

---

# A eficácia dos direitos fundamentais: análise constitucional do direito de comunicação no Brasil

Graziela Alves Moreira De Vidis\*  
Camilo Stangherlim Ferraresi\*\*

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em uma análise dos Direitos Fundamentais e, por consequência, da proteção da Dignidade da Pessoa Humana, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, como garantia do exercício da livre manifestação do pensamento, do lazer, da reunião e do direito de ir e vir especificamente caracterizado pelos atuais movimentos conhecidos como os Black Blocs, os Rolezinhos, e o caso de repressão da PM contra professores manifestantes da APEOESP, bem como a constitucionalidade ou não das medidas adotadas pelo Poder Público para cada situação mencionada.

Para isso, irá se analisar a evolução histórica dos direitos fundamentais do homem. É necessária essa compreensão de todo um processo evolutivo para nortear sobre o que são esses direitos e o que eles significam para o homem atualmente.

\*Aluna do curso de direito das Faculdades Integradas de Bauru.

\*\*Professor e coordenador do curso de direito das Faculdades Integradas de Bauru

É também de suma importância classificá-los segundo suas dimensões, conceito e dignidade da pessoa humana para compreensão de sua relevância, seus alicerces e da necessidade de observá-los em todas as relações, seja entre particulares ou Estado-indivíduo.

Assim, estudar-se-á as classificações sobre a sua eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais, bem como eficácia vertical (relação entre Estado e indivíduos) e eficácia horizontal (relação entre os particulares) também analisadas peculiarmente.

Estabelecidos esses conceitos, partirá um estudo sobre os direitos fundamentais específicos concernentes ao direito de manifestação, todos estabelecidos pelo artigo 5º da Constituição Federal, quais sejam: Direito de Reunião, Direito de Manifestação de Pensamento, Direito de Ir e Vir, e Direito ao Lazer; os quais darão visão de quão importantes os seus papéis no atual ordenamento jurídico e, após, será a vez dos casos concretos: Movimento Black Bloc, Rolezinhos e a ação promovida por José Serra e PSDB em face do Sindicato dos Professores – APEOESP.

Justifica-se a escolha do presente tema pela importância que tornou-se, em todos os seus aspectos, a efetividade dos direitos fundamentais no direito brasileiro. Além disso, observa-se grande divergência de opiniões sobre o assunto, posto que isso só aumentará, gerando estímulo para se discutir o que está realmente sendo protegido pela Constituição Federal.

O objetivo é demonstrar a efetividade da aplicação dos Direitos Fundamentais e a constitucionalidade de todas as medidas adotadas para conter ou não determinadas situações de manifestação no Brasil.

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### **2. 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

Para que se possa analisar a evolução histórica dos direitos fundamentais do homem é preciso ter uma percepção, primeiramente, que foi um longo caminho desde os primórdios até os dias atuais, eis que ocorreram acentuadas mudanças sociais, políticas, religiosas e econômicas nesse decorrer.

Destacam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior que os direitos fundamentais têm caráter histórico e que “constatou-se um processo de acúmulo, visto que as antigas formas de proteção somaram-se outras positivadas sucessivamente ao longo dessa evolução” (ARAUJO; NUNES JUNIOR, 2011, p. 148).

Desde a Antiguidade o ser humano já se mostrava em necessidade por adotar suas normas, e é daí, então, que foi se iniciando a sua conquista, a partir de muitas lutas contra o poder e a opressão dentro de um pertinente contexto histórico, além, também, das bases teóricas concretizadas.

Assim, na Idade Antiga, a civilização humana buscou seus preceitos naquilo que era imposto pela figura de um altíssimo, marcados pelo cristianismo. Nessa fase, há uma relação entre religião e direito, a lei de Deus era a lei suprema e eterna, pois somente Ele era detentor do conhecimento da plenitude; em um segundo momento era a lei revelada por Ele juntamente com aquela proferida pela Igreja; em sequência, já em uma terceira fase seria a lei natural, em que o homem a descobre por meio de sua razão; e, por último, a lei editada por um legislador. Assim pensou Tomás de Aquino no século XIII e os filósofos da época, assim como o cristianismo, perdurando entre os homens por toda a Idade Média, até o Século XVIII (FERREIRA FILHO, 1999).

O poder foi se descentralizando a partir da era do feudalismo e do auge do cristianismo, devido à necessidade da prática comercial. Nesse contexto da Idade Média é que surgiram três grupos: o clero, a nobreza e os servos. Faziam parte do clero aqueles responsáveis pela comunhão das pessoas com a Igreja Católica, além de terem o papel da oração e intermediador. A nobreza mantinha a ordem do feudo, juntamente com a sua manutenção, além de impor as obrigações aos servos, os quais compreendiam na maioria absoluta e era a classe que menos possuía direitos dentro daquela sociedade (SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009).

Ainda na Idade média, em 21 de junho de 1215, na cidade de Londres, foi outorgada por João Sem Terra, a Magna Carta. Documento este básico da Constituição Inglesa, que surgiu de um acordo do Rei João Sem Terra dentro de um período de pressões pelos barões. Essa carta garantiu os direitos dos súditos, importando em uma clara limitação de poder e, dentre os direitos reconhecidos, foi a liberdade de ir e vir e a propriedade privada. Esta, por fim, serviu para a institucionalização do Parlamentarismo na Inglaterra (FERREIRA FILHO, 1999).

Já na Idade Moderna, com a descentralização do poder da Igreja Católica e o surgimento da burguesia, passou a vigorar o Estado Moderno, onde o direito era para todos do reino e não para determinados, além de a ciência começar a ocupar seu lugar na sociedade dando, também, ênfase a razão humana.

É em 12 de junho de 1776, então, que surge a primeira declaração de direitos fundamentais, a chamada Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, antes mesmo da Declaração de Independência dos EUA. Esse documento consubstanciava

as bases dos direitos do homem, inspiradas na crença da existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem, preocupando-se com a estrutura de um governo democrático, juntamente com um sistema de limitação dos poderes, firmando, por fim, a supremacia do Parlamento (SILVA, 2006, a).

Após, em 4 de julho de 1776, conforme explica Fábio Konder Comparato (2010), foram usados os mesmos preceitos do documento anterior na Declaração de Independência dos Estados Unidos, que dispõe sobre a busca da felicidade, sendo esta a razão universal de ser desses direitos inerentes à própria condição humana e igualmente reconhece os direitos fundamentais em favor do homem. Foi, no entanto, de maior repercussão, ainda que não fosse de natureza jurídica como a da Virgínia.

As declarações acima expostas serviram de inspirações para os franceses, o que contribuiu para construir a ideia de estabelecer uma declaração dos direitos fundamentais francesa em 1783. O ápice para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi em 1789, onde o Terceiro Estado (povo), já cansado pelas regras do feudalismo e absolutismo, organizou uma Assembléia que qualificaram de Nacional, sem dúvida, de caráter revolucionário, apoiados por alguns membros do clero e nobreza. A Declaração foi elaborada em 26 de agosto de 1789, sendo sutilmente aceita por Luís XVI (FERREIRA FILHO, 1999).

Trata-se aqui da chamada Revolução Francesa, marco na história dos Direitos Fundamentais, definida por movimentos radicais de partidos da esquerda e pessoas de classes menos favorecidas que sofriam com tamanha desigualdade no país. Assim, essa revolução conseguiu derrubar os antigos ideais da tradição francesa, estabelecendo os princípios de Liberdade, Igualdade e Fraternidade, partindo daí a derrubada da monarquia e proclamando-se a República Francesa em 1792.

