou o Projeto de Lei n. 499/2013, convertido na Lei Federal n. 13.260/2016, cuja redação propõe uma tipificação aberta para o crime de terrorismo.

Ainda em escala federal, seria possível citar a revogada Portaria n. 3461 (Garantia da Lei e da Ordem), exarada pelo Ministério da Defesa, que estabelecia “orientações para o planejamento e o emprego das Forças Armadas em Operações de Garantia da Lei e da Ordem” a fim de neutralizar as ações de manifestantes, que a portaria qualificava como “Força Oponente”. No Congresso Nacional, tramitam atualmente seis projetos de lei com o objetivo de tornar crime ou contravenção penal o uso de máscaras em locais públicos<sup>4</sup>. O ciclo de manifestações que se estendeu do início de 2013 ao início de 2014, no Brasil, foi uma espécie de laboratório para a gestação de um imaginário social, político e institucional repressor e para o aprofundamento de políticas e práticas reativas de controle social.

Para discutir os fundamentos constitucionais da proibição da dissimulação do rosto em manifestações, não se pode ignorar que o que a interdição legal pretende assegurar – a permanente visibilidade dos indivíduos no espaço público, a fim de facilitar a operação de instrumentos de controle social e político – integra esse contexto de vigilantismo micro e macropolítico. Não apenas as políticas de controle social constituem reações às práticas de dissimulação do rosto no espaço público, mas estas podem ser consideradas reações políticas ao princípio de transparência absoluta que as sociedades de controle impõem, promovendo a criação de subjetividades securitizadas, forjadas pela condição tão paradoxal quanto complementar de serem, ao mesmo tempo, sujeitos e objetos da vigilância total que se desprendera das instituições

---

<sup>4</sup> Trata-se do PLS 404/2013, de autoria do Sen. Lobão Filho (PMDB/MA), e dos PL 5964/2013, do Dep. Rogério Peninha Mendonça (PMDB/SC), PL 7157/2014, do Dep. Onyx Lorenzoni (DEM/RS), PL 6614/2013, do Dep. Costa Ferreira (PSC/MA), PL 6461/2013, do Dep. Junji Abe (PSD/SP) e do PL 6198/2013, do Dep. Jorge Tadeu Mudalen (DEM/SP).

prisionais que caracterizaram as sociedades disciplinares (FOUCAULT, 1987, p. 162 *et seq.*), e se tornara a condição geral da sociedade contemporânea (HARDT e NEGRI, 2014, p. 33-34 e, ainda, DELEUZE, 2008, p. 220-224).

Tampouco se pode ignorar a relação de determinação recíproca entre as novas dinâmicas dos movimentos sociais e a formulação de medidas de segurança pública reativas, das quais a proibição da dissimulação do rosto em manifestações constitui apenas um exemplar que jamais pode ser adequadamente problematizado se deslocado de seu campo social de emergência. Embora a proibição da dissimulação do rosto em manifestações implique uma restrição *prima facie* limitada ao exercício do direito de reunião, os controles difusos, contínuos e insidiosos que passam a integrar as instituições democráticas, e a trama cerrada da vida social, não podem ser negligenciados como elementos que integram as operações de poder que a prática política de dissimulação do rosto desafia na qualidade de contraconduta: prática de crítica social e de resistência à difusão dos mecanismos de segurança no campo social (FOUCAULT, 2008, p. 478-481).

Na medida em que a interdição aparece sob o signo de contornos negativos, como exigência dos mecanismos de segurança pública, seus conteúdos imediatamente positivos e moduladores são elididos. Entre sociedade de controle, contraconduta e interdição, forma-se um circuito de relações de poder constitutivas, articuladas pelo princípio da visibilidade e da transparência total.

As sociedades de controle caracterizam-se pela difusão dos dispositivos policiais por toda a extensão da vida social. Suas modulações flexíveis não dispensam o controle dos processos de individuação que percorrem as singularidades que compõem as multidões<sup>5</sup>. Eis o ponto em que um mecanismo aparentemente negativo e filiado à lógica do poder soberano (a interdição legal), engendra uma estratégia disciplinar (a identificação dos indivíduos que compõem o corpo biopolítico coletivo) para atender a uma demanda própria das sociedades de controle: garantir a máxima eficácia dos aparatos técnicos de controle (como a videovigilância, *e.g.*), a fim de modular os signos perigosos que as identidades indiscerníveis e confusas das

---

<sup>5</sup> “A função da exceção [...] é muito importante. Para assumir o controle de situação tão completamente fluida, e dominá-la, é necessário assegurar à autoridade que intervém (1) a capacidade de definir, sempre de forma excepcional, as demandas de intervenção; e (2) a capacidade de mobilizar forças e instrumentos que, de várias maneiras, podem ser aplicados à pluralidade e à diversidade dos arranjos em crise. [...] em nome da excepcionalidade da intervenção, uma forma de um novo direito que é realmente um *direito de polícia*. A formação de um novo direito está inscrita no emprego da prevenção, da repressão e da força retórica destinada à reconstrução do equilíbrio social: tudo isso é próprio da atividade de polícia”. (HARDT e NEGRI, 2006, p. 34).

multidões sem rosto incorporam e fazem circular. Não é por acaso que a proibição constitucional do anonimato tornou-se, do dia para a noite, o principal argumento constitucional para a restrição do exercício de liberdades públicas no Brasil pós-junho de 2013. Na lógica das sociedades de controle, o rosto à mostra – imagem física originária tanto da identificação social quanto da biometria – torna-se a senha, e a condição de seu bloqueio político, para dois dos mais potentes instrumentos de reivindicação de uma democracia radical: o direito de reunião e a liberdade coletiva de expressão.

## 2. CONTROLES REATIVOS

A proibição legal da dissimulação do rosto em manifestações fecha o círculo entre os dispositivos de controle difusos no tecido social e as resistências subjetivas que as práticas de contracondutas performativamente operavam nele. Ao reagir às contracondutas de manifestantes políticos, as técnicas de controle criam demandas por imagens (rostos) interpretáveis como cifras, cuja exposição se justifica a partir de um torniquete identitário sustentado pela difusão social do medo e pela simétrica demanda por segurança e ordem, que parece garantida pela interdição legal à dissimulação do rosto no espaço público. Eis como as relações de poder e resistência são apreendidas como lógica subterrânea das leis que proíbem a dissimulação do rosto no Brasil<sup>6</sup>. No entanto, é preciso descrever como as formas jurídicas fornecerão estrutura normativa a esse dispositivo, em que a aparente restrição ao exercício do direito de reunião não passa de um eufemismo técnico para as funções positivas de controle que ele desempenha.

