

CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL

FERNANDO WILLIAM DE MELO

**A (IR)RENUNCIABILIDADE E (IN)DISPONIBILIDADE DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS E REFLEXOS NA NORMA CONSTITUCIONAL QUE
RECONHECE A INSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI**

**CURITIBA
2022**

CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL

FERNANDO WILLIAM DE MELO

**A (IR)RENUNCIABILIDADE E (IN)DISPONIBILIDADE DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS E REFLEXOS NA NORMA CONSTITUCIONAL QUE
RECONHECE A INSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro Universitário Autônomo do Brasil, para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier

Coorientador: Prof. Dr. Bruno Meneses Lorenzetto

**CURITIBA
2022**

Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema Universitário de Bibliotecas (UniBrasil), com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Melo, Fernando Willíam de
A (ir)renunciabilidade e (in)disponibilidade de
direitos fundamentais e reflexos na norma
constitucional que reconhece a instituição do
tribunal do júri / Fernando William de Melo. --
Curitiba, 2022.

171 f.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier
Dissertação (Mestrado) - UniBrasil, 2022.

1. Direitos Fundamentais. 2. Tribunal do Júri.
3. Direito Constitucional. I. Schier, Paulo Ricardo,
orient. II. Título.



ATA DE DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Aos 30 dias do mês de Março de 2022, no horário de 13h30, via Plataforma Teams, foi realizada Defesa Pública de Dissertação do Mestrando **FERNANDO WILLIAM DE MELO**, no Programa de Pós-Graduação em Direito do UniBrasil, Área de Concentração Direitos Fundamentais e Democracia, com o trabalho intitulado: **A (IR)RENUNCIABILIDADE E (IN)DISPONIBILIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E REFLEXOS NA NORMA CONSTITUCIONAL QUE RECONHECE A INSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI** orientado pelo PROFESSOR DR. PAULO RICARDO SCHIER e coorientado pelo PROF. DR. BRUNO MENESES LORENZETTO. A Banca Examinadora foi constituída pelo PRESIDENTE PROF. DR. PAULO RICARDO SCHIER e pelos Membros PROF. DR. BRUNO MENESES LORENZETTO, PROF. DR. VÍCTOR MARCÍLIO POMPEU E PROF. DR. RODRIGO FERREIRA LEITE CABRAL.

Nota atribuída ao candidato(a) (Art. 91, Regimento Interno do Programa):

- () Reprovado
- (**X**) Aprovado
- () Aprovado com láurea

Aprovação com exigências (Art. 91, Regimento Interno do Programa):

Eu, PROF. DR. PAULO RICARDO SCHIER, Presidente da Banca e Orientador do projeto, lavrei a presente Ata que segue assinada por mim e pelos demais membros da Banca Examinadora.

PROF. DR. PAULO RICARDO SCHIER
(PRESIDENTE- PPGD UNIBRASIL)

PROF. DR. VÍCTOR MARCÍLIO POMPEU
(MEMBRO – PPPGD UNIFOR)

RODRIGO LEITE
FERREIRA

CABRAL:03101043948

Assinado de forma digital por
RODRIGO LEITE FERREIRA
CABRAL:03101043948
Dados: 2022.03.30 16:02:27 -03'00'

PROF. DR. RODRIGO FERREIRA LEITE CABRAL
(MEMBRO- PPGD UNIBRASIL)

Ao meu companheiro Juarez Calixto Júnior por seu amor, sua doação, sua amizade e sua cumplicidade pois, além de participar e dividir comigo alegrias, tristezas e muitos obstáculos durante esta caminhada, permitiu que eu acreditasse, lutasse e chegasse ao fim desta dissertação. Esse trabalho é para você, meu amor.

AGRADECIMENTOS

Agradecer é uma tarefa complexa, mas de tamanha **humildade** e gigante **reconhecimento**. É complexa porque o agradecimento não se resume a palavras, frases ou mesmo com algum abraço, troca de sorrisos, olhares, beijos, tapas ou conversas. Vai além disso. Ela é humildade, mas não no sentido de simplicidade, senão que de abertura. Humildade que vê a parcialidade e a limitação de si, do Eu. Eu, em mim, por mim e para mim, não há, não existe. É aí que eu reconheço que dependo, direta e indiretamente do *Outro*.

Essa minha trajetória não é só minha. É de muitos sujeitos envolvidos, cada qual com sua identidade e mundividência. Cada qual com seus valores e suas formas de pensar. Se há um sucesso, uma aprovação ou, melhor, um caminho percorrido que se findou, pessoas – às vezes até mesmo de forma involuntária ou inconsciente – são responsáveis pelo resultado, pelo produto, pela consequência. Posso não as culpar, mas devo reconhecer, enquanto ciente de minhas limitações, que, sem elas, não eu seria capaz de ser, de existir e, obviamente, de escrever e debruçar sobre esta pesquisa acadêmica com os resultados aqui propostos.

Assim, devo destacar alguns sujeitos que me guiaram, apoiaram, inspiraram, amaram e, enfim, transformaram.

Agradeço aos meus pais: Minha mãe **Fatima A. Vidal Dolberth** e seu companheiro **João Maria de Souza** e meu pai **Cláudio Moizes de Melo** e sua companheira **Rute Ribeiro de Souza**. Se sou este que escreve, este que chegou ao Mestrado (e concluiu com sucesso), é porque tive, com auxílio de vocês, uma base. Houve uma construção, desde a infância até hoje adulto, desta identidade que, com apoio deles, não ousei desistir. Com inspirações e auxílio material, moral e psicológico deles, pude iniciar e concluir o Mestrado e o presente trabalho monográfico.

Agradeço àqueles que me transformaram e me amaram enquanto sujeito sempre limitado, parcial e diminuta expressão da potencialidade criativa humana. Agradeço àqueles que muito intimamente carregaram e suportaram as dores comigo. Dividiram um fardo que não lhes competiam – não tinham obrigação e, às vezes, nem

força. Agradeço a **Juarez Calixto Júnior** porque seu amor foi meu sustento, dentro e fora da academia. Doou-se para muito além do que eu poderei retribuir. As discussões acadêmicas, os prós e os contras, os caminhos (acadêmicos ou não) e seus espinhos, o estresse, a tristeza, a raiva, as lágrimas talvez não puderam ainda ser compensados pela alegria, contentamento ou (sor)risos. Do simples café e chocolate com que sempre me agraciou ao “não faz sentido essa frase”, sou eternamente grato. Agradeço a **Pedro Henrique Wegner** porque seu olhar sempre crítico me fez sair do posto, do dado, da realidade enquanto perpetuação, para uma luta de reconstrução, e então uma grande parcialidade de mim foi superada. Não fossem nossas aberturas (não jurídicas, na maior parte da caminhada) e trocas, não haveria viabilidade deste sujeito em um novo (e porvir ainda) mundo acadêmico. Não haveria este Fernando transformado e transformador.

Agradeço a **Danniely F. Nunes, Andreia Alberti, Fernanda Barros, Mateus S. Almeida, Guilherme H. Almeida e Jackson D. Melo**, por estarem lá para me guiar também aos caminhos “errados”, estranhos e desconhecidos, mas que, sem eles, eu não estaria com sanidade suficientemente adequada para a caminhada da graduação e da pós-graduação. Ensinaaram-me que às vezes só precisamos nos amar, nos reservar tempo para lazer e descanso, desabafar e (claro) fofocar para que todo aquele fardo pesado seja possível carregar – e isso vocês fizeram com genuína doação, amor e maestria.

Agradeço aos amigos e professores que na graduação acreditaram em mim e disseram “vái!": **Antonio C. Kozikoski Jr., Carla Pucci, Bruno M. Lorenzetto**. Não duvidaram. Mesmo diante das limitações deste, acreditaram e inspiraram.

Agradeço aos meus colegas e amigos que conquistei na caminhada profissional, em especial, na 5ª Promotoria de Prevenção e Persecução Criminal do Ministério Público do Paraná, **Ana Vanessa F. Bezerra**; e, na Defensoria Pública da União, **Érica de Oliveira Hartmann, Wagner Araújo Neto e Bruno Kurc Cervelli**. Vocês me inspiraram e mostraram, no dia a dia, que há vigorosos combatentes em defesa dos direitos humanos e da transformação da realidade jurídica e social. Encontrei em vocês a perseverança e a força que meu Eu precisou para acreditar e, principalmente, lutar e transformar.

Agradeço também aos professores que permitiram desconstruir e construir ao longo do mestrado. Que se doaram e ficavam após as aulas online para discutir, para conversar, para refletir, enfim, para compartilhar suas vidas, percepções e críticas a fim de iluminar a minha caminhada e de tirar dúvidas, incertezas e ignorância que me cegavam e me prendiam à parcialidade do meu Eu. Tornavam-me maior e mais. São eles: meu orientador, **Paulo Ricardo Schier**; meu co-orientador, **Bruno M. Lorenzetto**; **Rodrigo F. L. Cabral**; **Marcos A. Maliska**; **Allana Marques** e **Ricardo Rachid**.

Agradeço aos colegas (da graduação e Mestrado), amigos e familiares que não pude nomear, tendo em vista as poucas folhas e diante das inúmeras e incontáveis palavras que eu deveria lançar para, talvez, fazer jus ao agradecimento que, como já disse acima, é complexo e eu não conseguiria expressar de forma fidedigna na totalidade de suas contribuições. Estou à vida, inteiramente, para continuar, compartilhar, enfim, me doar a vocês.

Agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pela bolsa PROSUP concedida.

Agradeço ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil) pelo suporte material e pela oportunidade.

RESUMO

O tema da dissertação é a problemática da (ir)renunciabilidade de direitos fundamentais. Delimitou-se o exame da renúncia a posições jurídicas subjetivas especificamente ao julgamento pela instituição do júri. O objetivo geral desta análise é investigar a possibilidade de disposição ou renúncia do direito ou garantia fundamental ao julgamento pelo tribunal do júri, adentrando-se em duas grandes partes de observação: a primeira, a própria possibilidade de renúncia a direitos fundamentais, analisando-se as difundidas características de “irrenunciabilidade” e “indisponibilidade” daquelas normas, e os requisitos da admissibilidade da renúncia; e, a segunda, descortinar a perspectiva da controvertida dimensão jurídica da norma que reconhece a instituição do júri no sistema de direitos fundamentais, para se identificar uma titularidade das posições jurídicas garantidas pela norma e o bem específico tutelado, bem como relacionar o papel da legislação na organização e conformação da norma que reconhece o júri e, também, como possibilitadora de disposição ou renúncia do acusado ao processo e julgamento perante a instituição popular. Como marco teórico, foi adotada a teoria de Robert Alexy, a partir de uma abordagem analítica do direito fundamental subjetivo, que abrange as relações intersubjetivas hohfeldianas, para perquirir o conceito de direito subjetivo e como, estruturalmente, ele se manifesta em uma relação jurídica intersubjetiva, para, daí, se perquirir a (im)possibilidade de renúncia às posições jurídicas tuteladas por normas de direitos fundamentais, aplicadamente o julgamento pela instituição do júri. A pesquisa foi desenvolvida com técnica de pesquisa de documentação indireta, tendo como procedimento a investigação descritiva e qualitativa e a base lógica da investigação orientada pelo método de abordagem hipotético-dedutivo, tudo com o fito de explicitar a (ir)renunciabilidade de posição jurídica subjetiva pelo acusado referente ao julgamento perante a instituição do júri a partir das hipóteses comparativamente explicitadas. O estudo permitiu conclusões de que estruturalmente o direito fundamental, especificamente no âmbito subjetivo do sistema de direitos fundamentais, pode ser concebido como um feixe de posições jurídicas subjetivas, como direitos a algo, liberdades jurídicas e competências. Dentro desses poderes que possuem os titulares de direito fundamental, está a possibilidade do exercício de renúncia, atendidos os requisitos para sua concretização. Todavia, viu-se que a renúncia só é possível na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, e não na objetiva. Obteve-se como resultados que a instituição do júri não se enquadra como um direito subjetivo fundamental, no sentido há muito reivindicado (como do réu, ou como da sociedade), mas se trata de uma garantia institucional pertencente à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cabendo ao legislador ordinário a organização da instituição e o estabelecimento de procedimentos. A norma constitucionalmente reconhecida, que não gera posição subjetiva, não permite expressamente a renúncia por algum titular de direito. Todavia, o legislador infraconstitucional, que preenche e delimita o conteúdo das normas fundamentais, no exercício de ponderação dos interesses e direitos colidentes, pode permitir a disposição ou a renúncia ao julgamento por aquele juízo natural ao acusado, como o fez, por exemplo, com os institutos da transação penal e do acordo de não persecução penal, relativa e somente a determinadas infrações.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. (Ir)renunciabilidade. (In)disponibilidade. Posições jurídicas subjetivas. Estrutura analítica. Instituição do júri.

RESUMEN

El tema de la disertación es el problema de la (ir)renunciabilidad de los derechos fundamentales. El examen de la renuncia a posiciones jurídicas subjetivas se limitó específicamente al juicio por jurado. El presente análisis tiene como objetivo general investigar la posibilidad de disposición o renuncia del derecho o garantía fundamental al juicio por jurado, entrando en dos grandes partes de observación: la primera, la posibilidad misma de renuncia a los derechos fundamentales, analizando la características generalizadas de “irrenunciabilidad” e “indisponibilidad” de dichas normas, y los requisitos para la admisibilidad de la renuncia; y, en segundo lugar, revelar la perspectiva de la dimensión jurídica controvertida de la norma que reconoce la institución del jurado en el sistema de los derechos fundamentales, identificar la titularidad de las posiciones jurídicas garantizadas por la norma y el bien específico protegido, así como en cuanto a relacionar el papel de la legislación en la organización y conformación de la norma que reconoce al jurado y, también, en cuanto posibilita la disposición o renuncia del imputado al proceso y juicio ante la institución popular. Como marco teórico se adoptó la teoría de Robert Alexy, a partir de un abordaje analítico del derecho fundamental subjetivo, que engloba las relaciones intersubjetivas hohfeldianas, para investigar el concepto de derecho subjetivo y cómo, estructuralmente, se manifiesta en una relación jurídica intersubjetiva, para, a partir de ahí, investigar la (im)posibilidad de renuncia a posiciones jurídicas protegidas por normas de derechos fundamentales, aplicando el juicio por jurado. La investigación se desarrolló con una técnica de investigación de documentación indirecta, utilizando el procedimiento de investigación descriptivo y cualitativo y la base lógica de la investigación guiada por el método de enfoque hipotético-deductivo, todo con el objetivo de explicar la (in)renunciabilidad de una posición jurídica subjetiva. por el imputado refiriéndose al juicio ante la institución del jurado a partir de las hipótesis comparativamente explicadas. El estudio permitió concluir que estructuralmente el derecho fundamental, específicamente en el ámbito subjetivo del sistema de derechos fundamentales, puede concebirse como un haz de posiciones jurídicas subjetivas, tales como derechos a algo, libertades jurídicas y competencias. Dentro de estas facultades que tienen los titulares de derechos fundamentales, existe la posibilidad de ejercer la renuncia, reuniendo los requisitos para su realización. Sin embargo, se vio que la renuncia sólo es posible en la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales, y no en la objetiva. Se obtuvo como resultados que la institución del jurado no se inscribe como un derecho subjetivo fundamental, en el sentido que se ha reivindicado durante mucho tiempo (como del demandado, o como de la sociedad), sino que se trata de una garantía institucional propia de la dimensión objetiva de los derechos, el legislador ordinario es el encargado de organizar la institución y establecer los procedimientos. La norma constitucionalmente reconocida, que no genera una posición subjetiva, no permite expresamente la renuncia por parte de ningún titular de derecho. Sin embargo, el legislador infraconstitucional, que completa y delimita el contenido de las normas fundamentales, en ejercicio de la ponderación de intereses y colisión de derechos, puede permitir la disposición o renuncia a ese juicio natural al imputado, como lo hizo, por ejemplo, con los institutos del negocio penal y el negocio de no persecución, relativos y sólo a determinadas infracciones.

Palabras clave: Derechos fundamentales. (Ir)revocabilidad. (In)disponibilidad. Posiciones jurídicas subjetivas. Estructura analítica. Institución del jurado.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	DIMENSÕES DO SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS ESPÉCIES DE NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	24
3	RELAÇÃO TRIÁDE JUSFUNDAMENTAL: SUJEITO DE DIREITO, BEM OBJETO DE PROTEÇÃO E O TERCEIRO DESTINATÁRIO DA NORMA.....	37
4	CARACTERÍSTICAS E ATRIBUTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROBLEMÁTICA SOBRE A INDISPONIBILIDADE, INALIENABILIDADE E IRRENUNCIABILIDADE.....	55
5	RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS	69
5.1	A RENÚNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FUNDAMENTOS E ELEMENTOS	69
5.2	(DES)NECESSIDADE DE PREVISÃO LEGISLATIVA.....	83
5.3	DISTINÇÕES ENTRE RENÚNCIA, NÃO EXERCÍCIO, RESTRIÇÃO, PERDA, VIOLAÇÃO E PRIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	88
6	CONTROVÉRSIA ACERCA DA DIMENSÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL QUE RECONHECE O TRIBUNAL DO JÚRI NO ESTADO BRASILEIRO.....	94
6.1	JÚRI COMO DIREITO OU GARANTIA FUNDAMENTAL DO ACUSADO .	107
6.2	JÚRI COMO DIREITO OU GARANTIA FUNDAMENTAL DA SOCIEDADE	114
6.3	JÚRI COMO GARANTIA INSTITUCIONAL E A RELAÇÃO COM DIREITOS FUNDAMENTAIS	119
7	NORMA ORDINÁRIA DE CONFIGURAÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI E AS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	126
7.1	INDISPONIBILIDADE E IRRENUNCIABILIDADE DO JULGAMENTO PERANTE A INSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	126
7.2	INDISPONIBILIDADE E IRRENUNCIABILIDADE DO JULGAMENTO PERANTE A INSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI NA CONSTITUIÇÃO	144
	CONCLUSÕES	147
	REFERÊNCIAS.....	153

1 INTRODUÇÃO

O tribunal do júri, cujas características originárias remontam à Inglaterra do século XII¹, tem atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, como precípua função o processamento e o julgamento de um indivíduo, acusado de praticar crime doloso contra a vida, pelos “seus pares”. O poder-dever de julgar um acusado pelos jurados cidadãos foi conquistado há séculos em face do soberano déspota, o que fez garantir, naquele contexto social e político, maior compaixão e justiça ao suposto criminoso (privilegiado). Não obstante, esse poder-dever supostamente democrático, garantido no Brasil sob a égide da Constituição de 1988 como norma de direito fundamental, tem hodiernamente suas bases questionadas ante uma nova configuração político e social.

Devido à emergência de um Estado constitucional de Direito e Democrático, cujas funções do poder são separadas, garantindo ao Judiciário a independência e a imparcialidade outrora negligenciada, a necessidade de se assegurar ao indivíduo acusado de um delito doloso contra a vida o julgamento pelos “pares” se vê esvaziada.

Todavia, ainda que haja manifestações favoráveis à abolição do órgão político e/ou judicial, os posicionamentos teóricos protetores deste instituto defendem a sua manutenção não por se tratar mais de garantia individual, mas sim de um direito-garantia fundamental da sociedade, fundado em cláusula pétrea, e, por isso, indisponível em face do Estado e dos próprios indivíduos, ou ainda se tratar de instituição reconhecida e garantida, cujo objeto de proteção é o ente em si considerado

¹ A doutrina majoritária entende que o Tribunal do júri, nos moldes como conhecemos hoje, tem seu início na Inglaterra. Nesse sentido, GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev. atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rossi. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 388; NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 41; FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 177-178. Contudo, o júri possui antecedentes remotos, a exemplo dos *judices jurati*, dos romanos (TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 1993, p. 131); *dikastas*, dos gregos; e *centeni comites*, dos germânicos (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 770). Os tribunais populares precedentes, seja o inglês, seja os anteriores a este, não se limitavam a julgamentos na esfera criminal, mas também na seara cível. O júri no Brasil foi instalado em 18 de junho de 1822, cuja competência era para julgamento de crimes de imprensa, e, com a Constituição Imperial de 1824, sua competência foi ampliada para o julgamento de causas cíveis e criminais. Na Constituição da República de 1946, há expressamente a competência do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, o que se repetiu nas Constituições posteriores até a atual (RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. 6 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 59; NASSIF, Aramis. **Júri: instrumento da soberania popular**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 15-23).

(Tribunal Popular), não gerando qualquer direito subjetivo aos indivíduos.

Entregando-se o poder aos cidadãos de julgar um “semelhante” pela prática de um crime, a sensibilidade e convicção daqueles influenciarão na vida deste, estando a vida do indivíduo sob julgamento jogado à sorte do meio em que vive: os estigmas, preconceitos, ideologias e qualquer outro valor que um jurado cidadão carrega influenciarão diretamente na dignidade, sobretudo na vida e liberdade, daquele réu. Ademais, esse discurso linguístico e irresponsável – não motivado, não público, podendo descartar a avaliação conectiva probante racional no que tange à norma-tipo e à norma-fato – atuante no tribunal popular, tem potencial agressivo não somente contra o réu, mas sim, especificamente, contra a pessoa humana, sendo ela externalizada na pessoa da vítima ou do acusado, ou ainda na coletividade, o que vai de encontro ao esperado julgamento imparcial, justo, motivado e que trata a todos de forma isonômica, protegendo-se as singularidades (por vezes contramajoritárias, sufocadas por uma democracia formal).

Todavia, há óbices à disponibilidade dessa “garantia” do indivíduo, a que, por disposição legal, o constrange, compulsoriamente, a um julgamento pelos jurados populares, ainda que direitos humanos e constitucionais possam ser violados².

O problema central da pesquisa está na concepção de serem caracteristicamente indisponíveis e irrenunciáveis os direitos fundamentais, e os reflexos daí decorrentes quando da competência obrigatória de julgamento pelo tribunal do júri nos casos de crimes dolosos contra a vida.

O problema da pesquisa pode ser dividido em duas partes, relacionadas, pois, (1) aos direitos fundamentais e disposição de posição subjetiva na relação jusfundamental, e (2) à natureza dimensional no sistema de direitos fundamentais da norma constitucional que reconhece a instituição do Júri.

Em um primeiro momento, constata-se que, por vezes, a disposição ou a renúncia de um direito fundamental visa satisfazer também outros direitos e princípios fundamentais, que amparados na autonomia e na dignidade humanas, bem como se vislumbra que há casos em que os direitos fundamentais, contrariamente ao plano conceitual, manifestaram-se renunciáveis ou disponíveis.

² NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948. **Nações Unidas Brasil**. França, 1948. Disponível em: <https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/udhr.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022. Artigos 2.1; 7; 10; e 11.1, por exemplo.

Entretanto, a doutrina constitucional e a jurisprudência nacionais têm tratado o tema de forma dissonante: ora são os direitos fundamentais indisponíveis, inalienáveis e irrenunciáveis, cita-se, como exemplo, a proscrição do ato de vender parte do corpo humano, porquanto trata-se o direito à integridade física de um direito inalienável (não se pode negociar), indisponível (está fora da esfera de conformação, seja pelo Estado, seja por particulares) e irrenunciável (não pode o indivíduo abrir mão da titularidade do direito); ora aquelas características ou atributos não se vislumbram: a liberdade, a imagem e a honra podem ser negociadas, renunciadas, estão disponíveis aos indivíduos que, por exemplo, participam de *reality shows*³, vislumbrando-se também o comprometimento da integridade física (como exemplo da luta de boxe) e até da vida quando um indivíduo, em exercício do seu direito de crença, renuncia, dispõe, abdica do seu direito de transfusão de sangue ou tratamento médico, tudo isso a infirmar a concepção de serem os direitos fundamentais gravados com aquelas cláusulas características.

Tem-se que a dificuldade reside na discrepância quanto às características dos direitos fundamentais, que contrariamente às descrições doutrinárias se vislumbram na realidade e nas decisões judiciais, mormente quando as características irrenunciabilidade e indisponibilidade se deparam com situação de conflito (de interesse) em que há, em detrimento da esfera de proteção de um direito fundamental, emergência de outro direito, a que cede aquele. Tratar os direitos fundamentais como *prima facie* indisponíveis, irrenunciáveis ou mesmo inalienáveis emerge a questão de possível ofensa à autonomia e à liberdade do homem: o Estado impõe o exercício ou a expressão dos efeitos de direitos, mesmo contrários à vontade do titular destes.

Os questionamentos residem, portanto, em: (i) por que direitos fundamentais? (ii) como se expressa o sistema de direitos fundamentais e como se configura uma relação jusfundamental? (iii) quais as espécies de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988? (iv) o que são e como operam a indisponibilidade e a irrenunciabilidade na relação jusfundamental?

Em outro momento, a investigação foca na norma constitucional que reconhece a instituição do Júri. A instituição do tribunal do júri⁴, delineada e conformada pelo

³ No Brasil, exemplifica-se com o famoso programa de Televisão "Big Brother Brasil".

⁴ Há quem entenda ser um órgão popular que inerente a um Estado de Direito, respeitando-se valores, princípios e direitos fundamentais, bem como há concepções bem fundamentadas em sentido diverso. Da mesma forma que há quem entenda não ser um órgão democrático, porque a democracia

Código de Processo Penal e reconhecido pela Constituição, tem sua natureza dimensional de proteção no sistema de direitos fundamentais controversa. O problema principal recai sobre a espécie normativa da norma constitucional insculpida no art. 5º, inciso XXXVIII da Constituição da República do Brasil, bem como recai sobre a fundamentalidade própria de direitos fundamentais existente a permitir ou não a renúncia destes, acaso existente ainda uma esfera de disponibilidade.

Conquanto a criação e configuração do tribunal popular se dê através do Código de Processo Penal, a Constituição reconhece o tribunal do júri. Todavia, a espécie da norma constitucional que o reconhece é controversa: (i) trata-se de um direito fundamental (do indivíduo ou da sociedade), de uma garantia fundamental (do indivíduo ou da sociedade) ou de uma garantia institucional? Mais, (ii) qual a fundamentalidade, formal e material, da norma que reconhece o tribunal? (iii) qualquer que seja a espécie da norma constitucional considerada, qual a relação com os demais direitos fundamentais? (iv) qual a relação entre a norma que reconhece o tribunal do júri e a norma legal que o configura? (v) e qual a relação entre o Código de Processo Penal e os demais direitos fundamentais? (vi) enfim, a norma constitucional que reconhece o tribunal do júri é disponível ou renunciável?

O problema da pesquisa está relacionado aos direitos fundamentais e sua renúncia e disponibilidade, em prol de concretização ou garantia de outros direitos fundamentais, que podem se encontrar ameaçados, especificamente aquando do julgamento de um indivíduo, acusado e processado por suposta prática de crime doloso contra a vida, perante um júri popular.

O problema levantado para investigação tem sua importância na medida em que busca, em um primeiro momento, bases jurídicas e racionais quanto à concepção de irrenunciabilidade e indisponibilidade de direitos fundamentais. Se o direito fundamental é individual e subjetivo e tem função de tutelar o bem da vida de extrema importância ao indivíduo – em defesa, pois, de sua dignidade e de sua autonomia –, por que não poderia ele, de forma racional e equilibrada, por vezes visando a satisfação de outros interesses igualmente protegidos, dispor de um bem ou renunciar de um direito fundamental? Se se concebe que o sistema de direitos fundamentais

pressupõe o respeito à pluralidade, dando-se mínimas condições para todos os membros da sociedade exercerem autonomamente seus direitos, não excluindo-os social e politicamente, bem como há opiniões diversas, sustentando ser um órgão democrático e que suas decisões correspondem à vontade da coletividade.

visa à proteção e à emancipação do homem, sendo ele o início e o fim do Direito (e do Estado), seu arbítrio, quando não ofende terceiros ou a sociedade em geral, deve guiar seus passos, afinal, a liberdade transferida ao Estado de Direito tem como fim o enaltecimento da liberdade dos sujeitos, o que não possibilita, num primeiro momento, que o Estado obrigue o sujeito a exercer um “direito”, obstando-se assim a disponibilidade e renunciabilidade.

Exemplos do cotidiano demonstram tamanha preocupação: se um indivíduo doente em estado terminal, racional e lúcido, deseja a morte, por lhe ser mais digna, por que não se pode autorizar a eutanásia? Ou, se o indivíduo, no gozo da sua liberdade, racionalmente deseja a autolesão (seja com o consumo de drogas, seja devido à concepção religiosa ou ideológica), por que o Estado proibiria referida conduta? Ou mesmo, adotando uma concepção inicial que ainda encontra resquícios na doutrina, se o julgamento perante o tribunal do júri é uma garantia e um direito do indivíduo (cuja fundamentalidade resguarda o bem liberdade), por que o réu acusado e processado por cometimento de um crime doloso contra a vida não pode dispor ou renunciar dessa garantia?⁵ Como o *habeas corpus* – uma garantia fundamental constitucional (que visa à proteção da liberdade) – é disponível ao sujeito (pode não querer usá-lo, não exercê-lo, continuando com a liberdade ameaçada ou lesada), por que a garantia do indivíduo perante o júri não o é?

Como efeito de dimensão negativa, os direitos fundamentais asseguram a liberdade do homem, protegendo, assim, uma atuação livre do indivíduo, excetuados os casos de vinculação passiva de excepcional importância ao Estado, garantindo um espaço sem ingerência estatal porque insignificante para o Estado e essencial ao

⁵ Ainda mais porque se está, hodiernamente, em um Estado Constitucional, onde impera o Direito e a limitação do poder, não estando mais os soberanos, monarcas, imperadores, assembleias com poderes absolutos, emergindo, pois, um Judiciário independente e imparcial.

indivíduo, que deve continuar livre⁶, pois, a autoridade do Estado “é exercida sobre homens livres”⁷.

Essas questões impuseram uma reflexão preliminar donde se vislumbrou que a doutrina é divergente quanto às características dos direitos fundamentais. Em um primeiro momento, constatou-se que são inalienáveis, indisponíveis e irrenunciáveis no plano conceitual e normativo. Em um segundo, que no plano normativo pode aparecer renunciável, disponível e alienável. Isso tendo-se em conta somente um olhar individual, e não de conflito ou colisão de interesses. Se o indivíduo quer – de forma racional e livre de quaisquer amarras ou condições biopsicológicas e culturais desfavoráveis – simplesmente destruir o bem da vida, não exercendo o direito que lhe dá tutela, sendo, então, contrária à vontade do titular os efeitos jurídicos que protegem o bem (e, supostamente, a dignidade do indivíduo), o Estado não o poderia impedir, mormente quando se destrói ou é preterido um bem ou interesse para satisfação de outro.

Adota-se a premissa de que a indisponibilidade do direito se mostra viável na ordem positiva, no entanto, esta não pode ser impingida a um sujeito racional, livre e consciente quando do seu reclame na ordem subjetiva, na vida prática, sob pena de impregnar de forma desarrazoada e desproporcional os valores e princípios que o titular do direito deve seguir, não se atendo, conforme a visão de justiça (dele e da comunidade), aos valores e princípios pelos quais ele carece, clama e busca.

A análise é acrescida de dificuldades nesse plano da liberdade quando confrontados interesses, semelhantes ou distintos, de outros sujeitos titulares, como

⁶ Nesse ponto, aborda-se aqui sobre as (quatro) posições ou status de Jellinek, mas que não se perde em essência, mormente enquanto a concebemos nesse ponto parcialmente como “direito de defesa”. Ensina Mendes que o direito de defesa é caracterizado como uma imposição ao Estado de abstenção, de não interferência, intromissão, na esfera de autodeterminação do indivíduo, evitando, por isso, a ingerência estatal sobre os bens daquele, a exemplo da liberdade, vida e propriedade [que vem ao encontro do “status negativo” de Jellinek]. O direito à igualdade também pode ser compreendido como um direito à defesa (não tão somente quanto aos direitos prestacionais, que demandam ação do Estado, e não abstenção), garantindo ao indivíduo a não exposição a discriminações impróprias, estando o Estado jungido, submetido, limitado, ao dever de não estorvar o exercício de liberdade do sujeito tanto juridicamente, quanto materialmente. Veda-se, ainda nesta classificação de direitos fundamentais, que o Estado extinga posições jurídicas (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 158). Os direitos de defesa, conforme Canotilho, se manifestam sob uma dupla perspectiva: no plano jurídico objetivo compõem normas de abstenção de ingerências do poder público na esfera jurídica do indivíduo e no plano jurídico subjetivo concedem o indivíduo o poder de exercer liberdades fundamentais (liberdades positivas) ao mesmo tempo em que confere o poder de exigir abstenção do Estado para que não sejam agredidas as liberdades daquele (liberdade negativa). (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 9. reimp. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2011, p. 408).

⁷ MENDES, **Curso de direito...**, p. 157.

o são no julgamento perante o tribunal do júri. Centraliza-se a importância diante de colisões de interesses e valores que circundam a esfera do tribunal popular: de um lado, o indivíduo, humanamente considerado, na pessoa do réu ou da vítima, que requer seja aplicado o Direito, conclamados assim os direitos fundamentais; de outro lado, há um grupo de jurados (fazendo-se “representante” da comunidade), que em exercício de cidadania e de soberania requer participação e administração da justiça, exercendo pois o poder político estatal, conclamada a democracia [não se excluindo os direitos fundamentais, que resguardam e fortalecem o regime democrático].

A teoria constitucional não se posiciona, tampouco entra no debate acerca da colisão desses interesses – há um silêncio que não permite dizer qual lado da moeda (se é que há somente dois) devem preponderar: se os defensores do júri, que lutam por mais espaço democrático, ou os defensores da abolição, em prol de reafirmação de [outros] direitos fundamentais.

A própria espécie da norma constitucional que estatui o júri é controversa na doutrina constitucional brasileira, pois há quem reconheça o órgão como direito fundamental, como garantia fundamental ou mesmo como garantia institucional, e, mais, não enfrentam a relação do júri com os demais direitos fundamentais: devem suas decisões serem deliberadas? Devem ser motivadas? Devem ser racionais e objetivas?

A jurisprudência, nesse sentido, tem seus avanços e retrocessos (a depender de qual lado se assume favoritismo): ora afirma superior soberania dos jurados⁸, ora afirma limitação desse poder político-jurídico⁹.

⁸ “A previsão normativa do quesito genérico de absolvição no procedimento penal do júri (CPP, art. 483, III, e respectivo § 2º), formulada com o objetivo de conferir preeminência à plenitude de defesa, à soberania do pronunciamento do Conselho de Sentença e ao postulado da liberdade de íntima convicção dos jurados, legitima a possibilidade de os jurados – que não estão vinculados a critérios de legalidade estrita – absolverem o réu segundo razões de índole eminentemente subjetiva ou de natureza destacadamente metajurídica, como, p. ex., o juízo de clemência, ou de equidade, ou de caráter humanitário, já que o sistema de íntima convicção dos jurados não os submete ao acervo probatório produzido ao longo do processo penal de conhecimento, inclusive à prova testemunhal realizada perante o próprio plenário do júri. Doutrina e jurisprudência. – Isso significa, portanto, que a apelação do Ministério Público, fundada em alegado conflito da deliberação absolutória com a prova dos autos (CPP, art. 593, III, “d”), caso admitida fosse, implicaria frontal transgressão aos princípios constitucionais da soberania dos veredictos do Conselho de Sentença, da plenitude de defesa do acusado e do modelo de íntima convicção dos jurados, que não estão obrigados – ao contrário do que se impõe aos magistrados togados (CF, art. 93, IX) – a decidir de forma necessariamente motivada, mesmo porque lhes é assegurado, como expressiva garantia de ordem constitucional, “o sigilo das votações” [...] daí resultando a incognoscibilidade da apelação interposta pelo “Parquet”. [...] Vê-se, portanto, que, em razão da superveniência da Lei nº 11.689/2008 [...] os jurados passaram a gozar de ampla e irrestrita autonomia na formulação de juízos absolutórios, não se achando adstritos nem vinculados, em seu processo decisório, seja às teses suscitadas em plenário pela defesa, seja a quaisquer outros fundamentos de índole estritamente jurídica. Disso resulta que a decisão dos jurados, quando indagados, de modo genérico, sobre a inocência do réu, tem por fundamento a sua íntima convicção, o que valoriza, nesse tema específico, o princípio do livre convencimento, em que o membro do Conselho de Sentença possui inteira discricção, protegido, constitucionalmente, pelo sigilo das votações [...], para absolver o acusado por razões, até mesmo, de clemência, tal como tem sido decidido por alguns Tribunais judiciais”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 117.076/PR**, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 1º de agosto de 2019, publicação no DJE em 05 de agosto de 2019, Brasília, 2019. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=169&dataPublicacaoDj=05/08/2019&incidente=4380035&codCapitulo=6&numMateria=103&codMateria=2>. Acesso em: 16 jun. 2020, grifou-se). Atualmente, ver HC 178.777/MG julgado pelo STF (caso em que se discutia julgamento de um réu acusado de feminicídio e que absolvido sob ventilada tese da “legítima defesa da honra”, chancelando-se a soberania (absoluta) dos jurados): “A absolvição do réu, ante resposta a quesito específico, independe de elementos probatórios ou de tese veiculada pela defesa, considerada a livre convicção dos jurados”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 178.777/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 29 de setembro de 2020, publicação no DJE em 14 de dezembro de 2020, Brasília, 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754653282>. Acesso em: 16 ago. 2021.

⁹ HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO GENÉRICA PELO TRIBUNAL DO JÚRI. APELAÇÃO MINISTERIAL PROVIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. RECONHECIMENTO DA TESE DE OCORRÊNCIA DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. ARGUIDA IMPOSSIBILIDADE DE RECURSO MINISTERIAL NOS CASOS DE ABSOLVIÇÃO GENÉRICA. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. REVERÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. [...] 4. Insustentável a tese de que, com as alterações promovidas no Código de Processo Penal pela Lei n.º 11.689/2008 [...] passou a ser vedada a interposição de recurso de apelação ministerial com base no artigo 593, III, “d” do mesmo codex. Independentemente do motivo que levou os jurados a absolver o acusado, a capacidade postulatória recursal do Parquet, quando o julgamento se afigura contrário à prova dos autos, é consentânea com a paridade de armas inerente ao princípio do contraditório e do devido processo legal, e em nenhum momento foi objeto de restrição pela precitada lei. [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, **HC 241.664/RJ**, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 19 de novembro de

Há manifestações e concepções, vislumbradas nas pesquisas preliminares, não desarrazoadas defendendo antagônicas posições, como a necessidade de abolição do tribunal popular ou a necessidade de defesa da instituição. Por vezes caminham em sentidos paralelos: sugerem a abertura à participação plural a fim de promoção da democracia, a abertura da deliberação dos jurados a fim de tornar mais racionais e objetivas as decisões (apuradas e refletidas sobre os fatos, sobre as provas, e não sobre meras íntimas convicções ou imperando a livre e total subjetividade), a fundamentação das decisões a fim de afastar a total arbitrariedade do Estado (praticadas pelos jurados e por ele canceladas) contrária ao Estado racional contemporâneo.

Entender a natureza jurídica da norma constitucional implica em delimitação da controvérsia acerca da possibilidade de disposição ou renúncia do direito e/ou garantia de julgamento de um crime doloso contra a vida pelos “pares”, os cidadãos (e não pelo povo), através do tribunal do júri, mesmo tal poder (como direito e/ou garantia à sociedade) assegurado ser reafirmador de democracia, e não dispensado expressamente de respeito às normas de direitos fundamentais.

O poder dado ao povo, intitulado o tribunal como soberano, tem potencialidade de sobrepor, mitigar, não se limitar quando confrontados os direitos fundamentais do jurisdicionado, seja ele o réu – que pode ser condenado sem motivação qualquer por jurados não garantidos pela independência e imparcialidade, que pode sofrer restrição no seu direito ao contraditório e à ampla defesa (quando uma sentença o condena, nem sequer diz o porquê), que pode ser privado do direito ao duplo grau de jurisdição, entre outros –, seja ele a vítima – um réu, mesmo reconhecida a materialidade e autoria, pode ser absolvido imotivadamente, tergiversando quando se trata da vida da vítima (qual pode até nem ser considerada nessa condição, a depender do meio em que vive, dos estigmas e preconceitos dos jurados).

Portanto, a natureza jurídica da norma constitucional objeto da pesquisa permite descrever as características, atributos e fundamentação da norma constitucional, sobretudo de direitos fundamentais, bem como intersecções e limitações quando confrontados com outras normas de igual (direito/garantia fundamentais) ou distinta natureza (considerando-se o tribunal como garantia

2013, publicado no DJe em 02 de dezembro de 2013, Brasília, 2013, grifou-se). Ver também: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Seção, **HC 313.251/RJ**, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 28 fev. 2018.

institucional), dando embasamento teórico para a problemática acerca da (in)disponibilidade e (ir)renunciabilidade de direitos e garantias fundamentais em prol de se assegurar e proteger outros.

Assim, a importância que move a presente pesquisa está na necessidade de se reafirmar tanto um Estado Constitucional, que limitado e guiado pelos direitos fundamentais (e que deve fortalecer e proteger a dignidade humana nos seus atos de poder), quanto um Estado Democrático, que não descuida da efetiva participação popular e da soberania do povo (que deve controlar e estar a par do exercício do poder). Por um lado, a linha dos direitos fundamentais, que pode estar sendo negligenciada, de outro, o interesse da sociedade de participar e atuar nos atos de poder estatal – e sob o nome da democracia, decidem subjetivamente em nome da coletividade.

Entender pela disponibilidade ou renunciabilidade de direitos fundamentais ganha atenção quando se olha para além de uma característica de direito fundamental, como algo estático, absoluto, que deve ser aplicado numa forma silogística sem considerar a gama de interesses e bens que estão envolvidos e em constantes colisões, e que, ante compulsoriedade do uso deles, pode mitigar as nuances e pluralidades da vida, negligenciar realidades sociais, econômicas, culturais e políticas distintas, pode, enfim, causar injustiças.

Entendida a justificativa, deve-se analisar o objetivo da pesquisa. Sendo assim, o objetivo geral desta análise é investigar a possibilidade de disposição ou renúncia desse “direito-garantia fundamental” ao julgamento pelo tribunal do júri, circundando pela perspectiva da controvertida dimensão jurídica desta norma do sistema de direitos fundamentais e imbricando na definição da titularidade do direito fundamental, isto é, do sujeito que possui posições jurídicas tuteladas por aquela norma de direito fundamental.

Primeiramente, a investigação busca entender o conceito de direito fundamental, sua função, expressão e conteúdo, a fim de cientificar se a indisponibilidade se trata de uma característica da norma dita fundamental ou se um atributo, não comum a todas as normas constitucionais elevadas àquela categoria. Objetiva-se nesse ponto, adotando-se a teoria de Direitos Fundamentais de Robert Alexy com o aperfeiçoamento das relações hohfeldianas, investigar a relação jurídica tríade que se estabelece entre o titular de direitos fundamentais, o terceiro destinatário da norma e o objeto de proteção para, posteriormente, analisar a renúncia a posições

jurídicas subjetivas tuteladas por normas de direitos fundamentais e comparar o enfraquecimento daquelas posições frente a restrição, privação e violação de direitos fundamentais.

Em segundo momento, após conceituação e exposição acerca da norma de direito fundamental, relação jusfundamental e renúncia a posições jurídicas tuteladas por norma de direito fundamental, tenta-se entender a categoria da regra jurídica que reconhece a instituição do júri – se direito e/ou garantia fundamental ou, ainda, se garantia institucional, interseccionando a fundamentação que sustenta cada categoria normativa, que por vezes se infirmam ou se fortalecem.

Havendo quem entenda ser o tribunal do júri uma Instituição, a investigação científica delimita o significado de “instituição” e como ela é elevada e protegida juridicamente (como garantia institucional), bem como se tende a descortinar as independência e intersecção entre as garantias institucionais e os direitos fundamentais.