A dignidade humana, a partir daí, segundo Fábio Konder Comparato (2010), foi compreendida de forma mais delicada pelos homens, até que em 1948, veio um aprofundamento rigoroso dessa afirmação, gerando a Declaração Universal, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro deste ano, pós Segunda Guerra Mundial, que se caracterizou pelo aprofundamento e a definitiva internacionalização dos direitos humanos, dando ensejo para muitas convenções específicas sobre a matéria em questão a partir daí.

Assim, pode-se verificar a força das lutas humanas para construção de uma justiça coerente. A evolução histórica dos direitos fundamentais clareia o quão árdua foi essa busca do direito justo para se chegar ao que se tem hoje.

## 2.2 DIMENSÕES

Como se verifica acima, os Direitos Fundamentais são parte de uma construção histórica da humanidade, conquistados ao longo do tempo a partir de lutas e reivindicações. Dentro desta perspectiva, de sua evolução histórica, costuma-se classificá-los em dimensões ou gerações de direitos, os quais, de primeira, segunda e terceira geração. Estes, todavia, partiram dos princípios essenciais de “Liberdade, igualdade e fraternidade”, oriundos do lema revolucionário da Revolução Francesa, de sua institucionalização e, ainda, um somatório de todas as gradativas formas de proteção no decorrer da história.

Sendo assim, a primeira dimensão dos direitos fundamentais, os primeiros positivados, trata do princípio da liberdade, exaltando a autonomia e a defesa do indivíduo em face da arbitrariedade do Estado. São os direitos civis e políticos dentro de um Estado de Direito, sob a égide de uma Constituição. Exemplos destes são: o direito a vida, intimidade, propriedade, inviolabilidade de domicílio, liberdade de pensamento, etc.

Tem como característica, a limitação de atuação do Poder Estatal, devendo respeitar e, acima de tudo, não intervir nas escolhas e decisões de cada pessoa, ou seja, são aqueles em que o titular é o indivíduo e “traduzem como faculdade ou tributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é o seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (BONAVIDES, 2003, p. 563).

Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais, bem como os coletivos; sendo impulsionados pela Revolução Industrial europeia no sentido de busca por melhorias às condições do trabalhador e, também marcadas pela Primeira Guerra Mundial gerando uma perspectiva maior aos direitos sociais.

Estes, por sua vez, acentuam o princípio da igualdade, na perspectiva material, por essa razão, diferentemente da primeira geração, esta não irá regradar a abstenção do Estado, mas sim, cobrar o exercício da garantia de uma vida digna às pessoas, conforme pensam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011).

Assim, sua essência é a preocupação com as necessidades humanas, além de sua dignidade. Refere-se ao “homem liberto do jugo do Poder Público, reclama agora uma nova forma de proteção a sua dignidade, como seja, a satisfação das necessidades mínimas” (ARAUJO; NUNES JUNIOR, 2011, p. 149).

Já os direitos de terceira dimensão foram aqueles marcados pela consciência do desenvolvimento da sociedade: as desenvolvidas, subdesenvolvidas e as em precário estado, dando origem a dimensão assentada sobre a fraternidade, já no fim no século XX (BONAVIDES, 2003).

Nesse contexto, surgem novas preocupações, que são “os direitos transindividuais que transcendem os interesses do indivíduo e passam a se preocupar com a proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade” (LENZA, 2012, p. 960).

São elencados pelo direito à paz, ao desenvolvimento, direito ao meio ambiente, propriedade no sentido de patrimônio da humanidade e de comunicação.

Por fim, foram adotadas por doutrinadores modernos a quarta e a quinta dimensão.

Sobre a quarta dimensão, Paulo Bonavides (2003) a relaciona com a globalização e os elenca como direito à democracia, direito de informação e direito ao pluralismo, dependendo estes de uma sociedade aberta ao futuro, em que já se percebe a sua tendência nas relações sociais.

Para finalizar, a quinta e última dimensão dos direitos fundamentais separa o direito à paz da terceira dimensão, por assim entender que esse direito é o supremo direito da humanidade, sendo o axioma da democracia participativa, como assim define Pedro Lenza (2012) e, por isso, deverá ser tratado separadamente dos outros.

## 2.3 CONCEITO

Os Direitos Fundamentais do Homem no atual sistema jurídico constitucional são aqueles considerados os de maior importância no que diz respeito à sua garantia, carecendo de uma maior efetividade; e, quando não, são os direitos praticamente imutáveis. É caracterizado pelo direito de proteção à dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana, valendo afirmar que seria esta uma relação direta entre direito do indivíduo e obrigação do Estado.

É de suma importância a diferenciação os direitos humanos dos direitos fundamentais, por isso J. J. Gomes Canotilho (2002) define que os direitos do homem são aqueles de natureza humana e de alcance para todos e todos os tempos, de caráter inviolável, intemporal e universal; já os direitos fundamentais possuem um caráter objetivo e que vigoram em uma determinada ordem jurídica concreta.

Diante disso, José Afonso da Silva (2006, a) explica:

No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados (SILVA, 2006, p. 178, a).

Nessa linha, J.J. Gomes Canotilho (2002) considera direitos fundamentais como os direitos naturais e inalienáveis de um ente que foram positivados e vigoram dentro de uma ordem constitucional. Acrescenta que:

É necessário assinalar-lhes a dimensão de Fundamental Rights colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem essa posituação jurídica, os direitos do homem são esperanças, inspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (Grundrechts-normen) (CANOTILHO, 2002, p. 377).

Assim, pode-se dizer que direitos fundamentais advêm da própria natureza do homem e são dotados de proteção ao indivíduo, partindo daí sua esfera inviolável, sendo instituídos na função de resguardar a dignidade humana em todas as suas dimensões.

## 2.4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Inicialmente, para se entender o que é dignidade humana, é preciso analisar, primeiramente, onde estão seus alicerces. Assim, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948 reconheceu que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III, consagra que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade humana. É, por fim, considerada cláusula pétrea conforme o artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição.

A relação dos direitos fundamentais com o princípio da dignidade humana tem se fundado na forma de que este “é o princípio a ser tomado como conceito material fundamental para a justificação dos direitos humanos como fundamentais” (LUNARDI, 2012, p. 64), ou seja, ele é tido como o alicerce dos direitos fundamentais.

Alexandre de Moraes (2003) conceitua que a dignidade da pessoa humana:

(...) Concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2003, p. 50).

Seguindo esse pensamento Rosângela Mara Sartori Borges (2008) ontribui com seu pensamento sobre o reflexo desse princípio na atual sociedade:

Na atualidade, são inúmeras as situações que lesionam a integridade física e moral, a própria vida, enfim. Vejam-se, por exemplo, discriminação e preconceito, relacionados à cor, ao sexo, à raça, à deficiência, que afligem e estigmatizam as minorias e os diferentes. Diante de tal realidade, cabe ao Estado a tarefa de, através de ações concretas, criar condições para tornar menos isolada a existência dos discriminados, cumprindo, assim, as funções de preservação e promoção da dignidade humana (BORGES, 2008, p. 231).

Assim, a dignidade da pessoa humana está inteiramente ligada ao pressuposto de que todos os homens possuem um idêntico valor, uma mesma natureza, independentemente de classe social ou qualquer outra distinção. São direitos inerentes à espécie humana e preexistentes a qualquer direito, exigindo uma vasta atuação do Estado para a sua efetividade.