A aparente heterogeneidade dos projetos de lei e documentos legislativos promulgados em Estados como Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo<sup>7</sup>, dissipa-se em função de algumas constantes político-jurídicas e estruturais. Em primeiro lugar, pelo fato de todas essas medidas legislativas terem sido adotadas como elementos de uma reação institucional de diversos estratos do Estado brasileiro a práticas

---

<sup>6</sup> Para uma análise mais detalhada desse ponto, ver (CORRÊA, 2014, p. 171-186).

<sup>7</sup> Até o presente momento, os Estados do Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais promulgaram leis estaduais que proíbem a dissimulação do rosto em manifestações e protestos populares. Em outros Estados, como Pernambuco, Espírito Santo, Bahia, Paraná e Rio Grande do Sul, foram elaboradas propostas para a incorporação de proibição semelhante. Algumas delas ainda se encontram em trâmite legislativo (Bahia, Rio Grande do Sul), outras, encontram-se arquivadas (como em Pernambuco e no Paraná, e.g.).

supostamente criminosas que teriam tido lugar em protestos populares que se seguiram a junho de 2013. A comunhão de um mesmo contexto fático sugere uma relação de determinação recíproca entre as novas dinâmicas dos movimentos sociais e a formulação de políticas reativas de controle social.

Em segundo lugar, todos os projetos de lei valem-se de argumentos constitucionais mais ou menos imediatos. Ora se fundam na restrição de direitos fundamentais protegidos pela Constituição da República, ora modulam sua simétrica adoção pelas Constituições Estaduais, ora se valem da regulação do exercício do poder de polícia estadual para conferir uma forma jurídica apropriada às práticas policiais. Em todos os casos, uma tessitura normativa regulatória materialmente constitucional pretende harmonizar a suposta colisão entre a garantia do exercício do direito constitucional de reunião e a manutenção da ordem pública através dos aparelhos de controle social do Estado. Eis a forma geral como o problema axiológico-jurídico vem formulado.

Por fim, a forma para equacionar a suposta colisão identificada pelos legisladores ordinários culminou na iniciativa de formular medidas que têm em comum o objetivo de dar forma de lei à proibição de dissimular o rosto em protestos públicos. Isso denota uma comunhão de propósitos que unifica os diversos estratos federativos em que a proposta se manifesta no tecido institucional do Estado brasileiro – o que permite tratar medidas similares como um dos elementos que dão forma a políticas securitárias reativas às novas formas de expressão da insurgência popular (SOREANU, 2014, p. 215-223).

A Lei Estadual n. 6528/2013 (Lei Brazão), do Estado do Rio de Janeiro, e a recente Lei Estadual n. 15.556/2014 (Lei Campos Machado), no Estado de São Paulo, proíbem a dissimulação do rosto em manifestações públicas sob fundamentos jurídico-constitucionais diversos. Enquanto a lei carioca visa a regulamentar o artigo 23 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que trata do direito de reunião, a lei paulista regulamentou diretamente o inciso XVI do artigo 5º da Constituição da República. Por sua vez, a Lei Estadual n. 21.324/2014, do Estado de Minas Gerais, sem invocar qualquer norma constitucional como fundamento regulatório, restringe, para fins de segurança pública, a dissimulação do rosto em evento “multitudinário”, desde que haja fundado receio de que a ocultação da face facilite prática de crime, a juízo da autoridade policial, e sujeita o infrator a três consequências jurídicas: 1) encaminhamento à identificação criminal; 2) pagamento de multa pecuniária; 3)

monitoramento permanente em eventos de natureza análoga, dependendo, as duas últimas, de processo administrativo.

As leis promulgadas e os projetos em questão<sup>8</sup> podem ser descritos em função de algumas constantes estruturais. Geralmente, os conteúdos das ementas e dos artigos primeiros variam em função da declaração do compromisso de proteção, regulação e conseqüente restrição do direito de reunião ou manifestação pública, sem enfatizar *prima facie* seu caráter político, cultural, religioso etc. Cinco dentre os sete textos estaduais analisados (à exceção da lei mineira e do projeto baiano), produzem uma convergência entre os direitos fundamentais à livre manifestação de pensamento e o direito de reunião a fim de estender a vedação ao anonimato – restrição que atinge o direito de livre manifestação do pensamento – ao direito de reunião, fornecendo aparente substrato constitucional à proibição que a lei estadual enuncia.

Os artigos subsequentes (2º e 3º) proíbem o uso de máscaras, vestimentas, paramentos, vendas, coberturas etc.<sup>9</sup>, que dissimulem ou ocultem o rosto, ou que dificultem ou impeçam a identificação em reuniões públicas. Em geral, seus parágrafos e incisos definem “armas” – conceito jurídico indeterminado que restringe a área de proteção constitucional do direito de reunião – bem como a autoridade policial a ser comunicada e os procedimentos de comunicação válidos. Ainda, preveem cláusulas de exceção à vedação do uso de máscaras.

Dos sete textos estaduais avaliados, seis excetua expressamente a proibição em eventos ou manifestações culturais incluídas no calendário oficial. A exceção à regra é a lei mineira – que analisaremos em separado. O projeto baiano adiciona à cláusula de exceção os casos de enfermidade que demandem uso de máscara e o caso genérico de autorização legal.

Os artigos 4º e 5º de dois (lei carioca e projeto pernambucano) dos sete textos analisados estabelecem a legitimidade da intervenção policial em manifestações a fim de garantir o direito de reunião anteriormente convocada e comunicada à autoridade, das pessoas humanas, do patrimônio público e privado; outros dois (lei paulista e projeto gaúcho) estabelecem condições semanticamente indeterminadas como a “preservação da ordem pública e social”, a garantia da “integridade moral do cidadão”

---

<sup>8</sup> Referimo-nos às Leis Estaduais n. 6528/2013 (Rio de Janeiro), n. 15.556/2014 (São Paulo), n. 21.324/2014 (Minas Gerais) e aos Projetos de Lei Estadual n. 1830/2014 (Pernambuco), n. 20.738/2014 (Bahia), n. 283/2013 (Rio Grande do Sul), n. 324/2014 (Paraná). O de Pernambuco está concluído e arquivado e o do Paraná foi rejeitado pela Comissão de Constituição de Justiça da Assembleia Estadual por vício de constitucionalidade. Os demais estão atualmente em trâmite.

<sup>9</sup> O Projeto de Lei Federal n. 5964/2013 proíbe também o uso de “substâncias” para a mesma finalidade.



ou a manutenção da “paz pública” para autorizar a intervenção legal das polícias em reuniões públicas.