Relaciona-se, assim, a possibilidade ou não de dispor ou renunciar ao julgamento pelo tribunal do júri, o fazendo conforme as justificativas que se tem da espécie normativa dele. Investiga-se a natureza de disposição do direito-garantia individual fundamental ao julgamento pelo tribunal do júri, demonstrando sua feição subjetiva à proteção do acusado, para após traçar outras defesas, ou compreensões, que se tem que impedem¹⁰ a disposição ou renúncia ao direito-garantia fundamental pelo acusado, como o direito e/ou garantia subjetiva(s) de participação da administração da justiça dos jurados cidadãos ou ainda a compreensão de se tratar de instituição de dimensão objetiva no sistema de direitos fundamentais.

Compreendendo-se o direito fundamental como “trunfos contra a maioria”¹¹, bem como que a renúncia a posições jurídicas tuteladas por normas de direitos fundamentais constitui exercício de direito fundamental, sendo, a priori admissível,

¹⁰ Usa-se, aqui, a expressão “impedem” no sentido de obstar. Não se usará o termo “justificação” ou “fundamentação” do impeditivo, obstado, porquanto o recorte da pesquisa está no plano analítico da relação jurídica de direito fundamental, e não da justificação de função dos direitos fundamentais, das razões para se ter ou mesmo sua justiciabilidade (exigibilidade judicial). Não há de se abordar, destarte, questões ético-filosóficas dentro da questão normativa, ou seja, não se pergunta [ou busca responder] “independentemente de validade de um ordenamento jurídico positivo, por que os indivíduos têm direitos e que direitos eles têm” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. [5. ed. alemã]. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 181).

¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coord.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 91.

faz-se necessária a análise, analiticamente, acerca da disponibilidade dessa “garantia” do indivíduo acusado, mormente para efetivação de direitos humanos e constitucionais efetiva ou potencialmente violados.

A pesquisa foi desenvolvida com técnica de pesquisa de documentação indireta, fazendo-se levantamento e aprofundamento bibliográfico de estudos nacionais e estrangeiros.

Quanto ao procedimento (metodologia), a investigação descritiva e qualitativa se utiliza do método comparativo, já que a pesquisa visa traçar diferenças e similaridades quanto a concepções das características e possibilidades ou não de renúncia a direitos fundamentais, a depender da linha teórica, bem como traçar diferenças e similaridades de concepções sobre a controversa dimensão da norma constitucional que reconhece a instituição do júri (no sistema de direitos fundamentais), o que permite, posteriormente, o estabelecimento de correlações dos fenômenos expostos (renunciabilidade ou não de direitos fundamentais; direito ou garantia individuais ou de dimensão institucional) e uma possível conclusão por este método pela renunciabilidade ou não das posições jurídicas subjetivas tuteladas pela norma de direito fundamental que reconhece a instituição do Júri.

A base lógica da investigação é orientada pelo método de abordagem hipotético-dedutivo, tudo com o fito de explicitar a (ir)renunciabilidade de posição jurídica subjetiva pelo acusado referente ao julgamento perante a instituição do júri a partir das hipóteses comparativamente explicitadas.

2 DIMENSÕES DO SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS ESPÉCIES DE NORMAS CONSTITUCIONAIS

Em um primeiro momento, cabe um recorte a entender os direitos fundamentais, seus fundamentos e seu lócus no sistema de especial de proteção (“por que”, “como” e “onde” direitos fundamentais).

Os direitos fundamentais são institutos que, na ordem jurídica interna, visam à proteção da pessoa humana, seja limitando o poder estatal¹², seja satisfazendo condições mínimas ao indivíduo para que possa plena e autonomamente viver¹³. Os direitos fundamentais são, por essência, limitadores e legitimadores de poder, por que, em decorrência da própria essência de Estado Constitucional, o poder não se justifica quando da não satisfação dos direitos do homem¹⁴, para e por ele^{15 16}. A asseguuração

¹² HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 33.

¹³ Os direitos do homem, aqui, positivamente considerados, não são tão somente resposta à Declaração Universal de Direitos Humanos [orientação e comando do Preâmbulo e artigo XXVIII – direito à institucionalização] (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2021), mas razão de ser e existir do atual Estado Democrático e Constitucional de Direito, pelo que a inexistência de direitos fundamentais implica em ignorar a dignidade humana, suprimindo a autonomia e liberdade humanas, tornando estas como meio e a lei como fim. Todavia, a institucionalização de direitos do homem não implica necessariamente satisfação daqueles – quanto mais se promete, mais dificulta-se a institucionalização material deles e a emancipação do homem. Conforme ensina Alexy, a garantia da concretude não está na larga declaração, mas na fundamentação desses direitos, qual viabiliza a real satisfação daqueles a nível internacional (e nacional, por lógica) – o problema institucional está estreitamente correlacionado à problemática substancial (ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 217:55-66, jul./set., 1999, p. 58).

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 47.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 100.

¹⁶ Assim, como afirma Ingo Sarlet, os direitos fundamentais podem ao mesmo tempo ser considerados garantia, pressuposto e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo (SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos...**, p. 48). Como expressa Walter Claudius Rothenburg, não se aceita mais um ordenamento jurídico essencialmente injusto que apresente o Direito como a institucionalização da força independentemente da finalidade e de quem a emprega (ROTHENBURG, Walter Claudius. Democracia como direito fundamental. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 18, p. 251-260, set. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/11-18>. Acesso em: 23 jan. 2022. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i18.293>). Visão própria do Estado Constitucional Democrático, na medida em que não se basta mais a defesa escrita de direitos fundamentais na Carta Política, mas que os reais detentores do domínio do Poder possam, num reinventar dos direitos, definir quais devem ser os direitos e concretizá-los. O princípio democrático norteia a concepção deste Estado Constitucional. Não se trata aqui de direito fundamental à democracia: são conceitos distintos, mas não antagonicos. O princípio democrático não anula o conceito de direitos fundamentais, senão que o complementa e o reformula. A democracia não anula, tampouco tem o condão de reduzir direitos fundamentais, todavia estes fortalecem, condicionam e limitam aquela, sendo que um governo da

de direitos próprios ao indivíduo é, portanto, ligados ao próprio movimento constitucionalista¹⁷.

Ensina Gilmar Ferreira Mendes¹⁸ que a justificação filosófica dos direitos fundamentais é de difícil harmonização. A concepção desses direitos, para os jusnaturalistas, é de que são direitos superiores e anteriores à vontade estatal. Para os positivistas os direitos do homem são faculdades outorgadas e reguladas por lei. Ainda, há concepção de idealistas e realistas. Para aqueles, direitos fundamentais são ideias, princípios abstratos que a realidade comunitária e jurídica vai acolhendo ao decorrer do tempo, e, para estes, são conquistas de lutas políticas e sociais.

Apesar da dificuldade de uma harmonização de justificação da fonte, é certo que não há um substrato absoluto, porquanto a variedade de direitos fundamentais, suas constantes colisões e a força que ganham em cada momento histórico demonstram uma não absolutização de uma fonte, esta apta a obstar a transformação ou mesmo a exclusão desse caráter de fundamental^{19 20}.

Ana Maria D'Ávila Lopes afirma que somente uma fundamentação ética, pautada na dignidade da pessoa humana, terá o condão de viabilizar tentativas de positivação e implementação do conteúdo desses direitos, restando, noutros termos, dependente de um agir moral que, valorando a condição humana como um fim a ser protegido, lute universalmente pela efetividade desses direitos²¹.

maioria só é possível quando respeitados e concebidos todos os sujeitos sociais como agentes morais (CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 4. ed. Salvador: JusPodvm, 2010, p. 59). Nas palavras de Mello e Moreira, democracia resulta da efetivação de direitos fundamentais, garantida jurídica e socialmente, num aspecto formal e material. Não basta a outorga de uma Carta Declaratória de direitos fundamentais, porquanto é imprescindível, para a plena efetivação do princípio democrático, a identificação de racionalidade e justificação na concretização daqueles direitos (MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 33). Em última análise, implica dizer que ausente a tutela efetiva de direitos fundamentais não há democracia, entretanto, o fortalecimento desta expressa a efetividade máxima daqueles direitos.

¹⁷ PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da organização do Estado, dos Poderes, e histórico das Constituições**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66.

¹⁸ MENDES, **Curso de direito...**, p. 138.

¹⁹ *Ibid*, p. 139.

²⁰ Em sentido similar, Norberto Bobbio, em busca de uma saída prática, orienta que é necessário, sob análise do caso concreto, em respeito ao tempo e espaço, a busca pelas razões elementares que possibilitem (e reivindiquem) a emergência de um direito à categoria de fundamentalidade, tendo-se em conta os meios, as condições e as situações em que aquela ou esta norma terá de atuar. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed., 7. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 12-16.

²¹ LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A era dos direitos de Bobbio Entre a historicidade e a atemporalidade**. Brasília a. 48 n. 192 out./dez. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242925/000936205.pdf?sequence=3>. Acesso em: 14 jul. 2021.

Conforme ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho²², direitos fundamentais são direitos do homem limitados no tempo e espaço e garantidos jurídico-institucionalmente²³.

Para Ingo Wolfgang Sarlet²⁴, os direitos fundamentais concretizam as exigências do princípio da dignidade da pessoa humana. E é essa pretensão que se materializa subjetiva e discricionária do intérprete que, por vezes influenciado e condicionado pela opinião predominante (informada pelas condições socioculturais daquele momento), interfere decisivamente na elevação e imposição do valor dignidade humana²⁵, preenchendo de fundamentalidade material o direito.

Para Robert Alexy²⁶, é preocupação do direito positivo a satisfação de direitos morais, inerentes ao homem, cujo interesse ou carência é de fundamental relevância ao ser humano, devendo a ordem jurídica fomentá-los ou protegê-los, na medida em que, violando-os, implica-se em atentado contra a vida ou o grave sofrimento humano, ou, até mesmo, atenta-se contra a autonomia do indivíduo^{27 28}.

Fundamentalidade que, para Afonso da Silva²⁹, advém de situações jurídicas

²² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 9. reimp. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2011, p. 393.

²³ Complementarmente, José Afonso da Silva afirma que direitos fundamentais são direitos da pessoa humana positivados que designam prerrogativas e instituições asseguradoras de uma convivência digna, livre e igual a todas as pessoas, consoante os princípios políticos adotados pelo Estado (condicionado e limitado pela apreensão e compreensão da realidade posta àquela comunidade jurídica). SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 178.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos...**, p. 84.

²⁵ MENDES, **Curso de direito...**, p. 140.

²⁶ ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no estado...**, p. 61.

²⁷ Razão por que, para Alexy, não são direitos do homem, não preenchendo a fundamentalidade de direito fundamental, o direito ao décimo terceiro salário (veja-se artigo 7º, inciso VIII da CF/88) e a garantia ao livre aproveitamento de transportes públicos para os idosos acima de 65 anos (veja-se artigo 230, §2º da CF/88) (*Ibid*, 61.).

²⁸ Alexy, ainda, em sua Teoria dos Direitos Fundamentais trata da fundamentalidade das normas de direitos fundamentais em um duplo aspecto: formal e substancial. Para o primeiro, as normas de direitos fundamentais estão em lócus superior no ordenamento jurídico, vinculando os poderes executivo, legislativo e judiciário. Já a fundamentalidade substancial dos direitos fundamentais reside na essencialidade de definição da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, o que inclui, por exemplo, questões relativas à liberdade e à igualdade, porquanto transcendem os ramos do direito (ALEXY, **Teoria dos direitos...**, p. 520-523). Todavia, uma adequação merece ressalva: superação entre noções de Constituição material e formal. A abertura do sistema constitucional possibilita ver o Direito como um sistema dinâmico, em constante diálogo com as realidades econômica, social e jurídica. Como instrui Paulo Ricardo Schier, “melhor referir-se a uma unidade, expressada pela noção de sistema constitucional, que possibilitará vislumbrar a Constituição material e formal como faces de um mesmo fenômeno que, portanto, antes de se excluírem, complementam-se dialeticamente através de constante diálogo” (SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional**: anotações nucleares. 1. ed., 6. tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 74).

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo** 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 178

necessárias para a realização da pessoa humana, para sua convivência, até mesmo sobrevivência, sendo ponto característico dos direitos fundamentais a intenção de explicitar o princípio da dignidade da pessoa humana, a demonstrar a fundamentalidade material dos direitos humanos³⁰, ainda que haja direitos fundamentais insculpidos na Carta Declaratória e que não atendam ou protejam de modo direto e imediato a dignidade da pessoa humana^{31 32}.

A dignidade da pessoa humana, cuja partida volta-se à existência e à essência de humanidade, tem sua valoração e significação histórica (condicionada no tempo) e, nas palavras de Prieto Sanchis³³, os direitos humanos ganham pretensão de fundamentalidade quando estes servem à vida, à liberdade, à igualdade, à participação política³⁴. A posição humana concretamente definida e garantida pela unidade dos direitos fundamentais representa um indivíduo autônomo, livre. Assim, tem-se a “ideia de homem jurídico-constitucionalmente mediatizada”, o que faz perceber que o conteúdo material da Constituição é constituído por essa essencialidade do homem garantido e reconhecido na sociedade, por vezes até confundindo-o, ou o identificando, com a dimensão básica dessa Constituição material [inclusa no fenômeno constitucional], o que não implica, na abertura de sentido

³⁰ MENDES, **Curso de direito...**, p. 140.

³¹ *Ibid*, p. 140.

³² No mesmo sentido, Ingo Sarlet se posiciona: “aqui centramos a nossa crítica, basta um breve olhar sobre o nosso extenso catálogo dos direitos fundamentais para que tenhamos dúvidas fundadas a respeito da alegação de que todas as posições jurídicas ali reconhecidas possuem necessariamente um conteúdo diretamente fundado no valor maior da dignidade da pessoa humana. Não pretendendo polemizar especificadamente as diversas hipóteses que aqui podem ser referidas, reportamo-nos, a título meramente exemplificativo, ao art. 5º, incs. XVIII e XXI, XXV, XXVIII, XXIX, XXXI, XXXVIII, bem como ao art. 7º, incs. XI, XXVI, XXIX, sem mencionar outros exemplos que poderiam facilmente ser garimpados no catálogo constitucional dos direitos fundamentais”. O autor cita alguns dispositivos constitucionais que dizem respeito a: criação de associações e cooperativas; legitimidade das entidades sindicais de representar seus filiados; possibilidade de a autoridade competente entrar na propriedade particular; direito de sucessão; e, entre outros, o reconhecimento da instituição do júri (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos...**, p. 74).

³³ Estudios sobre derecho fundamentales, Madrid: Debate, 1994, p. 98, *apud*. MENDES, **Curso de direito...**, p. 140.

³⁴ Não se desconhece que os direitos fundamentais possuem um sentido mais restrito do que os direitos humanos, vez que aqueles constituem um conjunto de direitos que são reconhecidos institucionalmente e garantidos pelo direito positivo de um Estado, delimitados ainda espacial e temporalmente (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos...**, p. 19-20). Todavia, a noção que se compartilha integra o ponto comum existente entre os direitos humanos e fundamentais e que ora se traz (brevemente): sua fundamentalidade material. Nesse sentido, Ingo Sarlet ao comentar a existência de terminologia direitos humanos fundamentais, afirma que há íntima conexão entre direitos humanos e fundamentais, que radicam em critérios específicos, como o plano da positivação. Esse termo utilizado ressalta o reconhecimento e proteção de valores e reivindicações essenciais a todos os seres humanos, podendo destacar a fundamentalidade material, que, diversa da formal, é comum aos direitos humanos e os direitos fundamentais (*Ibid.*, p. 21).

cultural, adesão de uma ordem de valores abstrata, fechada e hierárquica³⁵.

Não sem razão que a fundamentalidade material de uma norma fundamental permite uma abertura a outros direitos fundamentais, ainda que não constitucionalizados (ausente de fundamentalidade formal), porquanto visam à proteção, ainda que complementarmente, de valores importantes já apontados no âmbito de proteção daquela primeira norma³⁶.

Dito isso, os direitos fundamentais detêm, como conteúdo de fundamentalidade, carga axiológica tangente à proteção da pessoa humana, com os precípuos valores adotados historicamente (vida, liberdade, igualdade, autonomia), e só são possíveis quando assegurados indistintamente à humanidade, a todos os membros de uma comunidade jurídica, porquanto semelhantes e dignos pela mesma condição.

Entendendo-se a função e a fundamentalidade dos direitos fundamentais, é preciso compreender as dimensões em que tais normas constitucionais se manifestam.

Como instrui Paulo Ricardo Schier, hoje, qualquer compreensão da Constituição, necessariamente, deve concebê-la como sistema e enquanto documento jurídico vinculante, mas não refratária às pressões históricas e sociais, o que permite concluir se tratar de uma normatividade historicamente construída³⁷. Concebendo-se a ordem jurídica constitucional como um sistema³⁸ de regras e

³⁵ Cita aqui a “ordem dos valores” [como sendo uma ordem fechada e hierárquica] marcando por um tempo a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 101-102.

³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 9. reimp. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2011, p. 379.

³⁷ SCHIER, **Direito constitucional**: anotações..., p. 75.

³⁸ Como expressa Claus-Wilhelm Canaris, há duas características nas comuns definições de sistemas: a ordenação e a unidade. A primeira pretende-se com ela “expressar um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade”. Já quanto à segunda, pretende-se impedir uma “dispersão numa multitude de singularidades desconexas”, orientando-as à recondução “a uns quanto princípios fundamentais”. Assim, por um lado, há um sistema de conhecimentos lógico e, de outro, sistema dos objetos do conhecimento, ou sistema real, ambos estando em conexão estreita (p. 09-13). Em sua obra *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Canaris fixa a tese de que são características do conceito geral do sistema a ordem e a unidade, e encontram os fenômenos jurídicos a sua correspondência jurídica nas ideias de unidade interior do Direito e adequação valorativa (§1º, tese 02), sendo, daí, visto como sistema jurídico como “ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais” (§2º, tese 05). É um sistema aberto para proposições doutrinárias (ou do sistema científico, ante a incompletude deste) e para o próprio sistema jurídico (sistema objetivo, ante a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais) (§3º, tese 06) (p. 279-281) (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002). Como

ensina Paulo Ricardo Schier, os elementos do sistema se organizam (ordenação) e se unem (unidade) a partir de determinados elementos e dados interiores que “cimentam todas as regras da Ordem Jurídica”, atribuindo determinada lógica aos seus elementos. Os elementos internos correspondem, conforme expõe o autor, com espeque em Paulo Bonavides, aos elementos normativos, donde os valores jurídicos possibilitam a unificação (para organização, ordenação); e, com base em Claus-Wilhelm Canaris, correspondem aos princípios jurídicos (para unidade), desde os constitucionais até os gerais do Direito. A ordenação e a unidade do sistema constitucional a partir dos elementos internos (princípios) possibilita a abertura deste, possibilitando, pela sua constante incompletude, a evolução e modificação do sistema, inclusive a “abertura do sistema objetivo como modificabilidade dos valores fundamentais da ordem jurídica” (SCHIER, **Direito constitucional**: anotações..., p. 74). A importância dos princípios, todavia, no sistema constitucional não reduz a ideia de sistema a tão somente eles. Conforme expõe, ainda, Paulo Ricardo Schier e Priscila Andreoti Ferreira, se é verdade que se pode aplicar mais Constituição, mais princípios, mais sopesamento, mais valores, no neoconstitucionalismo, isso não autoriza a afirmação de que esteja todo o sistema reduzido àqueles, porque entra com força hermenêutica nas decisões sobre princípios e direitos fundamentais a moral, levando à consideração a interpretação metodológica, bem como aspectos construtivos orientados pelos princípios. A subjetividade guiada pela moral aquando de um processo de sopesamento [abalizando-se em Alexy], todavia, não implica que este seja expresso como atos de vontade, de escolhas discricionárias ou voluntaristas, porquanto desenvolvidas teorias metodológicas e argumentativas que visam não a uma unívoca objetividade ou verdade, ou mesmo a uma decisão correta, senão que assegurar a racionalidade e controlabilidade dos discursos jurídicos, especificamente das decisões sobre princípios (SCHIER, Paulo Ricardo; FERREIRA, Priscila Andreoti. A teoria da norma jurídica no contexto do neoconstitucionalismo pós-positivista. **Cadernos da Escola de Direito do UNIBRASIL**, Curitiba, v. 2, n. 23, jul./dez., 2015, p. 60-71. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiLkqeOiuTxAhVvrJUCHWc9BWgQFjAAegQIBRAD&url=https%3A%2F%2Fportaldeperiodicos.unibrasil.com.br%2Findex.php%2Fcadernosdireito%2Farticle%2Fdownload%2F3001%2F2571%2F&usq=AOvVaw18DkVbqFYozPaEfi_Srf6D. Acesso em: 14 jul. 2021). Destaque-se, ainda, que o discurso jurídico não tem, como expõe Inês Teresinha, por objetivo sustentar que uma determinada proposição seja mais racional – não induz, assim, à certeza do resultado, “ser ou não absolutamente racional” –, senão que ela pode ser racionalmente fundamentada na estrutura do ordenamento jurídico vigente (TERESINHA, I. T. P. Teorias da argumentação jurídica e a prática discursiva do Supremo Tribunal Federal: Metodologias Analíticas e Estudo de Casos (AC 4.070/DF e ADI 5526/DF). **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 2, p. 102-127, maio/ago, de 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1228/585>. Acesso em: 14 jul. 2021. DOI: <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i21228>). Sobre a coerência da racionalidade discursiva e da objetividade de seus resultados, ver: APALATEGUI, J. M. C. Corrección y Racionalidad en el Discurso Jurídico. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 3, p. 133-159, set./dez. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2119/671>. Acesso em: 14 jul. 2021. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v25i32119); ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 289; e ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 195.

princípios^{39 40}, tem-se que os direitos fundamentais podem se expressar como direitos subjetivos (dimensão subjetiva) ou, ainda, como elementos fundamentais conformadores da ordem objetiva constitucional (dimensão objetiva).

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais pode ser concebida como a atribuição, aos jurisdicionados, de direitos que reconhecem e protegem liberdades ou direitos a prestações que lhes são devidas. Conforme Mendes, são direitos outorgados aos titulares que possibilitam a imposição de interesses destes em face dos órgãos obrigados⁴¹.

Para José Carlos Vieira de Andrade⁴², a dimensão subjetiva dos direitos

³⁹ Conforme distinção teórico-normativa feita por Alexy, regras são normas que proíbem, permitem ou comandam algo de modo definitivo, aplicando-se pela forma da subsunção. Quando uma regra válida impõe o comando de algum comportamento, se esse é feito, ela é cumprida, do contrário, descumprida. Já a outra categoria de normas, os princípios, comanda que seja realizado algo na maior medida possível, levando-se em consideração as possibilidades fáticas e jurídicas (que determinadas por regras e essencialmente por princípios opostos). Princípios são, por isso, comandos ou mandados de otimização (possuindo, pois, comandos *prima facie*), podendo ser cumpridos em distintos graus. É a ponderação, como forma de aplicação específica de um princípio, que determina a medida comandada, o grau de cumprimento, de um princípio em relação às exigências de um princípio oposto (ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 185). Ou, ainda, por uma definição realizada por Humberto de Ávila, regras enquanto normas são de forma imediata descritivas, primariamente retrospectivas, tendo pretensão de decidibilidade e abrangência (isto é, de exclusividade e abarcância). Quanto à aplicação, é necessária análise de correspondência, mantendo-se (como dever mediato) a fidelidade para com a finalidade subjacente (que lhe dá suporte) aos princípios superiores (axiologicamente sobrejacentes), entre a construção conceitual dos fatos e da descrição normativa. Já, por outro lado, são os princípios normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas (visando a promoção de um estado ideal de coisas) e com pretensão de parcialidade e de complementaridade. Quanto à aplicação, demanda-se avaliação de correlação entre estado de coisas que se pretende promoção e efeitos que hão de decorrer da conduta tida como necessária à sua promoção (correlação entre efeitos da conduta e estado ideal de coisas) (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. rev., 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 70).

⁴⁰ Como expõem Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, o sistema constitucional brasileiro é composto por regras e princípios constitucionais, que exercem distintas funções no sistema constitucional, mas o caracterizam como “um sistema aberto de regras e princípios”. Os princípios possibilitam que a Constituição melhor interaja com a realidade fática subjacente, porquanto abrem mais espaço a interpretações que considerem as especificidades do quadro empírico, bem como permitem a chegada à solução, em um caso concreto, mais justa no âmbito da concretização constitucional. As regras, por seu turno, garantem maior segurança jurídica; facilitam a concretização do direito, evitando controvérsias sociais ou políticas desnecessárias e tornando o sistema jurídico eficiente; bem como atuam como medida de precaução contra medidas futuras equívocas de legisladores ou juízes, impondo-lhes limites mais precisos (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, livro eletrônico (p. 313-314 em versão PDF)). Sobre regras e princípios, especialmente a natureza normativa da distinção (e não de fundamentalidade), ver SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, 2003, p. 607-630.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 36.

⁴² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa**. – 5. ed. – Coimbra: Almedina, 2001, p. 112-116.

fundamentais implica no poder ou faculdade que tem um sujeito para a efetivação de interesses, como posições jurídicas qualificadas como individuais, subjetivas⁴³, universais e fundamentais, asseguradas pela norma jurídica como pertencentes à esfera jurídico do respectivo titular.

Acurada conceituação acerca da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é exposta por Georg Jellinek⁴⁴, para quem o ordenamento jurídico reconhece e protege um direito de poder de querer que há no homem dirigido a um interesse ou a um bem. É o elemento formal do direito o “poder de querer”, e o elemento material é direção da norma a um “interesse ou bem”. A norma é posta no interesse do indivíduo, não permitindo, mas concedendo exclusivamente um poder a ele. Poder de querer, ainda, que do ponto de vista formal é derivado da externalização da personalidade do indivíduo e, de ponto de vista material, como direito subjetivo pertencente à pessoa devido à sua relação jurídica com o ente instituidor, como membro do Estado.

Todavia, adotando-se uma teoria analítica de direitos subjetivos fundamentais, percebe-se que a enunciação de Jellinek (como teoria combinada do interesse e da vontade)⁴⁵ traz enunciados sobre razões, que fundamentam os enunciados sobre direitos, mas que não delimitam ou caracterizam especificamente um direito subjetivo, que podem possuir, a depender da posição jurídica, múltiplos e vagos significados. E por uma adequada análise dogmática normativa, Alexy trabalha a expressão “direito (subjetivo)” como um supraconceito para posições muito distintas, inclusas em um sistema de posições jurídicas (dividindo-as, ainda, em direitos a algo, liberdades e competências)⁴⁶ (e que no capítulo adiante serão objeto de análise).

Não se concebem somente normas asseguradoras de direitos subjetivos no sistema constitucional. Como expressa José Carlos Vieira de Andrade, no sistema de direitos fundamentais, não se encontram tão somente normas que garantem os direitos individuais ou definem o seu regime jurídico, mas também regras e princípios que vão além da dimensão subjetiva entre indivíduo e Estado, mas complementando-

⁴³ Vieira Andrade exclui desta categoria de direitos, porque não imputáveis a um indivíduo concretamente considerado, aqueles que possuem um caráter objetivo, como as garantias institucionais e os direitos fundamentais coletivos de organizações públicas ou privadas.

⁴⁴ JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*. Traduzido para o italiano por Vittorio Emanuele Orlando. Milano: Società Editrice Libreria, 1912, p. 49-50, *apud*. FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 54.

⁴⁵ ALEXY, **Teoria dos direitos...**, p. 185, especialmente nota 20 (p. 185).

⁴⁶ *Ibid*, p. 185-193.

a, que é a dimensão objetiva⁴⁷.

A dimensão objetiva não apenas se expressa com a formalização de toda ordem constitucional (posta), mas funciona igualmente como definidora e condicionadora da atuação estatal, em todos os seus ramos jurídicos⁴⁸. Mendes⁴⁹ afirma que os elementos fundamentais como ordem objetiva (tanto aqueles que não asseguram direitos subjetivos, como aqueles que são concebidos como garantias) formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

Paulo Bonavides⁵⁰ aponta como resultado da dimensão objetiva a irradiação dos direitos fundamentais aos demais ramos do Direito^{51 52}, inclusive à área do privado⁵³; a elevação dos direitos fundamentais a mais elevada importância, atuando como centro da eficácia normativa da Constituição; a vinculação dos poderes constituídos, seja para abstenção, seja para prestação^{54 55}; o condicionamento e orientação da dimensão subjetiva (aquisição de um duplo caráter, ou seja, a dimensão objetiva não exclui, tampouco é antagônica à dimensão subjetiva); o desenvolvimento,

⁴⁷ VIEIRA DE ANDRADE, **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p.107-108.

⁴⁸ FREITAS, **Direitos fundamentais**: limites..., p. 33.

⁴⁹ MENDES, **Curso de direito...**, p. 33.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 540, *apud* FREITAS, **Direitos fundamentais**: limites..., p. 33.

⁵¹ Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos...**, p. 128-129; e SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 134-135.

⁵² No mesmo sentido e especificamente no campo processual penal, Weingartner Neto instrui que o Jus Puniendi (e seu exercício) é uma questão política fundamental, desdobrada do exercício de poder político, racionalizada e juridicizada, constitucionalmente. O exercício desse poder-dever, no entanto, varia acorde a desenvolvimento de cada comunidade, cuja transformação social e cultural influi na concepção política desta e, conseqüentemente, nas duas ordens jurídicas (constitucional e ordinária). Implica em dizer que o direito processual penal é o “sismógrafo”, “espelho da realidade constitucional”, “sintoma do espírito político-constitucional de um ordenamento jurídico”, um direito constitucional aplicado, como dupla dimensão, posto que, além de ser exercício do poder-dever estatal, têm fundamentos previstos e regulados na Constituição. WEINGARTNER NETO, Jayme. Honra, privacidade e liberdade da imprensa: uma pauta de justificação penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 118, *apud*. FREITAS, **Direitos fundamentais**: limites..., p. 41.

⁵³ Acerca da eficácia irradiante da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet a denomina como uma força jurídica objetiva autônoma que dirige e impulsiona a interpretação e aplicação do direito ordinário, dando azo à aplicação conforme os direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos...**, p. 127.

⁵⁴ No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos...**, p. 127.

⁵⁵ Ensina Fernando Calil que a constitucionalização desses direitos, uma vez hierarquicamente superiores aos atos praticados pelos poderes, limitam e organizam estes, consoante parâmetros estabelecidos por aqueles. Os atos, sejam negativos (praticados com intuito de abstenção, de não atentar contra direitos fundamentais), sejam positivos (atos que visam à prestação estatal, concretizando e efetivando direitos) destes poderes devem ser praticados em consonância às condições e aos limites estabelecidos pelas normas fundamentais sob pena de inconstitucionalidade (por ação ou omissão). FREITAS, **Direitos fundamentais**: limites..., p. 45.

como proteção, de eficácia dos direitos entre os indivíduos particulares⁵⁶, bem como a proteção de indivíduos em face de outros Estados⁵⁷.

Gilmar Ferreira Mendes⁵⁸ afirma que o Legislativo, vinculado ao dever de proteção às normas fundamentais, a despeito de a Constituição permitir restrição a certos direitos fundamentais (como o de livre exercício de profissão), tal exercício limitador autorizado não pode ser desarrazoado ou desproporcional, a ponto de inviabilizar a fruição do direito. Vinculação aos poderes constituídos esta que permite, outrossim, que os poderes legislativo e executivo determinem a não aplicação administrativa, pelos seus subordinados órgãos, de leis ou atos com força de lei que lhes pareçam inconstitucionais, violadores de direitos fundamentais, conforme já decidiu a Corte Constitucional⁵⁹ e o Superior Tribunal de Justiça⁶⁰. Para Barroso⁶¹, a supremacia da Constituição permite ao administrador o exercício de recusa da aplicação de normas inconstitucionais, porquanto o fazendo, nega aplicação a própria Constituição⁶².

Ensina Ingo Sarlet⁶³ que, de igual forma, e não em menor intensidade, a Constituição vincula o Poder Judiciário cujas competência e procedimentos a serem adotados estão definidos em norma constitucional. A vinculação não se restringe tão somente à organização e aos procedimentos, senão, também, quanto à aplicação e à

⁵⁶ SARMENTO, **Direitos fundamentais e...**, p. 135-136.

⁵⁷ Vieira de Andrade, em sentido análogo, ao discorrer sobre a dimensão objetiva do sistema de direitos fundamentais, afirma que todos os demais efeitos jurídicos refletidos nos indivíduos que não diretamente dos direitos subjetivos, verificam-se numa ordem objetiva, percebida num sentido funcional ou valorativo, como também num sentido estrutural. Abre esse ponto da dimensão objetiva para explicitar sobre as demais categorias de garantias (funcionais, institucionais, procedimentais e organizativas) que ampliam as relações jurídicas protegidas por direitos dos indivíduos ou que irradiam novos efeitos ao ordenamento jurídico. VIEIRA DE ANDRADE, **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**.

⁵⁸ MENDES, **Curso de direito**, p. 148.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário. **ADI/MC 221-DF**. Relator Ministro Moreira Alves, julgamento em 29 de março de 1990, Brasília. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/717_ADI-MC%20221.pdf. Acesso em: 02 abr. 2019.

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma. **Recurso Especial nº. 23.121/GO**. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, julgamento em 06 de outubro de 1993, Brasília, DJ 08/11/1993, p. 23521.

⁶¹ BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 66, *apud*. FREITAS, **Direitos fundamentais: limites...**, p. 50.

⁶² Contrariamente, Gilmar Mendes entende que a jurisprudência do Supremo deve ser revista na medida em que, com a Constituição do Brasil de 1988, os chefes do Executivo Federal e Estadual, são legitimados a propor ações de inconstitucionalidade perante o Poder Judiciário, bem como as demais autoridades administrativas podem provocar as autoridades que detêm competência para levar o caso ao órgão judicial, inobstante entenda de “não bom alvitre estabelecer a obediência cega pela Administração de todas as leis, como que criando para ela uma presunção absoluta de constitucionalidade”, esquecendo ser ela igualmente vinculada à dimensão objetiva expressa no dever de proteção aos direitos fundamentais. MENDES, **Curso de direito...**, p. 151-152

⁶³ 2003, p. 351, *apud*. FREITAS, **Direitos fundamentais: limites...**, p. 54.

efetivação dos direitos fundamentais. Esse exercício se configura na medida em que são atribuídos aos direitos fundamentais quão possível eficácia máxima (dimensão positiva), bem como quando realizam o controle de constitucionalidade das demais normas, para o que se utilizam daqueles princípios fundamentais como parâmetro (vinculação negativa), recusando a aplicação a preceitos que atentem contra os direitos fundamentais⁶⁴, já que o dever de proteção direcionado ao julgador se materializa no mandamento de interpretar e aplicar as leis em consonância ao sistema dos direitos fundamentais, igualmente preencher lacunas inspirado neste ⁶⁵.

Outro efeito decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais são aqueles de organização e procedimento, que compõe rol de direitos a prestações em sentido amplo (que não fáticas, pois se estaria diante a direito a prestações em sentido estrito), de esfera normativa. Conforme Mendes⁶⁶, o direito à organização e ao procedimento designam aqueles direitos fundamentais quais, para a efetivação deles, necessitam de atuação estatal tendente à criação e conformação de órgãos setores ou repartições (realização de direito à organização), igualmente atuação que efetive a fruição de direitos e garantias determinadas, normalmente de natureza processual-constitucional (direito à ampla defesa, direito ao acesso à justiça, e outros).

Já Vieira de Andrade afirma que estritamente o “direito ao procedimento” implica na existência de direitos fundamentais cujo conteúdo principal é a existência do procedimento, o qual concomitantemente integra uma dimensão subjetiva do direito e estabelece exigências normativas de segundo grau para se delinear os específicos termos desse procedimento, sendo o caso, por exemplo, do direito de acesso aos tribunais, direito de audiência prévia em procedimentos sancionatórios e o direito de habeas corpus⁶⁷. Mas também há aqueles direitos fundamentais cuja concretização e possibilidade de exercício pelos titulares respectivos dependem de um procedimento e de uma organização, numa perspectiva objetiva, devido à natureza do direito, seja por dependência fática, seja por imposição jurídica. Tem-se como exemplo dado pelo autor o direito ao voto que é dependente, faticamente, de um procedimento eleitoral e de uma organização administrativa, sem o qual o direito ou inexistente ou não é viável o seu exercício; e a liberdade de locomoção e direção de

⁶⁴ MENDES, **Curso de direito...**, p. 153.

⁶⁵ FREITAS, **Direitos fundamentais: limites...**, p. 54.

⁶⁶ MENDES, **Direitos fundamentais e controle...**, p. 48.

⁶⁷ VIEIRA DE ANDRADE, **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 141.

veículo automotor, que exige uma regulação de trânsito e procedimentos de controle⁶⁸.

Doutro giro, há os direitos chamados por Vieira de Andrade como “sujeitos ao procedimento” que, distinto daqueles (direitos ao procedimento) que dependem de um procedimento e organização como condição constitutiva e viável, a Constituição ou a lei exigem para determinar a existência deles (no caso concreto) ou para resolução em caso de conflitos com outros direitos ou valores comunitários, exemplificando com o direito de asilo, direito à objeção de consciência⁶⁹, bem como no caso de liberdade de manifestação ou de iniciativa econômica em específicas áreas^{70 71}.

A dimensão organizativa e procedimental é, por conseguinte, relacionada tanto às garantias institucionais (possibilitando por vezes o usufruto de direitos e liberdades individuais, sem decorrer diretamente posições subjetivas), quanto ao dever de proteção (a proteger os direitos de terceiros)⁷².

Delineadas as dimensões dos direitos fundamentais, tanto o âmbito subjetivo que assegura uma posição jurídica subjetiva ao titular do direito, quanto o âmbito

⁶⁸ VIEIRA DE ANDRADE, **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 142.

⁶⁹ Conforme o inciso VIII do artigo 5º da Constituição, “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”. Nesse caso, não há que se falar em direito subjetivo a um procedimento para constituir a liberdade de crença ou convicção. A necessidade de uma lei para se constituir um procedimento (e uma organização), para que se determine de qual forma há de se cumprir a “prestação alternativa”, não é constitutiva do direito (liberdade) em si, mas uma lei que visa a dar contornos (limites) do conteúdo do direito, trazendo regulações de como se manifestar a escusa de consciência e de quais atividades são alternativas. Conquanto configuradora da norma, é também restritiva (com justificação constitucional). É o caso, por exemplo, do exercício militar obrigatório do artigo 143 da Constituição. O §1º deste dispositivo impõe o dever de se criar lei para que se possa atribuir prestação de serviço alternativo àqueles que alegarem o imperativo de consciência. O procedimento, neste caso, limitador daquela liberdade é regulado pela lei nº 8.239/91 (disponível em: [Lei 8239/1991 \(camara.leg.br\)](http://leis.camara.gov.br/leis/8239/1991/camara.leg.br). Acesso em: 14 jul. 2021) e pela Portaria nº 163-DGP, de 7 de novembro de 2011 (disponível em: [be46-11-1.pdf \(eb.mil.br\)](http://eb46-11-1.pdf(eb.mil.br)). Acesso em: 14 jul. 2021). Há necessidade de se instruir um procedimento (administrativo) com documentos e declarações (requerimento com declaração do dirigente da comunidade religiosa, entidade filosófica ou partido político que pertencer, com firma reconhecida em cartório) para que possa o obrigado a não participar de atividades de caráter militar (não se retira o dever de alistamento), mas que faça atividades de natureza administrativa, filantrópica, assistencial ou produtiva, atendida ainda a proporcionalidade e a razoabilidade.

⁷⁰ VIEIRA DE ANDRADE, **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 142.

⁷¹ Vieira de Andrade traz ainda os direitos fundamentais de “cunho procedimental”, designando aqueles direitos que, para seu exercício, é necessária a prestação de outrem, prestações que inexistem sem organização e procedimento, a exemplo dos direitos sociais a prestações (saúde, segurança, educação e outros), ou mesmo de liberdades (científica e de comunicação). Por fim, quanto ao tema procedimento, há direitos fundamentais que são afetados por um procedimento, normalmente administrativo ou judicial, a exemplo do direito de propriedade (processo de expropriação) ou direito à liberdade (no processo penal). Em todos os casos em que os procedimentos afetem os direitos fundamentais, deverão se conformar e respeitar a efetividade e o exercício deles ou, sequer, ponderá-los com os valores jusfundamentais em discussão (*Ibid*, p. 142-144).

⁷² *Ibid*, p. 144.

objetivo que em sua marcante característica diz respeito à inexistência de subjetivação de direitos, como é o caso das garantias institucionais (que mais adiante será aprofundada), implicando, também, a não exigibilidade, ainda que existente deveres ao Estado, impõe-se, para compreensão de renúncia a direitos fundamentais, aprofundar o que melhor caracteriza e distingue o direito subjetivo e a relação intersubjetiva existente entre o titular daquele direito e o terceiro destinatário da norma.

3 RELAÇÃO TRIÁDE JUSFUNDAMENTAL: SUJEITO DE DIREITO, BEM OBJETO DE PROTEÇÃO E O TERCEIRO DESTINATÁRIO DA NORMA

Letícia de Campos Velho Martel, ao abordar a (in)disponibilidade de direitos fundamentais, afirma que um dos problemas relacionados ao conceito de disponibilidade de direito fundamental é o enfrentamento da questão sobre a concepção do que propriamente venha a ser um direito fundamental⁷³. Para entender o que venha a ser indisponibilidade dos direitos fundamentais, portanto, é importante entender o que, analiticamente, venha a ser um direito fundamental.

Adotando-se⁷⁴, aqui, a teoria de direitos fundamentais de Robert Alexy, é necessária a compreensão da relação jurídica triádica que envolve a relação

⁷³ MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos Fundamentais indisponíveis**: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. 2010, 475 f. Tese de Doutorado – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 38.

⁷⁴ A opção metodológica refere principalmente, mas não exclusivamente, à dimensão analítica dos direitos fundamentais, e por isso fora adotada a teoria de Alexy que, ao trazer as abordagens que se pode realizar quando se vai estudar a estrutura dos direitos fundamentais, auxilia no esclarecimento do que é (i) direito subjetivo, (ii) razões que fundamentam enunciados sobre direitos e, também, (iii) justiciabilidade (exigibilidade) de um direito. Não se adentrará no campo da “justificação” ou “fundamentação” do impedimento da renúncia ou disponibilidade da relação jurídica de direito fundamental, porquanto o recorte da pesquisa está no plano analítico da relação jurídica de direito fundamental, e não da justificação de função dos direitos fundamentais, das razões para se ter ou mesmo sua justiciabilidade (exigibilidade judicial). Não há de se abordar (na primeira parte, ao tratar dos direitos fundamentais e o problema da irrenunciabilidade e indisponibilidade), destarte, questões ético-filosóficas dentro da questão normativa, ou seja, não se pergunta [ou busca responder] “independentemente de validade de um ordenamento jurídico positivo, por que os indivíduos têm direitos e que direitos eles têm” (ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**....p. 181), muito embora algumas razões – como para demonstrar possuir o indivíduo ou a sociedade um direito ou sua justiciabilidade – são trazidas no trabalho para se adotar um entendimento do que está a se tratar quando estamos, no segundo momento, falando especificamente da instituição do júri (natureza da instituição no ordenamento constitucional), mas que, embora complementar, não altera o enredo principal: concluindo (com auxílio da abordagem das razões) ser uma garantia institucional (ou mesmo outra categoria da dimensão objetiva do sistema de direitos fundamentais), no campo analítico não há outro fim em regra que não a impossibilidade de disposição/renúncia; caso contrário, concluindo ser um direito ou garantia de algum titular específico, há como se trabalhar no campo analítico com a possibilidade de disposição e renúncia, e, quiçá, com as razões que as fundamentam (podendo, daí, se discutir o paternalismo e o liberalismo, com suas vertentes e críticas). Como o problema principal da pesquisa circunda na própria concepção do direito subjetivo (o júri é um direito ou garantia subjetivas? Se sim, de quem?) e a (im)possibilidade de disposição, a abordagem metodológica deve se amparar em um marco teórico que distingue, no campo constitucional, o que é um direito subjetivo, as razões que fundamentam os enunciados e a justiciabilidade deles; trabalho este que é, de forma profunda e complexa (trabalhando as críticas e diversas e correspondentes visões concebidas na dogmática constitucional), realizado por Robert Alexy. A abordagem analítica do objeto será realizada com a análise dos conceitos básicos referentes ao objeto, sua estrutura e as relações que com ele se estabelecem, abstraindo, em grande medida, elementos de justificação e de aplicação. A abordagem é útil na medida em que, preenchendo um pressuposto do papel de justificação e aplicação do direito, “evita a disseminação de ‘conceitos camaleônicos’ que turvam a mente dos intérpretes e obliteram os debates jurídicos” (MARTEL, **Direitos fundamentais indisponíveis**...., p. 39-40), como a confusão do que se tem de forma difusa em relação ao próprio conceito de “direito subjetivo” e de “indisponibilidade” ou “irrenunciabilidade”, ligando-os de forma aleatória sem justificação adequada (“é irrenunciável ou indisponível porque é direito fundamental”, por exemplo).

jusfundamental adotada pelo professor de Kiel⁷⁵.