### **3. EFICÁCIA E APLICABILIDADE**

#### **3.1 CLASSIFICAÇÕES DA EFICÁCIA**

Para compreensão da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais é necessário um estudo do contexto em que se inserem àquelas definidoras dos direitos fundamentais em estudo. Para isso, o constituinte tratou de cuidar desse aspecto no próprio artigo 5º da Constituição Federal, em seu parágrafo 1º, dispondo que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 2013, p. 11).

De início, é de suma importância definir a eficácia da aplicabilidade, que embora conexas inexistente relação de pressuposição entre ambas, visto que impossível seria aplicabilidade de uma norma carente de eficácia jurídica, como também é perfeitamente possível uma norma dotada de eficácia jurídica não possuir aplicabilidade (SILVA, 2011).

Elas devem ser encaradas, esclarece José Afonso da Silva (2008), sob o aspecto de que eficácia deve ser tratada como potencialidade que a norma possui em determinado meio e, por outro lado, aplicabilidade deve ser vista sob o prisma da realizabilidade e praticidade, do por em prática essa norma eficaz.

Assim, o autor supra discorre sobre a aplicabilidade ser a possibilidade que uma norma tem de ser aplicável concretamente, ou seja, ela se enquadra em um caso concreto e torna-se uma norma jurídica adequada. Seu objetivo é descobrir os meios e modos para amparar juridicamente determinado interesse.



Sobre a eficácia e sua classificação, Araújo e Nunes Júnior (2012) apontam a sua correta, indicando duas espécies: eficácia social e eficácia jurídica. A primeira diz respeito ao produto final da norma, é a concreta observância dela no meio social a que se pretendia aferir, também chamada de efetividade da norma. Michel Temer explica a eficácia jurídica:

Eficácia jurídica, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produziu efeitos jurídicos na medida em que sua simples edição resulta na revogação de todas as normas que com ela conflitam (TEMER, 2003, p. 23).

Com isso, eficácia jurídica é aquela que produz qualitativamente, em maior ou menor grau, os efeitos jurídicos para a regularização das situações e comportamentos de que se discute. É a “aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica” (SILVA, 2008, p. 66).

Contudo, são diversos os dois sentidos da palavra eficácia como acima abordados. (SILVA, 2008). Isto porque, há a possibilidade de se ter uma norma juridicamente eficaz, sem que ela tenha uma eficácia social, ou seja, ela gera efeitos jurídicos podendo até revogar outras normas, por exemplo; mas não é efetivamente cumprida no meio social, embora seus sentidos sejam conexos.

Sobre a características das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade, José Afonso da Silva (2008) expõe:

(...) não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição que aderem e a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida (SILVA, 2008, p. 81).

Sob o aspecto de que todas as normas constitucionais possuem eficácia, resta diferenciá-las pelo grau em que geram os seus efeitos jurídicos. Por isso, adotar-se-á a classificação de José Afonso da Silva, que melhor define essa característica básica entre elas, quais sejam: normas constitucionais de eficácia plena e de aplicabilidade direta imediata e integral; normas constitucionais de eficácia contida e de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral; normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida e de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.

As normas de eficácia plena são de aplicação imediata, conforme a doutrina moderna. Para melhor entender, Silva (2008) explica que são as normas que desde sua entrada em vigor já possuem condições de produzir, de imediato, os seus efeitos:

Podem conceituar-se como sendo aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular (TEIXEIRA, p. 317, apud SILVA, 2008, p. 101).

São, contudo, normas que “não necessitam de qualquer integração legislativa infraconstitucional” (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2011, p. 50), ou seja, não sofrerão qualquer tipo transformação por legislador infraconstitucional.

Assim, “as condições gerais para a sua aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos” (SILVA, 2008, p. 102).

É fundamental ressaltar que a Constituição Federal, como dito anteriormente, estabelece aos direitos fundamentais a aplicabilidade imediata, ou seja, estes direitos são dotados, portanto, de eficácia plena.

As normas de eficácia contida, por sua vez, possuem aplicabilidade direta, imediata mas não integral. Em outras palavras são normas que também são aptas para produzir efeitos de imediato, “mas prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias” (SILVA, 2008, p. 82).

São “normas fortes, quanto a sua eficácia, mas que podem ser reduzidas pelo legislador infraconstitucional” (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2011, p. 51). Essa redução, no entanto, será efetivada pela Administração Pública e, no caso de eventual conflito, este será competência do Poder Judiciário.

José Afonso da Silva (2008) trata da questão da seguinte forma:

As normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados (SILVA, 2008, p.116).

Ao que concerne à aplicabilidade, ela não se submeterá a uma norma ulterior, porém, será totalmente dependente de seus limites estabelecidos ulteriormente. Daí o nome eficácia contida. Sua eficácia independerá da interferência do legislador, mas a aplicabilidade obedecerá as restrições impostas (SILVA, 2008). Se, porém não sobrevier legislação restritiva, sua aplicação será plena (TEMER, 2003).

Sobre as normas de eficácia limitada, elas terão aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, ou seja, não produzirão seus efeitos de prontidão por estarem subordinadas a uma legislação infraconstitucional ou atos administrativos que, apenas por meio destes, haverá seu efetivo cumprimento (ARAUJO, NUNES JÚNIOR, 2011).

Michel Temer (2003) explica:

São aquelas que dependem da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário, integrando-lhes a eficácia, mediante lei ordinária, lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados (TEMER, 2003, p. 25).

São, pois, normas que possuem uma eficácia fraca, conforme Araujo e Nunes Júnior (2011), podendo gerar suas forças através de uma legislação infraconstitucional ou pelas ações da administração pública, subdividindo-se em: normas constitucionais de princípio institutivo e normas de princípio programático.

Conforme o autor supra, as normas de princípio institutivo são “aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei.” (SILVA, 2008, p. 126).

As de princípio programático, por sua vez, se definem por:

Aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativo, executivo, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (SILVA, 2008, p. 138).

Ou seja, enquanto essa trata da implementação de programas e princípios sociais de governo, aquela tratará dos esquemas gerais de modo a estruturar e dar corpo aos órgãos e instituições.

### 3.2 EFICÁCIA VERTICAL

A eficácia vertical dos direitos fundamentais é aquela que trata da relação Estado-indivíduo, tendo o Poder Público o dever de zelar pela efetividade de direitos aos seus governados garantindo-se, igualmente, as liberdades individuais sem que haja qualquer interferência na vida privada dos seus.

(...) as relações entre os indivíduos e o Estado apresentam eficácia vertical, porque a satisfação do direito de crédito ocorre no plano interno entre dois protagonistas bem definidos: o Poder Público, destinatário das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais (sujeito passivo), e o indivíduo, titular de tais direitos (sujeito ativo) (BULOS, 2014, p. 540).

A Constituição Federal exprimiu esse assunto de forma clara ao delimitar que “as normas definidoras dos direitos fundamentais possuem aplicação imediata” (BRASIL, 2013, p. 11) e, como já acima estudado, não deve se discutir sua aplicabilidade e sim aplicá-las com a maior eficácia possível.

Esta proteção, contudo, estabelece uma ordem ao Estado, que se vê compelido a exercer seu papel e se atentar, pois em “cada ato (qualquer ato) dos poderes públicos deve tomar os direitos fundamentais como ‘baliza e referencial’” (MIRANDA, p. 279, apud SARLET, 2012, p. 374), sem que haja dano à norma constitucional.