A lei mineira estabelece que “A pessoa com máscara, venda ou qualquer cobertura que oculte a face” seja “obrigada a se identificar quando solicitado por policial em serviço ou por servidor público no exercício do poder de polícia” (artigo 2º, *caput*). Embora a via escolhida pelo Estado de Minas Gerais seja aparentemente a mais liberal entre os textos sob análise, pois não implica uma proibição *prima facie* do uso de máscaras, mas uma restrição condicionada pelo “fundado receio de uso da camuflagem objetivando a prática de depredações ou outros tipos de crime” (artigo 1º, parágrafo único), sua apreciação é imputada à discricionariedade de “autoridade policial em serviço” ou “servidor público no exercício do poder de polícia” (artigo 2º, *caput* e parágrafo 1º). Eis o que torna desnecessário criar cláusula de exceção à restrição – a operação de exceção não precisa ser realizada por lei quando a lei condiciona uma restrição à apreciação discricionária da autoridade policial.

Mesmo a mais policial das consequências jurídicas prescritas pelo artigo 3º da lei mineira, o “monitoramento permanente em outros eventos de natureza análoga”, embora sujeita a processo administrativo (artigo 3º, parágrafo 3º), admite, “mediante prévia justificação”, aplicação cautelar, segundo o parágrafo 4º do artigo 3º. No entanto, a lei não regula de que forma se daria esse monitoramento permanente – eletrônico, mediante comparecimento obrigatório perante autoridade, restrição de liberdade, restrição da vida privada etc. –, as autoridades competentes para fazê-lo, sua natureza jurídica – administrativa ou penal –, critério objetivo para a justificação que autoriza sua aplicação imediata em caráter cautelar etc. O texto aparentemente mais liberal e menos restritivo dentre os estudados é também aquele que franqueia uma forma jurídica indeterminada e antidemocrática para justificar, por exemplo, práticas de exceção como as detenções arbitrárias para averiguação, praticadas aos milhares no ano de 2013 por todo o país<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Em 1978, Foucault descrevia que um dos principais efeitos do ingresso dos Estados em esquemas liberais de governamentalidade fora a criação de um domínio de intervenções estatais possíveis, necessárias, sob uma forma positiva e regulamentar. Instituem-se mecanismos através dos quais o Estado pode intervir com eficácia na segurança de fenômenos naturais (sejam eles processos econômicos, ou processos intrínsecos à população) e que interiorizam ao domínio da técnica governamental certo conjunto de liberdades a serem reguladas pelo Estado e protegidas contra as desordens, delinquências e ilegalismos. Tais liberdades tomam parte em um esquema duplo, de incentivo-regulação e meramente negativos ou repressivos (função policial). (FOUCAULT, 2008, p. 474-476). Uma constante de todas as exposições de motivos é argumentar a necessidade de regulação do direito de reunião e, ao mesmo tempo em que o saúdam como bastião do Estado Democrático de Direito ou sintoma positivo do amadurecimento político do corpo eleitoral (mecanismo de incentivo-regulação),

Em síntese, ainda que mediante a concessão de graus variáveis de discricionariedade, os cinco textos autorizam as autoridades policiais dos respectivos Estados a intervir em manifestações, a fim dar cumprimento à proibição de dissimular o rosto em reuniões públicas. As demais leis e projetos (Bahia e Paraná) nada dispõem a respeito da legitimidade das intervenções policiais.

### 3 O CASO DA LEI BRAZÃO

A descrição das constantes estruturais das leis e projetos permite demonstrar a exemplaridade demandada por um estudo de caso baseado na Lei Estadual n. 6528/2013 (Lei Brazão), do Rio de Janeiro, como parâmetro para avaliar os fundamentos constitucionais das leis que proíbem o uso de máscaras em manifestações e investigar a natureza das funções exercidas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ao julgar improcedentes duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas em face dela.

Estruturalmente, a Lei Brazão utiliza um argumento constitucional estadual como justificativa para a intervenção estatal: delimitar a área de proteção do direito fundamental de reunião, previsto no artigo 23 da Constituição do Estado em simetria com o artigo 5º, inciso XVI, da Constituição da República. Para tanto, a lei define elementos semanticamente abertos do texto constitucional (“armas”, “autoridade policial”, “comunicação”), inova em face do texto constitucional originário ao condicionar o exercício protegido do direito de reunião à não-dissimulação do rosto, excepciona as manifestações culturais estabelecidas no calendário oficial do Estado e confere forma jurídica às intervenções policiais que garantam a realização de reunião anteriormente convocada, a defesa das pessoas humanas e dos patrimônios privado e público e a obediência à proibição de dissimulação do rosto.

Posicionada a lei carioca em função dos quadros estruturais previamente estabelecidos, podem-se descrever por aglomeração as principais linhas de argumentação dos votos vencido e vencedor que resultaram na improcedência com resolução de mérito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 0052756-30.2013 e

---

entregam à atividade repressiva das instituições policiais a tarefa juridicamente indeterminada de “garantir seu exercício ordeiro”. A legislação mineira parece ser seu exemplo mais bem-sucedido, na medida em que o Legislativo, mediante regulação, transfere integralmente às polícias estaduais a função de, caso a caso, e de maneira discricionária, promover a restrição do uso de máscaras a que a lei conferiu forma jurídica.

0053071-58.2013, julgadas conjuntamente pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. No item seguinte, isso permitirá discutir os votos à luz da Teoria Constitucional e avaliar a existência de uma interpenetração entre as funções judiciária e regulatório-policial, no caso sob análise. Para tanto, tracemos as principais linhas de argumentação por aglomeração do voto vencido e do acórdão.

Nos dias 25 e 26 de setembro de 2013, o Diretório Regional do Partido da República e a Ordem dos Advogados do Brasil (Seção do Estado do Rio de Janeiro), postularam a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 6528/2013. Distribuídos à relatoria do Desembargador Sérgio Verani, este se manifestou pela procedência do pedido<sup>11</sup>. Seus argumentos correspondem a três núcleos estruturais, que se entrecruzam sem cessar: (1) o argumento jurídico-constitucional; (2) o argumento histórico; (3) o argumento sociológico-político.

O argumento elementar do voto vencido é técnico-jurídico e sustenta que o texto do artigo 23 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, de acordo com a classificação das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva (2012), e inspirada por Ruy Barbosa (1932-1934), constituiria norma de eficácia plena, de aplicação direta, imediata e integral, por compreender que ela incide de forma integral sobre os interesses a que o constituinte quis conferir expressão normativa. Considerou inadequada a fusão que a Lei Brazão produziu entre as normas que regulam o direito de livre manifestação de pensamento, restringido constitucionalmente pela vedação ao anonimato, e o direito de reunião, e apontou confusão entre as liberdades de expressão e de manifestação do pensamento, portadoras de âmbitos de proteção distintos e passíveis de limitações não-isomórficas. Por fim, suscitou o princípio da vedação do retrocesso em matéria de direitos fundamentais, que desautorizaria a proibição promovida pela Lei Brazão. Apenas dois documentos internacionais são citados no voto, como elemento histórico, e não normativo, na interpretação do direito de reunião: as declarações da Pensilvânia (1776) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948).