A identificação das relações jurídicas, como externa Tércio Sampaio Ferraz Junior, tem importância para a dogmática estrutural, vez que depende a decidibilidade de conflitos das posições que os sujeitos jurídicos ocupam, uns perante os outros, nas interações sociais⁷⁶. Conforme o autor, “quem deve, quem paga, quem manda, quem obedece, quem prescreve, quem cumpre, são posições que implicam relações que compete ao direito constituir [...] ou disciplinar [...] juridicamente⁷⁷”.

Na tradição romano-germânica, são os direitos fundamentais concebidos como direitos subjetivos que, igualmente, é objeto de disputa conceitual. Robert Alexy, em sua teoria dos direitos fundamentais, ao investigar analiticamente os direitos subjetivos, afirma que a interminável polêmica sobre a categoria dos direitos subjetivos se dá pela não compreensão das diferentes abordagens que se pode fazer, que são: (a) as razões para ter direitos⁷⁸; (b) direitos como posições e relações jurídicas; e, também, (c) a exigibilidade jurídica deles (justiciabilidade)⁷⁹.

A análise da estrutura de um direito teve grande contribuição, originariamente, com os estudos de Wesley Newcomb Hohfeld⁸⁰, que influenciou autores e juristas anglo-americanos e estrangeiros, inclusive o professor germânico Robert Alexy que trabalha com a categoria direitos subjetivos à compreensão analítica dos direitos fundamentais, mas com relevantes modificações para sua análise em sistema-padrão

⁷⁵ “... tem em face de ... um direito a ...” (p. 185)

⁷⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, não p.

⁷⁷ *Ibid*, não p.

⁷⁸ Conforme o professor, a relação entre enunciados sobre **razões** e enunciados **sobre** direitos (3) é relativamente simples, porquanto se trata de uma relação de fundamentação. Uma coisa é a razão para um direito, outra, é o direito que se baseia em tal razão. Devem ser analisadas ambas de forma abrangente. O que, todavia, não impede que haja, em um primeiro momento, “a estrutura lógica do direito em si como objeto da análise”: contrariamente, exige-se, já que a problematização sobre a razão para algo tem como pressuposto “o conhecimento daquilo que deve ser fundamentado” (ALEXY, **Teoria dos direitos...**, p. 188).

⁷⁹ ALEXY, **Teoria dos direitos...**, p. 186. Conforme o professor: “Nem enunciados sobre *razões* (1) nem enunciados sobre a *proteção* (2) são, por si mesmos, iguais em sentido a enunciados sobre direitos” (p. 187).

⁸⁰ Nas palavras do autor: “*Si A tiene derecho a que B haga el acto X, B tiene el deber frente a A de hacer el acto X. Si A tiene frente a B el privilegio de hacer el acto X, B no tiene el derecho (tiene el no-derecho) de exigir que A se abstenga de hacer X. Si A tiene la potestad de producir ciertos efectos jurídicos respecto de B, mediante el acto X, B está sujeto (está en un estado de sujeción) frente a A, en el sentido de que la situación jurídica de B se verá alterada por los efectos del acto X. Si A tiene frente a B una situación de inmunidad respecto de los efectos jurídicos del posible acto X de B, B es incompetente (tiene incompetencia) para alterar, mediante el acto X, la situación jurídica de A*” (HOHFELD, Wesley Newcomb. **Conceptos Jurídicos Fundamentales**. 1 ed., 5. reimp. DF, México: Distribuciones Fontamara, 2004, p. 15).

de lógica deôntica⁸¹.

Hohfeld intenta isolar e identificar as complexas e múltiplas situações que decorrem de um ordenamento jurídico que estão imbricadas entre a dimensão das ações e omissões juridicamente permitidas, proibidas ou obrigatórias (predicados deônticos gerais e de mais alto nível) e a dimensão das situações específicas das disciplinas da Ciência Dogmática do Direito (civil, processual, comercial etc., que trazem cada qual seus termos como “hipoteca”, “obrigação solidária”, “legítima defesa”, “ato administrativo”, “devido processo legal”, “aviso prévio”, e outros). Essas situações entremeio às duas dimensões trazem expressões que cruzam os limites de separação dos domínios da ciência jurídica, trazendo expressões de “direito subjetivo”, “dever jurídico”, “sanção”, responsabilidade” etc., onde recai a “pretensão moderada” de Hohfeld para delimitar os termos jurídicos (com redefinição parcial e introdução de novos termos)⁸².

Neste trabalho, o autor isolou oito conceitos jurídicos fundamentais, sendo quatro pertencentes à família presidida pelo termo “direito” (subjetivo) e outros quatro à família presidida pelo “dever”, já que ambos são denominadores mínimos comuns a que reduzíveis todas as relações jurídicas, dividindo, posteriormente, esses conceitos em duas tabelas, de correlativos e de opostos. Na tabela dos correlativos, há quatro modalidades ativas (MA) que se relacionam, de forma correspondente, com quatro modalidades passivas (MP). São elas: “direito” (MA) x “dever” (MP); “privilégio” (MA) x “não-direito” (MP); “poder” [competência] (MA) x “sujeição” (MP); e, por fim, “imunidade” (MA) x “incompetência” (MP). Por outro lado, há a tabela dos opostos. Nesta a modalidade ativa é apresentada em conexão com a modalidade passiva, mas não a complementando, senão que se opondo como sua contradição. Assim, tem-se: “direito” (MA) x “não-direito” (MP); “privilégio” (MA) x “dever” (MP); “poder” [competência] (MA) x “incompetência” (MP); e, por fim, “imunidade” (MA) x “sujeição” (MP) ⁸³.

Genaro R. Carrió afirma, ainda, que as modalidades jurídicas ativas hohfeldianas não se excluem entre si (igualmente entre as passivas), isto é, se um indivíduo possui um direito, pode possuir igualmente privilégios, poderes e imunidades

⁸¹ ALEXY, **Teoria dos direitos...**, p. 208 e seg.; MARTEL, **Direitos Fundamentais indisponíveis...**, p. 40.

⁸² CARRIÓ, Genaro R. Nota preliminar. In: HOHFELD, **Conceptos Jurídicos Fundamentales**, p. 16.

⁸³ HOHFELD, **Conceptos Jurídicos Fundamentales**, p. 45. Em versão inglesa: HOHFELD, **Fundamental Legal Conceptions...**, p. 36.

relativos a algo frente a alguém, podendo limitar cada qual deles⁸⁴.

Conforme expõe Duarte D'Almeida, as relações hohfeldianas são triádicas, a envolver três elementos: há dois sujeitos, sendo, sempre, uma relação intersubjetiva; e o objeto, que se expressa como um comportamento comissivo, omissivo ou uma alternativa de ação⁸⁵.

Ainda, o fato de dois sujeitos ocuparem posições jurídicas na relação não implica necessariamente sejam pessoas individualizadas. O termo “posição”, conforme expõe D'Almeida, é uma metáfora espacial, é um lócus onde um sujeito se posiciona normativamente em relação a outro sujeito e a algum tipo de ação ou omissão de um deles. Nas palavras do autor, cada parte ocupa uma posição correlativa na relação jurídica, sendo que pode ser descrita toda relação a partir da perspectiva de qualquer uma dessas correlativas posições⁸⁶.

Hohfeld trata primeiro dos direitos subjetivos e dos deveres, afirmando, num primeiro momento, que o termo “direitos” vinha sendo usado indiscriminadamente, inclusive nas decisões judiciais, a denotar seja um poder, uma imunidade ou mesmo um privilégio⁸⁷. No entanto, uma precisa delimitação ao “direito subjetivo”, segundo Hohfeld, é possível com o emprego do seu correlativo invariável “dever”⁸⁸, referenciando ao caso *Lake Shore & M.S.R. Co. vs. Kurtz* onde se expressou que direito subjetivo e dever são correlativos, sendo que quando se viola um dever, invade-se um direito^{89 90}.

Concerne o direito subjetivo, como expõe Duarte D'Almeida, às ações ou omissões de outras pessoas que detêm, correlativamente, deveres, inexistindo, destarte, pretensão do titular de direito, per si e conseqüentemente, fazer ou abster-

⁸⁴ CARRIÓ, Genaro R. Nota preliminar. In: HOHFELD, **Conceptos Jurídicos Fundamentales**, p. 16.

⁸⁵ DUARTE D'ALMEIDA, Luís. Fundamental legal concepts: The Hohfeldian framework, **Philosophy Compass**, v. 11, n. 10, pp. 554-569, 2016. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/phc3.12342>. Acesso em: 04 abr. 2021. DOI: <https://doi.org/10.1111/phc3.12342>. Ver também: MARTEL, **Direitos Fundamentais indisponíveis...**, p. 41-42.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 05.

⁸⁷ HOHFELD, **Conceptos Jurídicos Fundamentales**, p. 50.

⁸⁸ Hohfeld expressa que um sinônimo possível ao conceito de “direito” (subjetivo) seria o termo “pretensão”.

⁸⁹ HOHFELD, **Conceptos Jurídicos Fundamentales**, p. 52. Em versão inglesa: HOHFELD, **Fundamental Legal Conceptions**, p. 38.

⁹⁰ No mesmo sentido, ver Thomson (THOMSON, Judith Jarvis. **The Realm of Rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 62).

se de algo (em uma relação diádica de sujeito-objeto)⁹¹. Um adequado sinônimo para Judith Jarvis Thomson, analisando as obras de Hohfeld, seria o termo “claims”⁹².

Já um “privilegio” é correlativo de “não-direito” e oposto de “dever”⁹³, sendo a “liberdade jurídica”, um sinônimo próximo ao termo do “privilegio jurídico”. Importante análise faz Martel aqui ao afirmar que Hohfeld não considera a liberdade jurídica geral como direito em sentido estrito e, daí, não corresponde à liberdade o dever de não-interferência^{94 95}.

É importante, como enfatiza D’Almeida, ao expor o caso Fleming v. Ireland⁹⁶,

⁹¹ DUARTE D’ALMEIDA, *op. cit.*, p. 06. Como expõe Martel, cada relação envolverá dois sujeitos, o que, logicamente, obsta se sustente que um possui um sujeito direito ou imunidade contra si mesmo (MARTEL, **Direitos Fundamentais indisponíveis...**, p. 41).

⁹² THOMSON, Judith Jarvis. **The Realm of Rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 40. Em tradução livre, “claims” pode significar reclamação, reivindicação, pretensão, requerimento, exigência, declaração. Isto pode expressar que a característica “exigibilidade” pode qualificar o termo de “direito subjetivo” em seu sentido estrito, todavia, como expõe Judith Thomson, Hohfeld não tinha em consideração essas observações, tão somente definia o direito como correlativo de dever (THOMSON, *Ibid.*, p. 40).

⁹³ Nesse ponto, interessante referência faz Hohfeld (HOHFELD, **Conceptos Jurídicos Fundamentales**, p. 66) ao voto do Justice Hawkins, no caso Allen vs. Flood (1898): “Toda persona posee un privilegio [...] en interés de la justicia pública de poner en movimiento el derecho penal contra otro, si el primero de buena fe, y fundándose en una causa razonable y probable, cree que el segundo es culpable de un delito[...] No hay que suponer, empero, que el odio y la mala voluntad existentes en el ánimo de un acusador han de destruir necesariamente el privilegio, porque no es imposible que tal odio y mala voluntad se basen en razones muy naturales y excusables...”.

⁹⁴ Sendo, destarte, um conceito débil o de liberdade jurídica, como o é o de liberdade. MARTEL, **Direitos Fundamentais indisponíveis...**, 43.

⁹⁵ Como expõe Duarte D’Almeida (nota 8, DUARTE D’ALMEIDA, *op. cit.*, p. 07), essas liberdades não implicam em direitos de reivindicação, exemplificando com as posições normativas em que se encontram dois boxeadores numa luta: há liberdade de um bater no outro, conforme as regras da luta, mas não há um direito exigível de um, frente ao outro, a que este não o impeça de exercer a liberdade de boxear.

⁹⁶ Em abril de 2013, a Suprema Corte da Irlanda teve que decidir sobre um recurso apresentado por Marie Fleming, uma mulher em estado terminal acometida de esclerose múltipla que, fisicamente incapaz de pôr termo à própria vida, buscava a não responsabilização criminal de outrem que pudesse auxiliá-la a cometer suicídio (ver parágrafos 9 a 19 da decisão). Fleming estava buscando uma ordem declarando a invalidade da seção 2(2) da Lei de Direito Penal (Suicídio) de 1993 (que criminalizava auxílio ao suicídio de outra pessoa) perante a Constituição da Irlanda (parágrafo 3). A Suprema Corte julgou improcedente a ação. IRLANDA. Supreme Court of Ireland. Appeal n. 019/2013, **Fleming v. Ireland**. Judge Denham C.J., judgment delivered on the 29th day of April 2013. Disponível em: https://www.courts.ie/acc/alfresco/a998a535-6045-4d81-9aaa54e42dfaa343/2013_IESC_19_1.pdf/pdf#view=fitH Acesso em: 23 jan. 2022 (tradução livre). Disponível também no CaseMine: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5da02a844653d058440f9803>. Acesso em: 15 abr. 2021. A Corte tratou a questão preocupada com a “identificação de direitos e deveres correlativos”, interpretando a alegação de Fleming no sentido de que um “direito à vida” implicava um “direito constitucional de cometer suicídio, o direito de determinar a hora e o método da morte, e de ter assistência com o exercício desse direito” [parágrafos 99 a 104]. Este último direito implicaria, todavia, conforme a Corte, “deveres correlativos sobre o Estado e outros para defendê-lo e cumpri-lo”, e tais deveres seriam “a antítese do direito [à vida] e não a consequência lógica dele”. Portanto, o Tribunal concluiu, “não há direito constitucional que o Estado, incluindo os tribunais, deve proteger e reivindicar, seja para cometer suicídio, ou para providenciar a morte de alguém no momento da sua escolha” [parágrafo 114]. Expõe D’Ameida que esse raciocínio judicial de Fleming v. Ireland ilustra tragicamente um fenômeno generalizado, posto que os tribunais diversas vezes utilizam o termo “direito”

a distinção entre liberdades e direitos subjetivos (ou de reivindicação): o exercício da liberdade, e não do direito subjetivo, não implica em deveres sobre outro sujeito; e a liberdade a uma “conduta”⁹⁷ corresponde à ausência de dever de “não-conduta”. Contrariamente às razões externadas pelo Tribunal, não estava Fleming alegando a existência de um “direito de cometer suicídio”; porquanto esse “direito” nada mais poderia ser que uma liberdade para cometer suicídio, o que ela possuía sob o ordenamento jurídico, porque inexistente dever legal de tentar cometer suicídio ou não cometer, senão que a alegação era de que deveria inexistir o dever de não auxiliar os outros a cometer suicídio, o que implica que as pessoas devem estar (sob determinadas condições) em liberdade para fazê-lo. Destarte, o argumento da Corte⁹⁸ resta infirmado, posto que as liberdades não implicam sobre o Estado ou outros sujeitos deveres correlativos⁹⁹.

Ainda, o poder jurídico, com sinônimo próximo o termo competência, é oposto de “incompetência jurídica” e correlativo de “sujeição jurídica”. Segundo Hohfeld, a competência diz respeito a uma alteração de determinada relação jurídica ocorrida por fatos ou grupos de fatos supervenientes que sujeitos ao controle da vontade de um ou mais seres humanos (titulares da competência). Das competências, pode-se conceber um sujeito (ou grupo de sujeitos) cuja vontade é relevante para o controle dos fatos, possuindo, pois, competência (jurídica) hábil a modificar relações jurídicas comportado por um problema^{100 101}. Nesse ponto, cita como exemplos poderes de funcionários públicos, como o do oficial de justiça que tem, agindo por representação, o poder de colocar à venda um bem de um indivíduo, nos termos de um mandado de

equivocadamente; sua compreensão de que direitos e deveres são noções “correlativas” é frouxa; e, consequentemente, muitos veredictos sobre quais direitos reconhecer ou conceder são emitidos embasados em argumentos falaciosos (DUARTE D'ALMEIDA, *op. cit.*, p. 02, tradução livre).

⁹⁷ O objeto da relação jurídica o autor expressa com o signo “ ϕ ”. Conduta, nesse ponto, é usado como o comportamento do sujeito, o conteúdo dessa relação ligado à ação, omissão ou alternativa de ação.

⁹⁸ No sentido de que a alegação de Fleming implicava “deveres correlativos sobre o Estado e outros para defender e reivindicar” seu suposto “direito de cometer suicídio”.

⁹⁹ DUARTE D'ALMEIDA, *op. cit.*, p. 26-27.

¹⁰⁰ HOHFELD, **Fundamental legal conceptions...**, p. 50-51; também em versão espanhola: HOHFELD, **Conceptos Jurídicos Fundamentales**, p. 71-72.

¹⁰¹ Cita nesse ponto o exemplo de X que, proprietário de determinada coisa, tem o poder de extinguir seu próprio interesse jurídico sobre o bem (direitos, poderes, imunidades etc.), por meio de evento operativo nominado abandono; e, simultaneamente e correlativamente, tem o poder de criar privilégios e imunidades em relação à coisa abandonada em outras pessoas, como, por exemplo, o poder (delas) de adquirir propriedade de X por apropriação. De igual forma, X tem o poder de transferir seu interesse para Y, isto é, extinguir seu próprio interesse e, ao mesmo tempo, criar um novo correspondente interesse em Y. Ainda, X tem o poder de criar obrigações contratuais de vários tipos.

execução¹⁰²; também o da oferta de venda de um bem realizada por um sujeito perante terceiro que o vincula, criando naquele sujeição e a este poder¹⁰³.

Traçando as distinções entre dever e sujeição, Hohfeld cita o caso *Booth vs. Commonwealth* (1861), no qual o tribunal teve que interpretar uma lei de Virgínia que estabelecia: “que todas as pessoas brancas livres do sexo masculino que tenham vinte e um anos de idade e não mais de sessenta, serão responsáveis por servir como jurados, exceto conforme disposto a seguir”¹⁰⁴. No caso, a lei tão somente impôs uma sujeição e não um dever, este que surgirá quando, no exercício da competência (poder), as partes litigantes e os servidores do tribunal tenham feito o necessário para impor o dever específico de cumprir as funções de jurado¹⁰⁵.

O sinônimo mais próximo de sujeição é, para Hohfeld, “submissão” ou “responsabilidade”¹⁰⁶. Referenciando Hohfeld ao voto do Justice Harrison, no caso *Lattin vs. Gillette* (1892), sujeição também expressa a condição na qual um indivíduo é colocado após transgredir um contrato ou violar qualquer obrigação que sobre ele pese; é, nas palavras de Bouvier (citado pelo Justice Harrison), responsabilidade¹⁰⁷.

Por fim, a imunidade, correlativa de incompetência (não-poder), e oposta de sujeição, pode ser concebida como a liberdade de um sujeito frente ao poder jurídico ou poder de controle de outro (competência), no que se refere a uma relação jurídica¹⁰⁸.

Conquanto estejam relacionadas por correlação e contradição as quatro posições de cada família, são, na formulação de Hohfeld, independentes, no sentido de que uma afirmação ou negação de qualquer posição em uma das famílias não

¹⁰² Outros exemplos de competência, ou poder, são: o poder que um doador tem, em uma doação *causa mortis*, de revogar a doação e privar donatário do título; assim como o poder que algumas leis concedem ao credor promovedor, capacitando-o a tirar de venda a coisa prometida (p. 76).

¹⁰³ HOHFELD, **Conceptos Jurídicos Fundamentales**, p. 81-82.

¹⁰⁴ Hohfeld, **Fundamental legal**..., p. 59. Tradução nossa.

¹⁰⁵ Nesse ponto, Hohfeld cita o voto do Justice Moncure, que indica que o conceito de sujeição é o oposto ao conceito de imunidade (ou isenção) (HOHFELD, **Conceptos Jurídicos Fundamentales**, p. 85).

¹⁰⁶ *Ibid*, p. 86. Nesse ponto, ainda, referência o autor ao voto do Justice Day, em *Mc Elfresh vs. Kirkendale* (1873), que traçava a diferença entre sujeição e dívida (p. 86).

¹⁰⁷ *Ibid*, p. 87. Em versão inglesa, *Fundamental Legal*..., p. 60.

¹⁰⁸ Assinala, ainda, que a palavra “impunidade” possui conotações similares, ao referenciar o Lord Chancellor Finch, no caso *Skelton v. Skelton* (1677): “Al decir esto no pretendo en modo alguno admitir que la equity aumente las restricciones de las incompetencias que ha creado una ley del parlamento. Y en lo que se refiere al otorgamiento de *injunctiões* para hacer cesar el uso abusivo de un inmueble, hago una distinción entre el caso en que el ocupante sólo tiene *impunitatem* y el caso en que *tiene jus in arboribus*. Si el ocupante tiene sólo una simple indemnidad o exención frente a una acción (en derecho) en caso de incurrir en uso abusivo, es adecuado que se lo restrinja mediante una *injunctiões* que le prohíba cometerlo”. HOHFELD, *Conceptos...*, p. 92. Em versão inglesa, *Fundamental Legal*..., p. 63.

implica necessariamente qualquer afirmação ou negação de qualquer posição em outra. Max Radin afirma, nesse ponto, que em um único universo de discurso, não há meio de transição de “direitos” para “poderes” sendo, pois, o universo dos “direitos” distinto ao daquele em que nos encontramos falando de “poderes”¹⁰⁹. Assim, como exemplifica D’Almeida, o poder jurídico de provocar determinadas mudanças nas relações jurídicas (competência) não implica a liberdade de realizar essas modificações, ou mesmo de não as fazer; pode-se estar sob o dever de não exercer o poder, bem como sob o dever de exercê-lo^{110 111}.

No entanto, em que pese a correlatividade e não transição de cada noção relacional em si, o que faltou a Hohfeld, a despeito de um claro trabalho na distinção, foi a noção de que um direito em sentido amplo pode assumir um conjunto dessas relações jurídicas. Como afirma Thomson, os indivíduos têm reivindicações que são direitos. Também possuem privilégios que são direitos. Ou mesmo têm liberdades, e as liberdades não são privilégios em si mesmas, sendo elas conjuntos de direitos e são direitos em si mesmas^{112 113}.

As contribuições hohfeldianas serviram de base para desenvolvimento da teoria das relações jurídicas (no direito privado)¹¹⁴, mas, especialmente, para o exame

¹⁰⁹ RADIN, Max. A Restatement of Hohfeld, **Harvard Law Review**, v. 51, n. 7, maio, p. 1141-1164, 1938 (tradução livre). No original: “[...] within a single universe of discourse there is no means of transition from ‘rights’ to ‘powers’; the universe of ‘rights’ is a universe different from that in which we find ourselves talking of ‘powers’”.

¹¹⁰ DUARTE D’ALMEIDA, *op. cit.*, p. 13.

¹¹¹ Nesse ponto, Max Radin afirma que se um direito subjetivo deve ou não ser declarado como tal pelo tribunal depende de estarem preenchidas determinadas condições, sendo uma delas, na maioria das vezes, um ato humano aparentemente intencional. Todavia, nem todos esses atos decorrem do exercício de poderes, e, portanto, compete ao tribunal discriminar os atos em que há o exercício de um poder jurídico daqueles em que não existiu esse poder (p. 1157-1158).

¹¹² A liberdade, para a autora, de fazer isso ou aquilo inclui privilégios de se fazer (realizar algo) e reivindicar a não interferência no fazer.

¹¹³ Thomson, *op. cit.*, p. 56. Ainda, conforme a autora, o direito à liberdade é um “cluster-right” que contém privilégios, reivindicações de não interferência em ações e imunidades. Também o direito à vida é exemplo. Valoriza-se a vida, e o que se considera o direito à vida é um conjunto de direitos que o protegem, e, igualmente ao direito à liberdade, o direito à vida contém reivindicações (de um sujeito contra outros indivíduos para que não o privem da vida); privilégios (como de preservar as vidas contra ameaças humanas e não humanas); imunidades. Traz a autora, ainda, que com frequência se afirma que direito à vida inclui poderes, por exemplo, poderes de fazer-se deixar de ter reivindicações de não ser morto (exemplificando com hipotético caso de paciente em estado terminal que pede para desligar o aparelho de suporte de vida e o faz para si mesmo, a renunciar o direito de não ser morto) (*op. cit.*, p. 285).

¹¹⁴ Nesse sentido, pode-se perceber parciais semelhanças, vez que nesse ramo, a relação jurídica é concebida (por doutrina privatista majoritária) como uma relação entre dois sujeitos, tendo como objeto, eis a não compatibilidade, um bem ou prestação. Nesse último caso, expõe Aluísio Gurgel do Amaral Júnior, o objeto pode ser definido como um bem ou prestação sobre qual incide o poder jurídico do sujeito ativo, referindo ao conceito de bem a distinção entre bem imediato e bem mediato, estando

analítico dos direitos fundamentais de Alexy, modificando e ampliando os conceitos relacionais, operando a teoria do professor alemão em operadores modais e deônticos¹¹⁵. O professor de Kiel, ao abordar o “direito subjetivo”, tem em consideração a existência de um “supraconceito” para posições em si muito diferentes, e a partir dele procede às classificações e diferenciações terminológicas, estabelecendo um sistema de posições jurídicas fundamentais designadas como “direitos a algo”, “liberdades” e “competências”¹¹⁶ que, conforme expõe André Luiz Freire, sempre relacionais – “haverá sempre um sujeito passivo, ainda que este seja indeterminado”¹¹⁷.

No que diz respeito aos “direitos a algo”, Alexy faz diferenciação quanto ao

aquele correspondendo “à posição ativa e passiva do sujeito, isso é, os direitos e deveres de titularidade dos sujeitos na relação, e um bem mediato que é o bem jurídico sobre o qual incidem os poderes em uma relação”, e o objeto mediato “é formado por bens jurídicos que correspondem a qualquer bem voltado para a satisfação dos interesses humanos tutelados pelo direitos” (AMARAL JÚNIOR, Aluísio Gurgel do. *Constituição e relação jurídica*. Fortaleza, 2006. 102f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2006, p. 39) (ver também REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 158-160. Disso, tem-se que há a necessária tutela jurídica dos interesses da vida humana, e à ideia do direito (em si) ter-se-ia a ideia de valor ou de bem, expressando a medida utilitária daquele direito. Como expõe Flávio Quinaud Pedron, essa ideia implicaria em que interesses seriam elementos anteriores aos direitos, e, é daí, existindo um consenso social sobre quais interesses excedem o liame do particularismo individual, emergirá um direito (mas os direitos individuais, como expressa Pedron, referenciando Sarmento, não podem se confundir com interesses privados [ou mesmo com a soma de interesses individuais]) (PEDRON, Flávio Quinaud. *Direitos e interesses: (re)pensando a relação para além de uma compreensão semântica*. **Revista CEJ**, Brasília, ano XI, n. 39, p. 30-35, out./dez. 2007). A mesma análise faz Martel, ao perceber que, em Alexy, o objeto da relação jurídica será uma ação, comissiva ou omissiva, ou uma alternativa de ação, e o bem protegido pelo direito será um elemento material ou imaterial tutelado pela relação jurídica de direito fundamental. A vantagem desta proposta, continua a autora, está em evitar a confusão de se cogitar que um direito possa ser uma relação entre um sujeito e um elemento (material ou imaterial), como exemplo, a relação do titular do direito à vida com o bem vida, ou do titular do direito à propriedade com a propriedade sem, em qualquer caso, a basilar presença de terceiros (MARTEL, **Direitos Fundamentais indisponíveis...**, p. 47). Interessante exposição faz, ainda, Tércio Sampaio Ferraz Junior, ao expor que as relações jurídicas que pressupõem normas de conduta (faculdade, mandamento e proibição, com estabelecimento de sanções se descumpridas) estão em relação de coordenação, ao passo que normas de competência, em relação de subordinação (com delimitação e limitação da competência, sob pena de nulidade), estando, implícito, na teoria do autor tratar o objeto de comportamento dos sujeitos, que estão ora em igualdade (coordenação), ora em diferença (subordinação) (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, não p.)

¹¹⁵ São os operadores deônticos a conceituar e explicitar os direitos fundamentais a proibição (F), a permissão (P) e o mandato (O) (Alexy, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 205). Assim, se A possui um direito subjetivo (D) em face de Y para que este faça um pagamento (objeto da relação jurídica, G), pode-se traduzir a relação do seguinte modo: DxyG. Ao direito de X corresponderá um dever de Y, o que implica no mandamento de pagar e não permissão ou proibição de não pagar, com a seguinte fórmula: OyxG [mandato para que Y frente a X faça pagamento] ou -Pyx-G [não permissão a Y que frente a X não realize o pagamento] ou, ainda, Fyx-G [é proibido a Y que frente a X não realize o pagamento]. MARTEL, **Direitos Fundamentais indisponíveis...**, p. 45.

¹¹⁶ ALEXY, *Teoria dos direitos...*, p. 193.

¹¹⁷ FREIRE, André Luiz. **O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas**. 2013. 429f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 130.

objeto ou conteúdo da relação, especificamente quanto ao comportamento ativo ou negativo, ou seja, no que diz respeito a direitos de ações negativas e direitos de ações positivas.

No primeiro caso, Alexy afirma corresponder sua classificação de direitos ao não-embaraço de ações, direitos à não-afetação de características e situações e direitos à não-eliminação de posições jurídicas aos típicos direitos de defesa. Como expõe Ingo Wolfgang Sarlet, ao adotar a teoria alexyana na compreensão do ordenamento constitucional brasileiro, há uma funcionalidade marcante dos direitos fundamentais em sua acepção de defesa, posto que visa à limitação do poder do Estado e à proteção das liberdades individuais. Essa função de defesa dos direitos fundamentais, continua o autor, não significa uma abstenção geral do Estado (que pode agir satisfeitos pressupostos materiais e procedimentais constitucionais), mas sim uma limitação do poder, significando que somente as ações contrárias à Constituição implicam em agressão aos direitos fundamentais dos indivíduos¹¹⁸.

No que diz respeito, então, ao direito ao não-embaraço de ação, tem-se imposição ao destinatário o dever correlativo de não impedir ou dificultar¹¹⁹ a ação do titular do direito, como, por exemplo, não tornar impossível ou dificultoso o exercício de ações juridicamente tuteladas como a locomoção, a expressão de opinião e crença, a criação artística e a profissão¹²⁰, como também direitos sociais de limitação de jornada de trabalho e reconhecimento de convenções e acordos coletivos¹²¹. Os direitos à não-afetação de características e situações, como, por exemplo a não

¹¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. [E-book não paginado].

¹¹⁹ No que se refere ao impedimento, Alexy afirma que se trata de ação por parte de terceiro (destinatário) que torne faticamente impossível a realização do direito por parte do titular, como colocar na prisão (impedindo a locomoção). A dificuldade está na criação de circunstâncias que podem deter a ação do titular do direito, como ampliação de requisitos subjetivos para acesso a uma profissão (a depender da intensidade da dificuldade, pode-se estar diante de um impedimento). Sempre que despicienda a distinção desses conceitos, pode-se recorrer ao supraconceito de “embaraço” (*op. cit.*, p. 197).

¹²⁰ ALEXY, **Teoria dos direitos...**, p. 196-197.

¹²¹ Exemplo adequado aos fins propostos para, com esquite em Ingo Sarlet, denotar que os direitos sociais (e não só individuais) podem ser também direitos de defesa. Os direitos sociais podem assumir uma feição prestacional quanto de defesa. Essas normas exemplificadas (que tutelam o trabalho), citados por Sarlet, conquanto denominados como direitos sociais são, em verdade, direitos de defesa, ou “liberdades sociais (direitos sociais negativos)”. O autor informa que os direitos negativos possuem uma dimensão também prestacional, e os prestacionais uma dimensão negativa, exemplificando com o direito à moradia, típico direito prestacional, que no processo de execução assume posição negativa, devendo o terceiro se abster de executar a única moradia da família (por dívida civil); também é o exemplo da vedação ao retrocesso, onde é possível extrair uma dimensão negativa dos direitos sociais. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos...**, [E-book não paginado]

afetação do estado, característica ligada ao sujeito titular¹²², de “viver” e de “ser saudável” e a não afetação de situação como a inviolabilidade do domicílio¹²³. Já o direito à não-eliminação de posições jurídicas impede que o Estado elimine posições jurídicas do titular do direito, como, por exemplo, que o Estado não elimine a posição jurídica do direito à vida do titular, a extinguir seu dever correlato de não o matar¹²⁴, ou a posição jurídica de expressar específicos tipos de opiniões (dentro do direito de expressão)¹²⁵.

No segundo caso dos direitos a algo, tem-se os direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas. No primeiro caso, ilustrando-se com o direito à vida, se X possui em face de Estado o direito à vida, pode haver casos em que o titular do direito estará em posição jurídica subjetiva que imponha o dever do terceiro destinatário (Estado, nesse caso) de implementar ações que ofereçam a X as condições fáticas necessárias à realização desse seu direito^{126 127}. No que se refere aos direitos a ações positivas normativas, adotando o exemplo da vida, se X possui em face do Estado referido direito, terá direito também, a que corresponde o dever, de o Estado criar normas jurídicas destinadas à proteção daquele direito¹²⁸.

Já no que tange às liberdades jurídicas que podem, segundo André Luiz Freire, ser nominadas como “direito[s] de liberdade”, diz respeito à ausência de proibições jurídicas para que o sujeito execute ou não uma determinada ação¹²⁹, isto é, há liberdade jurídica quando existir combinações de permissões, havendo

¹²² Nesse ponto, Alexy cita, em sua nota 62, Jellinek: “Em si mesmas: vida, saúde, liberdade, honra etc. não são objetos que o ser humano tem, mas características que definem sua existência concreta” (Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 83, nota 1). Uma fórmula adequada que pode expressar a não afetação de situação (s) ou característica (c) é: $Dxy \rightarrow \text{afeta } s(x) \text{ ou } Dxy \rightarrow \text{afeta } c(x)$.

¹²³ ALEXY, *Teoria dos direitos...*, p. 199.

¹²⁴ MARTEL, *Direitos Fundamentais indisponíveis...*, p. 48.

¹²⁵ ALEXY, *Teoria dos direitos...*, p. 199-201.

¹²⁶ Exemplo hipotético de Martel. MARTEL, *Direitos Fundamentais indisponíveis...*, p. 48.

¹²⁷ Ou, ainda, trazendo exemplos de Alexy, o direito de um proprietário de escola privada a um auxílio estatal através de subvenção, com fundamento no mínimo existencial, ou ainda quando haja uma pretensão de um cidadão à criação de vagas nas universidades. Ainda que esses dois exemplos possam estar relacionados à formalização jurídica (ocorrendo com a expedição de atos normativos), o que é critério distintivo para a segunda categoria de ações positivas (ações normativas) é a relevância da forma jurídica para a realização da ação a satisfazer o direito (ALEXY, *Teoria dos direitos...*, p. 202).

¹²⁸ Como bem expõe Martel, a criação de enunciados normativos de direito penal que criminalizam o homicídio é exemplo de desincumbência desse dever pelo Estado. MARTEL, *Direitos Fundamentais indisponíveis...*, p. 48.

¹²⁹ FREIRE, André Luiz. *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. 2013. 429f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 126.

alternativas de ação, estando o sujeito em uma posição livre. Como expõe Martel, o conceito de permissão constitui o de liberdade jurídica, esta que representa a existência jurídica de alternativas de ação (objeto da relação jurídica), e são as ações impeditivas do terceiro obstáculos àquela liberdade jurídica¹³⁰. Sendo assim, as liberdades jurídicas protegidas, que implicam no dever de terceiros não impedirem ou dificultarem a ação, correspondem ao direito a algo¹³¹. De forma desenvolvida, um direito de liberdade juridicamente protegida traz uma combinação de posições que compreende o direito a algo (liberdade jurídica), um direito ao não-embaraço de ações por parte do Estado, bem como a competência para questionamento judicial à violação desse direito¹³², estando, em todos os casos, como objeto sempre a alternativa de ação^{133 134}.

E, por fim, as competências em Alexy refere a direitos, em sentido amplo, no direito privado e no público e que correspondem à modificação de situação jurídica por meio de uma ação, seja como imposição de normas gerais ou individuais (que estariam abstraídas, se ausente a ação, de validade), seja modificação de posições jurídicas dos indivíduos que estão sob tais normas. Tanto a realização de um contrato de casamento ou de aquisição de propriedade (privado)¹³⁵, quanto a promulgação de

¹³⁰ Nesse sentido, esclarece Martel que a liberdade jurídica é a relação triádica em que o objeto é uma alternativa de ação e são obstáculos as ações impeditivas de terceiros, especialmente o Estado; que não se confunde com a liberdade fática, concebida quando o indivíduo, além de juridicamente livre, possuir possibilidades reais (isto é, fáticas) de fazer o que é permitido. Explicita a autora, ainda, que é analítica a relação entre o objeto da liberdade jurídica e o obstáculo, diferentemente da existente entre o objeto da liberdade fática e o obstáculo, que é tão só empírica (MARTEL, Leticia de Campos Velho. **São os direitos fundamentais disponíveis? Reflexões à luz da teoria dos direitos de Robert Alexy**, 2009. Disponível em: https://works.bepress.com/leticia_martel/4/. Acesso em: 01 set. 2019.). Ainda, interessante notar que Alexy traz o conceito de liberdades não protegidas que correspondem aos privilégios hohfeldianos, quando inexistentes deveres (e, portanto, direitos) e havendo combinação de permissões. Conquanto possam não ser tutelada, as liberdades jurídicas não protegidas ganham relevância no momento em que a origem dela seja um enunciado normativo permissivo constitucional. Haveria, voltando aos conceitos hohfeldianos, uma imunidade e uma incompetência, não um privilégio, a vedar o legislador ordinário na criação de atos normativos que dificultem a ação permitida.

¹³¹ FREIRE, *op. cit.*, p. 126.

¹³² ALEXY, **Teoria dos direitos...**, p. 234.

¹³³ *Ibid*, p. 232-233.

¹³⁴ Sintetiza Martel que a liberdade jurídica pode assumir as feições de direito a algo (em que a alternativa de ação é objeto, e constitui a liberdade jurídica protegida); de privilégio hohfeldiano (liberdade jurídica não-protegida) e, inclusive, imunidade hohfeldiana (liberdade jurídica tutelada) (MARTEL, **Direitos Fundamentais indisponíveis...**, p. 51).

¹³⁵ Nesse ponto, afirma Alexy, quanto às competências dos cidadãos, que os institutos jurídicos de direito privado (como os que referem a contrair matrimônio, adquirir propriedade, criar associações ou realizar testamento) são complexos de normas formados essencialmente por normas de competência. E, ainda, a dogmática da garantia de institutos visa, especialmente, à proibição ao legislador, de eliminar determinadas competências dos cidadãos. Se dessa proteção (proibição) não há qualquer direito, ela é somente objetiva; contrariamente, se à proibição correspondem direitos, é também a

uma lei ou edição de ato administrativo (público) são exercícios de competência, porquanto podem o titular ou titulares da ação modificar as situações jurídicas, individualmente ou de forma geral¹³⁶.

No entanto, bem classifica e distingue Alexy, não se confunde esse poder de modificação das situações jurídicas (competência) com a permissão ou com poder fático de agir, já que necessário haver um enunciado normativo jurídico que constitua a competência, sendo esta, destarte, institucional¹³⁷. Assim, como instrui Freire, ao se interpretar a conduta de dois sujeitos em celebração de um contrato, ou de um grupo de sujeito com a edição de um ato legislativo, tem-se pressuposto a existência de normas jurídicas que transformam essas ações sociais ou naturais como atos jurídicos, sendo tais nominadas como normas de competência¹³⁸.

A despeito de ser a ação de exercício de uma competência também permitida, uma ação que é simplesmente a realização de comportamento permitido não é, por si só, o exercício de uma competência, posto que não implica em alteração de uma situação jurídica¹³⁹. A distinção entre as permissões e as competências vê-se ainda em suas negações, já que a negação de uma permissão é proibição (que implica, no descumprimento, ilicitude) e a de uma competência, uma não-competência (que

proteção subjetiva (p. 245-246). Nota Alexy que há uma relação entre liberdade e competência. O reconhecimento de competências, de direito privado (como aquisição da propriedade), ou de direito público (como direito de votar), é somente uma das três formas por meio de que a ordem jurídica pode ampliar a área de ação - e, daí, a liberdade negativa - de um sujeito. São as outras duas a criação de normas de tutela, especialmente as de direito penal (a assegurar que terceiros não impeçam ou dificultem o exercício de alternativas de ação), e a concessão de direitos a prestações positivas em estrito sentido, que devem garantir a possibilidade fática do exercício de alternativas de ação (p. 247). Como contraponto à competência do cidadão, há a competência do Estado, entrando as normas de direitos fundamentais como normas negativas de competência. Estas normas restringem a norma positiva de competência ou introduz cláusulas de exceções nestas, ficando o Estado em posição de não-competência e, correlativamente, o cidadão em não-sujeição.

Quando o cidadão se encontra em uma posição constitucional de não-sujeição diante do Estado, ele tem sempre um direito a que o Estado não atue no âmbito da não-sujeição. A esse direito corresponde uma proibição, dirigida ao Estado, de agir no âmbito de sua não-competência, definido pelas normas de direitos fundamentais (p. 247-248).

¹³⁶ ALEXY, **Teoria dos direitos...**, p. 236.

¹³⁷ *Ibid*, p. 239-242.

¹³⁸ FREIRE, *op. cit.*, p. 127-128.

¹³⁹ Referenciando, Alexy, a Jellinek tem-se que competências somam “à capacidade de ação do indivíduo, algo (...) que ele por natureza não possui”. “O indivíduo pode manter as relações sexuais que quiser, mas elas convertem-se em casamento somente sob as condições estabelecidas pelo direito objetivo; não importa que disposições foram manifestadas para um caso de morte, elas só se convertem em testamento com base nas previsões legais. Aqui a liberdade natural encontra seus limites. Pois todas as disposições que dizem respeito à validade de atos e de negócios jurídicos estabelecem uma capacidade jurídica conferida expressamente pelo ordenamento jurídico. Essa capacidade encontra-se em nítido contraste em relação àquilo que é simplesmente permitido” (ALEXY, *Teoria dos direitos...*, *op. cit.*, p. 237).

implica nulidade ou deficiência do ato)¹⁴⁰.

Ainda, para a distinção entre competência e capacidade fática, Alexy traz que nem toda ação que traga a modificação de posições jurídicas pode ser concebida como exercício de competência. Exemplifica o autor com a realização de um ato delituoso de um sujeito X contra Y, sendo as posições desses dois sujeitos (X e Y) alteradas. A partir daí, está obrigado X, em face de Y, a repará-lo pelos danos causados, e Y tem, correlativamente, um direito de igual conteúdo ao dever de Y, contra o causador de danos. Todavia, não é concebido como exercício de competência a realização do ato delituoso¹⁴¹.