Adentrando mais ao assunto, analisar-se-á um estudo da vinculação de cada um dos três Poderes Estatais aos direitos fundamentais.

Importando, inclusive, destacar a competência comum, cumulativas ou paralelas entre os entes federativos descrita no artigo 23 da Constituição Federal. Veja-se:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público (BRASIL, 2013, p. 18).

Assim, constata-se que pela guarda da Constituição, e como consequência a guarda dos direitos fundamentais, exige-se uma competência comum entre todos os entes federativos, impondo que indistintamente deverão zelar pela efetividade dos direitos descritos pelo constituinte na Carta Maior.

Voltando à análise dos três poderes. Quanto ao Poder Legislativo, conforme Sarlet (2012), constata-se que a vinculação do legislador com os direitos fundamentais representa uma limitação material para este, que detinha funções de âmbito regulamentar e concretizar o direito positivo, e que agora “(a potência legislativa) deixou de corresponder à idéia de um soberano que se autolimita devedor apenas de uma veneração moral ou política a uma Constituição distante e juridicamente débil” (ANDRADE, p. 264, apud SARLET, 2012, p. 375).

Portanto, em referência ao Poder Legislativo conclui-se que “hoje não há mais falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas, sim, em leis apenas na medida dos direitos fundamentais” (SARLET, 2012, p. 375).

Já o Poder Executivo, que é considerado guardião e gestor do coletivo, tem total vinculação com os direitos fundamentais em todos os seus atos e manifestações, pois atuam diante do interesse público, conforme explica Sarlet (2012), executando apenas aquelas normas que àqueles possuam conformidade, de modo a visar soberania aos direitos fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet complementa:

O que importa, neste contexto, é frisar a necessidade de os órgãos públicos observarem nas suas decisões os parâmetros contidos na ordem de valores da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais, o que assume especial relevo na esfera da aplicação e interpretação de conceitos abertos e cláusulas gerais, assim como no exercício da atividade discricionária (SARLET, 2012, p. 378).

Na hipótese de afronta dos atos legislativos à constitucionalidade, a administração poderá deixar de aplicar a lei quando dessa aplicação resultará na prática de crime, ofensa ao direito à vida, à integridade pessoal que não possam ser suspensos nos casos de defesa ou estado de sítio; bem como nos casos em que ocorrer violação na essência dos direitos fundamentais. Ademais, serão consideradas inexistentes as leis que levarem ao aniquilamento do direito à vida e à integridade pessoal (SARLET, 2012).

Por fim, conforme expõe Sarlet (2012), os direitos fundamentais também detêm vínculo direto ao Poder Judiciário, pois é esse órgão quem irá ditar a ele próprio e aos outros órgãos do Poder Público o correto sentido e conteúdo desses direitos, possuindo “simultaneamente o poder e o dever de não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhe a inconstitucionalidade” (SARLET, 2012, p 381).

Diante dessa supremacia dos direitos fundamentais, explica Sarlet (2012) que os tribunais detêm o dever de interpretar as leis em paralelo e em conformidade com estes, bem como preencher suas eventuais lacunas; situações estas que igualmente alcançam e influenciam as normas de direito privado, que será o próximo objeto de estudo.

### 3.3 EFICÁCIA HORIZONTAL

A teoria da eficácia horizontal trata da eficácia dos direitos fundamentais dentro das relações privadas e quebra a ideia de que só deverão ser eficazes os direitos fundamentais nas relações Estado-indivíduo.

Desenvolveu-se pela doutrina e jurisprudência alemã em detrimento das crises econômicas e sociais do século XX, partindo-se daí a necessidade de tornarem-se eficazes os direitos fundamentais não apenas no campo vertical (Estado-indivíduo), mas também no campo horizontal (particular-particular) (BULOS, 2014).

Daniel Sarmiento (2006, apud ALVES, 2012) expõe necessidade de adesão a essa eficácia:

O Estado e o Direito assuem novas funções promocionais e se consolida o entendimento de que os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família (SARMIENTO, 2006, p. 323, apud ALVES, 2012, s/p).

Assim, surgiram-se várias teses concernentes à eficácia horizontal dos direitos fundamentais: as que negam essa eficácia e as que a aderem, na medida que esta se subdividirá na forma de eficácia imeditata ou direta e na forma de eficácia mediata ou indireta.

Os juristas que não aceitam o campo horizontal dos direitos fundamentais e aderem apenas a eficácia clássica (vertical) desmistificam a ideia de que há hierarquia entre o direito privado (legislação ordinária) e o direito constitucional (direitos fundamentais), conferindo-lhes, assim, autonomia às relações privadas (Silva, 2011).

Por outro lado, mesmo que não exista expressa vinculação dos direitos fundamentais às entidades privadas por parte do Constituinte, é possível identificar se a vinculação desses direitos aos particulares poderá ser direta ou indiretamente eficazes (SARLET, 2012).

Na tese da eficácia mediata (indireta), Bulos (2014), trata desse aspecto de forma que para os direitos fundamentais produzirem efeitos e serem aplicados pelo Judiciário há a necessidade de leis para sua concretização, ou seja, “irradiam os seus efeitos nas relações entre particulares por meio de mediação legislativa” (ALVES, 2012, s/p).

Já a tese da eficácia imediata (direta) dos direitos fundamentais na relação horizontal é aquela que gradativamente vem ganhando devido respeito no direito brasileiro face às recentes decisões proferidas pelo Superior Tribunal Federal, já sendo majoritária no direito espanhol e português (CALVET, 2006).

Para Sarlet (2012), na eficácia imediata há supremacia nas normas de direitos fundamentais, pois são válidas a toda ordem jurídica e confere força normativa à Constituição, não podendo o direito privado ficar a mercê de sua própria legislação sem qualquer ligação com a ordem constitucional. Deve, também, ser aplicada nos casos em que não houver expressa legislação ordinária, nos casos em que existam cláusulas e conceitos indeterminados ou até mesmo aquelas que possuem campo restrito ainda maior que o das normas constitucionais.

Sarlet (2012) aponta que sempre prevalecerá a eficácia direta nos casos em que houver ameaça à dignidade humana e a intimidade pessoal:

Fora das relações indivíduo-poder, isto é, quando se trata de particulares em condições de relativa igualdade, deverá, em regra (segundo os defensores dessa concepção), prevalecer o princípio da liberdade, aceitando-se uma eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça ou diante de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal (SARLET, 2012, p. 390).

Já nos casos em que o conflito gira em torno de indivíduos e detentores de algum poder que não seja público, mas seja econômico ou social, deverá haver consenso sobre a aplicação da eficácia horizontal, eis que essa relação assemelha-se com a eficácia vertical dos direitos fundamentais (SARLET, 2012).

No entanto, a teoria da eficácia horizontal imediata ou direta é a mais usada porque aqui no Brasil é latente a desigualdade, e quanto maior ela se torna mais há a necessidade de proteção. Por isso a jurisprudência tende a esse tipo de eficácia, visando a efetividade do direito Constitucional nas relações privadas (ALVES, 2012).

Portanto, pode-se concluir que nesse campo horizontal há de se analisar cada caso concreto, mas sempre em respeito e atenção às normas constitucionais, em especial aos direitos fundamentais, de modo que as relações jurídicas entre particulares tenham coerência com os valores ditados pela Constituição.

E, ao Estado, detentor de todo o Poder Público, cabe a guarda e proteção de qualquer lesão ou ameaça aos direitos fundamentais garantindo o cumprimento das normas constitucionais por qualquer ente, tanto no campo vertical como no horizontal, de modo a barrar qualquer violação nesse sentido.