O voto vencido é permeado por argumentos de caráter sociológico e político. A fim de demonstrar o valor constitucional da primazia da liberdade de protesto sobre a constrição infraconstitucional, o voto vencido reputa a Lei Brazão casuística, fruto do

---

<sup>11</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio. ADIs n. 0052756-30.2013 e 0053071-58.2013, disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004097EA224AF48A9139CE0465E231B9319C5034A312011>>. Acesso em: 12.06.2015. Acompanharam o relator originário, ficando vencidos, os desembargadores Caetano Costa, Nildson Cruz, Odete Kanaack e Henrique Figueira.

“medo difuso” e da tentativa fadada ao fracasso de extinguir modos de vida políticos por força de lei; suscita a necessidade de reforma das instituições policiais, cujas práticas não raro desrespeitam a cidadania e os direitos humanos e reproduzem sistematicamente formas de violência desnecessárias à contenção legítima de eventuais abusos de manifestantes. Desarticula a relação, apresentada como necessária, entre democracia e visibilidade do rosto, reputando as experiências de direito comparado citadas no processo frutos da ascensão política de grupos conservadores nos respectivos Parlamentos e afirma, por fim – também alusivamente –, que a restrição legal à dissimulação do rosto em manifestação criaria “um espaço de Estado de Exceção”.

Ao julgar improcedentes os pedidos, a desembargadora Nilza Bitar inaugurou divergência e, ante seu êxito, foi designada relatora do acórdão<sup>12</sup>. O acórdão estabeleceu-se em função de alguns argumentos a priori que servem como condicionantes pragmáticas da questão constitucional veiculada pelas ADIs. O principal deles consiste na afirmação da possibilidade de lei estadual regulamentar “o direito constitucional à reunião pública para manifestação de pensamento”.

A afirmação pressupõe duas premissas: (1) a restringibilidade de direitos fundamentais por lei estadual; (2) a reprodução, no nível decisório, do argumento constitucional que permeia quase todas as leis e projetos analisados, de que o direito à reunião constitui um meio para a manifestação de pensamento – o que tornaria plausível submeter o direito de reunião à vedação do anonimato, condicionante aplicável ao direito de livre manifestação de pensamento. Assim, a forma de propor o problema constitucional não apenas presume a constitucionalidade da restringibilidade legislativa do direito de reunião, mas o absorve na questão dos “[...] limites que o legislador infraconstitucional pode impor aos cidadãos para o exercício do direito de reunião”.

Sua assunção conduz diretamente à análise dos critérios para o estabelecimento de tais limites à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais, o que demanda aferir a justificação da medida, a adequação do modo, a proporcionalidade dos fins almejados e a limitação dos meios de restrição. Em cada uma dessas etapas, os argumentos jurídico-constitucionais apresentam uma natureza teórica eclética, pois

---

<sup>12</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio. ADIs n. 0052756-30.2013 e 0053071-58.2013, disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004CF549FFAEBF36C8199308702C4E84365C5033E1E0E57>>. Acesso em: 12.06.2015. Todas as citações que se seguem referem-se ao voto da relatora designada.

transitam pela adoção da Teoria dos Direitos Fundamentais, de Robert Alexy, pela caracterização do direito de reunião como norma constitucional de eficácia contida, de acordo com a classificação de José Afonso da Silva, pela justificação da desnecessidade de cláusula de reserva legal explícita, apoiada em Gilmar Mendes, pela compreensão do direito à reunião pública como “expressão coletiva da manifestação do pensamento” – argumento atribuído a Alexandre de Moraes etc.

A segunda etapa da justificação da constitucionalidade da restrição contida na lei estadual funde argumentos sociológico-políticos e históricos que se desdobram em apreciações de caráter moral e pragmático. Essa etapa resulta do desdobramento do argumento segundo o qual, não tendo o constituinte definido o conceito de pacificidade, caberia ao legislador regulá-lo<sup>13</sup>. Quatro breves parágrafos situam as manifestações ocorridas “no inverno de 2013”, em cujo contexto alguns manifestantes “passaram a se valer de máscaras para ocultar suas faces e, lamentavelmente, praticar uma série de atividades criminosas [...]”; a restrição legal seria a resposta a um “clamor pela proibição” originado das “notórias cenas de vandalismo – e fatos notórios prescindem de prova [...]”.

O tom sociológico-político bruscamente cede lugar a um argumento de caráter histórico-moral, que consiste em afirmar que “As maiores manifestações deste país foram feitas por brasileiros sem máscaras [...]”, ainda que sob o “risco de prisão, tortura ou morte”. Eventos históricos tão díspares, como a Revolta da Vacina, o suicídio de Getúlio Vargas, a Marcha da Família e da Vitória de 1964, a Passeata dos Cem Mil de 1968, os comícios das Diretas Já ou as manifestações pelo *impeachment* de Collor, são reunidos em torno de uma rígida chave de interpretação moral do contexto político-social.<sup>14</sup> Por fim, a justificação da medida sustenta-se em um argumento prático: “A

<sup>13</sup> “[...] identificou o legislador comportamento que, embora à primeira vista não pareça ofensivo à exigência constitucional, vinha sendo usado por pessoas mal-intencionadas para transmutar esse caráter pacífico: o uso de máscaras”. (Idem).

<sup>14</sup> Chave de interpretação moral difusa ao longo do acórdão, porém discernível: “Não podemos deixar que a população creia que a democracia careça de instrumentos de controle e limites para assegurar o direito à livre manifestação e o direito à reunião em locais públicos sem que precisemos esconder o rosto, e sem que a sociedade tenha como se proteger dos excessos daqueles que, na verdade, não desejam apenas se manifestar pacificamente. [...] a baderna, mas de viés inconstitucional, porque mascarada e atentatória tanto à causa pela qual os manifestantes de caras limpas foram às ruas, quanto à democracia, que exige que por eventual abuso no exercício do direito sejam responsabilizados aqueles que se excederam. [...] sendo o indivíduo mascarado um covarde e antidemocrático que se esconde de todos e de si mesmo. Só se mostra bravo atrás de uma máscara! [...] o pior que está por trás das máscaras não é o abuso, a covardia, a violência, mas sim a destruição da democracia conquistada a tanto custo pelo povo brasileiro. [...] Com as máscaras, só quem perde são os cidadãos de bem, o Estado de Direito e a democracia. [...] democracia e Estado de Direito é poder se reunir, é poder se manifestar, é poder encarar quem você critica (*sic*) sem retaliação [...]. E é não poder fazer tudo isso em

vedação ao uso de máscaras se justifica [...] na medida em que não haveria como individualizar e imputar tal responsabilidade [pelo abuso no exercício de direito]”.