A estrutura das competências de Alexy traça paralelismo com as relações hohfeldianas. Quando o sujeito X tem uma competência em relação a Y, aquele estará na posição de competência e Y, na de sujeição¹⁴². Contrariamente, afastada a competência de X, Y estará na posição de não-sujeição (isto é, a imunidade hohfeldiana)^{143 144}. Como expõe Martel, há casos em que as competências dos particulares estão jusfundamentalmente protegidas, objetiva e subjetivamente. Assim, poder-se-á falar na existência de um direito subjetivo em sentido estrito do sujeito frente ao Estado à constituição de uma competência, que analiticamente corresponderá a um direito a algo, talvez um direito à não-eliminação de uma posição jurídica ou a uma ação positiva normativa¹⁴⁵.

Assim, para Alexy, é o direito fundamental como direito subjetivo em sentido amplo um feixe de posições e de relações jusfundamentais, que podem ser concebidos como direitos a algo, liberdades e competências. Possui o direito fundamental como um todo um conjunto de posições subjetivas (atribuídas a uma disposição de direito fundamental). Como percebe Martel, as críticas a Hohfeld foram concebidas por Alexy, já que, na proposta estrutural dos direitos subjetivos em sentido amplo deste, trouxe-os como feixes de relações e de posições, podendo-se aproximar do conceito de “pacote de relações hohfeldianas” e afirmar a existência de “cluster-

¹⁴⁰ ALEXY, **Teoria dos direitos...**, p. 237.

¹⁴¹ *Ibid*, p. 238; 240-241.

¹⁴² Que pode ser formulado do seguinte modo: $C_{xy}(PJY) \leftrightarrow S_{yx}(PJY)$.

¹⁴³ Que pode ser formulado do seguinte modo: $\neg C_{xy}(PJY) \leftrightarrow \neg S_{yx}(PJY)$.

¹⁴⁴ MARTEL, **Direitos Fundamentais indisponíveis...**, p. 52.

¹⁴⁵ *Ibid*, p. 52-53. Exemplifica a autora com o casamento, já que, inexistindo então normas constitutivas da competência para casar, os particulares poderão exigí-las do Estado, que analiticamente poderá ser visto como um direito à não-eliminação de uma posição jurídica. Alerta, entretanto, que a competência não se torna um direito a algo, quando jusfundamentalmente protegida, conquanto tenha estrutura de direito a algo, tendo a estrutura da posição de competência.

rights”¹⁴⁶.

Ainda, como expõe Daniel Wunder Hachem, para uma visão do direito fundamental como um todo, faz-se necessário trazer uma visão ampla da norma jusfundamental¹⁴⁷, a expor brevemente a dimensão objetiva do sistema de proteção.

Essa dimensão objetiva não apenas se expressa com a formalização de toda ordem constitucional (posta), mas funciona igualmente como definidora e condicionadora da atuação estatal, em todos os seus ramos jurídicos¹⁴⁸. Pensa-se, dessarte, a estrutura objetiva como, também, produtora suplementar e complementar de efeitos jurídicos na esfera subjetiva, não necessariamente atribuindo direitos aos indivíduos, quando da implicação de deveres e obrigações ao Estado¹⁴⁹.

A norma jusfundamental como um todo, como expõe Hachem, possui uma amálgama de pretensões jurídico-subjetivas e deveres objetivos dedutíveis extraíveis do texto jurídico que versa sobre um mesmo direito. Uma norma pode apresentar múltiplas funções que, resultante de processo interpretativo sistêmico constitucional, referem ao respeito, à proteção e à promoção do mesmo bem jurídico tutelado pela Constituição¹⁵⁰.

Por fim, impende registrar que o critério da abordagem analítica da estrutura dos direitos fundamentais subjetivos não exclui sua importância e análise ampla. Como expõe Francelize Alves Mörking, a despeito de se tratar de abstenção ou de um fazer, há de se falar em direito fundamental completo, não só fazendo menção a posições individuais, mas referenciando a um feixe de posições e normas de direitos fundamentais¹⁵¹. Alexy, mais a frente em sua teoria, ao traçar o direito fundamental completo, expressa que as normas e posições podem ser divididas a partir de três perspectivas: (I) conforme as posições de que se trate no sistema de posições jurídicas fundamentais (como até então investigado); (II) conforme seu grau de

¹⁴⁶ *Ibid*, p. 54.

¹⁴⁷ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba. v. 14, n. 14, pág. 618-688, jul./dez. de 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/505/377>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁴⁸ FREITAS, **Direitos fundamentais**: limites..., p. 33.

¹⁴⁹ VIEIRA DE ANDRADE, **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 107-109.

¹⁵⁰ HACHEM, *op. cit.*

¹⁵¹ MÖRKING, Francelize Alves. Dos direitos fundamentais: uma análise à luz da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 24, n. 2, p.135-144, jul./dez. 2015. ISSN 2318-8650. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/134-143/755>. Acesso em: 15 abr. 2020.

generalidade; e, por fim, (III) conforme se trate de posições com natureza de princípio ou de regra ou, respectivamente, de posições *prima facie* ou definitivas^{152 153}.

Todavia, para fins dessa pesquisa, nesse momento, a importância está tão somente em traçar as posições jurídicas subjetivas, para que se possa compreender que as relações jurídicas são intersubjetivas e o objeto delas correspondem a um comportamento, que é ação (positiva e negativa) e alternativa de ação. O titular de uma posição jurídica tutelada por norma de direito fundamental (um direito a algo, uma liberdade jurídica ou uma competência) tem frente ao terceiro destinatário um direito a que este faça algo, não faça ou não embarace a ação do titular do direito em sentido amplo. Se o titular possui um direito a algo, o terceiro (Estado ou particular) possui um dever. Se possui um direito a algo, uma liberdade jurídica e uma competência, o destinatário pode estar em posição de dever, de não competência, e mesmo de sujeição. Denote-se, mais uma vez, que a relação jurídica subjetiva é entre dois sujeitos. Não é entre três ou mais. Pode-se pensar em sujeito ativo e passivo (destinatário), podendo ser este um número determinado ou indeterminado de pessoas.

Para exemplificar e encerrar esse ponto, em havendo persecução penal de um indivíduo suspeito do cometimento de crime de estelionato¹⁵⁴, por exemplo, ele estará em uma posição de sujeição, ao mesmo tempo que terá competência, terá direito a algo, liberdade jurídica e até mesmo imunidade. Estará em sujeição porquanto o Estado poderá modificar sua situação e posição jurídicas tuteladas após

¹⁵² ALEXY, **Teoria dos direitos...**, p. 251.

¹⁵³ Afirma Mörking que são estruturalmente complexas as relações do direito fundamental completo, mas são de estruturas bem delineadas nas posições individuais dos cidadãos e do Estado. A autora afirma que restrições a direitos fundamentais são normas que implicam em ablação em uma posição *prima facie* de direito fundamental, devendo essas normas serem compatíveis com a Constituição, diferenciando-se, ainda, entre essas normas, as de competência, que fundamentam a competência do Estado para criar normas, e as mandatórias e proibitivas dirigidas aos cidadãos (MÖRKING, *op. cit.*). Todavia, esse critério não é adotado por Alexy que faz a distinção (do direito fundamental em sentido amplo) entre competência, direitos a algo e liberdade jurídica, estando os modais deonticos (permissão, ordem e proibição) em todas aquelas três categorias do direito fundamental em sentido amplo, e a competência (que pode implicar tanto em liberdade jurídica, quanto direito a algo) é conferida por Alexy tanto aos cidadãos (exemplo do contrair matrimônio, adquirir propriedade, etc.), quanto ao Estado (expedir atos normativos). Também, contrariamente ao afirmada pela autora, não são dirigidas proibições somente aos cidadãos, mas também ao Estado na esfera de competência do cidadão, correspondente à correlativa competência negativa do Estado (como proibição de não eliminação de posições jurídicas, a exemplo das competências particulares acima mencionadas).

¹⁵⁴ Estelionato. Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos [...]. BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Brasília, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 abr. 2021.

devido e legal processamento e condenação (como direito de liberdade e direito de votar¹⁵⁵). Estará em posição de competência vez que, concluindo a investigação policial pela autoria e materialidade, poderá ele aceitar o Acordo de Não Persecução Penal eventualmente proposto pelo Ministério Público (ou exigí-lo)¹⁵⁶, como juridicamente permitido, desde que estabelecidos demais requisitos legais¹⁵⁷, o que impediria ao Estado a continuidade da persecução penal, não podendo impor ablação na sua esfera de liberdade (situação jurídica) ou mesmo modificar posições jurídicas do acusado (colocá-lo em status de condenado e subtrair, parcialmente, dele os

¹⁵⁵ Conforme artigo 5º, inciso LIV, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Ainda, assegura o artigo 15, inciso III da Constituição que “[é] vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de (...) condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos” (BRASIL. Constituição. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jul. 2021).

¹⁵⁶ Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: [...]. § 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Brasília, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 14 jul. 2021.

¹⁵⁷ Importante nesse ponto expor que há divergência quanto à natureza do ANPP, que por um lado emerge como um negócio jurídico processual, com principal ator o Ministério Público, e de outro, direito subjetivo do acusado. Como ensina Rodrigo Leite Ferreira Cabral, o instituto do ANPP é um negócio jurídico que consubstancia a resposta político-criminal do titular da ação penal pública, isto é, um instrumento para a realização de adequada política criminal. É um negócio jurídico, um acordo de vontades que, proposto pelo MP ao acusado, objetiva a obtenção de vantagem político-criminal (priorizar a persecução penal de crimes graves, sem tergiversar resposta suficiente e adequada à média criminalidade). (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**. 2. ed. ver., atual. e amp. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 88-89). Há, por outro lado, parte da doutrina que percebe nele um “direito subjetivo do acusado”. Aury Lopes Junior afirma que, a despeito de o §14 do artigo 28-A do CPP afirmar que a recusa do MP em oferecer o ANPP ao acusado deve ser avaliada pelo órgão superior ministerial (se requerido pelo investigado), o imputado pode postular ao juiz o reconhecimento de seu “direito ao acordo de não persecução penal” negado pela promotoria, o que deverá ser decidido pelo juiz ante seu papel de garantidor de máxima eficácia do sistema de direitos do réu (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 226). Nesse sentido, cabe trazer também o posicionamento de Augusto César Leite de Resende, que afirma: “a liberdade interpretativa do Ministério Público deve conviver com o direito público subjetivo do investigado, de modo que, ao Parquet, cabe unicamente analisar se estão preenchidos os requisitos legais e negociar sobre as condições a serem estabelecidas (...)” (RESENDE, A. C. L. **Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões à Luz da Teoria dos Direitos Fundamentais**. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 6, n. 3, out. 2021. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/347>. Acesso em: 12 fev. 2020. DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.347>). Todavia, diante das relações jurídicas acima expostas, é possível conceber o Acordo de Não Persecução Penal como uma competência dada a dois atores processuais, na medida em que há a ação normativamente possibilitada ao Ministério Público para propor o negócio jurídico extraprocessual, bem como possibilidade de exercício de ação do acusado para aceitação, que, ocorrendo, põe termo ao estado de sujeição deste, tirando a possibilidade de ser julgado por um juiz togado (ou mesmo júri) e mantém outros direitos ou posições jurídicas subjetivas longe de ameaça de qualquer ablação (como os direitos políticos, por exemplo, ante seu status de inocência preservado). Esse ponto voltará a ser tratado no capítulo 7.1.

direitos políticos, por exemplo). Denote-se que embora uma norma de direito fundamental possa exprimir um feixe de posições jurídicas, cada posição é única e não transita por si só em outra de outros sujeitos distintos. Isto é, o juiz ou julgador terá competência, em um processo penal, representando o Estado de um lado, e o acusado estará em sujeição. Não há direito do julgador ou mesmo da vítima (conquanto haja um interesse dessa no âmbito criminal, nascendo o direito somente em caso de desídia do Estado, representado pelo MP¹⁵⁸), ou mesmo dos jurados, nos julgamentos da instituição do júri (tem um dever, correlativo, eventualmente ao direito do acusado)¹⁵⁹; há uma competência que deve ser exercida nos limites da Constituição e da lei (por exemplo, não pode criar juízo de exceção ou alterar normas de proteção individuais criminais, como dimensão de direitos de defesa)¹⁶⁰. O julgador não tem direito, propriamente dito, ao menos na pessoa do Estado, único capaz de perseguir e punir os infratores da lei. O acusado tem direitos frente ao Estado no processo penal, como de contraditório e ampla defesa e de não autoincriminação, cabendo ao Estado o dever de ouvi-lo, por exemplo, por último, após as alegações acusatórias (vítima, testemunhas, perícias etc.). O dever do Estado é não obstar sua defesa nem sua presunção de inocência, todavia, querendo o acusado não se defender (interrogatório, por exemplo) ou produzir prova contra si mesmo (confessar), ele exercerá não só um direito seu, mas uma liberdade jurídica (pense-se que, neste último caso, ele obterá a vantagem de realizar o ANPP), não criando, do outro lado, qualquer direito dessas renúncias a posições jurídicas.

¹⁵⁸ Conforme o art. 29 do CPP, que assim dispõe: Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

¹⁵⁹ Como já expressou Hohfeld acima, ao comentar a disposição da lei de Virginia. No mesmo sentido, Paulo Rangel, que afirma que o exercício da função de jurado não encontra disciplina nem assento constitucional, tratando-se, pois, de um dever imposto pela lei (artigo 436 do CPP). RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. 6. ed. rev., atual. e amp. São Paulo, Atlas, 2018, p. 283.

¹⁶⁰ Ensina Mendes que o direito de defesa é caracterizado como uma imposição ao Estado de abstenção, de não interferência, intromissão, na esfera de autodeterminação do indivíduo, evitando, por isso, a ingerência estatal sobre os bens daquele, a exemplo da liberdade. Veda-se, ainda nesta classificação de direitos fundamentais, que o Estado extinga posições jurídicas. É uma garantia que obsta o poder público de derrogar certas normas, que elimine posições jurídicas concretas, sendo, também, garantias institucionalizadas (MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 158).

4 CARACTERÍSTICAS E ATRIBUTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROBLEMÁTICA SOBRE A INDISPONIBILIDADE, INALIENABILIDADE E IRRENUNCIABILIDADE

Conquanto no direito público a recepção da renúncia a direitos fundamentais seja problemática, como vislumbra Virgílio Afonso da Silva, por vezes sendo rejeitada no âmbito dos direitos fundamentais, as famosas características apostas aos direitos fundamentais, como inalienabilidade e irrenunciabilidade são colocadas em xeque¹⁶¹.

A fundamentalidade dos direitos fundamentais reflete, conforme expressiva doutrina constitucional brasileira¹⁶², em três principais “características”: (i) irrenunciabilidade: afirmando, em síntese, que se pode deixar de exercer o direito, mas não o renunciar¹⁶³; e (ii) indisponibilidade e inalienabilidade: neste elemento, a doutrina diverge quanto à característica da inalienabilidade e indisponibilidade, sendo que este último termo é tratado como distinto daquele, por vezes, como sinônimo ou, ainda, como um dos efeitos da inalienabilidade. Essa característica, para a doutrina constitucional, afirma a impossibilidade de o titular do direito negociar o bem jurídico tutelado, transferir, vender, doar ou até mesmo destruir. É a impossibilidade de criação, modificação ou extinção de relação jurídicas de direitos fundamentais de modo a tirar o titular da esfera dominante, enfraquecendo a razão de ser do direito¹⁶⁴.

Primeiramente, cabe separar e definir os institutos afins da indisponibilidade e inalienabilidade, na medida em que doutrina diverge quanto à característica da inalienabilidade e indisponibilidade.

A característica da inalienabilidade, na maioria dos seus aparecimentos, expressa a impossibilidade de o titular do direito negociar o bem jurídico tutelado, transferir, vender, doar ou até mesmo destruir.

Para Uadi Lammêgo Bulos, são os direitos fundamentais inalienáveis porque são indisponíveis, não podendo o indivíduo comercializá-los, já que esvaziado a

¹⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares 1. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

¹⁶² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 534; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo** 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 183; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição** 7. ed., 9. reimp. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2011, p. 416-417; MENDES, **Curso de direito...**, p. 148.

¹⁶³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 534; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo** 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 183.

¹⁶⁴ MARTEL, Leticia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 11, n.2, p. 334-373, jul./dez. 2010, p. 336.

norma de valor econômico¹⁶⁵. No mesmo sentido Afonso da Silva afirma que a inalienabilidade indica impossibilidade de negociação e transferência destes direitos, posto que não possuem conteúdo econômico-patrimonial¹⁶⁶, sendo indisponíveis aos indivíduos¹⁶⁷.

Walter Claudius Rothenburg, por outro lado, ao comentar a inalienabilidade como característica básica dos direitos fundamentais, traz que não pode o sujeito se desinvestir deles, embora na prática possa deixar de “atuá-los”, ao que aplica-se-lhes a distinção entre “capacidade de gozo (irrenunciável) e capacidade de exercício (disponível)”¹⁶⁸.

Em sentido similar, Walber de Moura Angra afirma que são os direitos fundamentais sociais irrenunciáveis, não sendo passíveis de renúncia, tampouco se demandando contraprestação para sua concessão. Não o são também inalienáveis, estando fora da disposição de seu titular, obstando-o de transferir a outrem ou negociar os direitos fundamentais, ainda que tenham um conteúdo patrimonial, econômico, como a propriedade intelectual ou o direito à imagem. Afirma o autor que “a inalienabilidade dos direitos sociais liga-se, diretamente, ao poder de autodeterminação do indivíduo, protegendo uma parcela de liberdade considerada imprescindível ao desenvolvimento do ser humano”^{169 170}.

Já conforme Mendes, o predicado inalienável informa o atributo de um direito ou coisa que se exclui de potencial disposição, seja esta material (destruição da coisa

¹⁶⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 534.

¹⁶⁶ Em sentido similar, Alexandre de Moraes. Ver: MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9788597026825. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026825/>. Acesso em: 23 jan. 2022.

¹⁶⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo** 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 183.

¹⁶⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas características. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 30, n. 146, jan./mar. 2000. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org). **Teoria geral dos direitos humanos**. Coleção Doutrinas Essenciais, v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.036.

¹⁶⁹ ANGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coords). **Tratado de direito constitucional**, v. 1, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 517, 530-531.

¹⁷⁰ Continua afirmando, ainda, que: “Quando em decorrência dos direitos fundamentais há a produção de bens patrimoniais, como os direitos autorais que são inerentes a liberdade de pensamento e expressão, esses podem ser alienados sem maiores restrições. O que permanece de livre disponibilidade do cidadão é sua capacidade de pensar e se exprimir, isto é, as prerrogativas de segunda dimensão são irrenunciáveis, podendo ser transacionado o seu resultado econômico, desde que não haja restrição legal” (ANGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coords). **Tratado de direito constitucional**, v. 1, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 530).

ou bem materialmente considerado), seja disposição jurídica (renúncia, doação, compra e venda). Impede que o titular torne impossível o exercício desse direito por si, tanto no mundo sensível quanto no mundo jurídico, não sendo suficiente a simples anuência do titular ao ato de preterir o direito fundamental, seja qual for o fundamento¹⁷¹. Ainda, quanto à indisponibilidade, estando ela ligada à dignidade humana, e esta vinculada à potencialidade de liberdade e autodeterminação do homem, os direitos que visam, sobretudo, à proteção da vida e da incolumidade física, bem como resguardam a liberdade de gerir os atos de sua vida sem ser coagido, tornam-se indisponíveis, afastados da livre ingerência humana¹⁷². Noutros termos, os direitos que extraem na fundamentalidade a dignidade humana, por garantir liberdade e autodeterminação, são indisponíveis aos sujeitos, não podendo ser alienados.

Vê-se que parcela da doutrina constitucional usa os institutos como sinônimos, sem lhes expressar significados que os distingam: num argumento circular, os termos se confundem e não são individualizados¹⁷³.

Emerson Garcia ensina que alguns direitos fundamentais também reafirmam obrigações perante o poder público ou perante terceiros, como os relacionados a voto, educação de ensino básico, pagamento de tributos (e outros que reconhecem a importância da participação do indivíduo na formação de estruturas de poder e de cidadania), não devendo o indivíduo compreendê-los como imposições, mas como direitos-deveres fundamentais, cujos valores protegidos vão além da individualidade humana e são, por isso, indisponíveis ao sujeito. Do mesmo modo que um sujeito não pode violar a dignidade humana do outro, a própria¹⁷⁴ lhe é indisponível¹⁷⁵, sendo,

¹⁷¹ MENDES, **Curso de direito...**, p. 145.

¹⁷² *Ibid*, p. 145.

¹⁷³ Similar afirmação faz Pedro Adamy em referência à “circularidade do problema em que somente se pode renunciar àquilo de que se dispõe e somente tem caráter disponível aquilo que é considerado renunciável” (ADAMY, Pedro. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 77).

¹⁷⁴ Sobre o dever fundamental (impossibilidade/indisponibilidade) de um sujeito de não atentar contra a própria dignidade humana, ainda que um outro indivíduo dê o consentimento para violação de seus direitos humanos àquele sujeito (atentando contra a dignidade do indivíduo violado e, por consequência, o homem singularmente considerado), vale-se destacar a decisão do Conselho de Estado Francês, no *Caso Commune de Morsang-sur-Orge (lancers de nain)*, que caçou o Acórdão do Tribunal Administrativo de Versalhes e estabeleceu que a dignidade humana é um componente de ordem pública, podendo os poderes constituídos (inclusive o prefeito por decreto, como ocorreu no caso concreto) adotar as necessárias providências à sua proteção (RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Le service public de la diffusion du droit. Conseil d'Etat, Assemblée, du 27 octobre 1995, 136727, publié au recueil Lebon. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007877723>. Acesso em: 14 jul. 2021).

¹⁷⁵ GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**: esboço de uma teoria geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 189.

portanto, o direito-dever não disponível.

No entanto, ciente de que nem todos os direitos fundamentais estão intrinsicamente garantindo ou protegendo o núcleo da dignidade humana, tem-se que igualmente não os seriam inalienáveis, senão que somente aqueles tangentes à proteção dos interesses precípuos à condição biológica humana, afetos diretamente à vida e à liberdade¹⁷⁶ dos sujeitos, compreendida esta tanto na de agir ao meio social e político, quanto na de reafirmar a autonomia privada do indivíduo¹⁷⁷. Para este ponto da indisponibilidade defendida por Mendes, a despeito de se adotar a premissa de ser inviável a disposição de forma irrevogável de alguns direitos fundamentais, o exercício de alguns direitos fundamentais específicos pode ser restringido em defesa de outros valores ou direitos fundamentais acolhidos ou tolerados pela Constituição.

Nilsiton Aragão, num sentido não tão distante de Mendes, afirmando não ser a indisponibilidade característica dos direitos fundamentais, a subdivide em disposição jurídica e material, em inalienabilidade e irrenunciabilidade. Acerca da indisponibilidade, para o autor é um atributo que materializa a vedação ao indivíduo de se desfazer dos direitos fundamentais, tampouco podem terceiros agir de forma atentatória sobre eles. Entretanto, tal elemento não subsiste em todos os casos, face a autodeterminação do sujeito¹⁷⁸, pois, como ensina Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁷⁹, a indisponibilidade tem como fundamento a dignidade do homem e, por isso, somente devem possuir relevante atributo os direitos que visam a resguardar de forma direta o potencial humano da autodeterminação.

Com o atributo da inalienabilidade, não podem ser objeto de negócio jurídico

¹⁷⁶ MENDES, **Curso de direito...**, p. 146.

¹⁷⁷ Autonomia privada que é condição primeira para se pensar, exigir e usufruir os demais direitos – é a autonomia pessoal, a primeira expressão da consciência e da liberdade valorativa humana, um eis aí ao mundo (GUMBIS, Jaunius et. al. Do human rights guarantee autonomy? **Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol nº 62/63**, p. 77-93. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26750.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2021). No contexto original: “Personal freedom itself is the core postulate in the context of human rights. Every human being is inherently free to choose how extensively he/she wants to enjoy rights. No authority or institution has the power to interfere as a regulator of the ego –the autonomous person–. Freedom derives from behavior and consciousness of the human being. The supremacy of freedom is the ultimate regulator of our times. On the other hand, there are many common factors that constantly influence the individual, such as reputation, public opinion, etc. Autonomy constitutes a prerequisite for proper implementation of human rights. The stronger personal autonomy is, the more advanced and productive a human being may strive to become. An autonomous person is the best self-advisor on compliance to his/her expertise and life style. Rights embedded in a legal document are not sufficient to guarantee and protect a modern individual” (p. 93).

¹⁷⁸ ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Conceito analítico de direitos fundamentais. **Revista Direitos fundamentais e justiça**, ano 07, nº. 22, p. 170-193, jan./mar.2013, p. 181.

¹⁷⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva: 2018, p. 145.

direitos fundamentais, seja da transmissão do exercício, seja da própria existência, gratuita ou mesmo onerosa, devido ao vazio econômico patrimonial desses direitos¹⁸⁰, a implicar a nulidade dos contratos em decorrência da ilicitude do objeto, a exemplo de impossibilidade de contrato com objeto de venda de parte do corpo. Todavia, já demonstra o autor que pode ter como objeto de contrato, por exemplo, a privação da liberdade num dado espaço e tempo, bem como exposição da intimidade do indivíduo para os *reality shows*. De igual forma que a existência ou o exercício de um direito não pode ser objeto de um contrato principal, não pode assegurar outro contrato (dar em garantia um direito fundamental), como “dar uma tira de couro” de terceiro em garantia a um contrato de empréstimo¹⁸¹, mais uma vez encontrando “relativização” no direito pátrio¹⁸².

Também, quanto à característica difundida da irrenunciabilidade (enquanto inerente ao direito fundamental), impõe-se colacionar a manifestação de Ivo Dantas, para quem “os Direitos e Garantias Constitucionais no atual Constitucionalismo Socioeconômico ocupam posição de irrenunciabilidade com [juntamente a] os denominados Direitos Sociais, Direitos Coletivos e Direitos Difusos”¹⁸³. Ainda Moura Angra afirma que se refere a irrenunciabilidade ao impedimento do beneficiário (titular)

¹⁸⁰ Não se deve entender aqui que a indisponibilidade está conectada à importância patrimonial, demonstrando suposta equivalência entre direito patrimonial com direito disponível e direito não patrimonial (personalíssimo, a exemplo) como direito indisponível, porquanto as duas dimensões, econômica e existencial, podem se sobrepor e reciprocamente se implicar (a exemplo de direitos fundamentais trabalhistas e previdenciários). Nesse sentido, Barroso, citado por Martel, afirma que há direitos fundamentais que detêm sua esfera de patrimonialidade e isso não afasta, pela importância do bem jurídico tutelado e pela não preponderância de caráter patrimonial, o atributo disponível da norma (BARROSO, Luís Roberto. O direito individual à própria imagem e a possibilidade de disposição por parte do titular: conteúdo e limites, p. 5 e 8, *apud* MARTEL, **Direitos Fundamentais indisponíveis...**, p. 28).

¹⁸¹ ARAGÃO, *op. cit.*, p. 182, citando Shakespeare.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 407.688/SP. EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça: PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. EXECUÇÃO. LEI N. 8.009/1990. ALEGAÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA. FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO. PENHORABILIDADE DO IMÓVEL. 1. Para fins do art. 543-C do CPC: “É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990”. 2. No caso concreto, recurso especial provido (REsp 1363368/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 21/11/2014).

¹⁸³ DANTAS, Ivo. Direitos individuais e coletivos. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coords). **Tratado de direito constitucional**, v. 1 – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 480.

dessas prerrogativas “de dispor sobre elas, renunciando a sua titularidade, como se fossem objetos privados que adentrassem sua esfera de disponibilidade”. Continua afirmando que conquanto possua o titular do direito liberdade para decidir se deve ou não “buscar sua tutela judicial, haja vista ser um direito subjetivo, ele não pode abdicar de seu usufruto porque se configura como um apanágio de sua própria personalidade”. Todavia, afirma a possibilidade de autolimitação do exercício do direito quando delimitada, por ele, a extensão de sua utilização, mas, ainda, como tida como “uma prerrogativa irrenunciável”, haverá sempre possibilidade de retomar o exercício dele de forma plena, ou mesmo revogar alguma decisão limitadora¹⁸⁴.

No que tange à renunciabilidade dos direitos fundamentais, tal figura de disposição tem como expressão um ato unilateral e voluntário, de forma total ou até mesmo parcial, expresso do titular do direito subjetivo de, independentemente de manifestação plúrima quanto aos atos de execução para resultado, se desfazer dele ou até mesmo não o aceitar. Deriva a enunciação de um compromisso voluntário de não exercício de direito, não se confundindo com a perda de direito ou o mero não exercício de direito^{185 186}. Tal face do atributo também encontra óbice em se tratando de direitos fundamentais, conforme a doutrina dominante, mais uma vez justificada na dignidade da pessoa humana, sendo que se eventual renúncia a direito fundamental importar em ato com repercussão na ordem jurídica, será considerada nula¹⁸⁷.

No entanto, verifica-se possível a disposição, pela renúncia, a direitos fundamentais, em inúmeras hipóteses¹⁸⁸, a exemplo do empregado que abre mão de

¹⁸⁴ ANGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coords). **Tratado de direito constitucional**, v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 531

¹⁸⁵ SOUZA, Antonio André Muniz Mascarenhas de. Renúncia a direitos fundamentais no regime de parcelamento fiscal. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 2, 2013, nº 6, p. 5851-5889, Lisboa/Portugal, p. 5858. No entanto, o autor entende como pressupostos da renúncia (i) a titularidade do direito fundamental; (ii) declaração livre e inequívoca de vontade; (iii) existência de vantagem ao particular; (iv) previsão em lei. Pondera, por fim, acerca da renunciabilidade dos direitos fundamentais, que a decisão sobre a validade das renúncias deve obedecer a um processo de ponderação de princípios orientadores de uma solução racional, não se ultrapassando os limites dos limites, sopesando os fins estatais e o nível de sacrifício de direito (SOUZA, Antonio André Muniz Mascarenhas de. *op. cit.*, p. 5886)

¹⁸⁶ Sobre as categorias afins, como não exercício, suspensão ou perda de direitos fundamentais, ver tópico: 4.1.

¹⁸⁷ ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Conceito analítico de direitos fundamentais. **Revista Direitos fundamentais e justiça**, ano 07, nº. 22, p. 170-193, jan./mar.2013, p. 183.

¹⁸⁸ Como afirma Antonio Mascarenhas Souza, como premissa, é necessário rejeitar um aparente consenso que existe no Brasil e até então não devidamente submetido à crítica de que são irrenunciáveis os direitos fundamentais. Conforme o autor, ainda: “vantagem do cidadão contra o Estado não pode transformar-se apenas em ônus sem efetividade. No espaço que preserve seu mínimo

direitos trabalhistas em prol de outra vantagem (como a manutenção no próprio emprego)¹⁸⁹ ou até mesmo da renúncia, homologada pelo judiciário, quando dos supostos acordos em que o empregado vai em busca do seu salário mínimo não percebido¹⁹⁰, ou da autoflagelação, ou da recusa de transfusão de sangue, estando, como neste último exemplo, a renúncia conexa ao exercício de outro direito fundamental (atentando-se, por exemplo, contra o direito à vida ou contra o direito à integridade física em decorrência do exercício da liberdade de manifestação, de crença)^{191 192}.

A renúncia, conforme observa Benedita Mac Crorie¹⁹³, tem, no entanto,

essencial, mostra-se conveniente uma abertura para relações jurídicas de custo-benefício, em que o enfraquecimento de um direito, além de simplesmente ampliar a margem de atuação estatal, jogue também a favor de seu titular, consciente dessa opção". SOUZA, *op. cit.*, p. 5855-5856

¹⁸⁹ Mesclando-se aqui com efeito de disposição por via da alienação.

¹⁹⁰ Nesse sentido, adverte Teixeira e Cabral que a indisponibilidade dos direitos fundamentais de ordem trabalhista reflete na impossibilidade de qualquer alteração na posição jurídica do titular, impedindo-o de abdicar ou se despojar do direito, exemplificando como direito absolutamente indisponível o direito ao salário do empregado, a contraprestação financeira do trabalhador que não pode lhe ser subtraída, bem como o direito à anotação do trabalho na CTPS porquanto atrativa ao interesse público ante as repercussões previdenciárias e tributárias, também ligadas à dignidade humana do trabalhador. TEIXEIRA, Sérgio Torres; CABRAL, Delmiro Borges. Meios adequados de solução de conflitos trabalhistas e a prevalência da vontade dos sujeitos da relação de emprego: compreendendo a dicotomia entre a indisponibilidade absoluta e a indisponibilidade relativa de direitos trabalhistas. **Revista direito e justiça**: reflexões sociojurídicas. Santo Angelo, v. 19, n. 34, p. 71-95, mai./ago. 2019. Disponível em: http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/2939. Acesso em: 14 jul. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.31512/rdj.v19i34.2939>.

¹⁹¹ Sendo que, num caso concreto, a renúncia é determinada, ou chancelada, pelo poder judiciário, que em uma ponderação de valores determina qual direito prevalece sobre o outro, relativizando, portanto, o atributo indisponível/irrenunciável de um dos direitos fundamentais.

¹⁹² Doutro ângulo, Terrance McConnell afirma que o consentimento para a disposição de um direito fundamental, no caso o direito à vida (para eutanásia ou suicídio assistido) não torna o direito alienável, tampouco importa em renúncia, na medida em que a disposição consentida do direito não causa dano social bem como soma-se à defesa de outros bens merecedores de tutela jurídica (autonomia e dignidade na morte). Conforme o autor: "This makes McConnell seem more concerned about proper labeling of rights (as inalienable or not) than about the moral substance of those rights. This comes through in his discussions of euthanasia and assisted suicide. According to McConnell, the inalienability of the right to life is compatible with legally permitting euthanasia or assisted suicide. Under the right conditions, a social policy of allowing euthanasia or assisted suicide may not lead to the kind of social harms associated with a blanket policy permitting killing on consent while at the same time promoting other goods (McConnell lists promotion of patients' autonomy, minimizing their suffering, and promoting deaths with dignity). One might wonder whether this isn't a case of being able to consent away one's right to life, since consent is necessary for euthanasia and assisted suicide. McConnell's reply is that while consent is necessary in this context, it is not consent alone but consent with other conditions that permits euthanasia and assisted suicide. Therefore, the inalienability of the right to life is still preserved. It turns out then, that under the right circumstances, person can consent away his life. What McConnell maintains is that this should not be labeled a giving up of an inalienable right". MCCONNELL, Terrance. Inalienable Rights: the limits of consent in medicine and the law. Oxford: Oxford University Press, 2000, in **The Philosophical Review**, v. 111, nº 2, abr. 2002, p. 275-278. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3182625>. Acesso em: 14 jul. 2021. Constata-se, daí, ponderação de princípios, que não excluem uma norma eventualmente afastada.

¹⁹³ MAC CRORIE, Benedita. Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares – algumas notas, p. 141-150, 2017, p. 148-149, In: FIGUEIRAS, Claudia Sofia Melo

encontrado alguns limites, a saber: a proporcionalidade, a proibição do excesso, a não mitigação do núcleo essencial, a ordem pública e os bons costumes, bem como tem-se levantado o princípio da dignidade da pessoa humana. Pondera a autora que o poder de dispor sobre posições subjetivas de direitos fundamentais não encontra, em regra, previsão legal¹⁹⁴.

Ademais, como bem pontuam Teixeira e Farias¹⁹⁵, o Estado que obsta a disposição de um direito pelo indivíduo, desacredita na autodeterminação deste, exercendo seu papel paternalista¹⁹⁶ em detrimento do exercício de direitos, que acoberta também a capacidade de dispor dele. No mesmo sentido, George Marmelstein afirma que impedir que uma pessoa com plena capacidade de discernimento e livre de quaisquer pressões psicológicas negocie ou renuncie, de forma racional, a direitos fundamentais é ofender um atributo básico da dignidade humana: a autonomia da vontade¹⁹⁷. Autonomia¹⁹⁸ esta ligada à própria perspectiva de vida e de desenvolvimento da personalidade¹⁹⁹.

(coord.), *et. al.* **Estudos em homenagem ao professor Doutor Antônio Cândido de Oliveira**, Coimbra/Portugal: Livraria Almedina, 2017, p. 149.

¹⁹⁴ Excepcionalmente, em matérias de sensibilidade pessoal ou social, ou mesmo em casos em que indivíduos se encontram em *locus* de evidente vulnerabilidade, a legislação traz a impossibilidade ou os termos condicionadores e limitadores do ato de renúncia.

¹⁹⁵ FARIAS, Cleide Marcia de; TEIXEIRA, João Paulo. Renúncia a direitos fundamentais: modalidades e efeitos a partir da teoria constitucional contemporânea. **Revista pensamento jurídico**. São Paulo, v. 9, nº. 1, p. 219-319, jan./jun. 2016.

¹⁹⁶ Paternalismo aqui considerado como uma atuação impositiva do Estado que visa proteger a pessoa contra ações dela mesmo, velando-se pela concretização dos direitos fundamentais em detrimento da vontade do indivíduo. No mesmo sentido, afirma Crorie que se posiciona em não ser devida a atuação paternalista estatal, devendo ocorrer somente em casos extremos, que impliquem na autodeterminação futura do sujeito (CRORIE, Benedita Mac. Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares – algumas notas, p. 141-150, 2017, p. 144, In: FIGUEIRAS, Claudia Sofia Melo (coord.), *et. al.* **Estudos em homenagem ao professor Doutor Antônio Cândido de Oliveira**, Coimbra/Portugal: Livraria Almedina, 2017). Paternalismo pode se demonstrar legitimado quando, mesmo contra a vontade do indivíduo, ou estando este insciente, a imposição estatal resguarda bem jurídico importante (como a vida) e o ato não viola a autodeterminação, auto-realização, a vida digna da pessoa (MÖLLER, Kai. Selbstmordverhinderung im freiheitlichen Staat. Pp. 230-243. P. 239-240)

¹⁹⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 439-440.

¹⁹⁸ De importância referir que a autonomia completa humana e os inalienáveis direitos naturais não coexistem juntamente.

¹⁹⁹ Cabe referir a afirmação de Kai Möller, para quem a autonomia do indivíduo dá-lhe o direito ao suicídio, em defesa da liberdade geral (visando ao livre desenvolvimento da personalidade) na qual o sujeito busca sua auto realização, devendo o Estado respeitar a valoração dada pelo indivíduo à sua existência, pois sabedor do ponto de sua realização, do seu ser e o de terminar de ser (em circunstâncias concretas o morrer é melhor que o viver – não se tratando aqui somente por questões físico-biológicas, mas também éticas – comportamentos valorados). Ampara suas afirmativas sob a fortaleza do artigo 2, I, Grundgesetz (GG – Lei Fundamental da Alemanha. Disponível em: https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01-245122. Acesso em: 16 ago. 2021) que se coaduna com o direito à vida digna (afirmando, nesse ponto, que o direito à vida deve ser olhada também sob à ótica da inviolabilidade da dignidade do homem, esta devendo ser

É, por conseguinte, justificável a intervenção estatal quando se constatar absoluta hipossuficiência e ausência de liberdade na manifestação de vontade do indivíduo que tende a dispor dos direitos fundamentais que é titular. Do contrário, ao presumir a incapacidade do sujeito, mesmo quando ele livre e consciente externaliza o desejo de disposição do próprio direito fundamental que titula, imiscuindo por isso – seja por razões religiosas, seja por paternalismo – com a “travestida” regulação e restrição sob o nome de “indisponibilidade”, atentar-se-ia de forma desproporcional ao direito constitucional e fundamental da autonomia da vontade.

Ainda, cabe referir os estudos de Martel que, com base em Robert Alexy, afirma que a restrição de direitos fundamentais se dá de forma (é justificada) heterônoma (consentimento propulsor de terceiro), ao contrário da disposição de direito fundamental que se parte de forma autônoma (consentimento da autolimitação é do titular, ainda que haja um consentimento de terceiro – posterior), e, entendendo a relação tríade (sujeito titular do direito; o Estado, contra quem se exerce; e o objeto), exigir do jurisdicionado que disponha do seu direito fundamental (da posição jurídica subjetiva de que é titular) “se seu ato atender à necessidade, à adequação e à proporcionalidade em sentido estrito” (limitando sobremaneira o exercício do direito) é o mesmo que “igualá-lo à figura do Estado”, mesmo não sendo ele, em regra, titular do direito geral de liberdade e de outros direitos fundamentais do modo como são os jurisdicionados²⁰⁰.

respeitada e protegida pelo Estado, conforme art. 1, I, GG) (MÖLLER, Kai. Selbstmordverhinderung im freiheitlichen Staat. p. 230-243. Disponível em: https://www.nk.nomos.de/fileadmin/kritv/doc/KritV_05_03.pdf. Acesso em: 16 ago. 2021). Acerca da cláusula geral de liberdade, Martel afirma, com amparo em Robert Alexy, que os direitos são *prima facie* disponíveis, sendo ampla a liberdade de atuação dos sujeitos, cabendo ao titular (na relação tríade – titular do direito exercente, destinatário contra quem se exerce e o objeto, bem jurídico tutelado) “uma margem de ação para definir seus próprios direitos”, podendo, por isso, dispor de posições jurídico-subjetivas de direitos, cabendo o ônus argumentativo de restrição de direitos ao Estado. Adverte a autora, ainda, que a disposição *prima facie* não obsta a gravação do atributo de indisponibilidade em direitos fundamentais (justificadamente), concluindo que a indisponibilidade nos direitos fundamentais é inerente ao plano normativo, e não ligado ao instituto em si (conceitual). MARTEL, Leticia de Campos Velho. **São os direitos fundamentais disponíveis? Reflexões à luz da teoria dos direitos de Robert Alexy**, 2009. Disponível em: https://works.bepress.com/leticia_martel/4/. Acesso em: 01 set. 2019.

²⁰⁰ Em suas palavras: “Poder-se-ia exigir do sujeito que seus fins, com a disposição, fossem constitucionalmente determinados? Claro que não. (...) Disto se conclui que a disposição de posição jurídica subjetiva de direito fundamental não é sinônimo de restrição de posições jurídicas subjetivas de direito fundamental. Seguindo as conclusões expressas linhas acima, tem-se que a proibição da disposição, por ato estatal, é que deve ser tratada como restrição ou violação de direitos fundamentais, em especial o direito geral de liberdade. O enunciado normativo estatal que proibir a disposição ou que a regular haverá de ser apreciado segundo o método de exame das restrições. Com isso não se quer dizer, sobremaneira, que todo e qualquer ato de disposição de posições jurídicas de direito fundamental deve ser permitido. Haverá inúmeros casos nos quais a proibição se mostrará uma restrição e, portanto,

Como já ponderou Elton Venturi, identificar os direitos fundamentais como *prima facie* disponíveis, conquanto não se mitigue de forma absoluta a controvérsia, permite fundamentar de forma libertadora, eficiente e lógica a relativização de excessos paternalistas perceptíveis no sistema de justiça brasileiro, que em diversos casos “escraviza bem mais do que liberta, retrocede bem mais do que avança a verdadeira proteção dos direitos fundamentais”^{201 202}.

A indisponibilidade dos direitos fundamentais apresenta a imprecisão quanto ao seu sentido quando predica o plano conceitual-descritivo, a definir o direito fundamental indisponível originariamente, como também no plano normativo, que traz dificuldade de justificação do *dever ser* a permitir a coerção estatal em prol da indisponibilidade dos direitos fundamentais²⁰³.

O rol de exemplos práticos que desafiam o plano conceitual descritivo dos direitos fundamentais de caractere indisponível se agiganta: a vida, a integridade física, a honra e imagem, a liberdade, todos são bens juridicamente tutelados pelo Direito e que, com a anuência dos indivíduos titulares do direito, podem ser por eles alienados, dispostos, renunciados. Como afirma Pedro Augustin Adamy, somente em poucos casos pode-se definir abstratamente a completa irrenunciabilidade ao direito fundamental²⁰⁴.

É certo que os direitos fundamentais visam à proteção de um bem perante terceiros, seja o Estado, seja um particular. Não obstante, a indisponibilidade do direito fundamental conduz, conforme sentido captado por Martel, à impossibilidade de enfraquecimento da titularidade do bem juridicamente tutelado pelo detentor perante

acorde à Constituição. Haverá inúmeros casos nos quais a exigência de condições e requisitos, por vezes bastante fortes, mostrar-se-á uma restrição e, portanto, constitucional. Todavia, haverá inúmeros casos nos quais a proibição de dispor poderá ser uma violação de direitos e, portanto, inconstitucional". MARTEL, **Direitos Fundamentais indisponíveis...**, p. 81-83.