## **4. DIREITOS FUNDAMENTAIS ESPECÍFICOS**

### **4.1 DIREITO DE REUNIÃO**

A Constituição da República Federativa do Brasil traz na baía dos Direitos Fundamentais o Direito de Reunião, descrito na forma do artigo 5º, inciso XVI, determinando 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 (BRASIL, 2013, p. 8).

Nessa esteira, José Afonso da Silva (2006, b) contribui e elucida que com o advento da Constituição de 1988, a proteção ao direito de reunião é plena e eficazmente assegurada, deixando de se sujeitar às antigas exigências de prévia comunicação das autoridades, que assim designavam o exato local para seu exercício. Agora, para eficácia e efetivação deste direito, basta um simples aviso e então assegurado está seu exercício, devendo o poder público apenas resguardar e proteger a realização do ato.

Diante disso, seus requisitos são: a participação de duas ou mais pessoas; com caráter é temporário e pacífico; além de exigir consciência e vontade dos participantes com objetivo próprio e inerente à sua razão de ser; com finalidade lícita e ausência de armas; exigindo-se, por fim, comunicação de autoridade competente nos casos de exercício em espaço público.

A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (BRASIL, 2013, p. 72).

Conforme esclarecem Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011) o pensamento pode manifestar-se através de um juízo conceitual ou da sublimação das formas em si, onde muitas vezes se deixa de lado seu eventual conteúdo. Já a forma de expressão consiste nas situações em que o indivíduo, independente de seus juízos de valor, convicção ou conceitos, manifesta seu sentimento.

Nessa linha de pensamento, José Afonso de Silva (2006, a) completa:

De certo modo esta se resume a própria liberdade de pensamento em suas várias formas de expressão. Por isso é que a doutrina a chama de liberdade primária e ponto de partida das outras. Trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública, liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro (SILVA, 2006, p. 241, a).

Ademais, conforme ensina Silva (2006, b), o exercício desse direito implica no ônus de identificação, ou seja, o manifestante deve assumir a autoria do objeto de manifestação, para que, em eventual dano a terceiro, possa responder por seus atos.

Com isso, esse direito visa resguardar o garantia que cada indivíduo tem de pensar e de manifestar o seu pensamento como uma forma de aproximar suas ideias ao Poder Público e de “chamar a atenção” do Estado frente aos problemas sociais, como muito vem acontecendo nos últimos dias.

Nesse diapasão convém destacar a vedação à censura que o direito fundamental em estudo traz consigo, sendo disposto pela Constituição Federal que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (BRASIL, 2013, p. 72) às manifestações de pensamento, sem que haja qualquer restrição quanto ao seu conteúdo. Portanto, se a atividade estudada é caracterizada por ser livre não comporta qualquer tipo de restrição, a menos que ocorram irregularidades em seu exercício.

Pode-se concluir, então, que a liberdade para a manifestação do pensamento hoje é totalmente assegurada pela legislação maior, que veda toda forma de repressão e assegura ao indivíduo ou coletivo o direito de pensar e exteriorizar seu pensamento à medida que cria uma forma de mostrar a sociedade as suas convicções.



### 4.3 DIREITO DE IR E VIR

Conhecido também como o direito de locomoção ou liberdade de locomoção, este é um direito que tutela a liberdade em sentido estrito, permitindo ao indivíduo ir, vir, ficar ou permanecer sem nenhuma repreensão do Estado, impedido este de exercer qualquer arbitrariedade por estar submetido a essa prerrogativa constitucional, como bem define Araújo e Nunes Júnior (2011).

A Constituição Federal assim prevê no artigo 5º, inciso XV, que “é livre a locomoção em território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens” (BRASIL, 2013, p. 8).

José Afonso da Silva (2006, b) aponta liberdade como a possibilidade de pessoas exercerem sobre si a sua própria vontade, podendo se locomover, entrar ou sair a qualquer tempo do território nacional; e revela suas formas de expressão pela liberdade de locomoção e a liberdade de circulação, onde esta seria a forma mais especial daquela.

Liberdade de locomoção, então, significa que todo o indivíduo goza do direito de circular livremente em ruas, praças, lugares públicos, coordenando e dirigindo suas próprias atividades como assim lhe aprouver respeitando, contudo, o que a lei lhe impor. Aqui também envolve o direito do cidadão de entrar e sair através das fronteiras nacionais, ocorrendo limitações, no entanto, às pessoas estrangeiras (SILVA, 2006).

### 4.4 DIREITO AO LAZER

O direito ao lazer faz parte do grupo dos direitos sociais na Constituição Federal, consagrados no artigo 6º e esclarecendo que: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 2013, p. 11), e que ordenam ao Estado cumprir sua efetividade aos cidadãos.

Pode-se dizer, então, que o direito ao lazer colabora para um desenvolvimento humano, em que o indivíduo aproveita de seu tempo livre para se desenvolver culturalmente e até pessoalmente, como forma de equilibrar a sua força física e mental na realidade dos dias atuais.

No conceito de Beatris Francisca Chemin (2003), o direito ao lazer é diretamente ligado à dignidade humana:

(...) é possível dizer que o direito constitucional ao lazer – que não deve ser apenas contraponto ao tempo de trabalho, como alguns autores pensam (Cretella, Santos, Nascimento, Bastos e Martins, entre outros), mas especialmente ao tempo livre e prazeroso, criativo, atitude de vida – é tão importante como o direito a saúde, ao trabalho, à liberdade, à segurança e outros, fazendo parte da busca e da proteção da dignidade humana (CHEMIN, 2003, p. 176, apud FERRARESI, 2010, p. 100).

Menciona, ainda, o doutrinador José Afonso da Silva (2006, b), sobre este ser um direito que exige uma promoção do Poder Público para com seus entes, incentivando a sua prática, como mostra o artigo 217, § 3º, da Constituição Federal: “O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social” (BRASIL, 2013, p. 71).

Para a sua efetivação, portanto, há a necessidade do Estado adotar medidas de políticas públicas e sociais como forma de inclusão de uma sociedade menos favorecida à proteção da dignidade humana, garantindo qualidade de vida e levando a concretização e promoção desse direito social, rompendo qualquer preconceito ou barreira existente em torno da sociedade.

## **5. ANÁLISE CONCRETA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### **5.1 MOVIMENTO BLACK BLOC**

Em meados de junho do ano passado, em virtude das insatisfações populares com a atual política brasileira, surgiram muitos movimentos nas ruas de grandes cidades na forma de protestos contra medidas adotadas pelo governo marcando a história do país. Foi a forma da sociedade “chamar a atenção” do Poder Público frente aos problemas sociais enfrentados.

Contudo, em meio ao direito de manifestação assegurado pela Constituição Federal como direito fundamental, evidenciou-se um outro grupo paralelo aos “bons intencionados”. Trata-se do Black Bloc, um grupo radical, de esquerda, promotivo do vandalismo e da desordem social naqueles movimentos de cunho pacífico e social.

O Black Bloc é um grupo formado por indivíduos com propósitos semelhantes de luta contra o sistema político e econômico vigente (anarquismo, anticapitalismo e antiglobalização) que surgiu na Alemanha nos anos 80 e nos Estados Unidos nos anos 90. O referido grupo busca protestar contra o sistema por meio da desobediência civil e ação direta (violência contra a ação policial e vandalismo contra o patrimônio de grandes organizações), sendo seus participantes identificados por sua vestimenta preta, capuzes, rostos cobertos e pelas armas que carregam como paus e pedras (XAVIER; ESPÍNOLA, 2014, s/p).