A adequação da proibição é justificada também sob aspectos formais: (1) trata-se de lei em sentido estrito; (2) a proibição não afetaria qualquer competência legislativa própria da União. Os fins almejados com a vedação são reputados proporcionais, na medida em que a restrição imposta salvaguarda “os direitos dos demais participantes da manifestação e de outras pessoas [...]”. Esta conclusão é fruto da indemonstrada resolução de uma “aparente antinomia entre direitos fundamentais” por meio técnica da ponderação de interesses, resguardado o núcleo essencial do direito limitado. Na medida em que “a máscara encobre toda a face e inviabiliza a identificação”, “os fins almejados são proporcionais à restrição trazida [...]”. Na medida em que “o direito de reunião é o próprio direito de manifestação de pensamento, só que exercido coletivamente [...]”, a vedação do anonimato estender-se-ia do direito de manifestação de pensamento ao de reunião, segundo a interpretação da relatora.

#### 4 POLÍTICA E POLÍCIA JUDICIÁRIA

A descrição do voto vencido e do acórdão estabelece elementos argumentativos que tornam possível discutir e avaliar as decisões propostas à luz da Teoria Constitucional adotada, bem como verificar se as decisões implicam ou não interpenetração entre as funções judiciária e regulatória ou policial. Embora esta questão não seja estranha ao campo da Teoria do Direito<sup>15</sup>, é preciso definir o sentido próprio em que se compreende que as operações judiciárias possam constituir a extensão de uma possível função policial – muito próxima à função organizadora originária, vinculada à defesa da obra do legislador burguês, e do estado de coisas que esta produzia, contra a rebelião dos magistrados (KERCKHOVE *apud* PERELMAN, 2004, p. 53) – sobre cujas figuras nobiliárias pairava certa desconfiança de classe.

Recentemente, Jacques Rancière propôs definir polícia, não como a baixa polícia, dos “golpes de cassetete das forças da ordem” ou das “inquisições das polícias

---

anonimato, porque a sociedade brasileira se fez com pessoas que fizeram história e abriram caminhos com os rostos expostos”. (Idem)

<sup>15</sup> Perelman, *e.g.*, recorda que no fim do século XVIII, o Tribunal de Cassação belga é criado pela Assembleia Nacional com funções policiais, como um “corpo de inspetores de justiça [...] encarregados de velar pela correta observação da lei por parte das cortes e dos tribunais”. (PERELMAN, 2004, p. 52). Para Paul Forières, a missão do Tribunal de Cassação belga consistia na “Surveillance [...] de la loi, de son contenu, de son respect par le juge du fond pour sauvegarder l’œuvre législative.” Função de “protecteur des lois, surveillant et censeur des juges”. (FORIÈRES, 1961, p. 383-409).

secretas”, mas como “o conjunto dos processos pelos quais se operam a agregação e o consentimento das coletividades, a organização dos poderes, a distribuição dos lugares e funções e os sistemas de legitimação dessa distribuição” (RANCIÈRE, 1996, p. 41). Isso permite definir polícia em sentido neutro, não pejorativo, ao mesmo tempo em que impede que esta se reduza aos aparelhos de Estado, compreendendo-a indistintamente nas chaves de uma suposta espontaneidade social e das funções rígidas de Estado como uma certa “ordem dos corpos que define as divisões entre os modos do fazer, os modos de ser e os modos do dizer, que faz que tais corpos sejam designados por seu nome para tal lugar e tal tarefa; é uma ordem do visível e do dizível [...]” (Ibidem, p. 42)<sup>16</sup>.

A hipótese a verificar, sob um tal conceito de polícia como organização e partilha do sensível, é a de que a decisão das ADIs sobre a Lei Brazão não apenas reproduz, mas, valendo-se de certo uso da Teoria dos Direitos Fundamentais e da Teoria Constitucional, estende judiciariamente elementos definidores de uma ordem policial da sensibilidade que circulou na opinião pública, penetrou nos projetos e leis aprovados e encontrou no Poder Judiciário não a função normativa de seu limite, mas sua propagação e interiorização no seio dos discursos jurídicos.

Tanto no voto vencido como no acórdão, percebe-se o entrelaçamento de argumentos técnico-jurídicos relativamente frágeis e argumentos sócio-políticos, históricos e morais destacados de sua interpretação normativo-constitucional. O voto vencido baseou-se em argumento jurídico débil, lastreado em classificação doutrinária passível de interpretação divergente – como o próprio acórdão viria a comprovar – e de efeito retórico restrito. Limitando-se a negar a possibilidade de restrição do direito de reunião pela via legislativa ordinária, não tocou o epicentro da questão constitucional: avaliar a constitucionalidade da restrição em apreço. Ainda, não discutiu o caso à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais e, apesar de ter citado declarações internacionais, utilizou-se dessa alusão de forma retórica, não normativa – sendo possível solucionar o caso à luz das condicionantes predispostas no artigo 21 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), internamente promulgado pelo Decreto n. 592/1992.

Em síntese, os argumentos do voto vencido, apesar de veicularem argumento técnico-jurídico, são políticos em sentido rancièriano<sup>17</sup>, na medida em que se

<sup>16</sup> Cf., ainda, Laurent de Sutter (2017, p. 153-154) e Jacques Rancière (Idem), para quem “A polícia não é tanto uma “disciplinarização” dos corpos quanto uma regra de seu aparecer, uma configuração das ocupações e das propriedades dos espaços em que essas ocupações são distribuídas”.

<sup>17</sup> Se considerarmos que “[...] a atividade política é sempre um modo de manifestação que desfaz as

contrapõem a certa repartição do sensível, do visível e do dizível que a opinião pública, os projetos proibicionistas e a Lei Brazão organizam: a distinção entre o manifestante que não dissimula seu rosto – identificado ao pacífico – e o que dissimula seu rosto, automaticamente identificado com as figuras não-jurídicas do criminoso, do covarde, do violento e do marginal infiltrado<sup>18</sup>.

Se continuarmos a seguir Rancière, o sentido político e radicalmente democrático afirmado pelo voto vencido, com baixo grau de mediação técnico-jurídica, consiste na decisão de afirmar a igualdade de todas as formas de expressão e manifestação políticas constitucionalmente lícitas – entre elas, a prática constitucionalmente protegida de dissimular o rosto. Eis de que maneira o ato decisório implica uma atividade política que desafia a repartição sensível entre o manifestante pacífico e o considerado violento.