²⁰¹ VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, v. 251, 2016, p. 391-426, jan. 2016, p. 15.

²⁰² Posiciona-se aqui, frente à dogmática constitucional dos direitos fundamentais, pela disponibilidade *prima facie*, mormente quando se está a estudar analiticamente o direito fundamental subjetivo (sentido amplo). A indisponibilidade *prima facie*, quando bem fundamentada, não está na característica do direito fundamental, senão que encontra amparo argumentativo no bem da vida objeto de proteção. Veja-se, por exemplo, os estudos de Camila Sailer Rafanhim de Borba, que se posiciona, no âmbito do Direito do Trabalho, pela proteção da indisponibilidade *prima facie*, sem estabelecer “características e consequências do reconhecimento da indisponibilidade” genericamente, em quaisquer situações, mas trazendo na dependência “da espécie de direitos de que se está tratando”. BORBA, Camila Sailer Rafanhim de. **A (in)disponibilidade individual e direitos trabalhistas na execução da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos**: a separação do dogma da autonomia da vontade do trabalhador e a efetividade da tutela coletiva. Curitiba: UniBrasil, 2015, p. 69.

²⁰³ MARTEL, Indisponibilidade de direitos..., p. 336.

²⁰⁴ ADAMY, Pedro Augustin. **Renuncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 27.

terceiros²⁰⁵, conduzindo à ideia de vedação ao indivíduo detentor do direito fundamental, cerceando uma suposta livre autonomia, de abrir mão de bens juridicamente tutelados cujos conteúdos são de significativa importância humana.

Juan Sosa Sacio afirma que os direitos constitucionais são em seu aspecto objetivo indisponíveis, implicando irrenunciabilidade da titularidade do direito²⁰⁶. Aduz, ainda, que o caráter indisponível é compatível com os direitos fundamentais na dimensão subjetiva²⁰⁷, que, para o autor, está ligado ao exercício do direito, sendo vedado ao Estado o imiscuir na vida dos sujeitos, impedindo-os de se auto lesionarem quando do não exercício de seus direitos fundamentais, na medida em que o livre desenvolvimento da pessoa, de acordo com sua autonomia e visão de mundo, impede que o Estado imponha suas concepções morais e arbitrárias sobre a liberdade de ação humana²⁰⁸.

Conforme pontuado por Luis Roberto Barroso, é simplista e não compreende todas as linearidades do tema a afirmação de que os direitos fundamentais, bem como os direitos de personalidade de forma em geral, são integralmente indisponíveis, porque urgem à consideração a liberdade e a autonomia pessoal protegidas pela Constituição Federal²⁰⁹.

Ademais, verificar-se-ia um caos na justiça brasileira se todos os direitos fundamentais (individuais ou coletivos), ou mesmo os direitos de personalidade,

²⁰⁵ MARTEL, **Indisponibilidade de direitos...**, p. 340.

²⁰⁶ SOSA SACIO, Juan Manuel. Sobre el carácter “indisponible” de los derechos fundamentales. Ponencias inéditas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional em **Gaceta Constitucional**, Arequipa, nº 9, set. 2008, pp. 503-516, p. 516. Cita ainda decisão do Tribunal Constitucional Peruano que vale a transcrição explicativa: “(...) el contenido o ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad comprende la ‘libertad de actuación humana en el sentido más amplio’, la ‘libertad de actuación en sentido completo’. Se trata, entonces, de un ‘derecho autónomo que garantiza la libertad general de actuación del hombre’ y que no se confunde con la libertad de la actuación humana ‘para determinados ámbitos de la vida’ que la Constitución ha garantizado a través de específicos derechos fundamentales, tal como sería el caso de las libertades de expresión, trabajo, asociación, etc” (STC Exp. Nº 0007-2006-PI/TC. Disponível em: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2006-AI.html#_ftn4. Acesso em: 23 jan. 2022).

²⁰⁷ Acerca da dimensão titularidade e capacidade de exercício de direitos fundamentais, vale o destaque de Jorge Reis Novais: “parece evidente que, no plano dos conceitos, uma coisa é ter a titularidade de uma posição jurídica de direito fundamental e outra, perfeitamente distinta, é ter a capacidade, fática ou jurídica, de concretamente invocar essa posição no exercício concreto das faculdades ou poderes que a integram” (NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**, vol. I, Coimbra: Coimbra, 1996. p. 282).

²⁰⁸ SOSA SACIO, Juan Manuel. Sobre el carácter “indisponible” de los derechos fundamentales. Ponencias inéditas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional em **Gaceta Constitucional**, Arequipa, nº 9, set. 2008, pp. 503-516, p. 510.

²⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito individual à própria imagem e a possibilidade de disposição por parte do titular: conteúdo e limites**. Parecer não publicado. Mimeografado, *apud*. MARTEL, **Direitos Fundamentais indisponíveis...**, p. 20.

fossem indisponíveis. Não sem sentido que, a despeito do reconhecimento da fundamentalidade de alguns direitos insculpidos na Constituição da República, nem todos têm o atributo “indisponível”, seja na esfera tributária²¹⁰, seja trabalhista ou previdenciária²¹¹, seja civil, ou mesmo penal.

Conforme Adamy, o problema do poder de disposição, que implica o problema da renunciabilidade, deve ser analisado na relação existente entre o direito fundamental e a predominância do interesse na esfera particular do titular da posição

²¹⁰ Como demonstrado por Martel, as limitações ao poder de tributar são instituídas sob a autoridade constitucional com vistas à proteção da propriedade e da liberdade: porque direitos fundamentais. Conquanto o imiscuir administrativo-tributário tenham o condão de lesar bens jurídicos constitucionalmente protegidos, individualmente ou coletivamente (de caráter indisponíveis) considerados – ou ainda que se entenda serem direitos individuais homogêneos coletivamente considerados (elevando a interesse social qualificado – REsp 95.347/SE e RE 631111-GO) – o Supremo Tribunal Federal, alinhando o sistema judiciário, não entende que o Ministério Público é legitimado a atuar em ações na defesa dos administrados, conforme se depreende do AgR no RE 248.191/SP de relatoria do Ministro Carlos Velloso (Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=207&dataPublicacaoDj=25/10/2002&incidente=3561027&codCapitulo=5&numMateria=34&codMateria=3>. Acesso em: 16 ago. 2021).

²¹¹ PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM. 1. Tratando-se de benefício previdenciário, em que não há interesse individual indisponível, mas sim, direito patrimonial disponível, suscetível de renúncia pelo respectivo titular, bem como não sendo relação de consumo, o Ministério Público não detém legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública em defesa de tal direito. Precedentes das Turmas que compõem esta Terceira Seção [...]. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Terceira Seção, EREsp 448.684/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, julgado em 28/06/2006, DJ 02/08/2006, p. 228(Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27ERESP%27.clap.+e+@num=%27448684%27\)+ou+\(%27ERESP%27+adj+%27448684%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27ERESP%27.clap.+e+@num=%27448684%27)+ou+(%27ERESP%27+adj+%27448684%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 16 ago. 2021). Doutra vértice, é acrescentador o destaque da decisão do Superior Tribunal de Justiça que, em *habeas corpus*, decidiu pela não possibilidade de o Ministério Público colocar como cláusula do benefício da suspensão condicional do processo (nos termos da Lei 9.099/95) a renúncia ao benefício previdenciário, trazendo no voto a inconstitucionalidade de tal condição. A cláusula pela Sexta Turma foi considerada abusiva, afirmando o Tribunal a impossibilidade de se privar alguém de benefício previdenciário, porquanto meios de subsistência do denunciado, sem o devido processo legal. Consta do voto condutor do acórdão o seguinte excerto: “Em consequência de tanto, a imposição de renúncia ao benefício à dispensa do devido processo legal é, por certo, além de desproporcional, por privar o beneficiário de seu meio de subsistência, inconstitucional, na medida em que viola o disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, sendo forçoso reconhecer, assim, o constrangimento ilegal decorrente de exigência exorbitante para a concessão de sursis processual, amparável por habeas corpus. [...] Não nos parece que se tenha como condição da suspensão condicional do processo renúncia a direito em si irrenunciável, como é o direito à aposentadoria, se eventualmente cabível. Tampouco se pode recusar ao réu o direito de perseguir, na instância administrativa, a percepção do benefício” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, HC 60.447/RJ, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 03/10/2006, DJ 05/02/2007, p. 401. Acerca da indisponibilidade do benefício constitucional previdenciário, já decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DIREITO SOCIAL DE CARÁTER ALIMENTAR E INDISPONÍVEL. INVALIDADE DA RENÚNCIA ADMINISTRATIVA. NULIDADE DA SENTENÇA. 1. É ineficaz a declaração de vontade que objetive renúncia ao direito de benefício previdenciário – ressalvada disponibilidade tão somente de parcelas -, pois o direito à aposentadoria constitui-se em direito social, de caráter alimentar, personalíssimo e indisponível. [...]. TRF4, AC 1998.04.01.049519-0, QUINTA TURMA, Relator NÉFI CORDEIRO, DJ 24/01/2001.

jurídica tutelada por norma de direito fundamental, ou seja, quando se afeta apenas “a esfera de liberdade individual”^{212 213}.

Finalizando então, e em busca de um conceito analítico de direito subjetivo fundamental, aquelas características acima referidas (inalienabilidade, irrenunciabilidade e indisponibilidade) a ele impostas não correspondem à ideia daquele objeto analisado. Há um equívoco quanto à análise do objeto²¹⁴, da ideia²¹⁵, sugerindo se tratar de conhecimento vulgar²¹⁶.

Alguns predicados aos direitos fundamentais não se verificam substância representada destes, porquanto inúmeros são os exemplos de que estes atributos ou “características” são inexistentes – e se é característica inerente, sua exclusão corresponde à deficiente descrição do objeto, por má compreensão dele.

Sendo assim, necessário é apreender e compreender os elementos caracterizadores dos direitos fundamentais presentes em todas as suas manifestações, de forma imutável, perene, a distinguir das demais normas jurídicas, é compreender a singular significação do direito subjetivo fundamental (determinar o conceito) que o distinga como tal, isto é, estabelecer juízos que atribuam uma qualidade ao objeto estudado que lhe corresponde de forma necessária²¹⁷.

²¹² ADAMY, Pedro. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 82.

²¹³ Segundo o autor, as disponibilidades podem ser diferenciadas considerando-se os sujeitos envolvidos e as condições em que são realizadas, concluindo que: “a disponibilidade de um direito fundamental se refere somente às situações em que o direito tem esse caráter personalíssimo, que não afeta terceiros e que não possua uma dimensão de proteção estatal ou que tenham como fundamento a proteção de um valor constitucionalmente relevante para todos os atingidos pela garantia ao bem jurídico” (*Ibid.*, p. 83).

²¹⁴ O conhecimento envolve dois termos: o sujeito (que conhece) e o objeto, como algo que se conhece ou que se quer ter ciência. O objeto é algo enquanto “passível de conhecimento”, sendo como possível resultado da atividade humana cognitiva. REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 62.

²¹⁵ Nesse sentido, afirma Aragão que o conceito do objeto é ligado à sua forma ideal e não real, sendo expostas características presentes de forma não variada em todas as manifestações possíveis do objeto, cujas qualidades, não obstante eventuais imperfeições do mundo real, se mantêm de forma distinta permanentemente, condicionada, noutros termos, a existência à ideia. ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Conceito analítico de direitos fundamentais. **Revista Direitos fundamentais e justiça**, ano 07, nº. 22, p. 170-193, jan./mar.2013, p. 175.

²¹⁶ Conforme Reale, o conhecimento vulgar ou comum não implica necessariamente ser conhecimento equívoco ou errado. É concebível à medida que os ditam as circunstâncias e nos limites de casos isolados, sem verificação ou dotação de certeza. É um conhecimento fortuito de fatos, onde inexistente procura dos nexos essenciais que unem a experiência bilateral atributiva. Processa-se esse conhecimento sem determinação de nexos de semelhança ou de constância entre fatos, com finalidade de abrangê-los em uma explicação unitária, considerando suas relações necessárias. REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 63.

²¹⁷ É expressar proposições valorativas com pretensão de verdade (ou afastamento de erros), investigando e revelando, de modo congruente, as relações entre conceitos (REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 66-67), notadamente entre os conceitos de direitos fundamentais e as características lhe postas como inerentes de indisponibilidade, irrenunciabilidade e inalienabilidade.

Disto posto, essas características acima referidas não correspondem às qualidades do objeto descrito, qual seja, os direitos fundamentais, como afirma Nilsiton Andrade Aragão, por três motivos: (i) não vinculação com a ideia do instituto jurídico, na medida em que tais adjetivos se externalizam somente com a emergência ou aplicação dos direitos fundamentais²¹⁸; (ii) hipóteses que demonstram a não manifestação daqueles elementos no instituto em diversos casos concretos, não sendo possível que algo exista quando esteja vazio de uma fundamental propriedade que conforme a existência; (iii) discrepância doutrinária acerca de uma proposta classificatória²¹⁹.

Portanto, é controversa na doutrina e na jurisprudência a significação e aplicação do atributo da indisponibilidade aos direitos fundamentais, como categoria em si, que cerceia o titular do direito subjetivo de usá-lo como melhor lhe convier. Restou inequívoco que não se trata de uma característica, posto que, como se viu em exemplos da aplicação na justiça brasileira, a indisponibilidade de direitos tido como fundamentais se tratou da interpretação do caso concreto, do valor dado pelo intérprete que afirmou ser um “dever-ser” daquela forma. A indisponibilidade, com suas facetas na inalienabilidade e na irrenunciabilidade, seja por disposição jurídica, seja por material, impingida pelo Estado, por vezes sobressaindo ao seu poder de restrição de direitos, subtrai do titular a autonomia e a busca deste por livre, igual e justo desenvolvimento, qual assegura-lhe uma vida digna, seja buscando a satisfação de outros direitos humanos e fundamentais como o direito a um julgamento justo, imparcial, motivado, direito à liberdade de expressão e de crença, seja outros tantos controvertidos, mas amparados numa busca racional e justa pelo sujeito, como o direito à morte (interpretada como o resguardo de uma vida digna).

²¹⁸ ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Conceito analítico de direitos fundamentais. **Revista Direitos fundamentais e justiça**, ano 07, nº. 22, p. 170-193, jan./mar.2013, p. 176.

²¹⁹ As “características” acima referidas, ligadas à externalização quando da aplicação dos direitos fundamentais, devem ser estudadas, por conseguinte, como atributos.

5 RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS

5.1 A RENÚNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FUNDAMENTOS E ELEMENTOS

Delineadas as posições jurídicas tuteladas por norma de direitos fundamentais, passa-se a analisar a admissibilidade e o conceito de renúncia.

Conforme expõe Jorge Reis Novais, o titular de um direito fundamental, considerado como um todo, dispõe de um feixe de posições jurídicas protegidas por normas de direitos fundamentais, que se expressam em um conjunto de pretensões, faculdades e poderes frente ao Estado e às entidades públicas, tendo referência, na sua integralidade, ao mesmo direito²²⁰.

Sendo os direitos fundamentais *prima facie* disponíveis²²¹, o que não prescinde a possibilidade de configuração e restrição por parte do legislador, o titular de uma posição jurídica subjetiva possui também, em princípio, o poder de disposição sobre todas as alternativas de ação que decorrem da posição, sobretudo o poder de dispor acerca do “se”, do “quando” e do “como” do (não) exercício fático daquela

²²⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Trotta: Madrid, 2003, p. 233-234.

²²¹ MARTEL, **São os direitos fundamentais...** Veja-se, no mesmo sentido, que Reis Novais utiliza do conceito de direitos como trunfos, adotando o adjetivo de Ronald Dworkin, para enaltecer a posição de vantagem do sujeito, qual configurará os direitos fundamentais *prima facie* disponíveis. Todavia, Martel afirma que não se pode adotar um ponto fixo de partida – pela disponibilidade *prima facie*, ou mesmo a indisponibilidade dos direitos-trunfo – na medida em que (defronte à sustentação de Novais, partindo de um direito geral de liberdade), Dworkin (i) não compreende com mesma importância os direitos de liberdade; (ii) o problema da (in)disponibilidade, que é dependente de princípios, direitos e moralidade comunitária, é interpretativo e apela à discussão moral que envolve os casos difíceis; e (iii) adoção do ponto de vista de Novais se distancia do componente substantivo axiomático da teoria de Dworkin – o dever de tratar a todos com igual respeito e consideração (devendo-se levar em consideração que “que a medida da liberdade advém de sua estreita ligação com a igualdade liberal”) (MARTEL, Leticia de Campos Velho. São os direitos como trunfos disponíveis? Reflexões à luz da teoria dos direitos de Ronald Dworkin. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2007, Belo Horizonte. **Anais do CONPEDI**. Florianópolis: FUNJAB, 2007. p. 6328-6348). Ver ainda: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; e DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Todavia, diante da observação de direitos como trunfos trazida por Martel e sua (in)devida correlação com a teoria de Dworkin (por Novais), esclarece Mascarenhas que, embora Novais se utilize da metáfora de Dworkin dos trunfos, o autor português de forma expressa não acolhe a distinção dogmática entre *policies* e *rights/principles*, explorando em direção oposta a ideia dos direitos como trunfos, “enquanto exigência contramajoritária imposta pela observância da dignidade da pessoa humana” (ver nota de rodapé 10: SOUZA, Antonio André Muniz Mascarenhas de. **Renúncia a direitos fundamentais...**, *op. cit.*, p. 5857).

posição jurídica subjetiva protegida^{222 223}, o que entra numa abordagem analítica da esfera de liberdade jurídica. A disposição é envolvida dentro dessas faculdades em princípio porque a Constituição [ou a lei, acorde àquela] pode privar o titular da utilização dela, estando, pois, a liberdade no centro do ordenamento constitucional, em tutela do livre desenvolvimento da personalidade, da identidade dos sujeitos, acorde ao pluralismo hodierno. Decorre o ato de renúncia, dessarte, como vislumbra também Virgílio Afonso da Silva, do exercício do direito geral de liberdade, intrínseco aos direitos fundamentais^{224 225}.

²²² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Trotta: Madrid, 2003, p. 234.

²²³ Nesse ponto, similar conclusão a que se pode chegar com Alexy. Os fundamentos que possibilitam o exercício da renúncia, trazido por Novais, são a autonomia e a dignidade humanas. Alexy, desenvolve o conceito de liberdade da interpretação normativa de dignidade humana externalizada pelo Tribunal Federal alemão: “a norma da dignidade humana está ‘baseada na compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver em liberdade [...]’”. Alexy afirma que não se trata de uma liberdade positiva interior, como aquela existente no cumprimento, por puro dever, da lei moral, senão que de uma liberdade exterior, que envolve a inexistência de coerção exterior sobre o indivíduo no que diz respeito à sua escolha entre determinadas alternativas de decisão. Essa liberdade inclui sempre a liberdade jurídica negativa, podendo-se afirmar que, inexistindo esta, não há dignidade humana em um sentido juridicamente relevante (ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 355-357). De se notar que o conceito de liberdade negativa proposto por Alexy é aquele que diz respeito ao não estabelecimento de vedações às alternativas de ação, bem como é referente às possibilidades de o sujeito titular do direito fundamental fazer algo. A alternativa de ação é o objeto desta relação triádica, e não diz respeito à liberdade positiva, ou ao estabelecimento de prestações positivas por parte do Estado [podendo ocorrer situação outra em que o sujeito possui direito a algo, o que não implica na liberdade negativa trazida pelo autor]. Nas palavras do autor: “para criação de uma situação de liberdade jurídica é necessária, ao contrário, apenas uma abstenção estatal, ou seja, uma ação negativa. Para a garantia da liberdade não é necessário um direito a prestações, apenas um direito de defesa” (ALEXY, *Teoria dos direitos...*, *op. cit.*, p. 222-223). Também, como bem sintetiza Martel, a liberdade jurídica alexyana pode conter um feixe de posições jurídicas, assumindo feições de um direito a algo, cujo objeto é uma alternativa de ação; ou feições de um privilégio hohfeldiano (tratando como liberdade jurídica não-protégida) e feições de uma imunidade hohfeldiana (MARTEL, **Direitos Fundamentais indisponíveis...**, p. 51).

²²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da, *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo, 2004. Tese de Livre Docência em Direito – Universidade de São Paulo, p.163-164. *apud*. MARTEL, **Direitos Fundamentais indisponíveis...**, p. 97-98. Nas palavras exatas do autor: “[...] é comum que se faça referência à irrenunciabilidade ou à e à inegociabilidade dos direitos fundamentais. Mas por que seriam os direitos fundamentais irrenunciáveis e inegociáveis? Essas características decorrem da estrutura desses direitos? São alguma consequência lógica? São uma convenção? Ou são um mero lugar comum generalizante contra o qual, dada sua consolidação, ninguém se atreve a argumentar? Uma análise um pouco mais profunda poderia, de início, suscitar algumas contradições entre a história e a função primordial dos direitos fundamentais, de um lado, e características como a irrenunciabilidade e a inalienabilidade, de outro. Os direitos fundamentais, junto com a separação de poderes, são conquistas essencialmente liberais e sempre serviram – não somente na sua origem, mas também nos dias atuais – como forma de evitar a ingerência estatal em esferas estritamente individuais. Ora, se os direitos fundamentais são essencialmente direitos de liberdade do cidadão, nada mais coerente que aceitar a liberdade de não exercitá-los [sic], de deles dispor ou de a eles renunciar. Renunciar a direitos fundamentais seria um exercício do direito geral de liberdade, imanente à essência dos direitos fundamentais. Essa é uma posição que, embora aceite algumas ressalvas e limitações e ainda que possa causar desconforto em alguns autores, é perfeitamente compatível com uma teoria liberal acerca dos direitos fundamentais”.

²²⁵ Adamy em sentido análogo afirma que a renúncia a direitos fundamentais deve ser centrada “na proteção das decisões individuais no que tange às escolhas feitas individualmente como – assim

Como afirma Novais, designa-se a expressão renúncia a direitos fundamentais, no campo constitucional, todo um feixe complexo de situações. Há previamente uma posição jurídica subjetiva que protegida por uma norma jusfundamental, qual é enfraquecida face ao Estado ou entidades públicas devido à expressão de vontade aquiescente do titular²²⁶. Assim, o direito constitucional positivo, quando avalia determinada consequência jurídica, pode admitir ou impossibilitar a renúncia quando confere ou abdica relevância jurídica à vontade do titular.

Ainda, traz-se os conceitos de renúncia de Maria Luísa Silva Neto e Antonio Muniz Mascarenhas de Souza. Para a primeira autora, constitui a renúncia um ato voluntário abdicativo, por meio do qual um sujeito “perde” um direito de que é titular, sem, todavia, uma concomitante transferência ou atribuição daquele para outrem²²⁷. Já para Antonio Mascarenhas, no que diz respeito à renunciabilidade dos direitos fundamentais, essa figura de disposição tem como expressão um ato unilateral e voluntário, de forma total ou até mesmo parcial, expresso do titular do direito subjetivo de se desfazer dele ou até mesmo não o aceitar. Assim, deriva a enuncia de um compromisso voluntário de não exercício de direito, não se confundindo com a perda de direito ou o mero não exercício de direito²²⁸.

Pedro Adamy conceitua a renúncia como uma situação em que o titular de direito fundamental renuncia, por expressão de sua vontade, a determinadas posições jurídicas asseguradas por determinado direito fundamental, ou, ainda, consente a que seja restringida ou interferida, pelo Poder Público ou particular, de modo mais intenso a área tutelada por aquele direito²²⁹. No mesmo sentido Novais, que afirma que, da renúncia, há uma redução da proteção do sujeito, como consequência jurídica, frente

acredita-se – melhor forma de desenvolvimento da personalidade”. Continua o autor: “essa liberdade – e a proteção dessa liberdade – de escolha é limitada e toma como base as garantias e a tutela constitucional dos direitos individuais. De acordo, a todos é garantido o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que nesse desiderato não se viole direitos e interesses protegidos de terceiros e se observem os regramentos e os valores constitucionais” (ADAMY, Pedro. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 50-51).

²²⁶ NOVAIS. **Direitos fundamentais**: trunfos ..., p. 215.

²²⁷ SILVA NETO, Maria Luísa Alves da. O Direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo: a relevância da vontade na configuração do seu regime. Coimbra, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, p. 221-246, 2004. Disponível em: https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=49871. Acesso em: 16 abr. 2021.

²²⁸ SOUZA, Antonio André Muniz Mascarenhas de. Renúncia a direitos fundamentais no regime de parcelamento fiscal. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 2, 2013, nº 6, p. 5851-5889, Lisboa/Portugal, p. 5858.

²²⁹ ADAMY, Pedro. Renúncia a Direito Fundamental. In: ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz. Curso de Direito Constitucional [recurso digital]. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 287.

ao Estado ou às entidades públicas, o que resulta, da perspectiva do poder público, um acréscimo da margem de atuação estatal na esfera tutelada de direitos fundamentais daquele sujeito²³⁰.

Dito isto, pode-se perceber alguns elementos essenciais ao ato de renúncia, quais sejam, referem à dimensão subjetiva do direito; está em um contexto de intersubjetividade; refere ao objeto da relação, isto é, à ação ou à alternativa de ação; decorre do consentimento do titular da posição jurídica; e tem como consequência uma limitação na esfera tutelada.

Em um primeiro momento está a dimensão subjetiva da renúncia, na qual importa a questão da titularidade. Assim, deve-se destacar que a renúncia a posições jurídicas subjetivas somente é possível na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, isto é, somente quando possua o indivíduo posições jurídicas tuteladas por normas diretamente, e não indiretamente.

Como se viu, na dimensão objetiva de direitos fundamentais há multifuncionalidade, podendo-se, por exemplo, estabelecer deveres (sem que com isso implique em direitos subjetiváveis) ou mesmo proteger instituições e institutos, tudo com o fito de proteger indiretamente os direitos fundamentais dos indivíduos. Um exemplo disso seria o dever do Estado de construir hospitais públicos, com o fim de proteção ao direito à saúde, à integridade física e psíquica e à vida dos cidadãos. Todavia, trata-se de um dever que não decorre, correlativamente, de um direito subjetivo estritamente individual. Trata-se, antes, de um direito social, de titularidade individual e transindividual, que no simples caso não permite (ressalvadas restritas peculiaridades) subjetivação, e, destarte, exigibilidade (ou justiciabilidade).

As garantias institucionais, que de relevância aos fins investigados, são institutos que protegem e reafirmam valores (emergidos, inspirados e inspiradores no poder instituído) de grande importância político social, sem as quais o ente (bem valorado protegido) pereceria²³¹. Elas consagram e protegem constitucionalmente instituições consideradas indispensáveis à sociedade. São garantias jurídico-públicas e jurídico-privadas que não atribuídas à pessoa em si, não visam à proteção da vida ou da autonomia do indivíduo diretamente, mas protegem instituições relevantes e essenciais à sociedade (e que pode, sim, repercutir na vida de um indivíduo e, por

²³⁰ NOVAIS. **Direitos fundamentais**: trunfos ..., p. 219.

²³¹ ARANHA, Marcio Iorio. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 170.

vezes, a Constituição assegurar um direito subjetivo conexo à instituição assegurada). São exemplos de instituições a maternidade, a imprensa livre, autonomia das universidades, a família, o tribunal do júri, a herança, e outros²³².

O duplo caráter dos direitos fundamentais, institucional e individual, reflete na indissociabilidade por vezes da garantia institucional e da garantia fundamental individual, como o caso da proteção da instituição família e o direito de constituir família e contrair casamento, a garantia da instituição imprensa livre e o direito indissociável da liberdade de imprensa e liberdade de expressão²³³. No entanto, afirma Canotilho, as garantias institucionais, per si, não asseguram aos indivíduos “posições jurídicas autônomas”, exceto quando existentes imbricamentos entre estes e aquelas²³⁴.

Assim, conquanto as garantias institucionais, como expressão da dimensão objetiva, não permitam uma justiciabilidade direta de direitos fundamentais pelos indivíduos, protegendo, todavia, indiretamente seus interesses, não há como falar, de plano, possa ocorrer a renúncia a posições jurídicas porquanto não há norma que tutele subjetivamente aqueles sujeitos, somente objetivamente.

É, por isso, que a renúncia somente pode ser afirmada no campo da subjetividade do direito fundamental, porquanto, logicamente, somente o titular de um direito, que exerce sobre ele poderes e pretensões, pode renunciar a posições jurídicas suas tuteladas por normas de direito fundamental, estando obstando à disposição de direitos que fora de sua titularidade, seja de terceiros (dos filhos, pelos pais, por exemplo), seja da coletividade. Assim, não se pode renunciar à universidade (mas o pode à educação universitária), não se pode renunciar à imprensa livre (mas pode um jornalista renunciar à liberdade de expressão), não pode renunciar à família (mas pode o sujeito renunciar à paternidade biológica). Veja-se que às instituições asseguradas objetivamente, o indivíduo não detém competência (ou poder) para dispor, renunciar, senão que tão somente no que diz respeito aos direitos individuais que estão imbricadas naquelas instituições (privadas ou públicas). O poder de disposição do indivíduo é inerente à sua titularidade²³⁵, notadamente subjetiva, de

²³² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 492.

²³³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Tomo IV, Direitos Fundamentais. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 70-71.

²³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 9. reimp. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2011, p. 398 e 1171.

²³⁵ NOVAIS. **Direitos fundamentais**: trunfos ..., p. 236.

direito fundamental.

A disposição de posição jurídica subjetiva tutelada por norma de direito fundamental é por meio do comportamento do titular, o ocupante do papel dominante na relação. Sendo assim, não poderá ser heterônoma a disposição de posição subjetiva de direito fundamental, ou seja, não é possível a disposição realizada por terceiro e sem referência à justificação em comportamento do titular da posição jurídica tutelada²³⁶.

Assim, em regra, como observa Adamy, a declaração de vontade consentente à interferência pelo sujeito não titular do direito fundamental é inadmissível²³⁷, isto é, apenas o titular do direito fundamental é quem pode renunciar. É por isso que, mesmo estando a criança devidamente representada, o responsável por ela não pode renunciar direitos que estão na esfera de titularidade do infante, que tutelam as posições jurídicas subjetivas deste, como seria, por exemplo, os casos que envolvem

²³⁶ MARTEL. **Direitos Fundamentais indisponíveis**: os limites..., *op. cit.*, p. 63.

²³⁷ ADAMY, Pedro. Renúncia a Direito Fundamental. In: ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz. **Curso de Direito Constitucional** [recurso digital] 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 289-290.

vacina²³⁸, alimentos^{239 240}, ou mesmo tratamento médico²⁴¹, sendo, em exemplo trazido por Novais, o pretense consentimento dado pelos pais em nome do filho menor

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Agravo em Recurso Extraordinário 1267879, Relator Min. Roberto Barroso, julgado em 17 dez. 2020, publicado em 08 abr. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443541/false>. Acesso em: 15 abr. 2021.

²³⁹ Como expressa Adamy, ainda que a mãe ou o pai desejem renunciar ao direito de alimentos dos filhos, por possuírem condições econômico-financeiras de sustentá-los sem o auxílio do outro genitor, não poderão fazê-lo, devido à natureza de direito fundamental irrenunciável. Nas palavras do autor: “Assim mesmo que válida e eficazmente representado o renunciante, ausente a titularidade sobre os alimentos, a renúncia não deve ser tolerada”.

²⁴⁰ Veja-se, ainda, que os cônjuges genitores, quando em divórcio acordam sobre guarda ou alimentos, atuam fazendo proposições ao Poder Judiciário, que, juntamente com o Ministério Público, avaliará os direitos e interesses da criança, podendo homologar ou não o acordo, o qual, ainda, poderá ser revisto em se alterando a situação fática a que incluída o infante, não havendo que se falar em preclusão. Nesse sentido: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DIVÓRCIO CONSENSUAL C/C PARTILHA DE BENS. APRESENTAÇÃO DE ACORDO PELOS CÔNJUGES, COM DISPOSIÇÕES ACERCA DA INTENÇÃO DE SE DIVORCIAREM, DA PARTILHA DE BENS, DO REGIME DE GUARDA, DE VISITAS E DE ALIMENTOS RELATIVOS AO FILHO MENOR. RETRATAÇÃO UNILATERAL. IMPOSSIBILIDADE APENAS EM RELAÇÃO AOS DIREITOS DISPONÍVEIS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...]. 2. Especificamente em relação ao pronunciamento dos cônjuges quanto à intenção de se divorciarem, às disposições relacionadas à divisão dos bens e dívidas em comum e, no caso, à renúncia de alimentos entre si, por se encontrarem na esfera de sua estrita disponibilidade, seus termos não de ser considerados como verdadeira transação, cuja validade e eficácia dependem exclusivamente da higidez da manifestação de vontade das partes apostas no acordo. [...] 3. Já o acordo estabelecido e subscrito pelos cônjuges no tocante ao regime de guarda, de visita e de alimentos em relação ao filho menor do casal assume o viés de mera proposição submetida ao Poder Judiciário, que haverá de sopesar outros interesses, em especial, o preponderante direito da criança, podendo, ao final, homologar ou não os seus termos. Em se tratando, pois, de mera proposição ao Poder Judiciário, qualquer das partes, caso anteveja alguma razão para se afastar das disposições inicialmente postas, pode, unilateralmente, se retratar. Ressalte-se, aliás, que, até mesmo após a homologação judicial acerca do regime de guarda, de visita e de alimentos relativos ao filho menor, se uma circunstância superveniente alterar os fatos submetidos ao Juízo, absolutamente possível que seus termos sejam judicialmente alterados por provocação das partes. 4. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, **REsp 1756100/DF**, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 02 out. 2018, publicado no DJe 11 out. 2018)

²⁴¹ Veja-se que a lei penal, em seu art. 146, §3º inciso I, autoriza a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do titular do direito (paciente), tampouco de seu representante (como os pais) quando para salvar a vida daquele sujeito, mesmo que infante. Também, o Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução 2232/2019, que “[e]stabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente”, em seu art. 3º que “[e]m situações de risco relevante à saúde, o médico não deve aceitar a recusa terapêutica de paciente menor de idade ou de adulto que não esteja no pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros” (BRASIL. Imprensa Nacional. **Resolução n. 2232, de 17 de Julho de 2019**. Conselho Federal de Medicina. Brasília, Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2.232-de-17-de-julho-de-2019-216318370?fbclid=IwAR2QOo56N-DTAMMBnKvnTHXWYEuQAsqw4xZZYnolCIFw6a8Yjus7vrEcL00>. Acesso em: 15 abr. 2021). Assim, em se tratando de direito fundamental à saúde, à integridade física e psíquica e à vida de adulto que não detenha capacidade de agência ou criança (isto é, não são agentes de consentimento), não pode um terceiro, representante, assistente ou quem possua qualquer outra relação socio-familiar, recusar tratamento médico daquele paciente, renunciando-o por quaisquer motivos sejam. Ver também: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 268.459/SP**, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 02/09/2014, DJe 28/10/2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=33010937&tipo=91&nreg=201301061165&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20141028&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 15 abr. 2021.

ilegítimo ou, sequer, não concebível como verdadeira renúncia, senão que como restrição heterônoma²⁴².

Também, deve-se analisar que a renúncia envolve intersubjetividade do comportamento e referência ao objeto da relação.

Viu-se que, analiticamente, os direitos subjetivos em sentido amplo são sempre relacionais, representando, daí, uma relação de um sujeito com outro sujeito, mas não a relação de um sujeito com algum bem corpóreo ou incorpóreo ou de um sujeito consigo. A relação jurídica jusfundamental é, por conseguinte, intersubjetiva, cujo objeto da relação é uma ação, comissiva ou omissiva, ou uma alternativa de ação (e não o bem por ela protegido)²⁴³.

Então, como expressa Martel, quando se dispõe de uma posição subjetiva de direito fundamental, não está a se tratar de uma ação do titular em relação ao bem juridicamente tutelado pela posição, senão que refere à alteração da posição quanto aos seus sujeitos e ao seu objeto (ação ou alternativa de ação). Por isso, o simples uso, a fruição, o gozo, o exercício ou até a destruição de um bem pelo titular (como afirma, por exemplo, em relação à vida Virgílio Afonso da Silva)²⁴⁴, não representam

²⁴² NOVAIS. **Direitos fundamentais**: trunfos ..., p. 250. Continua o autor: “[...] se a recusa (...) da testemunha de Jeová, adulta, em sujeitar-se a uma transfusão de sangue absolutamente necessária para lhe salvar a vida pode ser configurada como renúncia, eventualmente legítima, ao seu direito à vida, já a mesma recusa manifestada em nome de um filho não pode ser integrada na mesma categoria de renúncia a direitos fundamentais, uma vez que um não titular do direito fundamental em causa não tem o poder de dispor sobre o abandono das pretensões, faculdades ou poderes que dele decorrem. Logo, quando se considere a legitimidade de uma e outra situação, a relevância do consentimento é qualitativamente distinta: no caso do adulto que pretende renunciar à vida em nome da sua liberdade religiosa, a existência de consentimento deve relevar como fator de ponderação a favor da admissibilidade da renúncia; já no caso referido de renúncia em nome do menor, o consentimento não deve desempenhar qualquer papel; quando muito, haverá que ponderar aí o direito à vida do menor e o direito dos pais à educação e manutenção dos filhos (o que inclui a educação religiosa), mas à margem de qualquer argumentação de renúncia, uma vez que não há aí consentimento do titular do direito” (NOVAIS, *Ibid*).

²⁴³ MARTEL. **Direitos Fundamentais indisponíveis**: os limites..., *op. cit.*, p. 60.

²⁴⁴ “Mesmo que não se recorra a exemplos limítrofes – a renúncia ao direito à vida por meio do suicídio, por exemplo [...]”. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed., 3. tir. – São Paulo: Malheiros, 2011, p. 62.

necessariamente disposição de posição subjetiva de direito fundamental^{245 246}.

A disposição de um direito, por conseguinte, significa movimentar com a relação intersubjetiva, com as posições subjetivas de direito fundamental. Integra a estrutura da renúncia a modificação (por criação, alteração ou extinção) de posições subjetivas de direitos fundamentais, que de forma necessária envolvem dois indivíduos²⁴⁷.

Na renúncia, o sujeito titular de um direito fundamental se vincula juridicamente a não o invocar perante o Estado ou as entidades públicas, ou seja, há compromisso de não exercício de quaisquer pretensões, poderes ou faculdades integrantes daquele direito²⁴⁸. Há, dessarte, uma decisão autônoma que desencadeia consequências jurídicas na esfera do titular do direito (enfraquecendo a posição jurídica protegida dele) e, especialmente, na esfera da entidade a ampliar os poderes

²⁴⁵ MARTEL, **Direitos Fundamentais indisponíveis...**, p. 61. Traz-se aqui o exemplo de Martel quanto ao direito à vida: “Ao entender que o suicídio de X é uma disposição das posições subjetivas do direito à vida, compreende-se a destruição do bem vida como disposição (renúncia). Inexoravelmente, a destruição do bem ensejará consequências quanto às posições subjetivas do direito à vida. Mas isso autoriza a chamar essa extinção do direito de disposição? Não. Tudo o mais sendo igual, nenhum terceiro poderia agir de forma diversa daquela ditada pelas posições subjetivas do direito à vida de X enquanto o bem ainda fosse existente. Em hipótese, se for entendido que uma das posições subjetivas do direito à vida é o direito estrito de X a ser salvo por Y(n) , Y teria o dever de tentar salvar X, mesmo que para isso tivesse que empregar a força razoável. Tudo o mais sendo igual, Y não poderia, ao saber que X pretendia matar-se, matá-lo, pois X não efetuou nenhuma modificação na posição subjetiva de Y. Além disso, o conceito de disposição ficaria tão extenso que perderia sua utilidade e sua clareza. Suponha-se que X tente suicidar-se e, não conseguindo, fique em estado vegetativo persistente. Teria ele disposto de alguma posição subjetiva de direito fundamental? Do direito à vida, não. Mas, se está em estado vegetativo persistente, X destruiu sua habilidade para comunicar-se, bem como para locomover-se. Se for aplicado o tirocínio de que a destruição do bem é uma disposição de posições subjetivas de direito fundamental, a conclusão terá que ser a de que X dispôs (renunciou) às posições subjetivas do direito à liberdade de expressão e do direito à liberdade de ir e vir. Com isso, perde-se muito em clareza conceitual, pois os fenômenos a serem abarcados pela ideia de disposição serão tantos, tão distintos entre si e, em determinadas ocasiões, terão resultados tão absurdos, que não há como enquadrá-los em um conceito delimitado e útil” (*Ibid.*, p. 61).

²⁴⁶ Veja-se que, por exemplo, não há como conceber a classificação trazida por Mendes no ponto em que traça a inalienabilidade como “uma coisa em relação a que estão excluídos quaisquer atos de disposição, quer jurídica (...), quer material – destruição material do bem” (MENDES, **Curso de direito...**, 2018, p. 145). Viu-se que caracteristicamente, os direitos fundamentais não são inalienáveis, indisponíveis ou irrenunciáveis, vez que referidos conceitos se tratam de um atributo, que numa dimensão normativa, em contexto de uma relação intersubjetiva, impede que se altere essa relação e o objeto dela (alargando, por exemplo, os poderes do destinatário da norma (Poder público ou outro particular) que tutelara o direito subjetivo de um particular (renunciante), que agora poderá interferir na esfera anteriormente tutelada pela norma de direito fundamental que outrora, não fosse o consentimento, não poderia). Não há que se falar que a indisponibilidade ou a irrenunciabilidade é do bem ou da coisa (como fosse o direito da pessoa sobre a coisa frente a si mesma) senão que está no plano da relação jurídica intersubjetiva. Daí, explicita Martel que: “se for admitido que o uso, o gozo, o exercício, ou mesmo a destruição do bem configuram uma disposição de posição subjetiva de direito fundamental, ter-se-ia de assumir, para classificar um direito como indisponível, que a relação estabelecida é a de um sujeito com um bem, ou, pior, que o mesmo sujeito figura nos dois polos de uma relação” (MARTEL, **Direitos Fundamentais indisponíveis...**, p. 61).

²⁴⁷ MARTEL, **Direitos Fundamentais indisponíveis...**, p. 60.

²⁴⁸ NOVAIS. **Direitos fundamentais: trunfos ...**, p. 221.

de interferência do Estado na esfera protegida do titular.

Como se viu da própria essência da relação jusfundamental, o terceiro destinatário da norma tem importância nas relações de renúncia, vez que terá seu âmbito de atuação agora alargado devido ao consentimento do titular do direito – que outrora não lhe era permitido.

Tendo então o consentimento do titular do direito fundamental impacto de forma necessária na ablação da esfera jurídica anteriormente protegida, deve-se ainda falar sobre como se deve expressá-lo.

Antonio Mascarenhas, no que diz respeito à renunciabilidade dos direitos fundamentais, vê nessa figura de disposição a expressão um ato unilateral e voluntário expresse²⁴⁹ do titular do direito subjetivo de se desfazer dele ou até mesmo não o aceitar²⁵⁰.