Nesse sentido, explica João Marcelo Erthal (2014), o movimento “Black Bloc apropriou-se de tal forma dos atos públicos que afastou das manifestações o cidadão comum, verdadeira força de um movimento popular” (2014, s/p) e que, o que era para ter cunho social com grande parte da população, hoje é atraído apenas por alguns poucos manifestantes.

Diante dessa situação e no contexto do presente trabalho, é válido lembrar o seguinte artigo já estudado da Constituição Federal:

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

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente (BRASIL, 2013, p.)

Com base nesse texto constitucional, percebe-se que o movimento em nenhum momento faz política e jus aos direitos fundamentais assegurados pela Carta Maior: o direito de manifestação que deve ter por vedado o anonimato, com cunho pacífico e sem a utilização de armas é totalmente inaplicável e não assegura o movimento dos Black Bloc, que se reúnem para atos de vandalismo contra patrimônio público ou particular, usam mascaras para não serem reconhecidos e, além de tudo, detém variedade de armas contra repressão policial.

Todavia, é oportuno esclarecer, também, sobre o direito de propriedade, que é assegurado igualmente pelo constituinte. José Afonso da Silva (2006, b), explica:

(...) passou-se a entender o direito de propriedade como uma relação entre um indivíduo (sujeito ativo) e um sujeito passivo universal integrado por todas as pessoas, o qual tem o dever de respeitá-lo, abstraindo-se de violá-lo, e assim o direito de propriedade se revela como um modo de imputação jurídica de uma coisa a um sujeito (SILVA, 2006, p. 117, b).

Ou seja, além de todas as irregularidades provenientes desse movimento quanto às regras impostas para o direito de manifestação, seu exercício atinge diretamente às propriedades, sejam elas públicas ou particulares violando, então, o direito que cada um tem de ter sua propriedade respeitada sem qualquer tipo de dano.

Nesse caso há uma clara percepção tanto de uma relação horizontal (Black Bloc X proprietários vítimas) como uma relação vertical (Estado X proprietários vítimas).

A relação horizontal cuida de uma eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata do direito fundamental relativo à propriedade, como forma de defesa contra os ataques dos manifestantes do Black Bloc, ou seja, deverá ser levado em

conta apenas o direito de propriedade das vítimas e não o direito de manifestação desse grupo, eis que encontra-se totalmente ilícito seu exercício.

A relação vertical, por outro lado, cobra do Estado medidas cabíveis para que seja aplicada na forma direta e imediata a proteção à propriedade de quem quer que seja contra esse tipo de manifestação em questão, sendo assim, uma forma de resguardar aquela eficácia horizontal.

Assim, face a essa análise, espera-se do Poder Público as medidas pertinentes para que o movimento seja contido, eis que o prejuízo encontra-se atrelado tanto no âmbito horizontal, quanto no vertical, mostrando a impotência do Estado para resguardar tais relações.

## 5.2 MOVIMENTO “ROLEZINHOS”

No final do ano de 2013 e início de 2014 ouviu-se muito em falar sobre a prática dos “rolezinhos” em shoppings centers das maiores cidades brasileiras. Decisões da justiça a respeito do assunto causaram polêmica em torno da relação entre os adolescentes e esses estabelecimentos quanto à constitucionalidade das liminares proferidas.

O grupo dos “rolezeiros” são identificados pelas dezenas e centenas jovens e adolescentes de periferia das grandes cidades brasileiras, cujo acesso ao lazer ou cultura são limitados e, como forma de entretenimento, marcam a visita mediante redes sociais.

Aldemário Araujo Castro (2014) tem visão social, política e econômica desse movimento e elenca seus fatores:

- a) a crescente facilidade de comunicação e interação pela internet (e suas redes sociais);
- b) a profunda desigualdade econômico-social que marca a sociedade brasileira; c) os “encantos”, normalmente artificiais, da onipresente sociedade de consumo (que produz uma intensa mercantilização dos espaços públicos); d) as novas classes médias emergentes; e) os preconceitos de classe (das elites dirigentes e das classes médias tradicionais já “incomodadas” com as “invasões” dos aeroportos e das ruas (por um número cada vez maior de automóveis “popular); f) as “preocupações” das classes médias tradicionais que podem “perder” com a ascensão social de setores antes marginalizados (CASTRO, 2014, s/p).

Escolheram os shoppings como uma forma de inserção a uma sociedade claramente dividida. A partir disso, Martinez (2014) vê o problema jurídico da questão:

(...) o shopping é um espaço privado, de responsabilidade de seus proprietários e, é claro, rege-se pelo Princípio da Propriedade (ainda que sob os cuidados do Código do Consumidor). O shopping é privado, mas de significação pública. É um privado que só se realiza no público. Basta-nos pensar no significado da Praça de Alimentação. Quer dizer que ali deve se encontrar um coletivo de clientes, centenas, milhares de pessoas em um ambiente público (ainda que não seja um “espaço público: espaço comum para a realização da política”). Cada um dos clientes está ali para satisfazer uma necessidade estritamente

individual, privada (comer, beber, conversar), mas fará isto em um local público. Isto também, espera-se, deverá gerar uma etiqueta social (MARTINEZ, 2014, s/p).

Nessa esteira de pensamento, nota-se que a plenitude do direito de propriedade perpassa por sua legitimação verificada com a efetivação da função social de propriedade, o que no caso em análise, o liga diretamente ao direito de lazer já visto no presente trabalho. Veja-se:

Em nossa Constituição, ao lado do direito à moradia, à saúde, ao trabalho entre outros, está o direito ao lazer e ao acesso ao lazer. A promoção do lazer passa a ser um dever do Estado e um direito do cidadão, que está vinculado à sadia qualidade de vida, podendo se apresentar sob a forma de acesso ao esporte, cultura, arte, propiciando atividades físicas ou intelectuais que promovam o desenvolvimento humano. A cidade deve-se desenvolver de forma que os espaços permitam boa moradia com acesso ao trabalho e atividades de lazer que possam atender às necessidades próprias do grupo a que se destina, dessa forma dependendo de uma competente política habitacional promotora também do desenvolvimento humano (CASIMIRO, 2008, p. 53).

Ou seja, a função social da propriedade é de promover o desenvolvimento pleno de um determinado grupo, compreendido como um direito generalizado entre todos os cidadãos, “de modo que sejam considerados em sua individualidade e ao mesmo tempo componentes de uma sociedade” (CASIMIRO, 2008, p. 53), verificando-se que no presente caso há a necessidade dos shoppings atenderem a uma função social diante do movimento, visto que não há outro espaço correspondente fornecido pelo Poder Público.

Ainda, é pertinente ressaltar também que há circunstâncias maiores envolvendo o tema e que as mesmas se sobrepõem ao direito de propriedade: dignidade da pessoa humana em conjunto com o direito de ir e vir, direito de manifestação, direito de reunião e o então direito ao lazer.

Portanto, cabe ao Estado, ao invés de barrar a entrada de determinadas pessoas em shoppings por conta dos “rolezinhos”, exercer seu papel e dar efetividade direta aos direitos que as protegem, assegurando, inclusive que não haja qualquer forma de separação, seja por cor ou classe social (ou qualquer outro motivo), como forma de preservação dessa dignidade aos seus entes.

Encontra-se aqui uma clara relação horizontal de direitos, envolvendo colisão entre os particulares no campo dos direitos fundamentais.