O acórdão veicula dois argumentos *a priori* que condicionam os termos do problema e anulam a questão constitucional de fundo: a restringibilidade de direitos fundamentais por lei em sentido estrito e a fusão entre os direitos de livre manifestação de pensamento e de reunião – o que submeteria o último à condicionante do primeiro (proibição do anonimato). A justificação da medida encontra-se previamente condicionada por aquilo que, em uma ação que questiona a constitucionalidade de medida restritiva de direito fundamental, é preciso demonstrar, de forma a evitar que a questão constitucional de fundo (a restringibilidade) seja logicamente absorvida pela avaliação de seus limites. Tornar o problema da restringibilidade do direito de reunião um argumento *a priori* constitui um índice de que o acórdão internaliza o argumento policial – isto é, a ordem predisposta de corpos, lugares, papéis e tarefas que define as divisões sensíveis.

Embora a assunção e a extensão judiciária da ordem policial possa ser intuída seguindo os argumentos históricos, sócio-políticos e morais que percorrem o acórdão,

---

divisões sensíveis da ordem policial ao atualizar uma pressuposição que lhe é heterogênea por princípio a de uma parcela dos sem-parcela que manifesta ela mesma, em última instância, a pura contingência da ordem, a igualdade de qualquer ser falante com qualquer outro ser falante.” (Ibidem, p. 43).

<sup>18</sup> Identificação que parece bloquear a discussão constitucional e permeia sete páginas do voto da relatora, correspondentes à segunda etapa da justificação da medida descrita no item 2, *supra*; ainda, está presente no PL n. 20738/2014/BA, proposto pelo Dep. Pastor Sargento Isidoro, cujo artigo primeiro dispõe: “Fica vedado o uso de máscaras e outros artifícios em manifestações públicas com a finalidade de prevenir a ocultação da identidade do usuário que busca condutas delituosas, como: agressões entre si, contra policiais, imprensa e demais autoridades e ainda a depredação de patrimônios públicos, privados e saques de qualquer tipo feitos por marginais que se infiltram nesses movimentos.” Disponível em: <[http://www.al.ba.gov.br/docs/proposicoes2014/PL\\_\\_20\\_738\\_2014\\_1.rtf](http://www.al.ba.gov.br/docs/proposicoes2014/PL__20_738_2014_1.rtf)>. Consultado em 16.06.2015.



os argumentos de Teoria Constitucional e dos Direitos Fundamentais também são moldados à luz dessa projeção. Assim como a classificação das normas constitucionais segundo sua eficácia pode ser interpretada diferentemente pelo relator originário e pela relatora designada, a Teoria dos Direitos Fundamentais é mobilizada como argumento teórico e técnico estruturante do acórdão, e poderia estar sujeita a interpretações divergentes – o que talvez permita lançar indutivamente uma hipótese: os critérios pretensamente racionais, lógicos e objetivos de ponderação da Teoria dos Direitos Fundamentais, tal como recepcionada pelos tribunais brasileiros<sup>19</sup>, podem ser utilizados para neutralizar tecnicamente o fundamento eminentemente político das decisões judiciais – o que torna o caso Lei Brazão paradigmático.

O acórdão utiliza-se da Teoria dos Direitos Fundamentais, de Robert Alexy, para justificar a restringibilidade dos direitos fundamentais, adotar a teoria dos limites externos dos direitos fundamentais e, mais importante, delinear o cerne de sua argumentação por meio da justificação da medida, da demonstração da adequação do meio restritivo, da proporcionalidade da restrição e de seu caráter protetivo do núcleo essencial do direito de reunião. Ao adotar as premissas da restringibilidade e da fusão entre direitos de reunião e manifestação de pensamento, de fato, só resta discutir a validade da restrição. Todavia, o caso é tratado como uma colisão entre direitos (direito de reunião e manifestação de pensamento e direitos de terceiros) – o que exigiria resolução por meio da ponderação de valores no caso concreto, concluindo-se que “a vedação ao uso de máscaras se mostra perfeitamente proporcional ao fim maior de preservar os direitos fundamentais dos demais cidadãos”<sup>20</sup>.

Robert Alexy descreve as normas de direitos fundamentais a partir de um dualismo lógico e estrutural entre regras e princípios<sup>21</sup>. Se seguirmos a tipologia

---

<sup>19</sup> Josué Mastrodi procurou demonstrar que a proporcionalidade não constitui um critério racional para fundamentar a decisão judicial sobre a colisão entre direitos fundamentais individuais e sociais, podendo haver duas decisões proporcionais, mas divergentes. (MASTRODI, 2014, p. 577-596). Nossa hipótese não investiga a conformidade do critério a um padrão de racionalidade; seguindo as trilhas de Foucault, pensamos que “Quand aucuns tentent de rationaliser quelque chose, le problême essentiel n’est pas de rechercher s’ils se conforment ou non aux principes de rationalité, mais de découvrir à quel type de rationalité ils ont recours” (FOUCAULT, 2001, p. 954).

<sup>20</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio. ADIs n. 0052756-30.2013 e 0053071-58.2013, disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004CF549FFAEBF36C8199308702C4E84365C5033E1E0E57>>. Acesso em: 12.06.2015.

<sup>21</sup> “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. [...] Já as regras são normas que são sempre ou

proposta por Alexy, a norma do artigo 23, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro – simétrica à prescrição constitucional federal – não constitui “um mandamento de otimização a ser realizado no maior grau possível, consideradas as possibilidades fáticas e jurídicas”, mas constitui uma norma permissiva de comportamento cuja área de proteção está definida e condicionada pelo próprio texto: “pacificamente”, “sem armas”, “independentemente de autorização”, “desde que não frustrate outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local”, “exigido apenas prévio aviso à autoridade”. Tampouco a proibição introduzida pelos artigos 2º e 3º, inciso IV, da Lei Brazão, constitui princípio, mas regra – o que é comprovado não apenas por sua estrutura de mandamento definitivo, mas pela exceção do artigo 3º, parágrafo 3º, que suspende a vedação à dissimulação do rosto em “manifestações culturais estabelecidas no calendário oficial do Estado”.

Tecnicamente, se formos seguir Alexy *à la lettre*, entre a norma constitucional que protege o direito de reunião e a proibição da dissimulação do rosto, introduzida pela Lei Brazão, não há uma colisão entre direitos fundamentais, mas um conflito entre regras de comportamento – uma delas, definidora da área de proteção de um direito fundamental. Segundo Alexy, um conflito de regras só admite duas formas de solução: ou pela introdução de uma cláusula de exceção, ou pela declaração da invalidade de uma delas (Ibidem, p. 92). Portanto, o caso da Lei Brazão não deveria ser solucionado pela técnica da ponderação e pelo critério da proporcionalidade, mas pelo critério hierárquico para resolução de uma antinomia entre normas de tipo parcial-total (BOBBIO, 2010, p. 251-253)<sup>22</sup>. Não há colisão entre direitos fundamentais na medida em que o respeito a direitos de terceiros está implícito na área de proteção do direito de reunião. O que justificaria converter um *easy case* (conflito entre regras) em um *hard case* (colisão de direitos fundamentais)?