Em um primeiro momento, traz Novais que é elemento central da renúncia a

²⁴⁹ A declaração expressa, todavia, não é aplicável genericamente a todos casos, como bem demonstra Adamy. Segundo o autor, se a lei prescreve que a manifestação de vontade deve ser expressa, igualmente a renúncia deve desse modo operar. Em inexistindo previsão legal quanto à obrigatoriedade de manifestação de vontade expressa, o consentimento à renúncia pode também ser tácita (ADAMY, **Curso de direito...**, p. 291). Como exemplo trazido pelo autor, tem-se a renúncia tácita, implícita, aos direitos de personalidade, especificamente à imagem, nos casos em que locais comerciais (como lojas) informam a filmagem e gravação dos clientes por medida de segurança, daí que, entrando em referidos estabelecimentos, sem discordância, estar-se-á renunciando a posições jurídicas, como pretensões ou faculdades de demandar contra loja por suposta ofensa à imagem ou direitos de personalidade do sujeito. Veja-se, por outro lado, a necessidade de renúncia expressa que impõe o ordenamento jurídico ao particular, como a renúncia sobre direitos que possam ter o contribuinte frente à administração tributária, discutidos em juízo, que é condição necessária para que ele possa obter o parcelamento de seu débito fiscal: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. ADESÃO AO PAES. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DE RENÚNCIA. ART. 269, V DO CPC. RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DESPROVIDO. RECURSO SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO DO ART. 543-C, DO CPC E DA RES. 8/STJ. [...] 3. É firme a orientação da Primeira Seção desta Corte de que, sem manifestação expressa de renúncia do direito discutido nos autos, é incabível a extinção do processo com julgamento do mérito (art. 269, V do CPC), residindo o ato na esfera de disponibilidade e interesse do autor, não se podendo admiti-la tácita ou presumidamente. 4. Na esfera judicial, a renúncia sobre os direitos em que se funda a ação que discute débitos incluídos em parcelamento especial deve ser expressa, porquanto o preenchimento dos pressupostos para a inclusão da empresa no referido programa é matéria que deve ser verificada pela autoridade administrativa, fora do âmbito judicial. Precedentes: (REsp. 1.086.990/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 17/08/2009, REsp. 963.420/RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 25/11/2008; AgRg no REsp. 878.140/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 18/06/2008; REsp. 720.888/RS, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJe 06/11/2008; REsp. 1.042.129/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 16/06/2008; REsp. 1.037.486/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJe 24/04/2008). [...] Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, REsp 1124420/MG (julgado conforme o procedimento previsto aos Recursos Repetitivos), Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 29 fev. 2012).

²⁵⁰ SOUZA, Antonio André Muniz Mascarenhas de. Renúncia a direitos fundamentais no regime de parcelamento fiscal. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 2, 2013, nº 6, p. 5851-5889, Lisboa/Portugal, p. 5858.

“existência de uma declaração de vontade dirigida e apta a produzir o enfraquecimento de uma posição jurídica protegida por norma de direito fundamental”, a pressupor seja o renunciante titular da posição jurídica e tenha poder para dispor desta. A renúncia se expressa como declaração unilateral, podendo estar em um contexto de prestação ou contraprestação no campo de um negócio jurídico²⁵¹.

Como importante pressuposto, para o constitucionalista português, deve-se observar o caráter voluntário da declaração. A declaração de vontade é somente válida se expressa de forma voluntária e consciente, estando livre o sujeito renunciante de constrangimentos, ameaças e coações, apto a avaliar as consequências do seu comportamento. Deve, assim, estar em situação de equilíbrio na relação jurídica com o outro sujeito, a demonstrar a renúncia exercício autônomo de liberdade, não uma dissimulação inadmissível de restrição heterônoma^{252 253}.

²⁵¹ NOVAIS, **Direitos fundamentais**: trunfos ..., p. 249-250.

²⁵² *Ibid*, p. 252.

²⁵³ Aplicadamente, pode-se exemplificar que a Constituição permite, em seu artigo 5º, inciso XI (quando afirma que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador”) que um cidadão dê seu consentimento (como procedimento e pressuposto necessário para renunciar a posição jurídica tutelada por aquela norma de direito fundamental) a agentes da polícia para entrar em seu domicílio a fim de efetuar uma busca na sua casa sem a correspondente autorização judicial. Veja-se que a Constituição fala em consentimento, qual, conforme se viu, deve ser inequívoco, voluntário e sem constrangimentos. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, primeiramente a 6ª Turma e, depois, a 5ª Turma (que tratam das matérias criminais) enfrentou um grave problema que por muitos anos perdurou no Brasil: a suposta entrada “franqueada” pelos moradores, que muitas vezes não confirmavam a versão dos policiais (cujas palavras tinham presunção quase absoluta, na prática, de veracidade). Conforme a decisão da 6ª Turma, no Habeas Corpus nº. 598.051/SP, os agentes de segurança, ao adentrarem a moradia de particulares, devem comprovar por meio audiovisual e documental, o consentimento expresso (assinado), livre e sem constrangimento do morador. Veja-se: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INGRESSO NO DOMICÍLIO. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA (FUNDADA SUSPEITA). CONSENTIMENTO DO MORADOR. REQUISITOS DE VALIDADE. ÔNUS ESTATAL DE COMPROVAR A VOLUNTARIEDADE DO CONSENTIMENTO. NECESSIDADE DE DOCUMENTAÇÃO E REGISTRO AUDIOVISUAL DA DILIGÊNCIA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. [...] 7.1. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação [...] de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de documentação que a imunize contra suspeitas e dúvidas sobre sua legalidade. 7.2. Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar. Semelhante providência resultará na diminuição da criminalidade em geral – pela maior eficácia probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro – e permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e, quando indicado ter havido consentimento do morador, se foi ele livremente prestado. [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, **Habeas Corpus nº. 598.051/SP**, Brasília, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, julgado em 02 mar. 2021).

Para acepção da voluntariedade da declaração tendente à autolimitação, Novais entende não adequado adotar o critério de alternativas reais de comportamento, como o entende, por exemplo, Adamy²⁵⁴, com espeque em Gerd Sturm e Albert Bleckmann²⁵⁵, na medida em que, por um lado, é difícil saber se o particular renunciou porque acreditava que descartando essa posição jurídica tutelada ele alcançava seus fins de forma eficaz, ou que renunciou porque só era possível atingir seus fins pessoais naquela situação se descartasse da posição jurídica tutelada. Também porque a situação de pressão, desigualdade ou dependência que implique inexistência de escolha não é, por falta do caráter voluntário, justificação para invalidação – podendo exatamente nessas condições surgir a possibilidade de alcançar de forma autônoma os fins pessoais que garantida somente se o sujeito aceitar a dispor da posição jurídica tutelada de direitos fundamentais^{256 257}.

Martel, por caminho distinto, trabalha com a justificação procedimental baseada no consentimento do titular²⁵⁸, como condição necessária à criação,

Realinhando na mesma posição a 5ª turma: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL. CONSENTIMENTO DO MORADOR. VERSÃO NEGADA PELA DEFESA. IN DUBIO PRO REO. PROVA ILÍCITA. NOVO ENTENDIMENTO SOBRE O TEMA HC 598.051/SP. VALIDADE DA AUTORIZAÇÃO DO MORADOR DEPENDE DE PROVA ESCRITA E GRAVAÇÃO AMBIENTAL. WRIT NÃO CONHECIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, **Habeas Corpus nº. 616.584/RS**, Brasília, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 30 mar. 2021).

²⁵⁴ ADAMY, Pedro. Renúncia a Direito Fundamental. In: ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz. **Curso de Direito Constitucional** [recurso digital] – 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 292. Ver ainda: STURM, Gerd. Probleme eines Verzichts auf Grundrechte. in LEIBHOLZ, Gerhard, et alli. (orgs.). **Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung**: Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag. Tübingen: Mohr Paul Siebeck, 1974; BLECKMANN, Albert. Probleme des Grundrechteverzichts. **Juristen Zeitung**, vol. 02, jan. 1998.

²⁵⁵ No sentido dos autores alemães, expressa Adamy que apenas será livre e voluntária a declaração de vontade quando possuir o titular de direito fundamental alternativas reais (“a liberdade real” em Sturm), pois, em não ocorrendo, sua manifestação vincular-se-á a outros condicionamentos ou necessidades, não representando sua autonomia individual (ADAMY, *op. cit.*, p. 292).

²⁵⁶ NOVAIS, **Direitos fundamentais**: trunfos ..., p. 253-254.

²⁵⁷ Nesse ponto, Novais exemplifica com o condenado à morte que aceita a castração para não ser morto, donde se verifica possível decisão livre e puramente voluntária: tem-se no caso do réu condenado à pena de morte: (i) uma escolha do titular do direito; (ii) uma escolha que permite ao réu prosseguir autonomamente os seus fins pessoais; (iii) uma renúncia que resultou, na percepção do réu interessado, uma vantagem, podendo a situação ser configurada como exercício de direitos. Outro exemplo, podendo-se aplicar no contexto brasileiro, é a possibilidade de o Ministério Público determinar a suspensão do processo com algumas restrições ao acusado, este que renunciará então àquelas posições jurídicas subjetivas, como liberdade de ir e vir, de reunião, de exercício de profissão e outros (como autoriza o CPP português, no art. 281; no Brasil, lei 9.099/90 em seu art. 89, e com o Acordo de não persecução penal introduzido no art. 28-A do CPP), não havendo falar em invalidade da renúncia quando o acusado aceita por não arriscar ser condenado e/ou preso – como sendo caráter não voluntário da declaração.

²⁵⁸ Não se tratando, como faz Novais, de verificação dos pressupostos por meio da proporcionalidade, como o faz Novais, ao entender ser a ablação de posições jurídicas pelo titular do direito uma autorrestrrição.

modificação e extinção de relações jurídicas, notadamente a disposição de posições jurídicas subjetivas tuteladas por normas de direitos fundamentais. O consentimento é critério de validade da disposição e, em alguns casos, de existência, devendo ser emitido por sujeito do consentimento (isto é, que possui capacidade ostensiva de agência, não se confundindo, pois, com o sujeito civilmente capaz)²⁵⁹, livre (ausente, assim, concorrência de pressão, força ou influência indevidas²⁶⁰) e informado (ciente

²⁵⁹ O sujeito de consentimento, para a autora, apresenta três características: (i) habilidade desenvolvida que possibilite a formulação e emissão de juízos; (ii) habilidade para atuar de forma livre e intencional acorde ao conhecimento e informação relevantes que detém; (iii) presença dessas habilidades no momento relevante para emissão do ato de consentimento.

²⁶⁰ Nesse ponto, Martel faz referência à coação, ao estado de perigo e à lesão, tratados pelo Código Civil por defeitos do negócio jurídico, nos arts.121 a 157, mas que, conforme a autora, são previstos em outros códigos, inclusive o penal (MARTEL, **Direitos Fundamentais indisponíveis**..., p. 232). Adamy, afirma, no ponto de manifestação “livre”, que não se deve ter presentes formas de “erro, dolo, coação, fraude, garantia de vantagem indevida, ou qualquer outra forma de conduta que possa colocar em dúvida a voluntariedade ou capacidade do titular que deseja renunciar a determinado direito fundamental” (ADAMY. Renúncia a Direito Fundamental. In: ALVIM; LEITE; STRECK..., *op. cit.*, p. 291). Todavia, melhor distinção faz Martel, já que, se atendo somente à coação, à lesão e ao estado de perigo quando se trata de manifestação livre, tem em consideração que o erro (ignorância) ou dolo são vícios que retiram o caráter informacional, fazendo com o que o consentente não conheça adequadamente o alcance e os efeitos de seu ato – não o caráter de liberdade (enquanto numa dimensão subjetiva-psicológica) (MARTEL, **Direitos Fundamentais indisponíveis**..., p. 233). Veja-se que a distinção pode ser relevante quando se está a perceber um lado subjetivo, psicológico do sujeito (coação que afeta a liberdade de ação), com o dado objetivo informacional contextual a que incluso o sujeito (que lhe possibilita entender os limites e efeitos do seu ato de consentimento), o que de relevância no julgamento pela Suprema Corte de Wisconsin em *Barnes v. State* (1964): de um lado, a corrente majoritária dos julgadores entenderam que a admissão de titularidade de droga encontrada no sobretudo de Barnes estava eivada de vício, porque os policiais, após prenderem o acusado por delito simples de trânsito, não tinham motivos razoáveis para fazerem buscas minuciosas no casaco (que só autorizadas em busca de armas ou instrumentos do crime), e a busca pessoal injustificada invalidaria quaisquer admissões ou assunções de culpa posteriores (isto é, a condenação só foi possível devido à admissão da titularidade da droga, decorrente da descoberta dos policiais que, não sabia o acusado, decorrente de uma ação desarrazoada e inconstitucional). Não apenas o réu estava preso, mas ele sabia, pela declaração do oficial, que sua pessoa seria revistada, independentemente de ele consentir ou não [vê-se, aqui, um plano objetivo informacional, donde o sujeito renuncia a seu direito de não autoincriminação diante de uma conduta policial não autorizada juridicamente, bem como de consentimento por coação]; de outro lado está a corrente dissidente minoritária (que votou para manter a condenação pela posse de droga), que não via a invalidade do consentimento, já que o acusado houvera dado aos policiais para que o revistassem, bem como (supostamente por erro próprio) porque cria que inexistia drogas com ele mesmo (conforme afirmou em juízo), o que lhe dara paz ao espírito para autorizar os policiais à busca [aqui a dissidência se respalda apenas no aspecto subjetivo, psicológico do sujeito amparado no conhecimento interno dele (inexistência de qualquer prova que o incrimine), mas não se atem ao fato objetivo da impossibilidade de busca pessoal no acusado, qual visto pelo sujeito que de qualquer forma ocorreria, já lhe abalara, por coação, o consentimento] (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte de Wisconsin, **Barnes v. State (1964)**, Wisconsin, julgado em 06 out. 1964. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/wisconsin/supreme-court/1964/25-wis-2d-116-6.html>. Acesso em: 28 jan. 2022).

Ver ainda, sobre o caráter livre: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário. **Habeas Corpus nº. 127.483/PR**, Brasília, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 27 ago. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 28 jan. 2022, p. 26-39; 150-152.

do alcance e efeito do ato de disposição)²⁶¹.

No que diz respeito à ideia da vontade na validade do consentimento, Martel esclarece (e posição que ora se assume) que ela assume uma conotação de querer, desejar, notadamente nas teorias subjetivistas do negócio jurídico. O uso do critério vontade pode orientar o intérprete à procura do que efetivamente o consentente desejaria, quereria, circunscrevendo a validade do consentimento, e com esta a liberdade de escolha. No entanto referida ideia é inadequada aos fins da apreensão da validade do consentimento, vez que a liberdade de escolha nem sempre será mitigada apenas porque não evidente o querer subjetivo do consentente. Exemplifica nesse ponto com o indivíduo que sofreu um acidente e tem às suas opções alternativas ter uma perna inteira amputada ou de morrer. Daí, não se concebe afirmar que corresponda à sua vontade, ao seu querer, a escolha de amputação. Entretanto, verifica-se legítimo afirmar que o consentimento obtido nesse ponto não é forçado, pois existente a liberdade de escolha^{262 263}.

²⁶¹ MARTEL, **Direitos Fundamentais indisponíveis...**, p. 231-233. A autora faz diversas ressalvas, demonstrando que são diretrizes, não padrões fixos que vão se manter em todos os atos de disposição, podendo variar acorde às peculiaridades fáticas e jurídicas, dependendo, pois, dos sujeitos da relação jurídica, do direito envolvido.

²⁶² MARTEL, **Direitos Fundamentais indisponíveis...**, p. 238.

²⁶³ Assim, no direito processual penal, quando se está a renunciar a processo e julgamento por autoridade competente (com aceitação de transação penal, suspensão condicional do processo ou mesmo o acordo de não persecução penal), o sujeito avalia sua conduta e expressa seu consentimento no quadro de escolhas a ele possíveis, renunciando a uma posição jurídica subjetiva (de ser processado e julgado por autoridade competente) por conceber que obteria vantagens maiores (não seria condenado, por exemplo, a uma pena significativa, maior). Veja-se que o fato de o acusado aceitar o acordo ou transação com Ministério Público, para evitar uma punição maior, não deve ser considerado como coação ou elemento que vicie a voluntariedade do consentimento. Até mesmo, diga-se logo, a confissão pelo sujeito (a fins de ANPP) não pode se dizer inválido porque viciado, coagido, para não se aceitar uma pena maior (exceto quando se está diante de uma pena de morte que pode ser aplicada após recomendação do júri – o que induz gravemente o sujeito a que renuncie o direito ao julgamento por um júri, e aceite o acordo com o promotor da acusação por uma pena menos gravosa – que tida pela Suprema Corte como inconstitucional em *United States v. Jackson* (1968), mas não considerado no caso *Brady*, pois as circunstâncias fáticas demonstram que o réu recorria por vícios outros no guilty plea que não o medo de se alcançar a pena de morte), como já se enfrentou em *Brady v. EUA* (1970), nº 270: “The standard as to the voluntariness of guilty pleas must be essentially that defined by Judge Tuttle of the Court of Appeals for the Fifth Circuit: ‘(A) plea of guilty entered by one fully aware of the direct consequences, including the actual value of any commitments made to him by the court, prosecutor, or his own counsel, must stand unless induced by threats (or promises to discontinue improper harassment), misrepresentation (including unfulfilled or unfulfillable promises), or perhaps by promises that are by their nature improper as having no proper relationship to the prosecutor’s business (e.g. bribes).’” [em tradução livre: “O parâmetro quanto à voluntariedade da confissão de culpa deve ser essencialmente aquele definido pelo juiz Tuttle do Tribunal de Apelações do Quinto Circuito: ‘a confissão de culpa feita por alguém plenamente ciente das consequências diretas, incluindo o valor real de quaisquer compromissos feitos a ele pelo tribunal, promotor ou seu próprio advogado, deve permanecer a menos que induzido por ameaças (ou promessas de descontinuar assédio), deturpação (incluindo promessas cumpridas ou não cumpridas) ou talvez por promessas que são por natureza impróprias por não terem relação adequada com a negociação do promotor (por exemplo, subornos)’”].

5.2 (DES)NECESSIDADE DE PREVISÃO LEGISLATIVA

Um último ponto necessário abordar seria a necessidade ou não de permissão de lei para o exercício de renúncia de direitos fundamentais.

A renúncia, conforme observa Benedita Mac Crorie, tem encontrado alguns limites, a saber: a proporcionalidade, a proibição do excesso, a não mitigação do núcleo essencial, a ordem pública e os bons costumes²⁶⁴, bem como tem-se levantado

(ESTADOS UNIDOS. United States Supreme Court, **Brady v. EUA (1970)**, nº 270, julgado em 04 mai. 1970. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/397/742.html>. Acesso em: 28 jan. 2022). Além, no referido julgamento se estabeleceu que o consentimento deve, além de voluntário, ser inteligente e consciente: “But the plea is more than an admission of past conduct; it is the defendant's consent that judgment of conviction may be entered without a trial-a waiver of his right to trial before a jury or a judge. Waivers of constitutional rights not only must be voluntary but must be knowing, intelligent acts done with sufficient awareness of the relevant circumstances and likely consequences”. Tendo em vista, ainda, que uma análise inteligente das vantagens relativas de se declarar culpado é normalmente impossível sem a assistência de um advogado, a Corte Suprema examinou cuidadosamente as declarações de culpa apresentadas por réus sem advogados e sem renúncia válida ao direito a um advogado. Ver ainda: ESTADOS UNIDOS. United States Supreme Court, **Gideon v. Wainwright (1963)**, nº. 155, julgado em 18 mar. 1963. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/372/335.html>. Acesso em: 28 jan. 2022; ESTADOS UNIDOS. United States Supreme Court, **Estados Unidos v. Jackson (1968)**, nº. 85, julgado em 08 abr. 1968. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/390/570/>. Acesso em: 28 jan. 2022.

²⁶⁴ Aqui não se vai entrar profundamente, no entanto, parece-se inadequado estabelecer limitações com base na ordem pública e nos bons costumes. Desta forma, poderia o Estado fazer as vezes do sujeito titular do direito, impondo-o a forma moralmente “correta” de exercer um “direito”. Além de contrassenso lógico, é gravemente injusto, e exclui a autonomia e dignidade humana do sujeito, que, de acordo com suas circunstâncias, tem melhores condições necessárias para saber o que melhor lhe convém, de estabelecer sua vida conforme sua moral, seus valores, seu julgamento do “bem viver”. Benedita Mac Crorie, ao discorrer sobre o paternalismo estatal afirma que: “nem sempre as medidas paternalistas instituídas visam apenas evitar que a própria pessoa sofra um dano. Poderá ser também um propósito deste tipo de medidas proibir determinadas ações por estas se considerarem ‘intrinsecamente imorais’. O paternalismo é (...) suspeito na perspectiva dos direitos fundamentais porque põe em causa o conteúdo de autonomia neles presente, ao permitir que essa autonomia apenas se exerça se se dirigir à promoção do próprio bem” (MAC CRORIE, Benedita. O paternalismo estadual e a legitimidade da defesa da pessoa contra si própria. In: ROCHA, Joaquim Freitas da (coord.). **Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho** – Tomo I, Ano de 2012 – Responsabilidade e Cidadania – Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2012, p. 33-34). Alguns casos trabalhados pela autora merecem destaque: Exemplos disso são a proibição da homossexualidade entre adultos ou atividades sexuais sadomasoquistas. Sobre a proibição de relações homossexuais, ver o caso Lawrence v. Texas julgado pela Suprema Corte estadunidense, que revogou a decisão do caso Bowers v. Hardwick, no qual o Tribunal havia considerado não serem inconstitucionais as disposições legislativas de alguns Estados que proibiam a sodomia, por se tratar de uma prática imoral. Constatou-se da decisão que embora uma maioria concebesse a prática como imoral, a prática dentro da intimidade e consensual dos sujeitos são liberdades protegidas constitucionalmente, quais não teria o estado interesse público à regulação por lei: “(d) Bowers’ rationale does not withstand careful analysis. In his dissenting opinion in Bowers Justice Stevens concluded that (1) the fact a State’s governing majority has traditionally viewed a particular practice as immoral is not a sufficient reason for upholding a law prohibiting the practice, and (2) individual decisions concerning the intimacies of physical relationships, even when not intended to produce offspring, are a form of “liberty” protected by due process. That analysis should have controlled Bowers, and it controls here. Bowers was not correct when it was decided, is not correct today, and is hereby overruled. This case does not involve minors, persons who might be injured or coerced, those who might not easily

o princípio da dignidade da pessoa humana, no entanto, não encontra necessidade, em regra, previsão legal, senão que excepcionalmente, em matérias de sensibilidade pessoal ou social, ou mesmo em casos em que indivíduos se encontram em *locus* de evidente vulnerabilidade²⁶⁵, a legislação traz a impossibilidade ou os termos condicionadores e limitadores do ato de renúncia²⁶⁶.

No atual contexto constitucional a reserva de lei no âmbito dos direitos fundamentais se dirige contra o próprio legislador²⁶⁷: somente a lei pode restringir direitos, liberdades e garantias, mas se, e somente se, observar os requisitos constitucionalmente estabelecidos²⁶⁸.

refuse consent, or public conduct or prostitution. It does involve two adults who, with full and mutual consent, engaged in sexual practices common to a homosexual lifestyle. Petitioners' right to liberty under the Due Process Clause gives them the full right to engage in private conduct without government intervention. Casey, supra, at 847. The Texas statute furthers no legitimate state interest which can justify its intrusion into the individual's personal and private life" (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte, **Lawrence v. Texas** (2003), julgado em 26 jun. 2003. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/>. Acesso em: 28 jan. 2022).

Veja-se, ainda, seguindo referência de Benedita MacCrorie os casos julgados pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem sobre proibição de sadomasoquismo: Laskey, Jaggard e Brown v. Reino Unido (OXFORD UNIVERSITY PRESS. Loveland: Constitutional Law, Administrative Law and Human Rights 8e: Online Casebook. Disponível em: https://learninglink.oup.com/static/5c0e79ef50eddf00160f35ad/casebook_193.htm. Acesso em: 28 jan. 2022) e KA e AD v. Bélgica. Apesar de, no primeiro caso, a Corte ter considerado que podem os Estados, na margem de apreciação, proibirem aquela conduta objetivando a proteção da saúde, nos termos do n.º 2 do art. 8º da Convenção, no segundo caso reconheceu, conforme MacCrorie, que o direito de se relacionar sexualmente, ainda que com violência, compreende-se do direito de disposição sobre o próprio corpo, "parte integrante da noção de autonomia individual" (MACCRORIE, **O paternalismo estadual...**, p. 34).

Por fim, cabe observar a preocupação, em similar sentido, da autora quanto à ingerência estatal (ressalvado o desequilíbrio existente nas relações entre agentes sociais, visto por Novais): "Na base da proteção da pessoa contra si mesma encontra-se uma concepção de dignidade enquanto princípio que 'se exprime pelo reconhecimento da liberdade individual, mas que transcende esta última e, consequentemente, pode justificar restrições ao exercício das liberdades individuais'. Uma das razões invocadas pelo Estado para obrigar o titular da dignidade a um comportamento conforme à dignidade é o facto de este considerar que sabe, melhor do que o próprio titular, avaliar os seus interesses. Não estamos, no entanto, de acordo com esta interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana. Deve ser o próprio sujeito a determinar o que é para si mais ou menos digno. Uma 'avaliação paternalista', que transfere para o Estado 'a decisão última sobre aquilo que as pessoas devem ou não valorar na sua vida', independentemente da sua vontade, converte os direitos em deveres. Ora não há, nem deve haver, como regra, 'direitos obrigatórios' em Estado de Direito" (MACCRORIE, **O paternalismo estadual...**, p. 44-45).

²⁶⁵ Sujeitos que não possuem capacidade de agência, por exemplo, não podem emitir consentimento válido, como os doentes terminais que já não detentores de plenas capacidades biopsíquicas, para que possa dispor do direito à vida, aceitando a terminação abreviada desta.

²⁶⁶ CRORIE, Benedita Mac. Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares – algumas notas, p. 141-150, 2017, p. 148-149, In: FIGUEIRAS, Claudia Sofia Melo (coord.), *et. al.* **Estudos em homenagem ao professor Doutor Antônio Cândido de Oliveira**, Coimbra/Portugal: Livraria Almedina, 2017, p. 149.

²⁶⁷ Embora, como expõe Canotilho, a reserva de lei tivesse anteriormente como intenção originária proteger dois direitos básicos do indivíduo: liberdade e propriedade, compreendendo-a como "reserva da liberdade e da propriedade dos cidadãos" (CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. 11. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 729).

²⁶⁸ *Ibid*, p. 729.

A reserva de lei não integra, todavia, a questão de admissibilidade da renúncia, que é o próprio exercício consubstanciado no poder do titular²⁶⁹, senão que entra na discussão quando se considera a renúncia restrição de direitos fundamentais. Segundo Novais, a reserva de lei, enquanto vertente do princípio da legalidade, norteia a atuação da Administração, como exigência e como limite, mas não ao exercício de direitos fundamentais²⁷⁰.

É à dimensão da restrição a direitos fundamentais, e não à dimensão do exercício, que a reserva legal deve ser analisada, uma vez que, renunciando o particular a uma posição jurídica subjetiva tutelada por norma de direito fundamental, ou seja, quando há vinculação jurídica perante o poder público a não invocar as pretensões, poderes ou faculdades decorrentes dessa posição, está o sujeito ampliando, de modo correspondente, os poderes da entidade pública²⁷¹. Nas palavras do autor: “trata-se de uma manifestação do seu poder de dispor sobre posições próprias de direitos fundamentais (exercício) que produz um enfraquecimento (restrição) da sua posição protegida de direito fundamental” ^{272 273}.

As razões na discussão para o não afastamento da reserva de lei, como sintetiza Sérvulo Correia, citado por Novais, são: função garantista do princípio, que exige seja assegurada a verificação de requisitos mínimos de previsibilidade e parametricidade em relação aos atos administrativos que afetem o “status negativus” dos particulares; função democrática de “indirizzo” qual requer a garantia funcional de direção política dos órgãos a quem a Constituição reserva a primeira normação substantiva ou habilitação necessária à regulação de relações por meio de normas secundárias; função de racionalização do exercício dos poderes, exigindo-se requisitos de previsão genérica e abstrata da atividade da Administração, e a necessidade de ordenação homogênea da atuação administrativa e da sujeição desta à prossecução de interesses públicos que “se imponham como dado externo de

²⁶⁹ Como afirma Novais, enquanto exercício de direitos fundamentais, a renúncia de um particular às suas posições jurídicas subjetivas tuteladas por normas de direitos fundamentais não carece de previsão legal. De fato, continua o autor, a reserva de lei diz respeito à atividade da administração, não ao exercício individual de direitos fundamentais, que está somente sujeito às exigências da preferência de Constituição: [e] “como tal, a possibilidade de renunciar a posições de direitos fundamentais, desde admissível, não necessita de fundamento legal habilitante; ela decorre diretamente da Constituição” (NOVAIS, **Direitos fundamentais**: trunfos ..., p. 262).

²⁷⁰ NOVAIS, **Direitos fundamentais**: trunfos ..., p. 257-258.

²⁷¹ *Ibid*, p. 262

²⁷² *Ibid*, p. 262.

²⁷³ É devido a essa dimensão que, para Mascarenhas, no recorte constitucional-tributário, a renúncia imprescinde de previsão legislativa (SOUZA, Antonio André Muniz Mascarenhas de. *op. cit.*, p. 5886).

legalidade objectiva aos órgãos autores de actos concretos”²⁷⁴.

Num primeiro momento, a função garantista resta muito reduzida ou supérflua (mas não de todo irrelevante²⁷⁵), tendo em vista que o interessado daria o seu consentimento para a intervenção. Como analisa Otto Mayer, posição também (no ponto da função garantista) concebida por Novais, “a reserva de lei está funcionalmente vinculada à proteção contra intervenções administrativas feitas contra a vontade do particular afetado; se este pressuposto não existe, a reserva de lei perde sua função garantística”²⁷⁶.

Todavia, as duas outras funções (de “indirizzo” político e de racionalização da atividade administrativa) em concreto podem justificar a exigência de lei, como, exemplifica Novais, nos casos de castração ou de imposição consentida de injunções que restringem direitos fundamentais do arguido.

Seria ilegítimo que a Administração acordasse com o interessado, sem previsão legal correspondente, uma substituição de uma pena por uma castração consentida – não porque se veja argumentos de proteção do indivíduo, tendo em vista que ele próprio poderia estar interessado na substituição – já que se trata de matéria afeta diretamente à compatibilização de direitos fundamentais com a definição da política criminal, quais requer, ante sua proeminência, o debate e regulamentação dos

²⁷⁴ NOVAIS, **Direitos fundamentais**: trunfos ..., p. 259-260.

²⁷⁵ Novais ressalva que há de se reconhecer que há situações excepcionais em que, num contexto de debilidade estrutural a que incluído um sujeito, pode-se exigir um Estado protetor, tutelando o cidadão contra si próprio, “ainda que sempre em função da salvaguarda das possibilidades da sua autodeterminação futura”. Como bem lembra, a função garantística aparece nos casos em que a aquiescência do particular pode ser objetivamente “induzido por uma situação de necessidade ou de manifesto desequilíbrio de poder de negociação”, (claramente não somente quando a Administração impõe ao particular medidas a que ele se opõe), a exemplo do Direito do Trabalho. Logo, nas palavras do autor, “em algumas dessas situações, frequentes no âmbito de regulação do Direito do Trabalho, a exigência de reserva de lei para a possibilidade de verificação de uma renúncia a direitos fundamentais pode desempenhar uma função de proteção contra decisões de consentimento do particular que possam afectar as condições do livre desenvolvimento da sua personalidade e de uma existência digna”. Nesse sentido também Benedita MacCrorie, que afirma que o dever de proteção estatal, a exercer um paternalismo, existe somente em situações extremas ou quando o sujeito titular de direito não esteja em posição de cuidar de si. “Excetuando estes casos não é de admitir uma proteção imposta, que restrinja as possibilidades de atuação do visado, já que tal proteção implica uma violação grave ‘da presunção de liberdade que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana.’” NOVAIS, **Direitos fundamentais**: trunfos ..., p. 266; e no Direito do Trabalho: BORBA, Camila Sailer Rafanhim de. **A (in)disponibilidade individual e direitos trabalhistas na execução da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos**: a separação do dogma da autonomia da vontade do trabalhador e a efetividade da tutela coletiva. 2015, 165f. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia) – Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, 2015.

²⁷⁶ NOVAIS, **Direitos fundamentais**: trunfos ..., p. 260-261.

órgãos democraticamente legitimados^{277 278}.

A reserva de lei, dessarte, somente é prescindível quando não cumpra sua função de proteção individual (garantista), bem como quando as funções democrática e de racionalização da atividade administrativa não tenham extrema importância concretamente²⁷⁹.

As exigências de reserva de lei, quando ocorrente atuação da administração em um quadro negocial ou com o consentimento do administrado afetado deve ter menor grau de densidade da norma habilitadora em comparação aos atos administrativos ablativos. Por outro lado, a atuação do legislador, mesmo que desnecessária, prevendo a possibilidade de renúncia implica em presunção favorável à validade daquela modalidade de exercício do direito fundamental que ocorra amparada pela lei, seja porque decorre da presunção de constitucionalidade das leis, seja porque a previsão legislativa expressa que em uma ponderação entre os argumentos contra e os a favor da admissibilidade concreta de renúncia, o legislador decidiu nesse caso favoravelmente à admissibilidade da renúncia²⁸⁰.

Assim, conclui Novais que configurados os pressupostos e requisitos formais de uma renúncia, a validade dela dependerá da sua conformidade material aos princípios e regras constitucionais, especialmente os relativos à restrição de direitos fundamentais²⁸¹.

Nas situações de renúncia não expressamente previstas na Constituição (que configura a maior parte de situações possíveis), deverá se levar em conta se as razões e os interesses constitucionalmente relevantes que contrárias ao enfraquecimento da posição jurídica protegida por norma de direito fundamental são mais fortes que as razões, igualmente relevantes no âmbito constitucional, que decorrem da conjunção do interesse que o indivíduo tem na renúncia com o interesse público que deverá necessariamente preexistir a qualquer restrição de direitos fundamentais²⁸².

Concluindo-se pela admissibilidade, *prima facie*, da renúncia a direitos fundamentais, a definitividade do resultado depende da ponderação de valores e bens

²⁷⁷ *Ibid*, p. 265.

²⁷⁸ Funções aquelas que, todavia, também podem ser inexistentes ou não ter igual importância em caso de renúncia parcial, como a renúncia ao exercício da liberdade de profissão (por exemplo, estabelecer, a Administração, como contrapartida à frequência de um estágio profissional remunerado, que o formando preste trabalho após durante um determinado tempo) (NOVAIS, *op. cit.*, p. 265).

²⁷⁹ NOVAIS, **Direitos fundamentais**: trunfos ..., p. 266.

²⁸⁰ NOVAIS, **Direitos fundamentais**: trunfos..., p. 267.

²⁸¹ *Ibid*, p. 267-268.

²⁸² *Ibid*, p. 268.

jurídicos, nos níveis em que é reclamada sua realização: no plano da previsão normativa ordinária da possibilidade ou não da renúncia, no plano do exercício concreto do titular do seu poder de disposição sobre suas posições jurídicas tuteladas de direitos fundamentais, no plano da restrição concreta da posição jurídica protegida efetuada com base no consentimento do titular e, também, no plano da averiguação judicial da regularidade constitucional dos procedimentos antecedentes²⁸³.

5.3 DISTINÇÕES ENTRE RENÚNCIA, NÃO EXERCÍCIO, RESTRIÇÃO, PERDA, VIOLAÇÃO E PRIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como expressa Adamy, uma adequada compreensão do instituto da renúncia a posições jurídicas tuteladas por normas de direitos fundamentais passa também pela necessária compreensão dos institutos análogos, diferenciando-os entre si, notadamente as figuras da perda, suspensão, restrição, não exercício, bem como se inclui a privação de direitos fundamentais²⁸⁴.

Na renúncia, como se viu, o sujeito titular de um direito fundamental vincula-se juridicamente a não o invocar perante o Estado ou as entidades públicas, ou seja, há compromisso de não exercício, de forma pontual ou temporariamente, de quaisquer pretensões, poderes ou faculdades integrantes daquele direito. Há uma decisão autônoma que desencadeia consequências jurídicas na esfera do titular do direito (enfraquecendo a posição jurídica protegida dele) e na esfera da entidade (ampliando os poderes de interferência do Estado na esfera protegida do titular)²⁸⁵.

Já a perda está relacionada ao enfraquecimento da posição jurídica daquele sujeito, protegida por norma jusfundamental, determinado pela ordem jurídica, na sua causa e na sua medida, a partir de verificação de determinados pressupostos fáticos. As consequências jurídicas na esfera dos sujeitos (titular de um direito/dever e Estado) foram determinadas de forma heterônoma²⁸⁶ e, como instrui Adamy, a regra constitucional relativa à perda possui auto-aplicabilidade imediata, independentemente de

²⁸³ *Ibid*, p. 268.

²⁸⁴ ADAMY, P. G. A. **A renúncia a direito fundamental e o direito tributário brasileiro**. 2008, 211f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 187, 27.

²⁸⁵ V. cap. 4.1.

²⁸⁶ NOVAIS, **Direitos fundamentais**: trunfos ..., p. 221.

intermediação legislativa²⁸⁷.

A perda ocorrerá quando existir expressa previsão constitucional, e, ocorrendo, por consequência de ato do titular de posições jurídicas tuteladas por norma jusfundamental, não mais poderá as invocar. A natureza heterônoma²⁸⁸ dessa figura se destaca diante de necessidade de sua decretação pelo Poder Judiciário, quando constatada a ocorrência dos pressupostos constitucionais^{289 290}.

O mero não-exercício se verifica ante a possibilidade fática de escolher entre o exercer e o não exercer uma faculdade ou pretensão do direito fundamental²⁹¹, sendo a vontade do titular para consecução dos efeitos relevante²⁹², diferentemente

²⁸⁷ ADAMY, Pedro Augustin. **Renuncia a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 31. Ver também o julgamento pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 179.502-6/SP citado por Adamy: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº. 179.502-6/SP**, Brasília, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 31 maio 1995. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=224548>. Acesso em 28 jan. 2022.

²⁸⁸ Em sentido análogo, Mascarenhas afirma que a perda ocorre de ato externo, independentemente do consentimento do titular do direito. Exemplifica a perda de um direito decorrente do ordenamento jurídico quando, cumpridos os pressupostos, impõe-se sobre o indivíduo o enfraquecimento da sua posição, a exemplo do art. 15 da Constituição Federal, que diz respeito à perda de direitos políticos nas hipóteses ali destacadas. SOUZA, *op. cit.*, p. 5886.

²⁸⁹ ADAMY. **A renúncia a direito fundamental e o direito...**, p. 28, 187; ADAMY, **Renuncia a direito fundamental...**, p. 31. Adamy ainda traz diferenciação com a suspensão, afirmando que, nessa figura, as posições jurídicas subjetivas tuteladas por normas de direitos fundamentais mantêm-se intactas, contudo, não podendo o titular do direito as invocar ou exercitar enquanto as circunstâncias que deram causa à decretação da suspensão durarem, sendo, mais uma vez, consequência heterônoma (igualmente desencadeado de ato do sujeito) e alheia à vontade do titular do direito.

²⁹⁰ Novais faz interessante a análise de consequências jurídicas desencadeadas pela ordem jurídica a partir do comportamento do sujeito, seja voluntário ou não, enfraquecendo ou privando-o de posição jurídica subjetiva de direito fundamental: tendo em vista o direito de acesso aos tribunais e a preclusão desse direito se não o exercido em determinado período (por razão de segurança jurídica), exemplifica um caso em que é realizada uma obra pública onde afeta o direito ao ambiente ou à propriedade de um cidadão, qual, negociando com a administração pública, renuncia ao direito de se socorrer à justiça (impugnando lá o ato administrativo). Nas mesmas circunstâncias surge outro particular [vizinho] que não faz nada, não renuncia, tampouco impugna o ato administrativo na justiça, perdendo o direito de impugnação (prescrição). Quatro observações são importantes: (1) No primeiro caso se tem uma renúncia, no segundo, uma perda de um direito. (2) No primeiro caso, o comportamento voluntário do sujeito é voltado a produzir o resultado do enfraquecimento, no segundo, não é o comportamento voluntário do sujeito (em se omitir), na medida em que a ordem jurídica, por razão objetiva de segurança, impõe ao sujeito a perda do direito. (3) Também, outra distinção importante é que a renúncia vincula o indivíduo, reforçando-se (dando) poderes à entidade pública, na determinada medida do enfraquecimento da posição jurídica do titular do direito, já no caso da perda, o comportamento do particular não reforça, não dá poderes à entidade, não produzindo o seu não exercício vinculação jurídica com a entidade pública/Estado, podendo o particular exercer, enquanto não perder o direito, positivamente seu poder ou faculdade protegido por norma fundamental, e o reforço à entidade vem objetivamente da ordem jurídica. (4) Por fim, no primeiro caso, pode o indivíduo revogar a renúncia, resguardados eventuais prejuízos pela quebra do compromisso, retomando, assim, as competências de exercício [desde que não renuncie a titularidade do direito]. Já no segundo, o particular pode a qualquer tempo exercer as competências até o momento em que a ordem jurídica não determine a perda do direito, extinguindo-se a titularidade da posição jurídica sem que possa reassumir novamente o sujeito (NOVAIS, **Direitos fundamentais**: trunfos..., p. 225).

²⁹¹ SOUZA, *op. cit.*, p. 5886.

²⁹² ADAMY, **Renuncia a direito fundamental...**, p. 39.

da perda e suspensão, bem como da restrição e privação de direitos fundamentais (como adiante ver-se-á). O não exercício está relacionado como um exercício intrínseco ao próprio direito, configurado o exercício em sentido amplo²⁹³, considerando que a ordem jurídica permite ao indivíduo as modalidades de exercício e de não exercício²⁹⁴. Em sentido análogo, Mendes afirma que nas liberdades consagradas são incluídas a discricionariedade de não fruição, não exercício, da posição jurídica protegida pela norma, a exemplo do direito à reunião, que implica direito a não se reunir^{295 296}, como também do direito a alimentos, que possibilita ao credor não requerer alimentos²⁹⁷.

Tendo-se em conta, ainda, que inexistem direitos fundamentais absolutos ou ilimitados, deve-se trazer à consideração de que são dotados de uma reserva geral de ponderação, qual, como expõe Novais, “independentemente da forma e força constitucional que lhes é atribuída, eles podem ter que ceder perante a maior força ou

²⁹³ Conforme Adamy, ainda, essa figura possui duas facetas: a abstenção ou não exercício em sentido estrito, que se manifesta quando o titular do direito fundamental não invoca as potencialidades possibilitadas pelo direito fundamental; e também há o não-exercício como modalidade de exercício ou “não-exercício impróprio”, que se constata quando se concebe como sendo forma de exercício daquele direito (somada ao direito à liberdade geral de ação) a própria abstenção daquele direito fundamental (ADAMY, **A renúncia a direito fundamental e o direito...**, op. cit., p. 37-40, p. 187; ADAMY, **Renúncia a direito fundamental...**, p. 41-47).

²⁹⁴ NOVAIS, **Direitos fundamentais: trunfos...**, p. 221. Exemplifica aplicadamente a distinção, Novais, com um indivíduo que é admitido em um estágio e se compromete, contratualmente (obrigação), a exercer nos três anos seguintes ao término daquele contrato serviço no órgão de serviço público que financiou a formação daquele sujeito, renunciando, assim, ao seu direito de livre escolha de profissão durante o estipulado período. Entretanto, se a ordem jurídica impõe ao indivíduo que recebeu aquela formação, naquele estágio profissional, o dever de prestar trabalho por determinado tempo naquele lugar, há impedimento de exercer a profissão em outro local, configurando uma perda da liberdade de escolha de profissão. E, por fim, se o indivíduo decide livremente após término desse mesmo contrato de estágio, onde foi admitido sem quaisquer condições, continuar a laborar naquele serviço público quem patrocinou sua formação, não optando por mudar de profissão ou local, continua exercendo seu direito à livre escolha (*Ibid.*, p. 222).

²⁹⁵ MENDES, **Curso de direito...**, p. 158.