Aplicar-se-á nessas relações, portanto, a teoria da eficácia plena e aplicabilidade direta ou ilimitada nos direitos fundamentais que regem os atos entre particulares.

No entanto, a tutela que o Estado detém para regularizar essa polêmica muitas vezes não tem sido corretamente aplicada pelo Poder Judiciário. Houve juízes que

Gilmar Mendes e Paulo Branco (2012) definem que este é um direito individual exercido no coletivo, e traz com ele o “instrumento da livre manifestação de pensamento, aí incluído o direito de protestar” (MELLO FILHO, 1997, p. 163, apud MENDES; BRANCO, 2012, p. 271), formando, assim, um conjunto das bases da democracia.

Nessa linha de pensamento, acrescenta Silva (2006, a):

A liberdade de reunião é daquelas que podemos denominar de liberdade-condição, porque, sendo um direito em si, constitui também condição para o exercício de outras liberdades: de manifestação do pensamento, de expressão de convicção filosófica, religiosa, científica e política, e de locomoção (liberdade de ir, vir e ficar) (SILVA, 2006, p. 265, a).

Assim, Gilmar Mendes e Paulo Branco (2012), explicam:

O direito de reunião exige respeito a todo processo prévio ao evento e de execução da manifestação. O Estado não há de interferir nesse exercício — tem-se, aqui, o ângulo de direito a uma abstenção dos Poderes Públicos (direito negativo). O direito de reunião possui, de outra parte, um aspecto de direito a prestação do Estado. O Estado deve proteger os manifestantes, assegurando os meios necessários para que o direito à reunião seja fruído regularmente. Essa proteção deve ser exercida também em face de grupos opositores ao que se reúne, para prevenir que perturbem a manifestação (MENDES; BRANCO, 2012, p. 275).

Portanto, cabe ao poder público assegurar a prática do direito de reunião que garante a Constituição Federal; e, ao mesmo tempo proteger de ações nocivas a essa prática, resguardando as vidas e os atos em questão agindo, por sim, de maneira a não interferir seu exercício.

## **4.2 DIREITO DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO**

No estudo desse direito convém ressaltar a abrangência que Uadi Lammêgo Bulos (2014) explica que “a liberdade de manifestação do pensamento configura um dos atributos externos da liberdade de expressão, gênero que engloba, inclusive, a liberdade de opinião” (BULOS, 2014, p. 566), não se confundindo, portanto, os termos em questão.

Ele vem descrito como um direito fundamental pelo artigo 5º, no inciso IV, do texto constitucional, e inteiramente ligado ao direito de reunião estudado acima, dispondo que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (BRASIL, 2013, p. 8), complementado pelo artigo 220 caput e § 2ª da Carta Maior, dizendo que:

não consideram a supremacia dos direitos fundamentais e acabaram por conceder direito somente aos estabelecimentos, ficando o “rolezinho” sem proteção jurídica, em que pese se tratar de um direito fundamental.

Assim, verificam-se duas problemáticas em torno da eficácia dos direitos fundamentais: na chamada eficácia horizontal exige-se uma eficácia plena e aplicabilidade imediata, sendo considerada a supremacia dos direitos fundamentais e conferindo um caráter lícito a esse movimento por parte do Poder Público, o que caracteriza também, a problemática em torno da eficácia vertical, devendo igualmente prevalecer a mesma eficácia dotada de poder para surtir seus efeitos de imediato.

### **5.3 AÇÃO PROMOVIDA POR JOSÉ SERRA E PSDB EM FACE DO SINDICATO DOS PROFESSORES – APEOESP**

O conflito iniciou-se em 2010, a partir de uma violenta repressão da PM contra professores pertencentes à APEOESP (Sindicato dos Professores do Ensino Oficial do Estado de São Paulo) que aguardavam a finalização das negociações entre Magistério e o Governo. Esses manifestantes foram acusados de promover ato político o que, na verdade, era apenas um movimento caracterizado pela busca e efetivação de direitos dessa categoria profissional (LOPES, 2014).

Diante disso, por entender essa manifestação de cunho político e contra aquele atual governo, foi proposta uma ação por José Serra, que na época era Governador do Estado de São Paulo e pré-candidato à Presidência da República, e o partidos PSDB (Partido Social Democrata Brasileiro) e DEM (Democratas) contra a APEOESP e sua presidente Maria Izabel Azevedo Noronha, acusando-os de promover propaganda eleitoral antecipada no momento em que acontecia a Assembléia de Professores no dia 26 de março de 2010, nas imediações do Palácio dos Bandeirantes (LOPES, 2014).

Os autores defenderam, conforme os relatos da Ministra Nancy Andrighi (BRASIL, 2014), que tudo aconteceu após o governo se negar a atender as reclamações dos professores, o que desencadeou uma greve dos mesmos em defesa de seus interesses. Alegam que em decorrência disso, o sindicato teria realizado propaganda negativa eleitoral, o que é proibido essa atividade pela entidade, com objetivo de atingir a imagem do pré-candidato à Presidência da República. Solicitaram, então, aplicação de multa com base no artigo 36 da Lei nº 9.504/1997:

Art. 36. A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição.

§ 3º A violação do disposto neste artigo sujeitará o responsável pela divulgação da

propaganda e, quando comprovado o seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), ou ao equivalente ao custo da propaganda, se este for maior. (BRASIL, LEI 9.504/1997).

Ocorre que a ação intentada não se adequa ao caráter daquela manifestação, pois seu intuito era de promover um reajuste salarial, bem como melhorias nas condições de trabalho, sem qualquer fim eleitoral.

A decisão de primeira instância, no entanto, acatou as alegações dos autores e deu procedência a ação para condenar o sindicato e sua presidente ao pagamento de multa no valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), com fundamento no artigo supracitado.

Sobrevieram, então, os recursos pelas partes vencidas perante o Tribunal Superior Eleitoral, em que foi proferida a decisão assinada pelo Ministro Dias Toffoli, presidente desse TSE, com seguinte teor:

RECURSO. REPRESENTAÇÃO. ELEIÇÃO 2010. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. IMPROCEDÊNCIA. MULTA. INAPLICABILIDADE. ENTIDADE SINDICAL. CATEGORIA PROFISSIONAL. ENSINO. GREVE. DISCURSO. NATUREZA POLÍTICA. PROVIMENTO.

1. Na linha da jurisprudência desta Corte, para a caracterização da propaganda eleitoral extemporânea é necessário que se leve a conhecimento geral a ação política que se pretende desenvolver, as razões pelas quais o beneficiário seria o mais apto ao exercício da função pública ou o pedido de votos.

2. A manifestação realizada por trabalhadores do sistema oficial de ensino do Estado de São Paulo, reunidos no exercício do direito de greve, ainda que resulte em críticas de natureza política, está respaldada pela liberdade de manifestação garantida pelo art. 5º, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil e não atrai a incidência da penalidade prevista no art. 36, § 30, da Lei nº 9.504/1997.

3. Recursos providos para julgar improcedente a representação (BRASIL, TSE, 2014).

Diante dessa decisão e no contexto do presente trabalho, observa-se a clara relação horizontal e vertical entre os sujeitos nessa lide, que de um lado sujeitos horizontais discutem quem é o detentor do direito e a quem a lei deve proteção, caracterizada pela eficácia horizontal; e, por outro lado, a relação entre esses particulares e o Estado, que deve tutelar para que se tenha um justo veredito, caracterizado pela eficácia vertical.