Outro indício significativo de que o acórdão se utiliza da Teoria dos Direitos Fundamentais como argumento técnico para neutralizar uma decisão política de fundo consiste na consideração mutilada dos elementos de fato que conformam o juízo de proporcionalidade. A comparação dos argumentos sociológico-políticos do voto vencido e do acórdão demonstra significativa assimetria na consideração dos elementos

---

satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”. (ALEXY, 2008, p. 90-91).

<sup>22</sup> Cf., ainda, (ALEXY, 2008, p. 93), (SILVA, 2002, p. 25), (DIMOULIS e MARTINS, 2012, p. 178).

empíricos, expressos pelo acórdão não a partir de um teste reflexivo da realidade, mas como adesão acrítica a dados, cuja imparcialidade jamais é problematizada, de uma opinião pública supostamente unívoca e espontânea<sup>23</sup>. Ainda que se tratasse de um caso passível de solução pela técnica da ponderação e pelo critério da proporcionalidade, poder-se-ia considerar o critério observado, extraindo-se dele seus desejosos efeitos racionais, quando a apreciação empírica reduz-se a uma das metades do real?

A abertura operativa que o uso do critério da proporcionalidade produz torna possível exercê-lo segundo fins políticos, ainda que dogmaticamente inadequados. Por meio de seu uso político, é possível basear na autoridade dos órgãos decisões políticas restritivas de direitos fundamentais, cujas justificações híbridas (juízos morais, historicismo seletivo<sup>24</sup>, neoconstitucionalismo *à la carte*) conferem aparência de racionalidade, imparcialidade e promovem sua adesão a um padrão de neutralidade técnica para decisões políticas. Eis o que permite trazer a lume o fundamento teoricamente infundado de toda a estrutura decisória, aderente apenas em aparência à Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy.

Três outros argumentos constitucionais de menor amplitude teórica são mobilizados pela decisão: o primeiro deles refere-se ao argumento atribuído a Gilmar Mendes de que seria desnecessário “existir uma cláusula explícita de reserva legal na norma constitucional extraída dos dispositivos em tela”<sup>25</sup>. Contudo, o voto não transcreve que, segundo Gilmar Mendes e a interpretação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, essa dispensa é excepcional: “Apenas a colisão entre direitos de terceiros e outros valores jurídicos com hierarquia constitucional pode excepcionalmente [...] legitimar o estabelecimento de restrições a direitos não submetidos a uma expressa reserva legal” (MENDES, 2012, parágrafo 10.199). Caso o

---

<sup>23</sup> A opinião pública, apreendida sem qualquer reflexão crítica pelo acórdão a partir da reprodução integral de uma pesquisa de opinião publicada pelo Jornal Folha de São Paulo, que mostrava uma queda nas taxas de aprovação popular das manifestações, constitui um dos argumentos centrais para corroborar a tese da constitucionalidade da restrição: o argumento majoritário, o clamor pela proibição. Questões pertinentes à teoria dos direitos fundamentais, como o seu papel contramajoritário ou sua função de competência legislativa negativa, não são analisadas. Cf. (DWORKIN *In*: WALDRON, 1984, p.153-167) e (ALEXY, 2008, p. 446-447).

<sup>24</sup> *E.g.*, o argumento de que os que combateram a ditadura civil-militar “jamais esconderam o rosto” – afirmação que ignora que muitas estratégias de resistência, especialmente as de caráter extrassistêmico, ocorreram sob condições de clandestinidade. Cf. por todos, (RIDENTI *In*: FERREIRA e REIS, 2007, p. 23-51).

<sup>25</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio. ADIs n. 0052756-30.2013 e 0053071-58.2013, disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004CF549FFAEBF36C8199308702C4E84365C5033E1E0E57>>. Acesso em: 12.06.2015.

raciocínio contrário seja universalizado, os princípios da unidade e da supremacia da Constituição seriam afetados, destruindo virtualmente a eficácia dos direitos fundamentais.

O segundo argumento consiste naquele que autoriza a fusão entre os direitos de reunião e de livre manifestação de pensamento, a fim de estender ao primeiro a vedação ao anonimato que restringe, por expressa disposição constitucional, o último. O acórdão refere-se ao direito de reunião como “expressão coletiva do direito à manifestação de pensamento”, e atribui esta definição a Alexandre de Moraes<sup>26</sup>. O excerto referido no acórdão corresponde à descrição do direito de reunião em seu *Manual de Direito Constitucional*. Com efeito, trata-se de definição de Paolo Barile – não explorada pelo autor brasileiro –, à qual o texto agrega duas outras, sequer citadas pelo acórdão: a definição da doutrina norte-americana, que considera o direito de reunião uma extensão do direito de petição, e a do Supremo Tribunal Federal, consagrada na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187, que reputou que “a liberdade de reunião, enquanto direito-meio, seria instrumento viabilizador da liberdade de expressão”<sup>27</sup>, o que denota uma adesão seletiva à teoria constitucional.

Por fim, a relatora do acórdão cita o *Curso de Direito Constitucional Positivo*, de José Afonso da Silva, para sustentar que o direito de reunião está previsto em norma de eficácia contida, e não de eficácia plena. Contudo, a página da edição citada (SILVA, 2005, p. 260) refere-se à liberdade de informação, não ao direito de reunião; ademais, o tópico sobre direito de reunião não se pronuncia diretamente sobre a classificação da norma, embora denote uma clara opção do autor pelo primado da liberdade na interpretação de suas limitações constitucionais, o que é elidido no acórdão<sup>28</sup>.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

<sup>26</sup> “Uma interpretação semântica e axiológica dos termos de tais enunciados”, afirma o acórdão, referindo-se a um texto de Alexandre de Moraes, “não autoriza outra conclusão que não a de que o direito de reunião é a expressão coletiva do direito à manifestação de pensamento”. (Idem).

<sup>27</sup> Cf. ADPF 187/DF, Rel Min. Celso de Mello, decisão em 15.06.2011.