²⁹⁶ Canotilho, nesse ponto, afirma que a liberdade tem o poder de disposição, de escolha, e que, garantida em algum direito fundamental, é permissivo o não exercício, há uma alternativa de comportamento, diferentemente do direito à vida, em face do Estado, qual não pode o titular simplesmente decidir em viver ou morrer (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição** – 7. ed., 9. reimp. – Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2011, p. 408). Afirmação similar faz António Pedro Barbas Homem, para quem podem os titulares de direitos renunciar a eles ou prescindir do seu exercício, dando o consentimento a atos que interfiram em seus direitos. Admitem, quase todos os direitos, a restrição voluntária ou renúncia, com exceção do direito à vida que “é sagrado e inviolável no sentido normativo”, não se impedindo, todavia, reconhecer justificada um comportamento que cause a morte de alguma pessoa, como em caso de legítima defesa ou em caso de necessidade. (BARBAS HOMEM, António Pedro, conceito de direitos humanos. In: BRANDÃO, Cláudio (coord.). **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 24)

²⁹⁷ Todavia, nesse ponto, o ordenamento jurídico obsta que o credor renuncie aos alimentos, conforme disposto no artigo 1.707 do Código Civil: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora” (BRASIL. Lei nº. **10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 28 jan. 2022).

peso que apresentem, no caso concreto, os direitos, bens, princípios ou interesses de sentido contrário”²⁹⁸. Assim, pode-se conceber a limitação ou a restrição de direitos fundamentais²⁹⁹ conforme sejam os limites diretamente fixados pela Constituição ou mesmo sejam eles indiretamente constitucionais³⁰⁰, independentemente de manifestação de vontade ou consentimento do titular do direito, sobressaindo, mais uma vez, a natureza heterônoma da figura da restrição³⁰¹. Parte-se de que restrições a direitos fundamentais são normas, e uma norma (regra ou princípio)³⁰² que restringe

²⁹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coord.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 101.

²⁹⁹ Aqui cabe somente referência à possibilidade de redução do âmbito de proteção de um direito. Cabe mencionar as teorias interna e externa que vão estabelecer método de definição do conteúdo limitado/restringido do direito fundamental. Em breve síntese, para a teoria externa, o direito e a restrição seriam coisas distintas, primeiro há um direito, que não é restringido, e depois há o que resta do direito após uma restrição, o direito restringido. Já para a teoria interna, os dois não são coisas distintas, mas uma só, o direito com um determinado conteúdo. A restrição nessa segunda teoria é substituída pelo conceito de limite. Adotando-se a teoria dos princípios, explicitada em nota de rodapé 52, tem-se que “restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais [...] e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais” (ALEXY. **Teoria dos direitos fundamentais...**, p. 277-281). A restrição seria “uma modificação normativa ou fática, justificada na ou não contrária à Constituição, de um ou de alguns dos elementos configuradores do direito fundamental” (STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 28). E a restrição a direitos fundamentais devem ser avaliadas pela regra da proporcionalidade, que atua como “regra de interpretação e aplicação do direito [...] empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais” (SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.91, n.798, 2002, p. 23-50). Sobre a ponderação e a concordância prática (especialmente a oposição entre princípio e regra, esta que enquanto no exercício de ponderação legislativa é uma opção do legislador democrático), ver BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 133-155, 165-200. Sobre teorias dos limites dos direitos fundamentais (interna e externa), do suporte fático de proteção (amplo e restrito) ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais (absoluto e relativo), ver também: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. Editora Malheiros, 2009. Sobre a crítica à teoria externa dos limites dos direitos fundamentais, ao suporte fático amplo de proteção e à teoria relativa do núcleo essencial, ver: DUARTE, B. A. F. Uma crítica à visão alexyana dos direitos fundamentais. **Direito Iazabela Hendrix**, v. 17, n. 17, nov. 2016. Disponível em: <http://www.bibliotekevirtual.org/index.php/2013-02-07-03-02-35/2013-02-07-03-03-11/1870-dih/v14n14/19293-uma-critica-a-visao-alexiana-dos-direitos-fundamentais.html#literatura-citada>. Acesso em: 28 jan. 2022. DOI: <http://dx.doi.org/10.15601/2237-955X/dih.v14n14p1-21>

³⁰⁰ No quadro dos limites dos direitos fundamentais, temos aqueles que são diretamente constitucionais, sendo eles os limites explícitos ou os implícitos, quer sejam fixados por regras, que por princípios, bem como os indiretamente constitucionais, que definidos por meio de lei ou ato administrativo, com fundamento na Constituição (podendo-se falar ainda que os limites podem ser fixados com expressa autorização constitucional, fixando, então, a norma uma reserva simples ou qualificada ao legislador, bem como há os limites fixados sem expressa autorização da Constituição, porquanto atua o legislador com sua reserva de ponderação e conformação dos direitos fundamentais). Ver: Alexy. **Teoria dos direitos fundamentais...**, p. 281-295.

³⁰¹ ADAMY. **A renúncia a direito fundamental e o direito...**, p. 187, 33.

³⁰² ALEXY. **Teoria dos direitos fundamentais...**, p. 284. Embora os princípios por si só não coloquem o sujeito em posições definitivamente restringidas, aparentando que somente as regras possam ser

direito fundamental só é possível quando compatível formal e materialmente com a Constituição^{303 304}.

A violação, conexas ao estudo das restrições a direitos fundamentais, será a intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental injustificada, que, afetando o núcleo essencial do direito, não resiste à regra da proporcionalidade³⁰⁵. Se a ação constrictiva do direito não for justificável formal e materialmente, ela é inconstitucional e estaremos diante da figura de violação a direito fundamental³⁰⁶.

Por fim, cabe ainda falar em privação de direitos fundamentais, como uma figura próxima à restrição de direitos fundamentais. Conforme expõem Carlos Luiz Strapazzon e Adriana Inomata, a privação é a intervenção absoluta de direitos fundamentais³⁰⁷. Admitindo-se que os direitos fundamentais são restringíveis, e a intervenção deve passar pela regra da proporcionalidade para ser constitucionalmente

restrições (até mesmo enquanto resultado do sopesamento dos princípios colidentes), Alexy opõe o argumento, em defesa de que princípios também podem ser restrições, de que “princípios colidentes restringem materialmente as possibilidades jurídicas de realização de outros princípios”, e, por isso, o problema não está na natureza restritiva do princípio, senão que na delimitação da extensão em que podem restringir outros princípios (p. 284-285).

³⁰³ ALEXY. **Teoria dos direitos fundamentais**..., *op. cit.*, p. 281, 286, 291-292.

³⁰⁴ Esclarecimento se faz necessário aqui ante a concepção de renúncia trazida por Novais e a concepção trabalhada por Martel. Novais entende, partindo de Alexy, a renúncia a direitos fundamentais como exercício de posições jurídicas tuteladas por normas de direitos fundamentais e que tal figura estaria inclusa no conceito alargado de restrição. O doutrinador entende a renúncia como uma “auto-restrição” operada pelo sujeito titular do direito, que enfraquece o seu âmbito de proteção com a renúncia e alarga o âmbito de atuação do sujeito destinatário da norma correspondente. De outro lado, Martel, igualmente partindo de Alexy, trabalha a renúncia a posições jurídicas também como um exercício incluso na liberdade conferida pelo direito, todavia, embora conceba o enfraquecimento a que aquiesce o titular de um direito fundamental com o ato de renúncia, não concebe a intervenção realizada pelo sujeito enquanto inclusa no conceito de restrição alexyano. A uma, porque restrições são normativas, isto é, só podem verificar por meio de lei; a duas, a intervenção no âmbito de proteção é heterônoma (ALEXY. **Teoria dos direitos**..., p. 281). Novais, aplicando a teoria de Alexy e incluindo a autorrestrição da renúncia no conceito de restrição alargado de Alexy, aplica, daí, a regra da proporcionalidade, sopesando interesses e razões contrárias aos interesses do consentente (ver NOVAIS, **Direitos fundamentais: trunfos**..., p. 269 e ss.). Afirma o autor, ainda, que não é a natureza abstrata da posição do direito fundamental, mas o balanceamento dos interesses e razões contrárias que determinarão sobre a disponibilidade no caso concreto (*Ibid.*, p. 271).

³⁰⁵ Observação importante, nesse ponto, faz Virgílio, na medida em que afirma que a intensidade de restrição não importa para se saber se há violação ou não ao conteúdo essencial de direito fundamental, posto que estão em tensão o grau de realização e a importância de diferentes princípios envolvidos na questão, o que possibilita na teoria relativa a compreensão de invasão do conteúdo essencial mesmo em caso de restrições com intensidades leves (bastando que inexista fundamentação suficiente), bem como de não violação ao conteúdo essencial de um direito mesmo quando muito intensas as restrições. Veja-se que o conteúdo essencial é identificado como a consequência, o produto da aplicação da regra da proporcionalidade, externalizando o núcleo essencial acorde aos valores postos no caso concreto (SILVA. **Direitos fundamentais: conteúdo**..., p. 197).

³⁰⁶ ALEXY. **Teoria dos direitos**..., p. 281.

³⁰⁷ STRAPAZZON, Carlos Luiz; INOMATA, Adriana. Restrições, privações e violações de direitos constitucionais fundamentais. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n.32, p.87-106, maio/ago. 2017. ISSN 1678 8729. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/dir-32-06-restricoes-privacoes-e-violacoes-de-direitos-constitucionais-fundamentais/> Acesso em: 28 jan. 2022.

admissível, caso um interesse ou direito fundamental que colide com outro, após um processo de ponderação, seja esvaziado, nada restando dele, estar-se-á diante da figura da privação de direitos fundamentais, admissível constitucionalmente³⁰⁸.

Daí possível concluir, em relação à perda, à suspensão ou às restrições (ou privações) administrativas, legislativas ou judiciais, punitivas ou não, são diferentes da disposição de uma posição jurídica tutelada por norma de direito fundamental, pois, nestes casos, o elemento propulsor não é o consentimento, senão que a incidência normativa, estando a justificação daqueles atos em direitos e princípios concorrentes, e não no consentimento (enquanto exercício) do titular da posição jurídica subjetiva³⁰⁹.

³⁰⁸ STRAPAZZON; INOMATA. **Restrições, privações...**, *op. cit.* Os autores avaliam as hipóteses de intervenção absoluta no (1) direito à vida, (2) à nacionalidade, (3) à propriedade privada, (4) à privacidade e (5) à liberdade de imprensa, cujas privações, isto é, intervenções absolutas, correspondem a situações de admissibilidade constitucional (1) da pena de morte e do aborto; (2) da perda de nacionalidade; (3) da expropriação de bens; (4) da quebra do sigilo de correspondência; (5) da perda da plena liberdade de imprensa.

³⁰⁹ MARTEL, **Direitos Fundamentais indisponíveis...**, p. 70.

6 CONTROVÉRSIA ACERCA DA DIMENSÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL QUE RECONHECE O TRIBUNAL DO JÚRI NO ESTADO BRASILEIRO³¹⁰

A instituição do Júri é reconhecida pela Constituição de 1988, no Título dos direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, incumbindo à lei o dever objetivo de organização e estabelecimento de procedimento, como faceta objetiva do sistema de direitos fundamentais³¹¹. A instituição há muito vem sendo tutelada no ordenamento brasileiro estatal. Foi recepcionada primeiramente no Brasil pelo Decreto de 18 de junho de 1822 do Príncipe Regente³¹², e, depois, positivada na Constituição do Império de 1824 no Título que organizava o Poder Judiciário³¹³; na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, no Título dos Cidadãos Brasileiros, seção da Declaração de Direitos³¹⁴; na Constituição da República de 1934, em Capítulo que dispunha sobre a organização do Poder

³¹⁰ Parte do conteúdo exposto neste capítulo é fruto de pesquisas bibliográficas e debates com o professor Dr. Paulo Ricardo Schier, que documentado e já objeto de publicação à comunidade científica: SCHIER, Paulo Ricardo; MELO, Fernando William de. **A instituição do júri e seus atores e titulares de direitos fundamentais**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 48, n. 150, jun. 2021. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1227>. Acesso em: 28 jan. 2022. Todavia, após novas e contínuas pesquisas, especialmente ante a contribuição dos professores Dr. Rodrigo Ferreira Leite Cabral e Dr. Ricardo Rachid, o presente capítulo teve sua extensão (conteudística) aumentada para se tentar englobar elevado número de argumentos e posições que circundam sobre a instituição do júri.

³¹¹ ANDRADE, José C. V. de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976** – 5ª ed. – Coimbra: Almedina, 2012, p. 134-135; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

³¹² BRASIL. **Decreto de 18 de junho de 1822**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-18-6-1822-2.htm#:~:text=DECRETO%20DE%2018%20DE%20JUNHO,abusos%20de%20liberdade%20de%20imprensa. Acesso em: 13 out. 2020. A referida norma cria juízes de fato para julgamento dos crimes de imprensa ou de opinião; SOARES, Igor Alves Noberto. **O tribunal do júri em sua compreensão processualmente democrática** – 1. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 46; TASSE, Adel el. **O novo rito do tribunal do júri**: em conformidade com a Lei 11689/2008. 1. ed., 1ª reimp. Curitiba: Juruá, 2009, p. 22; ALMEIDA, Ricardo Vital de. **O júri no Brasil** – aspectos constitucionais – soberania e democracia social – “equívocos propositais e verdades contestáveis” – Leme, SP: CL EDIJUR, 2005, p. 36.

³¹³ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (1824)**. Carta de Lei de 25 de Março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 13 out. 2020. Na Constituição do Império, o júri está elencado no artigo 151, competente para pronunciamentos, tanto em causas criminais, quanto cíveis, em matéria de fato (conforme artigo 152 do mesmo diploma).

³¹⁴ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891)**. Constituição da República de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 13 out. de 2020. Na primeira Constituição da República, o júri está elencado no artigo 72, §31, cuja redação se limitou a expressar que “É mandada [sic] a instituição do jury”, o que, segundo Paulo Rangel, impedia que lei ordinária realizasse qualquer modificação, a se manter o status quo (RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri**: visão linguística, histórica, social e jurídica. – 6 ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 74).

Judiciário³¹⁵. Embora a Constituição de 1937 tenha sido omissa quanto à permanência da instituição no ordenamento estatal, a presença da instituição fora confirmada pelo Decreto-lei 167 de 1938³¹⁶; também positivada na Constituição da República de 1946, no capítulo referente aos direitos e garantias individuais³¹⁷; na Constituição de 1967³¹⁸ e na Emenda Constitucional de 1969³¹⁹, ambas previsões no capítulo de direitos e garantias individuais.

Torna-se complexa a compreensão, no arranjo histórico da instituição do júri, da função que deveria desempenhar no sistema político-jurídico³²⁰. A garantia da instituição fora reconhecida juridicamente ora na organização do Poder Judiciário, ora no capítulo atinente aos direitos e garantias individuais, o que torna difícil, ao menos no campo do saber jurídico, afirmar de forma inequívoca como o ente objetivo-subjetivo atua e para que interesses se volta a proteger, se é que há tão somente um destinatário, sem que se compreenda o conceito de “instituição”. Urge trazer à tona a compreensão da importante palavra que é trazida – e garantida – no texto constitucional: instituição.

³¹⁵ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934). Constituição da República de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 13 out. 2020. Nessa segunda Constituição da República, o júri está elencado no artigo 72, cujo redação afirmara “é mantida a instituição do júri, com a organização e as atribuições que lhe der a lei”.

³¹⁶ BRASIL. **Decreto-lei nº 167 de 5 de janeiro de 1938**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0167.htm. Acesso em: 13 out. 2020. No entanto, como observa Guilherme de Souza Nucci, a despeito de referido texto legislativo dispor sobre a regulação do júri, sua soberania fora retirada, vez que o artigo 96 desse diploma normativo permitiu ao Tribunal de Apelação reformar a decisão dos jurados contrária à prova dos autos, aplicando desde logo a pena ou absolvendo o réu. NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri** – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 43.

³¹⁷ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946)**. Constituição de 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 13 out. 2020. A instituição está elencada no rol dos direitos e garantias individuais do artigo 141, especificamente no §28, trazendo a referida norma o dever do legislador de organizá-la, balizado pelo dever de estabelecer o número ímpar de jurados, o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos vereditos, deixando a norma constitucional expressa, ainda, a competência obrigatória ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

³¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1967)**. Constituição de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 13 out. 2020. A Constituição, no artigo 150, §18, expressamente manteve o júri e sua soberania, trazendo também a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

³¹⁹ BRASIL. **Emenda Constitucional nº1 (1969)**. Emenda à Constituição de 1967, em 17 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 13 out. 2020. A manutenção da instituição no rol de direitos e garantias individuais se dá no art. 153, §18, retirando a Emenda, todavia, o caráter de soberania do júri.

³²⁰ D'AMICO, Alessandro Ignásio. **O resgate da doutrina clássica do tribunal do júri: repensando a instituição no estado democrático de direito brasileiro contemporâneo**. 186f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2019, p. 19.

Conforme expõe Marcio Iorio Aranha, especificamente em um recorte teórico sociológico, instituição é produto da ação conjugada que, a despeito das diferenças subjetivas, alcança a objetivação, já que a habilidade dos sujeitos possibilita a combinação, por meio de unidades maiores caracterizadas pela racionalidade e consciência finalística, que na coletividade externa o empenho para um convívio pacífico e um bem-estar geral. Com a contribuição do filósofo William Graham Sumner, Aranha ensina que as instituições emergem quando da necessidade de levar em consideração a introspecção de valores, não mais tão só a dedução de regras para solucionar problemas futuros³²¹. A instituição se expressa na solidificação de

³²¹ Como seriam as *folkways*, que podem ser compreendidas como fenômenos coletivos que visavam, por meio do hábito e costume, à satisfação de interesses do indivíduo. As *folkways* são constituídas de forma inconsciente, espontânea e não coordenada, sendo repetição de esforços dos indivíduos para satisfação de necessidades imediatas, referindo, então, a atos como fins em si mesmos. A instituição, como desenvolvimento futuro das *folkways*, se manifesta como pensamento instrumentalizado, não mais para satisfação de necessidades imediatas, mas para intervenção volitiva humana que não mais como produto do fato em si (como os *folkways*), senão que consciente de seu componente subjetivo no dado objetivo, trazendo-o como agente do contexto, para emancipar-se na realidade conjuntamente vivida. Os prejuízos e sofrimentos humanos experimentados pelos indivíduos trazem à tona a necessidade de prudência e perseverança que, nesse segundo momento, aliadas à disputa, à assimilação e à acomodação (porque necessária a capacidade institucional crítica, frente a sugestionabilidade dos grupos e das relações humanas, para evitar a totalidade de um grupo antagonico), bem como os modos de combinação e cooperação, possibilitam o interesse comum, superando-se os contrários menores de grupos em favor dos interesses coletivos (SUMNER, William Graham. *Folkways*. New York: Ginn and Company, 1906. Trad. Lavínia Costa Villela. *Folkways: estudo sociológico dos costumes*. Tomo I. São Paulo, Livraria Martins Editora, 1950, p. 48 *apud* ARANHA, *op. cit.*, não p. *E-book*). Ainda, quanto aos *mores*, categoria trazida por Sumner, a importância se dá na medida em que se manifesta como tentativa de criação de proposições, abstratamente, a fim de justificar conscientemente as *folkways*. São “presunções especulativas e deduções dogmáticas de origem fantasmagóricas” que ao decorrer do tempo ganham coerência aos fins valorativos e utilitaristas humanos, revelando seu espírito diretriz de determinada época, a influenciar o curso das civilizações. Possui sugestionabilidade ritualística (porquanto explicativa) mais concentrada no seio social, este que adere de forma mais inconsciente, o que pode levar as massas guiadas a tergiversarem argumentos contrários aos *mores* (SICHES, Luís Recasens. *Lecciones de Sociologia*. Cidade do México, Editorial Porrúa, 1948, p. 221-222 *apud*. Aranha, *Ibid.*). Assim, o debate e racionalização das condutas são melhor acolhidos quando o conteúdo prescritivo contido nos *mores* é trazido para as instituições, quais trazem a racionalização (não mais elementos de sentimentos e fé) e a discussão internamente à própria natureza, o que acabará por fomentar o espírito crítico das massas, permitindo tanto a liberdade do ser humano, quanto a obrigação à racionalização de seus comportamentos, ante a característica da controlabilidade dos atos conscientes e voluntários da instituição (SUMNER, *op. cit.*, p. 90-91, 112-114 *apud* ARANHA, *Ibid.*). Abre-se, assim equilíbrio ao sistema para conservação e dissipação, entre o ser e o devir, a mudança e a permanência, permitindo que as variadas perspectivas sejam trazidas às relações entre instituído e instituidor. “O mundo (realidade, ideias etc.), igual a uma paisagem, tem infinitas perspectivas; todas elas igualmente verídicas e autênticas. A única perspectiva falsa seria a que pretendesse ser exclusiva.” (SICHES, Luis. *op. cit.*, p. 281 *apud*. Aranha, *op. cit.* não p.). Aranha, ainda, traz que a natureza institucional vem corrigir as permissividades dos *mores* no que diz respeito às escolhas das massas a exemplo da intolerância aos dissidentes, contrabalanceando a instituição por meio da facilitação da presença destes dissidentes e permitindo o convívio das correntes opostas (Aranha, *Ibid.*).

sínteses de um grande arranjo cultural em determinada sociedade³²².

O institucional vem como produto da expressão estrutural da sociedade e da expressão organizacional, refletindo, na definição de instituição, dois aspectos: o princípio de continuidade no âmbito estrutural e o princípio de mudança ou variação por meio de juízos individuais, em seu âmbito organizacional³²³, que emerge em uma interação com o social em orientação recíproca, já que a participação deste ordenadamente organiza a instituição, em tempo que se submete a ela – as adaptações e integrações acontecem no âmbito institucional, como sistema interativo que se relaciona constituindo referência, canais de atuação e fontes de sanção³²⁴. A instituição orienta a decisão, bem como é orientada por ela, por uma complementaridade de expectativas³²⁵.

Assim, a instituição como sistema interativo objetivo-subjetivo³²⁶, tem função

³²² GURVITCH, Georges. **Os símbolos sociais**. In: CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Octávio (org.). **Homem e sociedade**: leituras básicas de sociologia geral. 14. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1984, p. 193-201 *apud*. Aranha, *Ibid*.

³²³ Aranha, *Ibid*.

³²⁴ PARSONS, Talcott E. F. O conceito de sistema social. In: CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Octávio (org.). **Homem e sociedade**: leituras básicas de sociologia geral. 14. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1984, p. 193-201

³²⁵ ARANHA, *op. cit*.

³²⁶ A análise sobre a instituição também é objeto de estudo da psicologia, principiada a preocupação por Sigmund Freud, que trouxe a articulação entre psiquismo e os grupos e instituições. Essa relação, segundo Simone Mainieri Paulon – que realiza importante investigação sobre os desdobramentos que compreensões de instituição promovem –, como estrutura *libidinal* da massa, recai na renúncia do indivíduo ao seu ideal do Eu visando a um ideal coletivo (PAULON, Simone M. Instituição e intervenção institucional: percurso conceitual e percalços metodológicos. **Mnemosine**, Rio de Janeiro, v. 5, p. 189-226, 2009). Segundo o autor austríaco, “é concebível que também a separação do ideal do Eu frente ao Eu não seja suportada de maneira duradoura e tenha que se desfazer temporariamente”. Com as renúncias e limitações infligidas ao Eu, o constante descumprimento das proibições torna regra, como se vislumbra da instituição das festas, concebidas como excessos liberados normativamente, o que dá, por isso, a sua feição alegre. “[...] Mas o ideal do Eu compreende a soma de todas as restrições a que o Eu deve obedecer, e por isso o recolhimento do ideal tem de ser uma grande festa para o Eu, que pode então voltar a sentir-se contente consigo” (FREUD, Sigmund. **Psicologia das massas e análise do eu e outros textos (1920-1923)** – obras completas, v. 15. Tradução Paulo César de Souza. S.l.: Companhia das Letras, 2011, não p. *E-book*). Dada essa ligação psíquica entre indivíduo e corpo social, cujas restrições daquele se voltam à busca de um interesse comum consciente, racional e objetivamente expressos, as exposições de Sumner, Parsons e Aranha não se evidenciam, a despeito de críticas à teoria freudiana e pós-freudiana, descompassadas (antagônicas) com estas, senão que, resguardadas as proporções e limites de análise complementares (poder-se-ia ver, por exemplo, que a teoria institucional de Carl Schmitt, conforme crítica de Aranha, pretendia aplicação hegemônica, numa primeira abordagem, anterior à Primeira grande guerra, a despeito de compreensão do sistema interativo). Conquanto teça a pesquisadora que há, com as correntes da “esquizoanálise”, a ruptura da compreensão de uma instituição edipiana, ou de que os indivíduos são produto e produtores das instituições, emergindo a nova compreensão de instituição como “trama, fio invisível” presente em todas as instâncias, constituidora do tecido social – cuja maior instituição em que se baseia o social é o capital –, a teoria sociológica apresentada nesse estudo não impõe o sujeito como absolutamente condicionado pelo produto objetivado, deixando-se clara a abertura subjetiva de conformação e influência subjetiva nas instituições, sob pena de se totalizar um pensamento hegemônico, neutro, que

comunicativa e valorativa, que comporta, como herança social, estabilidade e ruptura. A instituição acomoda previsões para atualização em favor de específicas características ou atributos concebidos como válidos por ela: “revelam a preocupação com a continuidade das conquistas passadas para a persistência da identidade da instituição”, sem negligenciar as necessárias perspectivas para modificação de suas formas ou finalidades ou mesmo para abandoná-las, conforme os valores adotados.

Em última análise, o valor pode ser identificado de forma objetiva institucionalizado, ante a intercambialidade das normas fundamentais e dos valores comunitários agregadores, conformadores e orientadores do sistema jurídico³²⁷, surgindo então a garantia da instituição ou dos institutos garantidos.

Na dimensão político-jurídica, os clamores históricos por valores institucionalmente objetivados trouxeram às garantias institucionais o dever de estabelecer objetividade em “sínteses duma consciência jurídica geral”³²⁸ a fim de que se delimite de forma precisa o núcleo essencial dos direitos fundamentais, reconhecendo-se seus sentidos e conteúdos materiais que resistem ao tempo³²⁹.

Paulo Bonavides afirma que há dois polos tradicionais onde se alternam as garantias constitucionais: as declarações e os direitos, originados ainda duma concepção centrada no indivíduo e na liberdade. Acrescentou-se a estes polos, no século XX, um terceiro – a instituição. Ela impõe uma ruptura do caminho tradicional que entendia as garantias enquanto individuais. A concepção de garantias

desconsidera as perspectivas plurais como exigência necessária à evolução e à transformação (racional e consciente) do institucional, o que, também à vista da última corrente que se pretende ruptura, possui tarefa de ampliar a transversalidade do grupo ou “abrir as viseiras que cegam o olhar à multiplicidade” (PAULON, *op. cit.*, p. 223).

³²⁷ Importante intersecção, neste ponto dos valores institucionalizados, deve se fazer com “valores da comunidade” e a subjetividade de cada sujeito. Robert Park (*apud.* ARANHA, p. 154) afirma que as instituições objetivadas são objetos referenciados do mundo bem como referência a ele. No entanto, o imaginário social, advindo de um poder disputado e instituído como mecanismo de normalização subjetiva, condiciona as singulares identidades nas suas formações, sujeitando-as aos valores e interesses dominantes. Para Bartolomé Ruiz, as sujeições consentidas se manifestam em todas as estruturas de poder, como educação, propaganda, estímulos, punições, compensações etc. As verdades simbólicas estruturais são apreendidas pelos sujeitos como se verdadeiras, justas, boas fossem, assumindo porquanto veem vantagens para suas vidas a exemplo de poder, prazer, ter, expectativas, desejos etc. (BARTOLOMÉ RUIZ, Castor M. M. **As encruzilhadas do humanismo**: a subjetividade e a alteridade ante os dilemas do poder ético. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006, p. 94-95). E como não é do interesse de uma pessoa a exclusão social, porque suas ações induzidas visam à compreensão e à integração no mundo, por ela mesmo há induzimento de melhor satisfazer as demandas institucionais, apresentando os melhores resultados, sujeitando-se e sacrificando-se para efetivamente corresponder ao proposto (BARTOLOMÉ RUIZ, *op. cit.*, p. 101). Essa abordagem vai ao encontro da relação psíquica trazida por Simone Paulon (*op. cit.*).

³²⁸ ARANHA, *op. cit.*, p. 170.

³²⁹ STERN, Klaus, *apud.* ARANHA, *op. cit.*, p. 170.

constitucionais não se confina mais somente em valores do Estado liberal, porque as garantias são não tão só contra o Estado, senão que garantias no Estado, sendo que a ação ou intervenção deste se legitima em defesa da Constituição como um todo e em favor de sua sustentação, integridade e observância dos direitos fundamentais³³⁰. Nesse sentido, percebe Daniel Wunder Hachem que as surgentes teorias para dar novas conformações à Constituição na transição entre os modelos liberal e social de Estado de Direito não mais se fecham à tutela de direitos subjetivos e individuais, reconhecendo daí proteção de valores coletivos nas disposições constitucionais .

Passaram, as garantias constitucionais, por uma espécie de alargamento, já que não se voltavam somente à salvaguarda dos direitos individuais, ampliando-se, daí, o campo dessas garantias a formas funcionais institucionalizadas³³¹, podendo-se enquadrar, no conceito alargado das garantias, extirpadas do caráter eminentemente individualista, as garantias institucionais³³².

As garantias institucionais são institutos que tutelam e reconhecem valores de expressiva importância político e social, sem as quais o ente (bem valorado) pereceria, consagrando e protegendo constitucionalmente instituições consideradas indispensáveis à sociedade³³³.

As garantias institucionais se tornam efetivas, comumente, ante as pressões sociais ou imperativos da consciência pública que tomada e voltada para promover a igualdade³³⁴.

Essas garantias institucionais, seja de ordem jurídico-públicas, seja jurídico-privadas, não são atribuídas à pessoa em si³³⁵, não objetivam a proteção da vida ou a autonomia do indivíduo diretamente, mas sim resguardam instituições proeminentes e essenciais à sociedade (podendo ressoar implicações na vida de um sujeito, vindo, por vezes, a Constituição tutelar um direito subjetivo associado à instituição tutelada). São exemplos de instituições protegidas como realidade sociais objetivas a maternidade, o funcionalismo público, a imprensa livre, autonomia das universidades,

³³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 534.

³³¹ *Ibid*, p. 534.

³³² *Ibid*, p. 537. Bonavides conclui que “a garantia constitucional é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado”.

³³³ MENDES, **Curso de direito...**, p. 170.

³³⁴ BONAVIDES, op. cit, 542.

³³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 11. reimp. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2012, p. 397.

a família³³⁶, a administração autônoma³³⁷, autonomia municipal, a independência do juiz (ou separação dos poderes)³³⁸, o tribunal do júri, a herança, a língua portuguesa e outros³³⁹.

Sarlet designa as garantias institucionais como normas conformadoras de direitos fundamentais, numa perspectiva objetiva, não passíveis de subjetivação, não negligenciando, todavia, a finalidade de proteção de bens jurídicos de expressiva importância extraída do valor da dignidade humana. As garantias institucionais diferem dos direitos-garantias (como direitos instrumentais), porquanto esses resguardam subjetivamente o direito de seu titular, não obstante a existência da dimensão institucional intrínsecos a estes direitos-garantias fundamentais³⁴⁰.

Ainda, garantias institucionais priorizam a coerência da conformação objetiva dos direitos fundamentais, determinada pela demandada intangibilidade dos seus núcleos, mas que não encerra, com a direção e sentido dados institucionalmente, às novas realidades, porquanto a instituição é um dever de subjetivo e objetivo, preenchendo, os sujeitos livres, de vida os ordenamentos institucionais. Assim, garantem os direitos fundamentais pela dotação e ordenação das esferas individuais, determinando o conteúdo jurídico para, conseqüentemente, identificar cada valor social priorizado^{341 342}.

³³⁶ Aranha traz aqui que tanto as comunidades naturais, como a família, como as conscientemente organizadas, como o município são instituições tuteladas não por direitos a elas inerentes, senão que por fronteiras estabelecidas por disposições constitucionais próprias à delimitação de seus núcleos essenciais (ARANHA, *op. cit.*, não p.).

³³⁷ Exemplos citados por Canotilho, p. 397.

³³⁸ Nesse ponto, Marcio Aranha traz a formulação de garantias institucionais trazidas por Carl Schmitt, voltado à Constituição de Weimar. Bonavides cita a separação como garantia (p. 548).

³³⁹ SARLET, *op. cit.*, não p. *E-book*

³⁴⁰ SARLET, *op. cit.*, não p. *E-book*

³⁴¹ ARANHA, Marcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, não p. *E-book*.

³⁴² Pode-se aqui acrescentar a visão do direito fundamental como um todo, como o traz Daniel Wunder Hachem de sua análise da titularidade individual e transindividual dos direitos fundamentais. Conforme o autor, as normas de direitos fundamentais, na perspectiva subjetiva – do titular do bem jurídico protegido –, enfeixa uma gama de posições jurídicas autônomas que atribuem a ela situações de vantagem. A norma pela ótica objetiva – do objeto que se quer proteger – traça ao Estado deveres jurídicos, impondo-lhe, nas palavras do autor, “diversas obrigações expressas ou implícitas quanto à salvaguarda do direito fundamental, independentemente de qualquer reivindicação subjetiva por parte do seu titular”, daí compelindo objetivamente, a norma, o Poder Público a criar condições de fruição daquele bem jurídico pelos cidadãos, instituindo fática e juridicamente estruturas organizacionais e mecanismos procedimentais à sua proteção contra investidas de terceiros (HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 618-688, jul./dez. 2013. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/505>>. Acesso em: 13 ago. 2021).

A despeito da existência de controvérsia quanto ao regime dos direitos e garantias fundamentais ser distinto das garantias institucionais³⁴³, a proteção a estas se assemelha quando se assegura o núcleo essencial das instituições, face a intervenção legislativa tendente a aboli-las ou limitá-las³⁴⁴.

Como notam Mendes³⁴⁵ e Canotilho³⁴⁶, as garantias institucionais não visam à manutenção ou a criar certas instituições, mas impedir que estejam totalmente submissas à livre discricionariedade de órgãos do Estado, à erosão do legislador, tendo, daí, como finalidade a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Ainda, pode-se ter que uma garantia institucional pode não ser fundamental, na medida em que a norma constitucional que resguarda uma instituição é destituída de fundamentalidade própria dos direitos fundamentais, implicando, daí, a não proteção (com o regime diferenciado) desta norma-garantia em face do legislador infraconstitucional, seja no que diz respeito à identidade, seja quanto à permanência, diferentemente das garantias institucionais fundamentais (mantenedora de fundamentalidade material, a merecer tutela especial)³⁴⁷.

Embora se levantem questionamentos sobre as garantias institucionais enfraquecerem os direitos subjetivos fundamentais³⁴⁸, tem-se que o reconhecimento daquelas não visa a preferir a estes, muito menos requer sobreposição da ordem objetiva institucional sobre a subjetiva fundamental – a expressão dos institutos jurídicos como entes objetivamente determinados busca a ampliação da esfera de proteção dos direitos fundamentais³⁴⁹. Observe-se que as duas categorias jurídicas

³⁴³ Gomes Canotilho faz essa análise na Constituição portuguesa, afirmando não ser aplicado o mesmo regime dos direitos e garantias fundamentais às garantias institucionais. Entretanto, a Constituição brasileira não fez qualquer distinção quanto às garantias institucionais e institutos garantidos no artigo 5º (embora o artigo 60, §4º, inciso IV da CF/88 refira aos direitos e garantias individuais), o que implica a aplicabilidade do mesmo regime jurídico de proteção dispensado aos direitos fundamentais (ver MIRANDA, *op. cit.*, p. 70). Ademais, ainda que se entendesse pela inaplicabilidade do regime diferenciado e protecionista dos direitos fundamentais às garantias institucionais, uma vez que não existente a previsão normativa que obste a mitigação dos núcleos essenciais das instituições, ou mesmo dos limites e organização formal e procedimental, poder-se-ia interpretar, em última análise, que a forte proteção das garantidas instituições decorrem reflexamente dos direitos subjetivos fundamentais (ante a dimensão objetiva do sistema de direitos fundamentais) que conexos a elas – o que não impede, contudo, que o legislador ordinário conforme discricionariamente a instituição, de forma a não erodi-la, respeitados os direitos fundamentais elencados na Constituição de 1988.

³⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 11. reimp. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2012, p. 398.

³⁴⁵ MENDES, **Curso de direito...**, p. 170;

³⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 9. reimp. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2011, p. 1171.

³⁴⁷ SARLET, *Ibid.*, p. 152.

³⁴⁸ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 538.

³⁴⁹ ARANHA, *op. cit.*, p. 172.

não se confundem, como assimilado por Carl Schmitt³⁵⁰, as garantias institucionais, como instrumento e defesa de direitos, permeiam-nos e limitam-nos, podendo, quiçá, criar direitos subjetivos. Todavia, as garantias institucionais, interpretadas adequadamente no contexto constitucional brasileiro, como decorrente da dimensão objetiva e orientadora interna e externamente às normas constitucionais, não se sobrepõem ou encerram o sentido dos direitos subjetivos fundamentais. Como expõe Daniel Wunder Hachem, a crítica à concepção institucionalista tendente a sobrevalorizar a dimensão objetivo-institucional dos direitos fundamentais em prejuízo à subjetiva pode acarretar o enfraquecimento das liberdades individuais. Conforme o autor, a crítica percebe que “tal teorização conduziria à ideia de que, em última instância, o que deveria receber tutela seria a instituição e não o próprio exercício do direito, ocasionando uma inversão da lógica de proteção constitucional dos direitos fundamentais”³⁵¹.

Ainda, afirma Aranha³⁵², não são as instituições que decaem, se perdem, mas sim a percepção do instituidor sobre ela, onde o raciocínio jurídico já não é mais capaz de acompanhar a transformação institucional. Com a reconfiguração social, surge espaço para a supressão das formas instituídas, levando-se em consideração a própria humanidade na motivação e precisão científica³⁵³. Deve ser incluída a teoria das garantias institucionais em ponderação embasada de argumentos que fundamentem sua aplicação, já que pode estar orientada tão somente para a satisfação de um momento, e se mantendo no presente constantemente por uma força utilitária, negligenciando o justo³⁵⁴.

No entanto, como adverte Sarlet, no que diz respeito à hierarquia das normas de garantia institucional e de direito-garantia fundamental, deve-se destacar a relevância da salvaguarda do núcleo essencial das normas de direito fundamental e considerar que uma e outra, por vezes, estão imbricadas (norma que protege a instituição e depende, em imbricamento que constitui a própria existência daquela, da proteção de direitos subjetivos), nascendo o cerne da garantia institucional

³⁵⁰ ARANHA, *op. cit.*, p. 191.

³⁵¹ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 618-688, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/505>. Acesso em: 28 jan. 2022.

³⁵² ARANHA, , *op. cit.*, p. 219.

³⁵³ ARANHA, *op. cit.*, p. 217.

³⁵⁴ ARANHA, *op. cit.*, p. 223.

fundamental. Contudo, sendo diferentes as categorias normativas das regras de garantia institucional e direito fundamental, há autores na doutrina portuguesa, alemã³⁵⁵ e espanhola³⁵⁶ que outorgam relevância secundária no que se refere às garantias institucionais, para destinar especial atenção (e proteção) ao núcleo essencial das normas de direito fundamental contra a restrição do legislador ordinário.

Por qualquer prisma que se examine os valores instituídos político-juridicamente – como escolhas do social objetivando a justiça e o bem comum (como decorrência do comportamento ético para institucionalizar institutos valorados) ou como fundados da dimensão objetiva dos direitos fundamentais (compreensões que não são excludentes) – é certo que aqueles valores orientam o plexo normativo (sistema dimensional objetivo) e vinculam os poderes constituídos.

A instituição do julgamento por populares para administrar a justiça, como parte acusatória e/ou julgadora, é ente que na prática humana valorativa continuou no seio social ao longo do desenvolvimento histórico, – embora de origem imprecisa³⁵⁷ – seja nos seus antecedentes remotos, como no Direito germânico antigo (século VII e

³⁵⁵ Cita Ingo Sarlet, neste contexto, a posição de G. Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, art. 1, III, p. 47. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos...**

³⁵⁶ Nesse ponto, o autor afirma que se sustenta a irrelevância prática das doutrinas do instituto das garantias institucionais, vez que a função as funções deles podem ser extraídas da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos...**, p. 152.

³⁵⁷ Ver também: MARQUES, Bruno Henrique Moreira. **Da soberania do tribunal do júri em sentenças absolutórias**: (im)possibilidade de interposição de recurso de apelação. 2020, 115f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2020, p. 16.

anteriores)³⁵⁸, no período Franco³⁵⁹, no sistema grego³⁶⁰, com os *judices iurati*³⁶¹ no sistema romano (fase republicana)³⁶², ou ainda na cultura hebraica³⁶³; seja, em

³⁵⁸ O sistema de acusação residia no tipo acusatório privado, possuindo forte sentido subjetivo da verificação probatória (não voltada então à comprovação dos fatos, mas se constituíam eminentemente de atos sacramentais, de valor do indivíduo e dos juramentos, das partes e dos auxiliares). O procedimento judicial propriamente dito possuía uma função secundária. Era reclamado quando a composição privada não tivesse sucesso. Após, os jurados emitiam projetos de sentença ao juiz presidente que, posteriormente, escolhia a proposta de decisão final, recorível tanto pelos populares jurados quanto pelas partes. Poder-se-ia até levar o desfecho do litígio ao combate físico, valendo a vitória como o triunfo do direito reclamado pela parte. (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. tomo I: Fundamentos. 2. ed., 1. reimp. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999, p. 264. Tradução nossa).

³⁵⁹ O período franco, a partir do Século VIII, não se distanciou da ideia de “perda da paz”, como efeito da infração, mas a transformou parcialmente em “paz do rei”, conforme o sistema monárquico. Abstrai-se da disputa judicial o seu caráter privado, de vingança, ganhando mais sentido de proteção à comunidade. Assim, o acordo conciliatório perdeu o caráter de faculdade, sendo então obrigatório. O Direito do rei, como órgão responsável pela paz comunitária, influenciou a composição do tribunal e na persecução penal. As principais características desse período eram: o tribunal continuou popular, todavia, a cadeira do juiz diretor era agora do rei, que exercia a função pessoalmente ou por meio de um conde do palácio; o tribunal era composto por sete membros, encarregados de propor a sentença, “primeiramente los rachimborgil y después los escabinos (Schöffen)”, que eram designados de forma vitalícia; a persecução penal era impulsionada pelo ofendido ou sua tribo e, de modo excepcional, se desenvolvia por impulso oficial; o debate continuou sendo público, oral e contraditório, mas predominou maior atuação real na direção e impulso, persistindo ainda o juramento como principal meio de prova; ainda, ao lado dos duelos, tinham-se os “juízos de Deus” ou ordálios, pela mesma crença e fundamento antigo: a divindade auxiliaria em iluminar a verdade e em fazer resplandecer a justiça, por meio de sinal físico observável. *Ibid*, p. 267. Tradução nossa.

³⁶⁰ O sistema grego delimitou a divisão entre o interesse público e o privado do delito, sendo que naqueles o sistema de acusação era popular, demonstrando o poder de qualquer cidadão de perseguir penalmente o infrator, ao contrário do delito de interesse privado, que permanecia com o ofendido ou seus substitutos. O regime ateniense permitiu a participação direta dos cidadãos na tarefa de acusar e de julgar. Os tribunais com distintas competências tinham o poder de julgar. Dentre os quais, destacam-se o tribunal dos Heliastas, ou de Helión; O tribunal dos Efetas; e o Areópago. A tortura era utilizada até mesmo nas testemunhas, para que se falasse a verdade. Igualmente se praticavam os ordálios ou juízos de Deus, como a ingestão de água fervente ou tocar no ferro em fogo, com a pretensão de que os sinais exteriores indicariam a razão (igual motivo dos germanos, mais tarde).

³⁶¹ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 1993, p. 131; SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. As quaestiones perpetuae. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 21, p. 65, jan. 1998.