Nessa esfera vertical há de se reconhecer que na decisão proferida pelo TSE foi respeitada a eficácia plena de aplicação direta e imediata das manifestações desses professores, tendo em vista a votação a favor dos Ministros pela improcedência da representação, que bem observaram que há a necessidade de proteção e garantia àqueles que pretendem exercer o direito de manifestação conforme a Constituição Federal impõe.



Por outro lado, também na esfera vertical, constata-se que não foi obedecida a mesma eficácia pela primeira instância donde fora julgada pelo juízo monocrático a ação ajuizada por Serra, PSDB e DEM (Poder Judiciário), bem como pela PM (Poder Executivo) na violenta repressão que sofreram os manifestantes, pois o que se esperaria desses poderes seria o respeito pela Constituição Federal e a efetividade dos direitos fundamentais nela instituídos.

No campo dos direitos fundamentais entre os particulares e sua eficácia horizontal, ou seja, APEOESP e Maria Izabel Azevedo Noronha contra José Serra e PSDB/DEM, tem-se por conclusivo que foi obedecida a hierarquia do direito de manifestação como direito fundamental e, com isso, produzida a sua eficácia direta e ilimitada, de modo a garantir a proteção e reconhecimento do seu caráter lícito em favor do sindicato e sua presidente.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho constatou-se uma gradativa conquista do ser humano pelos Direitos Fundamentais, e que esses direitos no atual sistema jurídico constitucional são aqueles considerados os de maior importância no que diz respeito à sua garantia, carecendo de uma maior efetividade; e, quando não, são os direitos praticamente imutáveis. É caracterizado pelo direito de proteção à dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana, valendo afirmar que seria esta uma relação direta entre direito do indivíduo e obrigação do Estado.

Dentro, então, dos casos concretos de manifestações analisados, como os manifestantes Black Blocs, os Rolezinhos e a ação promovida por José Serra e PSDB contra professores manifestantes da APEOSEP no presente trabalho envolvendo dos direitos fundamentais específicos (direito de reunião, direito de manifestação do pensamento, direito de ir e vir e direito ao lazer) também analisados aqui, insta concluir que a eficácia plena de aplicabilidade imediata exposta tanto no campo vertical como no horizontal nem sempre é respeitada no direito de manifestação tanto na esfera horizontal como na esfera vertical.

E, embora o constituinte tenha sido claro a respeito da supremacia dos Direitos Fundamentais e sua eficácia, ainda constata-se falhas pelo Poder Executivo e Judiciário, que deveriam zelar pelo pleno exercício do direito de manifestação e garantindo a efetividade designada pela Constituição Federal.

Com isso, vê-se a necessidade por adoção de políticas governamentais que façam de fato a árdua conquista pelos direitos fundamentais por aplicável nas

relações sejam elas entre indivíduos ou com o próprio Estado. Tudo é muito bonito e apresentável quando se está no papel, mas na prática os órgãos se absterem, muitas vezes, de dar efetividade aos direitos regidos pela Carta Maior, pelo o que muitas vezes lhe é conveniente.

De nada adianta tantas lutas conquistadas na história dos direitos fundamentais pelos grandes valores constitucionais se tudo, em variadas e importantes situações, não conseguem sair da teoria. Essa é a realidade que precisa ser compreendida cobrada em todas as esferas do Poder Público. É o que o cidadão comum deveria conhecer e prezar.

## REFERÊNCIAS

ALVES, C. P. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11648](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11648)>. Acesso em ago 2014.

APEOESP. **História.** 2014. Disponível em <<http://www.apeoesp.org.br/o-sindicato/historia/>> Acesso em set. 2014.

ARAUJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional.** 16 ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

BOCCHI, O. H. **A liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito. Uma abordagem ética e solidária.** In: **Jus Navigandi**, 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17981>>. Acesso em jul. 2014.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional.** 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BORGES, R. M. S. **Direitos Fundamentais e cidadania.** São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Presidência da República. Lei 9.504/1997. **Estabelece normas para as eleições.** 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm)> Acesso em set. 2014.

BRASIL, TSE. RRp Nº 699-36.2010.6.00.0000/SP. **Eleição 2010. Propaganda Eleitoral Antecipada.** São Paulo – RELATORA: Ministra Fátima Nancy Andrighi, publicado em 03/09/2014. Disponível em: <<http://tse.jusbrasil.com.br/>>

jurisprudencia/137628227/recurso-em-representacao-r-rp-69936-sp > Acesso em set. 2014.

BULOS, U. L. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CALVET, O. A. **Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASIMIRO, L. M. S. M. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**. Nº 19. Magister: Porto Alegre, 2008.

CASTRO, Aldemario Araujo. **“Rolezinhos”: quem não pode entrar em um shopping center no Brasil?. Jus Navigandi**, 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26580>>. Acesso em: set. 2014.

COMPARATO, F. K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ERTHAL, J. M. **Como o Black Bloc matou as manifestações**. Disponível em: <[veja.abril.com.br/noticia/brasil/como-o-black-bloc-matou-as-manifestacoes](http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/como-o-black-bloc-matou-as-manifestacoes)>. Acesso em: set. 2014.

FERRARESI, C. S. **O direito ao lazer da pessoa portadora de necessidades especiais na Constituição Federal**. São Paulo: Porto de Idéias, 2010.

FERREIRA FILHO, M. G. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, R. C. **Políticas públicas de lazer e de turismo: compreendendo a importância dessa relação**. 2008. Disponível em: <[www.partes.com.br/turismo/rocelestino/politicas.asp](http://www.partes.com.br/turismo/rocelestino/politicas.asp)> Acesso em ago. 2014.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, A. M. **PSDB e José Serra perdem ação contra APEOESP**. 2014. Disponível em: <[www.apeoesp.org.br/noticias/noticias/psdb-e-jose-serra-perdem-acao-contra-aapeoesp/](http://www.apeoesp.org.br/noticias/noticias/psdb-e-jose-serra-perdem-acao-contra-aapeoesp/)> Acesso em set. 2014.

LUNARDI, S. **Direitos Fundamentais Sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MASCARENHAS, P. **Manual de Direito Constitucional**. 2010. Disponível em <[http://www.paulomascarenhas.com.br/manual\\_de\\_direito\\_constitucional.pdf](http://www.paulomascarenhas.com.br/manual_de_direito_constitucional.pdf)> Acesso em mar. 2014.

MARTINEZ, V. C. **Rolezinhos. Jus Navigandi**, 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26447/rolezinhos>>. Acesso em: set. 2014.

MARTINEZ, V. C. **Açúcar e paçoca: imaginação política. Jus Navigandi**, 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26775>>. Acesso em: set. 2014.

MENDES, G.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MUDALEN, J. T. **Projeto de Lei 6198/2013**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_imp.jsp;jsessionid=5E75D120373D90D67CF0A82546227073.node?idProposicao=589500&ord=1&tp=completa](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_imp.jsp;jsessionid=5E75D120373D90D67CF0A82546227073.node?idProposicao=589500&ord=1&tp=completa)>. Acesso em: set. 2014.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. (a)

SILVA, J. A. **Comentário Contextual à Constituição**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. (b)

SILVA, J. A. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, V. A. **A Constitucionalização do Direito - Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIQUEIRA, D. P.; PICCIRILLO, M. B. **Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5414](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414)> Acesso em 22 mar. 2014.

TEMER, M. **Elementos do Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

XAVIER, G. C.; ESPÍNOLA, T. F. A. G. **O direito de manifestação no Brasil**. In: **Jus Navigandi**. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29506>>. Acesso em jul. 2014.