<sup>28</sup> “Aí a liberdade de reunião está plena e eficazmente assegurada, não mais se exige lei que determine os casos em que será necessária a comunicação prévia à autoridade, bem como a designação, por esta, do local da reunião. Nem se autoriza mais a autoridade a intervir para manter a ordem. [...] se o seu regime delineia restrições possíveis (regras de contenção), predomina sempre o princípio de que prima a liberdade. Há, agora, apenas uma limitação: que a reunião seja sem armas; e uma exigência, que se dê prévio aviso à autoridade. [...] Mas não quer isto dizer que a autoridade possa submeter todos os participantes, ou qualquer deles, a revistas para verificar ou não a existência de armas”. (Ibidem, p. 264-265).

O caso constitucional da Lei Brazão constitui um reflexo judiciário de políticas de controle social reativas – um sintoma judiciário dos efeitos constitutivos da lógica regulatório-policia que preside a formulação de leis que proíbem a dissimulação do rosto em manifestações. A preponderância de argumentos de caráter sócio-político, observada no voto vencido, expôs a um só tempo sua fragilidade técnica, baseada quase exclusivamente na classificação das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva, e sua predisposição política.

No acórdão, a profusão de argumentos de caráter moral e técnico, que redundaram na aplicação inadequada da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, mascara uma decisão de fundo deliberadamente proibicionista. O falso-modo de colocar a questão constitucional – como avaliação dos limites da medida restritiva de direito fundamental, pressupondo a constitucionalidade de sua restringibilidade – condicionou a adoção sistemática de uma Teoria dos Direitos Fundamentais *à la carte* (utilizando-se o critério da proporcionalidade em caso de simples antinomia entre regras), a interpretação seletiva da doutrina constitucional, ignorando as definições e matizes que poderiam enfraquecer a tese da constitucionalidade da restrição, e gerou uma decisão que, apesar de dogmaticamente infundada, mantém a aparência de fundada. A análise dos discursos jurídicos que compõem o acórdão permitiu discernir nele uma decisão de caráter político (i.e., policial, em sentido rancieriano) neutralizada por meio de uma estratégia retórica ambivalente: ao mesmo tempo em que se denuncia como tal por força da interpretação moral não-normativa da questão constitucional, procurou mascarar-se pela adoção de argumentos técnicos e constitucionais ora seletivos, ora conceitualmente inadequados. No limite, o acórdão produziu em condições argumentativas de laboratório um *hard case* (colisão de direitos fundamentais) onde havia apenas um *easy case*, qualificado pela contradição simples entre a norma infraconstitucional estadual proibitiva de conduta (a Lei Brazão) e norma constitucional estadual de conduta que assegura e prevê o direito de reunião.

O voto vencido exprime uma sensibilidade politicamente minoritária, ao procurar desarticular o sentido político da dissimulação do rosto das práticas penalmente puníveis, conferindo interpretação mais liberal ao direito fundamental de reunião. Ao mesmo tempo, o acórdão, seguindo o sentido do refluxo da opinião pública pós-junho de 2013 – cuja formação não é espontânea, mas associada a estratégias midiáticas e institucionais –, constitui um eixo judiciário de homologação legal de um contexto social e institucional repressivo, que se vale de operações de exceção e flexibilizações

deontológicas efetuadas em diversos níveis, tanto pelas polícias quanto pelos tribunais, o que ameaça a higidez normativa e o exercício constitucionalmente garantido de direitos fundamentais no Brasil.

Os votos conjugam-se para dar forma a uma decisão que constitui uma extensão judiciária das funções positivas exercidas pelas políticas reativas de controle social das manifestações políticas, dissimulando tecnicamente operações de exceção constitucional e fundamentando interpretações autoritárias de liberdades fundamentais. A prática judiciária adotada no caso revela não apenas o fundo excepcional das políticas de controle social sob análise, mas como estas encontram no aparelho judiciário um perigoso campo potencial de distensão e uma instância homologatória (e não de controle e limitação) das práticas policiais.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARTIGO 19. *Protestos no Brasil 2013*. Disponível em: <[http://artigo19.org/wp-content/uploads/2014/06/Protestos\\_no\\_Brasil\\_2013-vers%C3%A3o-final.pdf](http://artigo19.org/wp-content/uploads/2014/06/Protestos_no_Brasil_2013-vers%C3%A3o-final.pdf)>.
- BARBOSA, Ruy, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, 5v. São Paulo: Saraiva, 1932-1934.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- CORRÊA, Murilo Duarte Costa. *Contra o Rosto*. In: CAVA, B.; COCCO, G. (Orgs.), *Amanhã vai ser maior: o levante da multidão no ano que não terminou* (São Paulo, Annablume, 2014, p. 171-186.
- DELEUZE, Gilles. *Conversações*. São Paulo, Editora 34, 2008.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of rights*. Oxford: Oxford University, 1984, p.153-167.
- FORIERS, Paul. La distinction du fait et du droit devant la Cour de cassation de Belgique. *Dialectica*, s.l., v. 15, Dec. 1961, p. 383-409. doi: 10.1111/j.1746-8361.1961.tb00449.x
- FOUCAULT, Michel. "Omnes et singulatim": vers une critique de la raison politique. In: *Dits et écrits II* (1976-1988). Paris: Quarto Gallimard, 2001, p. 953-980.
- \_\_\_\_\_. *Segurança, território e população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Declaração: isto não é um manifesto*. São Paulo: n-1 edições, 2014.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2006.
- JUDENSNAIDER, Elena et all. *Vinte centavos: a luta contra o aumento*. São Paulo: Veneta, 2013.
- MASTRODI, Josué. Ponderação de direitos e proporcionalidade das decisões judiciais, *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, n. 2, jul-dez/2014, p. 577-596.
- MOVIMENTO Passe Livre. Não começou em Salvador, não vai terminar em São Paulo. In: MARICATO, Ermínia (Org.). *Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 13-18.

PEREIRA, Antony W. *Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo, Martins Fontes, 2004.

RANCIÈRE, Jacques. *A partilha do sensível: estética e política*. São Paulo: Editora 34, 2009.

\_\_\_\_\_. *O desentendimento: política e polícia*. São Paulo: Editora 34, 1996.

RIDENTI, Marcelo. Esquerdas revolucionárias armadas nos anos 1960-1970. In: FERREIRA, J.; REIS, D. A. *Revolução e democracia: (1964...)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 23-51.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 798, abr. 2002, p. 23-50.

SOREANU, Raluca. O que pode um rosto? O que pode um braço? O levante brasileiro e a nova estética do protesto. *Lugar Comum*. Estudos de mídia, cultura e democracia (UFRJ), Rio de Janeiro, n. 43, mai-ago 2014, p. 215-223.

SUTTER, Laurent. *Poétique de la police*. Aix-en-Provence: Rouge Profond, 2017.

Recebido em 16/08/2016

Aprovado em 29/08/2017

Received in 16/08/2016

Approved in 29/08/2016