³⁶² O poder jurisdicional romano se transformou com a instituição dos jurados – “iudicis iurati” – vindo o poder normativo, agora regulado por lei, das mãos dos magistrados às mãos dos cidadãos. O Tribunal de jurados foi, inicialmente, instituído com a presidência de um magistrado com poder de império (*pretor*), mas que poderia delegar a um jurado (*quaesitor*) a direção do colegiado, investindo-lhe de poder (império) para o caso. A composição era fundada em condições sociais, políticas, econômicas e pessoais, podendo-se afirmar que em suas últimas épocas da existência do sistema as exigências eram de condição de cidadão, com idade de 30 anos. Não poderiam os cidadãos escolhidos se eximir da obrigação de serem jurados, ressalvada necessidade comprovada, fazendo anteriormente juramento para decidirem o caso (por isso, *iudici iurati*). O poder de persecução penal também não mais se concentrava na mão dos magistrados, senão que na dos cidadãos (quaisquer, como representantes da comunidade), que tinham agora a faculdade de perseguir penalmente um infrator das leis da comunidade. (MAIER, *op. cit.*, p. 277-279. Tradução nossa)

³⁶³ Conforme expõe Hamilton da Cunha Iribure Júnior, três conselhos, em que possíveis reconhecer características do júri, se destacavam na cultura hebraica: o Tribunal Ordinário, Conselho de Anciãos e o Grande Conselho. Eram órgãos colegiados, formados por indivíduos idôneos de notório conhecimento das normas e costumes locais. Em especial no que diz respeito ao Conselho dos Anciãos, afirma o autor que referido colegiado tinha regras já pré-estabelecidas e se reunia em locais

referência ao entendimento doutrinário majoritário processual penal³⁶⁴, nos moldes do júri inglês, à época em que o Concílio de Latrão aboliu os ordálios ou juízos divinos, ou, ainda a partir da Carta Magna de 1215³⁶⁵, tendo o povo o direito de apreciar as matérias de fato nos procedimentos criminais como representação de garantia de justiça³⁶⁶. Já nos séculos XVII e XVIII algumas revoluções conceberam os passos ingleses: com inspiração na Magna Carta e no Act de 1679, teve-se consciência da definição dos direitos e da necessidade de instrumentalização de formas que os assegurem³⁶⁷. As declarações formais de direitos inspiraram e orientaram o texto constitucional que as reproduziu, ao passo que o Brasil imperial incorporou esses ideais europeus: houve a defesa de direitos e garantias, com sucessivas reproduções nas Constituições posteriores, inclusive a instituição do júri³⁶⁸..

Após a Revolução francesa de 1789, o ideal republicano e idealista fez com que o júri fosse instalado na França³⁶⁹, a substituir os juízes do regime monárquico. O

abertos ao público, podendo-se observar o funcionamento do conselho naquela sociedade conforme os preceitos do Pentateuco, que traziam normas procedimentais para julgamento dos infratores. E, conforme Hamilton Júnior, “[u]m dos traços marcantes do Conselho de Anciãos é, indubitavelmente, o traço religioso. O temos a Deus e o fiel cumprimentos dos preceitos nas Escrituras Sagradas faziam com que o acusado tivesse um tratamento respeitoso” (IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha. **A pronúncia no procedimento do tribunal do júri brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 83-84).

³⁶⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev. atual. e amp. com a colaboração de João Daniel Rossi. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 388; NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 677; NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 41; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 770.

³⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 41.

³⁶⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 177-178.

³⁶⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva. 1989, p. 33-34.

³⁶⁸ *Ibid*, p. 34-35.

³⁶⁹ Lênio Streck afirma que a instituição do júri foi primeira medida dos revolucionários como forma de preservar a vontade geral revolucionária, além de melhorar a insuficiência de pessoal na magistratura, (STRECK, Lenio L. Comentário ao artigo 5º, XXVIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. não p.). Nucci (2015, *op. cit.*, p. 43) afirma que o tribunal do júri foi criado aqui como reflexo da instituição corrente em toda Europa: “o que era bom para a França o era também para o resto do mundo”. O júri, segundo o autor, instalou-se no Brasil em 18 de junho de 1822, com o Decreto do Príncipe Regente, anteriormente à declaração de independência em 07 de setembro do mesmo ano, e, após, não houve qualquer debate e estudo profundo acerca da subsistência do tribunal popular no território nacional, ao passo que somente se reproduziu e reergueu as bases do júri nas Constituições posteriores. De se observar ainda que, após o silêncio da Constituição de 1937 acerca da manutenção do júri (o que importou no ano seguinte em reconhecer a existência, mas excluída sua soberania), a Constituição de 1946 o “ressuscitou” no bojo do capítulo de direitos e garantias fundamentais, como um “sinal de luta contra o autoritarismo”. Contudo, narra Victor Nunes Leal (1997, p. 231-236 *apud* NUCCI, 2015, *op. cit.*, p. 43), a motivação do retorno do júri na nova Constituição se deu por pressão

mesmo ideal republicano, que buscava por limitações ao poder do soberano, percorreu a Europa³⁷⁰. Inovou-se a ideia de democracia e liberdade, e, já que existente até então um judiciário corrupto, dependente e parcial (atuando como defensor dos direitos do soberano), somente o povo poderia proferir decisões imparciais e justas³⁷¹.

O ideal republicano e democrático que percorria a Europa refletiu seus efeitos no Brasil, como em outros territórios colonizados, já ocorrendo o fenômeno, como explica Santi Romano, a transmigração de direito que, por meio da colonização imperante à época, seguia para os países colonizados, influenciando o direito destes, com suas ideias e leis^{372 373}.

O papel democrático e de participação na administração da justiça foram valores a que se intentavam com o reconhecimento e manutenção dos julgamentos pelos populares, mas não tão só, já que se assegurou também esse poder ao povo em momentos históricos visando à tutela da liberdade, como no período grego, no período inglês ou mesmo francês (em face do poder do monarca, já que os juízes, delegados ou xerifes eram corruptíveis, influenciados pelos interesses do soberano). No Brasil, o desprezo ao júri, afirma Almeida, teve sua maior expressão em 1937, com o Estado Novo, uma vez que suprimido o reconhecimento da instituição na Carta Constitucional, e logo alcançando fervorosos debates sobre a manutenção ou não da instituição, até que no ano seguinte fosse editado o Decreto-lei 167 reconhecendo e organizando a instituição do júri, retirando-se, todavia, sua soberania³⁷⁴.

Como afirma Marcus Oliveira, foi perturbado o trajeto da instituição até a Constituição de 1988. James Tubenchlak afirma, no mesmo sentido, que o caminho percorrido, desde 1822, pela instituição do júri no Brasil “assemelha-se a uma Guerra

do coronelismo, cujo poder tinha intuito de fazer subsistir um órgão de julgadores da comunidade que lhes favorecessem com absolvição de seus capangas.

³⁷⁰ LORENZONI, Lara Ferreira. **Tribunal do júri**: controvérsias sobre uma justiça cidadã no processo penal brasileiro (séc. xix). 2017, 130f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017, p. 115-116.

³⁷¹ GRECO FILHO, **Tutela constitucional das...**, p. 34-35.

³⁷² ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. 2 ed. rev. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1946, p. 37.

³⁷³ Como instrui Lara Lorenzoni, os ideais liberais europeus ecoaram no Brasil do século XIX com a proclamada Revolução do Porto (Portugal) 1820, que representara, numa perspectiva reformista, a derrocada do Antigo Regime lusitano. Houve rápida incorporação desses valores liberais do levante português pelos membros das elites intelectuais e políticas na América. E, em 12 de julho de 1821, por decreto promulgado pelas Cortes de Lisboa, no Brasil se instaurou tribunal composto por cidadãos “com a competência de definir juridicamente o destino de seus pares, o que se relacionava diretamente com a ascensão dos ideais liberais e com a justiça de leis”, daí que o Jurado “constituir-se-ia na peça definidora da posição de índole constitucional no âmbito da Justiça”. LORENZONI, *op. cit.*, p. 115-116.

³⁷⁴ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 39; TASSE, *op. cit.*, p. 22; OLIVEIRA, Marcus Vinicius Amorim de. **Tribunal do júri popular na ordem jurídica constitucional**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 74.

Santa: ora avançando, ora compelido a recuar, ora deformado em sua competência material, resistiu galhardamente a tudo isso, inclusive a dois períodos ditatoriais”³⁷⁵.

Pode-se ver na instituição, como o faz Lenio Streck, um ritual onde as categorias de significação e atributos valorativos, políticos, sociais e ideológicos operam decisivamente para manter o “status quo”, ou o “ponto comum” como tal concebido pelo todo ou pelos diferentes grupos da sociedade ^{376 377}.

A despeito dos valores e motivados interesses que se perpetuaram no tempo – a liberdade individual e a soberania do povo, como decorrência da democracia –, institucionalizando-se, o júri tem sido reconhecido, por parcela da doutrina como Mendes³⁷⁸ e Ingo Sarlet³⁷⁹, em seu status constitucional como norma asseguradora de natureza institucional, havendo, por conseguinte, a necessidade de não confundir os direitos fundamentais com as garantias institucionais (conforme ver-se-á no tópico 6.3) ³⁸⁰.

6.1 JÚRI COMO DIREITO OU GARANTIA FUNDAMENTAL DO ACUSADO

Num primeiro momento, traz-se entendimentos de que a instituição do júri possui faceta de proteção individual.

O júri, para Fernando da Costa Tourinho Filho³⁸¹, é uma instituição que visa tutelar principalmente a liberdade, ou seja, atua como uma garantia ao direito maior da liberdade, ainda que haja a possibilidade de condenação, porque se trata de um julgamento “humanizado ou sensibilizado”³⁸² em contraposição ao julgamento

³⁷⁵ TUBENCHLAK, James. **Tribunal do júri**: contradições e soluções. 5. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 04 *apud*. OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 70.

³⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O tribunal do júri e os estereótipos**: uma leitura interdisciplinar. 1988, 129f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas – especialidade Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1988, p. 38.

³⁷⁷ Nas palavras do autor, ainda: “O tribunal do júri é, assim, um momento extraordinário que articula e organiza de uma maneira diferente os momentos ordinários da rotina cotidiana e, à parte de torná-la inteligível, institui uma outra rotina, pela qual os participantes entendam as diferenças entre o natural e o cultural, o social e o anti-social, o ‘normal’ e o ‘desviante’, a necessidade da hierarquia social, as regras do poder e, principalmente, a necessidade do Estado ‘proteger’ a sociedade”. (STRECK, **O tribunal do júri...**, p. 38)

³⁷⁸ MENDES, **Curso de direito...**, p. 514.

³⁷⁹ SARLET, *op. cit.*, não. p. *E-book*.

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 772-773.

³⁸² No mesmo sentido NASSIF, Aramis. **Júri**: instrumento de soberania popular. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 09

desanimado ou endurecido do juiz togado³⁸³.

Marcus Amorim Oliveira entende que o júri popular detém natureza jurídica híbrida, sendo uma instituição de natureza pública e judiciária, integrante do Poder Judiciário, concomitantemente um direito individual a julgamento perante um corpo de jurados, como direito clássico de primeira geração, de conteúdo liberal³⁸⁴. Explicita o autor que o tribunal do júri é o “direito individual a julgamento perante um júri popular, e não o Tribunal como um todo”. A afirmação do autor refere que, historicamente, a instituição popular nasceu como direito individual para tutelar a liberdade do indivíduo perante o Estado e a magistratura oficial. Tempos depois, após a fortificação e independência do poder judiciário, o modelo de julgamento por populares introspectou no sistema de justiça tradicional por meio de colaboração ou repartição de atribuições com juízes profissionais, sendo, daí, o júri uma parcela do Tribunal³⁸⁵.

Quanto à norma que reconhece o júri, Aramis Nassif afirma se tratar de uma garantia fundamental individual do cidadão de ser julgado pelos seus pares, e não por representantes oficiais^{386 387}.

José Afonso da Silva entende ser o júri uma garantia constitucional individual, que, na perspectiva da segurança, protege a liberdade³⁸⁸.

³⁸³ Alberto Binder, quanto a essa qualidade dos juízes togados, afirma que o tribunal popular requer um julgamento a que o juiz togado não está preparado, posto que demanda ânimo, sentimento, sendo uma garantia à liberdade do jurisdicionado. BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2. ed. act. y amp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 86.

³⁸⁴ OLIVEIRA, Marcus Vinicius Amorim de. **Tribunal do júri popular na ordem jurídica constitucional** – 3. ed. – Curitiba: Juruá, 2010, p. 83-84.

³⁸⁵ Sobre a possibilidade, então, de um cidadão dispor de ser julgado pela instituição do júri, compreendendo-se ser, conforme posicionamento do autor, um direito individual, afirma ainda que: “entendemos que a resposta deve ser negativa [...]”. Ora, em seu processo histórico de evoluções e involuções, particularmente no Brasil, o júri popular acabou sendo anexado pela estrutura funcional-burocrática do Judiciário, embora tenha surgido para se lhe contrapor. Tanto que o texto constitucional se refere à “instituição do júri”, sem dizer se ela é popular e tampouco afirmando categoricamente a possibilidade de escolha do cidadão para se submeter a julgamento perante esse órgão” (OLIVEIRA. **Tribunal do júri...**, *op. cit.*, p. 85).

³⁸⁶ NASSIF, Aramis. **Júri: instrumento de soberania popular** – 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 31.

³⁸⁷ Cita o autor Ataliba Nogueira, para quem a instituição é “ao mesmo tempo, não só uma garantia individual, como um direito individual do cidadão. Garantia individual, porque ninguém nega [...] o direito de ser o acusado julgado pelos seus semelhantes, direito individual, porque todos reconhecem ao acusado o direito de ser julgado acima das normas inflexíveis e rígidas da lei, a quem um juiz togado está obrigado”. Todavia, conclui Nassif que se trata de garantia individual, como “garantia constitucional do cidadão” (NASSIF, Aramis. **Júri: instrumento de soberania popular** – 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 31).

³⁸⁸ As garantias fundamentais na perspectiva de segurança, em matéria penal, o professor classifica em: (i) garantias jurisdicionais penais (que compreende a. garantia de inexistência de tribunal de exceção, b. garantia de julgamento pelo tribunal do júri, com suas 04 garantias subsidiárias, e c. garantia do juiz competente; (ii) garantias criminais preventivas; (iii) garantias relativas à aplicação da

Segundo José Benjamin de Lima, por razões históricas, no passado, o julgamento popular constituiu-se como garantia e direito fundamental, opondo-o às ordálias e aos abusos do poder político, todavia, contemporaneamente, tendo em vista a consolidação de uma Justiça técnica, imparcial e independente, o julgamento popular não se concebe mais então enquanto direito e garantia fundamental. Daí que, no Brasil, a instituição do júri é garantia fundamental formal, porque expressa na Constituição Federal, entretanto, em existindo uma justiça togada estruturada, imparcial e independente, não se justifica substancialmente considerá-lo como uma garantia fundamental. Inclusive, de fato o fosse, seria injustificada a limitação para julgamento tão só de crimes dolosos contra a vida, porquanto não estaria a dar efetividade enquanto norma de direito ou garantia fundamental. Conquanto atualmente não pareça razoável se concebam ainda julgamentos por juízes leigos, a manutenção da instituição popular no Direito Brasileiro é justificada como escolha política do Constituinte, por duas razões: “trata-se de Instituição bem aceita no imaginário popular; b) é importante expressão da participação popular na administração da justiça”³⁸⁹.

Nelcy Tatiana Dueñas Lombo³⁹⁰ comentando as vantagens do júri, com lei que regulamente seus limites e as ações no interior da administração da justiça, refere três importantes considerações: (i) o júri garante aos infratores da lei um julgamento por cidadãos particulares sob a teoria do contexto, que é a convocação de cidadãos para participar como jurados de consciência, em que, levando em consideração as vivências e experiências do dia-a-dia, avaliam cada caso em particular e, “*con su contacto directo a la realidad del ciudadano común, puedan emitir un veredicto con respecto a la inocencia o culpabilidad del acusado*”; (ii) a instituição traz a possibilidade de os cidadãos aprenderem sobre o procedimento de administração da justiça,

pena; (iv) garantias processuais penais, como a. instrução penal contraditória, b. devido processo legal, c. garantia da ação privada; (v) garantia da presunção de inocência; (vi) da incolumidade física e moral; (vii) penais da não discriminação; (viii) garantia penal da ordem constitucional democrática (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo** – 37. ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 439-441).

³⁸⁹ LIMA, José Benjamim de. Tribunal do júri: garantia fundamental ou instrumento de participação popular na administração da justiça?. **Em tempo**. Marília, v.4, ago. 2002, pp. 71-77.

³⁹⁰ A autora faz a pesquisa em busca de elementos que devem ser considerados importantes à ideia de incorporação da figura dos “Jurados de Consciência” no sistema penal colombiano. Pela similitude (identidade) da origem do júri e a transmigração ao contexto jurídico latino-americano (que também trabalhado na obra da autora) é relevante, ainda que por perspectiva territorialmente distinta, a abertura de visões para um campo comum, mormente quando as críticas (positivas ou negativas) são coincidentes.

criando no cidadão um sentimento de pertencimento à justiça e às instituições componentes; (iii) a redução na corrupção do exercício da justiça, sendo mais difícil induzir em erro um grupo de cidadãos, do que uma única pessoa (juiz profissional)³⁹¹

392.

Iorio Siqueira D'Alessandri Forti, em busca de uma justificativa da fundamentalidade atribuída ao julgamento por jurados, tendo em vista a inserção no rol de garantias fundamentais da norma que reconhece o júri, afirma que o tribunal popular representa uma redução às partes das garantias decorrentes de julgamentos realizados pelos demais órgãos do poder judiciário (como julgamento imparcial e técnico, com apreciação das provas apresentadas e em sentença fundamentada). Disso decorre que compelir aos indivíduos o julgamento pela instituição do júri não constitui uma garantia ou um direito ao indivíduo, senão que simples regra de competência. É daí que o tribunal popular somente cumprirá seu papel, enquanto uma garantia fundamental, se se conceder o direito de escolha de que seja a denúncia submetida ao processo e julgamento por um juiz togado ou por um júri popular, a ser

³⁹¹ LOMBO, Nelcy Tatiana Dueñas. **Jurado de conciencia como instrumento de participación democrática en el sistema penal acusatorio colombiano**. 2020, 138f. Dissertação (Magister en Derecho Penal y Procesal Penal) – Universidad Santo Tomás, Tunja, 2020 p. 78-82.

³⁹² A autora também trabalha com as desvantagens, que, por outro lado, sintetiza em três pontos: (i) a principal e primeira, é a ausência de motivação no veredicto do júri, que permitiria injustiças, pois, conforme a autora, “los acusados no pueden conocer los motivos en que se basó el veredicto de su condena. En ese mismo sentido, podríamos encontrar desventajas para las víctimas, pues tampoco podrán conocer los fundamentos de las decisiones, con lo que se podría estar afectando su derecho a conocer la verdad, a la justicia y reparación del daño, cuando, por consecuencia del veredicto, el acusado resulte absuelto del delito imputado, como tampoco podrá solicitar revisión del referido veredicto”; (ii) não se deveria delegar uma responsabilidade tão importante, que diz respeito à privação ou não ao exercício do direito de liberdade, a um grupo de pessoas desprovidas de conhecimento necessário, como possuem os juízes; (iii) a ausência de segurança jurídica e insegurança institucional, tendo em vista que a decisão estaria nas mãos de pessoas escolhidas ao acaso e sem suficiente preparo para tomar essas importantes decisões, e, ainda, muitos jurados podem se deixar levar por circunstâncias do momento ou emoções, negligenciando o exercício estritamente probatório (LOMBO, Nelcy Tatiana Dueñas. **Jurado de conciencia como instrumento de participación democrática en el sistema penal acusatorio colombiano**. 2020, 138f. Dissertação (Magister en Derecho Penal y Procesal Penal) – Universidad Santo Tomás, Tunja, 2020, p. 83-84). [nesse último ponto, ver também, além dos outros autores citados na presente pesquisa: SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. **Jogo, ritual e teatro: um estudo antropológico do Tribunal do Júri**. São Paulo: Terceiro Nome, 2012; NUÑEZ, Izabel Saenger. **“Aqui não é casa de vingança, é casa de justiça!”: moralidades, hierarquizações e desigualdades na administração de conflitos no tribunal do júri da comarca do Rio de Janeiro**. 2018, 282f. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2018; SANTOS, Rafael Blusky Pinto dos. **A falácia democrática do Tribunal do Júri no Brasil**. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 15, n. 3, p. 303-322, set./dez., 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i3.7186>]

exercido no início do processo, sob pena de preclusão³⁹³ ³⁹⁴. Ainda, conclui o autor afirmando que não há regra constitucional impeditiva, ou mesmo normas infraconstitucionais que infirmem a posição adotada, sendo o exercício de escolha [um exercício de disposição, embora não utilize o autor esse termo] aplicável sem necessidade de conformação legislativa, aplicando-se as regras usuais à necessária filtragem constitucional³⁹⁵.

Manifesta-se Diaulas Costa Ribeiro afirmando que, como regra geral, a Constituição Federal autoriza o julgamento dos acusados pelo Poder Judiciário, sendo o direito de escolha a um julgamento por jurados uma garantia individual. Conforme o autor, a opção pelo julgamento popular é uma garantia mínima estabelecida pelo constituinte, “mas não restringiu as possibilidades de julgamento por jurados” ³⁹⁶.

Continua o autor afirmando, ainda, que se o júri é um direito individual garantido, não pode ser impositivo; não pode ser obrigatório. É clara, disto, a consequência dessa concepção: se o júri é reconhecido como garantia individual, o acusado tem o direito de não o escolher, sob pena de isto constituir uma obrigação ao invés de assegurar um direito³⁹⁷.

Wisley Cill-Farney Martins Soares Sucupira afirma que o argumento de ser uma garantia individual do acusado de “ser julgado por seus pares” parece ser mais convincente porque se está a tratar de crimes contra a vida que envolvem não raras vezes questões passionais, não sendo possível fazer justiça com uma análise puramente técnica, ao que se permitiria ao jurado julgar em conformidade com sua

³⁹³ FORTI, Iorio Siqueira D'Alessandri. O tribunal do júri como garantia fundamental, e não como mera regra de competência: uma proposta de reinterpretação do art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 3, n. 3, pp. 178-196, 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/22172>. Acesso em: 28 jan. 2022.

³⁹⁴ Nas palavras do autor, ainda, “[a]s garantias que o atual estágio evolutivo do nosso Direito faz decorrer da atuação independente e fundamentada da Magistratura de carreira só podem ceder espaço ao julgamento não fundamentado realizado por leigos se contar com a concordância expressa do réu. Se assim não for, o Júri não será verdadeiramente uma garantia individual fundamental, mas, como bem notou ROBERTO KANT DE LIMA, uma mera regra de competência jurisdicional. E, pelas mesmas razões, se o réu desejar – e manifestar oportunamente esse seu desejo, sob pena de preclusão – ser julgado pelo júri, a previsão do foro por prerrogativa de função não pode se impor em detrimento daquilo que a Constituição prevê como garantia do indivíduo” (*Ibid*).

³⁹⁵ *Ibid*.

³⁹⁶ RIBEIRO, Diaulas Costa. **Júri: um direito ou uma imposição?**. Disponível em: http://www.diaulas.com.br/artigos.asp?id=213&p_ch=. Acesso em: 28 jan. 2022.

³⁹⁷ *Ibid*.

própria consciência e, inclusive, absolvendo, seja por clemência³⁹⁸, seja por quaisquer convicções particulares, o que seria inadmissível a um juiz togado, “a quem vale a máxima dura lex sed lex, isto é, a lei é dura, mas é lei”^{399 400}.

Wisley Cill-Farney Sucupira afirma ainda que, mesmo que prevaleçam argumentos no sentido de ser a garantia do júri de “natureza dúplice” (em referência também à participação popular na administração da justiça ou controle do poder político, como, nas palavras do autor, “garantia social”), “não é razoável se escorar num duvidoso anseio de democracia em detrimento da liberdade, mormente nos moldes em que está desenhada no procedimento do júri”⁴⁰¹. Não há como olvidar,

³⁹⁸ Sobre a “clemência”, seja enquanto simples arbitrariedade, seja por compaixão dos jurados ao réu ou ainda seja enquanto opinião pela desnecessidade da pena, ver a manifestação de Diogo Erthal Alves da Costa, que argumenta pela incompatibilidade daquele fundamento de absolvição com a Constituição Federal: COSTA, Diogo Erthal Alves da. A Clemência no Tribunal do Júri no Brasil. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº. 71, jan./mar. 2019. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1287128/Diogo_Erthal_Alves_da_Costa.pdf. Acesso em: 28 jan. 2022. Bem de se notar, na discussão sobre clemência, que o que se levanta enquanto argumentos em favor da aplicabilidade é a garantia à plenitude da defesa e da liberdade do acusado, bem como, ao mesmo tempo, a soberania dos veredictos (*Ibid.*, p. 51). Todavia, ainda que referidos interesses distintos e de sujeitos (titularidades) distintos estejam em “comunhão”, ou melhor, estejam conciliados – aparentemente – em eventual exercício de ponderação (doutrinária, *in casu*, porquanto inexistente, como demonstra o autor, previsão constitucional ou legislativa) com a pretensão de justificar um “fundamento de absolvição”, anote-se (mais uma vez) que a norma constitucional que reconhece a instituição não delimita um único titular, sendo daí uma norma da dimensão objetiva de direitos fundamentais e que, materializada a instituição, concilia os distintos interesses dos sujeitos de direitos fundamentais distintos. Poder-se-ia, daí, não pela “indisponibilidade” do júri (enquanto dimensão objetiva) argumentar em defesa de qualquer ato procedimental ou possibilidade jurídica dele (como a dita absolvição por clemência ou mesmo a irrecorribilidade das decisões absolutórias), senão que, de fato, acorde à ponderação dos direitos fundamentais em colisão [poderia mesmo a soberania dos veredictos, somada à plenitude da defesa, fundamentar uma “clemência”? e a colisão com os demais valores e direitos fundamentais, como o direito à vida e o direito à proteção suficiente? Ou ao princípio da dignidade da pessoa humana (pense-se em ato de absolvição arbitrária em desfavor da vítima que motivada, mesmo reconhecida a materialidade e autoria, por fatores de características pessoais, morais ou culturais)?].

³⁹⁹ SUCUPIRA, Wisley Cill-Farney Martins Soares. **O tribunal do júri no Brasil: polêmicas, imperfeições e propostas para reformulação do modelo à luz da garantia constitucional**. 2020, 120f. Dissertação (Mestrado em Criminologia) – Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2020, p. 31.

⁴⁰⁰ Pode-se colacionar o exemplo do autor: “é possível imaginar a situação de alguém que, tomado por um sentimento de justiça social compreensível, porém reprovável sob a ótica legal, mata pelas costas um traficante renomado, de ficha criminal extensa, marcada pelo comércio espúrio de substâncias proscritas, latrocínios e vários homicídios impiedosos, porém desarmado, sem qualquer chance de defesa. Nessas circunstâncias, o acusado de homicídio pouca ou nenhuma chance teria perante um juiz togado, já que, na forma narrada, não há qualquer argumento jurídico defensivo capaz de absolvê-lo. Basicamente, o limite objetivo da decisão de um juiz togado se restringe à apreciação da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade, de tal sorte que, após detida análise desses critérios, se a fundamentação da sentença aponta para a condenação, o magistrado não terá outra escolha, por mais injusto que isto lhe possa parecer. Por outro lado, se o fato for apresentado a um conselho de sentença, a situação ganha outros contornos, tendo em vista o amplo espectro das decisões do júri, que pode abandonar critérios puramente jurídicos e sobrevoar toda a contextura fática com ouvidos atentos a argumentos filosóficos, políticos, religiosos etc., e decidir conforme sua consciência” (*Ibid.*, p. 31-32).

⁴⁰¹ *Ibid.* Afirma o autor, continuamente, que não há razoabilidade entregar de forma não diferenciada o julgamento de crimes desse jaez à sociedade, que insipiente na disciplina jurídico-criminal e, por vezes, “contaminada por uma exploração midiática maciça” (*Ibid.*, p. 32).

conforme o autor, que se sobrepõe ao direito de participação democrática o direito de liberdade, prevalecendo, no aparente conflito de direitos, o interesse do acusado sobre “qualquer aceno de democracia”, e eventual direito de opção do acusado ao julgamento por juízo togado não implica, em qualquer hipótese, denegação de justiça, senão que significa uma escolha de procedimento que se evidencia mais imparcial e justo, especialmente quando há razões sérias para se questionar a isenção de um conselho de sentença⁴⁰².

Ainda, há quem sustente que a norma que reconhece a instituição do júri não possui (tão só) um titular de direito ou garantia individual, senão que possui uma natureza “dúplice”, ou uma dupla dimensão (numa perspectiva de proteção a posições de titulares de direito distintos, com interesses e âmbitos de proteção distintas). O tribunal do júri na visão de Alexandre Carrinho Muniz é instrumento de força e manutenção da democracia, assegurando mecanismo à população de freio e contrapeso contra arbitrariedades de qualquer exercente do poder, conferindo não só à sociedade, mas garantia ao acusado de um julgamento justo. Nas palavras do autor, “esse duplo viés, de controle social do Estado e de garantia ao acusado, confere ao tribunal do júri status de verdadeira instituição de caráter democrático e de soberania popular”^{403 404}. Em sentido idêntico, Alberto Bovino vê na figura do tribunal popular, ou juízo por jurados, uma garantia do acusado e um direito político dos cidadãos a participar das decisões mais relevantes na administração da justiça penal. O caráter político do direito dos cidadãos está na faculdade que possuem de intervir no processo de decisão do poder estatal, trazendo garantia ao acusado pela perspectiva da distribuição do poder político no órgão judicial, órgão de coação estatal que daí

⁴⁰² SUCUPIRA. **O tribunal do júri no Brasil...**, p. 32-33.

⁴⁰³ MUNIZ, Alexandre Carrinho. **O tribunal do júri como pilar da democracia e da cidadania**. 2017, 101f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2017, p. 96.

⁴⁰⁴ Sobre a participação popular, ainda, o autor afirma: “A ideia (...) não é a de eliminar o poder, mas sim de contrabalançá-lo, de equilibrá-lo, controlá-lo, fazendo com que o aspecto menos democrático da representatividade possa ser amenizado com a população tomando parte nas ações e políticas públicas, seja apenas sendo ouvida, seja tomando decisões. (...) E julgar é ato de poder, e no caso do tribunal do Júri vem acompanhado de características intrínsecas como a soberania dos veredictos e legitimidade das decisões. Ou seja, é o cidadão exercendo o poder, em equilíbrio com o Estado, refletindo em suas decisões aquilo que entende como justo e correto. As críticas feitas ao tribunal do júri, de outro lado, mostram-se periféricas, deixando de atingir o âmago de sua existência, que é o reforço de democracia e a proteção do cidadão (e, por via reflexa, da sociedade) contra os excessos e arbitrariedades do Estado (por seus agentes). Elas, as críticas, cingem-se a questões que podem ser resolvidas através de mecanismos de correção, como a convocação dos jurados, a forma da composição, a apresentação dos quesitos e a fundamentação das decisões, apenas para exemplificar” (MUNIZ, *op. cit.*, p. 125-127).

legitimado⁴⁰⁵.

A despeito de visões que veem na instituição do júri uma norma que assegura direito ou uma garantia subjetiva fundamental do acusado, ou mesmo proteção a ele mas com “natureza dúplice, há correntes que afirmam se tratar de direito ou garantia fundamental da sociedade, conforme se passará a referir.

6.2 JÚRI COMO DIREITO OU GARANTIA FUNDAMENTAL DA SOCIEDADE

Para Adel el Tasse⁴⁰⁶, o júri tem como basilar premissa a ampliação do acesso e da participação popular na administração da justiça. A previsão constitucional possibilita o desempenho do detentor do poder na atuação jurisdicional, sendo o julgamento do detentor do poder racional, embasado nas provas trazidas pelas partes ao processo e melhor atendendo aos interesses coletivos. O julgamento popular visa corroborar um juízo de reprovação social de uma determinada conduta, atuando a lei como um limitador ao poder punitivo, mas não como uma ordem de punição, já que ela é fruto, também, de manipulação ideológica por quem exerce o poder político. Seria, para o autor, uma contradição aceitar a decisão de um representante do poder político (juiz togado) como válida, mas equivocada a decisão do povo, o detentor do poder, que busca atender aos reais interesses da sociedade^{407 408}.

⁴⁰⁵ BOVINO, Alberto. **Procedimiento abreviado y juicio por jurados**. In: Seminario sobre juicio por jurados, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 20 ago. 1998, p. 12-13. Nas palavras do autor, ainda: “(...) por tratarse de un principio fundante de la legitimidad de nuestra justicia penal, nuestro interés como ciudadanos no termina en el eventual ejercicio personal de la función de jurado en un caso concreto. En nuestro marco constitucional, es un interés público colectivo la participación ciudadana en la resolución de los casos penales. Si el voto popular es un deber, es porque cada uno de nosotros tiene derecho a que nuestras instituciones democráticas sean representativas de todos los grupos sociales”. (p. *Ibid.*, p.13).

⁴⁰⁶ TASSE, Adel el. **O novo rito do tribunal do júri**: em conformidade com a Lei 11689/2008. 1. ed., 1ª reimp. Curitiba: Juruá, 2009, p. 04.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 27.

⁴⁰⁸ Uriel Moeller enquadrando a concepção de Tasse no bloco dos “tradicionalistas”, critica a pretendida representatividade do povo na instituição do júri e a própria contradição da pretensão de legitimidade democrática e a ofensa ao Estado de Direito. Conforme o autor: “Ao lado dessa questão da suposta melhor qualificação do leigo defende-se, como exposto, que o legislador não teria, também, a qualificação necessária. Neste ponto, o tradicionalista ideológico exprime um entendimento diverso do Estado Democrático de Direito, fundado sobre o princípio da divisão de poderes, pois é justamente este o vetor crucial reitor do referido modelo de Estado. A instituição eleita pelo povo é o legislador e não a banca do júri. A lei, e não a “íntima convicção” da maioria entre sete (7) jurados, é vontade do povo: democrática é a aplicação da lei em vigor igualmente para todos nos limites de um ordenamento democrático de direito. Contra isto poderia se alegar que o júri não cria lei, mas é mero tribunal e, portanto, só aplica a mesma, somado com o argumento de que esta competência, já que advém de uma expressão da vontade do povo – substituída, no caso do Brasil em tese, pela constituinte – está

Para Guilherme de Souza Nucci, a instituição do júri é uma garantia humana formal, não essencial, o que implica dizer que a não existência deste tribunal popular não se confunde com a não existência de um Estado Democrático de Direito, cujos juízes togados julgam os delitos de modo independente e imparcial – modelo seguido por diversos países. Manteve-se a instituição por todos esses anos por decisão política, com influência expressiva nos legisladores brasileiros externada pela Constituição norte-americana⁴⁰⁹. Outrossim, entende que o júri pode ser tratado como um direito humano fundamental formal, qual seja o direito de participação do povo nos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário – direito não essencial, porquanto o indivíduo não padece ou tem negligenciada sua dignidade com a exclusão do júri, existindo outras vias de participação do povo nos poderes da República⁴¹⁰.

Ainda, Aramis Nassif afirma que se trata de um direito e de garantia fundamental, na medida em que o júri, como sendo uma instituição de cunho político, e não judicial, é decorrente da soberania popular, podendo o povo, titular do poder político, além de atuar diretamente com plebiscito, referendo e iniciativa popular, atuar na administração da justiça. Ademais, afirma que os jurados não são investidos em função jurisdicional na medida em que a instituição não é órgão do Poder Judiciário, senão órgão político, competência haurida da Constituição Federal, e, por isso, não está no rol taxativo dos órgãos do Judiciário, tampouco tem o dever de fundamentar suas decisões, como estes órgãos⁴¹¹. Afirma, ainda, reforçando a tese de estrito

democraticamente legitimada. Entretanto, vemos nisto uma insuperável contradição: se o papel do tribunal do júri é somente a aplicação da lei, então por que não confiar este poder a alguém que estudou, no mínimo, cinco anos e meio para isto e passou por provas difíceis para comprovar a sua aptidão? O sistema Civil Law é predominantemente o sistema de abstração e centralismo. Casos excepcionais são levados à próxima instância e assim julgados por todos. Os defensores polêmicos do tribunal do júri não levam em conta, por sua vez, que o resultado sistêmico que buscam é a imprevisibilidade do julgamento leigo, a insegurança jurídica e, por consequência, a infração do primado da lei: o poder do judiciário acima do poder legislativo já na primeira instância. Querem para si, em suas funções de defesa ou acusação, o poder de convencer sete (7) pessoas a se opor à vontade expressa pelo povo na eleição do legislativo. A decisão democrática do povo tem os seus limites no princípio do Estado de Direito e as suas expressões chamadas direitos fundamentais: entre eles, o direito à igualdade perante a lei, na Alemanha previsto no art. 3 GG. A participação de leigos no poder judicativo infringe este princípio quando, por razões ideológicas, permitimos uma corte arbitrária, expressamente emancipada do primado da lei". MOELLER, Uriel. O "júri" alemão: o leigo no processo penal na Alemanha. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 86, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://www.revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/download/181/48/>. Acesso em: 28 jan. 2022.

⁴⁰⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 39-40.

⁴¹⁰ *Ibid*, p. 41.

⁴¹¹ No mesmo sentido, TUBENCHLAK, James. **Tribunal do júri** –contradições e soluções. 5. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 9.

direito de participação política e garantia individual, que a *mens legislatoris* se traduz na garantia de julgamento de um acusado diretamente pelos seus pares, distintamente da representação oficial⁴¹², sendo que, quando da elaboração da Constituição, foi o projeto da norma aprovado nas Comissões como garantia do indivíduo, não sendo aprovada a tese de “Salvo o tribunal do júri, nenhum órgão do Poder Judiciário poderá realizar sessões ou julgamentos secretos ou proferir decisões sem fundamentação [...]”, de autoria do Deputado Vivaldo Barbosa, perante a Comissão de Sistematização do Poder Judiciário⁴¹³.

James Tubenchlak⁴¹⁴ entende, ainda, que, além de ser órgão político, o júri é uma expressão de democracia direta, e não representativa, na medida em que os jurados não representam o povo, pelo contrário, são o próprio povo atuando com soberania e decidindo autonomamente como titular do poder político (atuaria, nesse sentido, os jurados como democracia direta e o juiz togado como expressão de uma democracia representativa, na medida em que seus poderes advém da Constituição, que em última análise corresponde à soberania popular).

Para Katia Duarte Castro⁴¹⁵ a função de controle e de garantia é o fundamento político da intervenção direta popular. Garantia e controle do exercício democrático, com o julgamento pelos pares, participando na atuação estatal e no poder de administrar a justiça. Em idêntico sentido se posiciona Igor Alves Soares⁴¹⁶, para quem a instituição do júri é uma garantia fundamental da participação popular, cuja atuação legitima o pronunciamento final do Estado, pelos atos decorrentes dos três poderes. Sustenta que os direitos de intensa participação e fiscalização, intersubjetivas e livres de coerções, são de crucial importância para legitimação do Direito. Igor Alves Soares afirma que a instituição do júri é um direito fundamental do povo, vez que a jurisdição e o devido processo se firmam como direito fundamental

⁴¹² NASSIF, Aramis. **Júri**: instrumento de soberania popular. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 29-30.

⁴¹³ Por fim, esclarece Nassif que a presença de um magistrado na sessão do júri não o vincula à sistemática orgânica do Poder Judiciário, na mesma medida em que a presença de magistrado nos julgamentos do processo de *impeachment*, perante o Senado Federal, não torna este como órgão do Judiciário, e a sentença proferida por aquele profissional, como no júri, está adstrita ao decidido pelos julgadores políticos. *Ibid.*, p. 28.

⁴¹⁴ TUBENCHLAK, *op. cit.*, p. 9 *apud*. MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. São Paulo: Saraiva, 1963, v. 1, p. 88.

⁴¹⁵ CASTRO, Kátia Duarte de. **O júri como instrumento do controle social**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p.39.

⁴¹⁶ SOARES, Igor Alves Noberto. **O tribunal do júri em sua compreensão processualmente democrática**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 93-94.

do sujeito constitucional^{417 418}.

Daniel Ribeiro Surdi Avelar concebe a instituição como direito e garantia individual e coletivo⁴¹⁹, afirma que “é certo que a ‘participação na administração da justiça responde a exigências de legitimação democrática do exercício da jurisdição e a instâncias prementes de educação cívica’”, encontrando a democracia popular perante a instituição sua “expressão institucionalizada” e, ainda, atuante como coeficiente social de pacificação, posto que teriam as decisões dos jurados maior aceitabilidade, em comparação às decisões dos juízes togados⁴²⁰.

Ricardo Vital Almeida concebe o júri como expressão da cidadania, que assegura ao titular do poder o direito de participação na função judiciária estatal, e uma garantia de controle democrática^{421 422}. E, considerando o povo enquanto soberano e titular do poder político, não se restringem a soberania e cidadania ao caráter estritamente formal ou tão só político-eleitoral, senão que há de se irradiar em

⁴¹⁷ SOARES, Igor Alves Noberto. **O tribunal do júri em sua compreensão processualmente democrática**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 117-118.

⁴¹⁸ Conforme sustenta o autor, cuja contribuição se volta a uma compreensão processualmente democrática de grande valia, os atos estatais só se fundamentam observados os direitos de participação e fiscalização do sujeito constitucional, cuja atuação legitima o pronunciamento final do Estado. Sustenta que os direitos de intensa participação e fiscalização, intersubjetivas e livres de coerções, são de crucial importância para legitimação do Direito, e, por isso, o Estado Democrático de Direito assim só se define quando o sujeito constitucional se identifica irrestritamente com os atos estatais, enquanto partícipe da coisa pública. (SOARES, Igor Alves Noberto. **O tribunal do júri em sua compreensão processualmente democrática**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 93-94)

⁴¹⁹ AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. **O tribunal do júri como instrumento do estado democrático de direito**. 2012. 187f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil), 2012, p. 123.

⁴²⁰ AVELAR, **O tribunal do júri como instrumento...**, p. 115.

⁴²¹ ALMEIDA, Ricardo Vital de. **O júri no Brasil – aspectos constitucionais – soberania e democracia social – “equívocos propositais e verdades contestáveis”** – Leme, SP: CL EDIJUR, 2005, p. 28. Em sentido semelhante, afirma Nino que: Ello disminuye la distancia entre la sociedad y el aparato estatal y atenúa el sentimiento de alienación del poder, o sea la percepción corriente en los ciudadanos de democracias menguadas de que el poder es algo ajeno a ellos. Consolida el sentido de responsabilidad en la ciudadanía, puesto que se adoptan actitudes muy diferentes frente a las normas legales cuando se sabe que cabe la posibilidad de que se las tenga que aplicar, de ser llamado al sitio del jurado. Por otro lado, la existencia de jurados impide que el derecho se convierta en un instrumento esotérico que sólo puede ser interpretado por una especie de casta sacerdotal, de modo que se rompe el diálogo con el ciudadano común que acude o es requerido por la justicia, y se hace imposible la posibilidad de que perciba la justificación del acto de la imposición o rehusamiento de un acto de coacción (NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional**. 1. ed., 4. reimp. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2013, p. 452)

⁴²² Diaulas Ribeiro se manifesta contrariamente à percepção de ser o júri uma garantia da sociedade: “Outro argumento muito utilizado (...) é o de que o júri é o tribunal do povo, o tribunal da sociedade, como se a participação desta sociedade no julgamento fosse uma garantia a ela assegurada, enquanto vítima. Isto é um sofisma sem amparo constitucional. O júri não é garantia da sociedade vitimada; é garantia do acusado. Na Escócia, a garantia é da sociedade, tanto que só Ministério Público pode optar pelo júri. Na Constituição espanhola de 1978, o júri foi instituído expressamente como garantia da sociedade. No Brasil, a legislação não poderá conceder ao Ministério Público o direito de opção pelo júri, sob pena de inviabilizá-lo como garantia individual” (RIBEIRO, *op. cit.*).

todas as esferas de poder, atuando os cidadãos no júri em matéria de direito material e processual penal⁴²³.

Lenio Streck, em sentido não distante, afirma que a instituição tem status de direito fundamental “na medida em que passa a ser considerado uma garantia dos direitos individuais e coletivos”. Ainda, afirma o autor, que deve a instituição ser compreendida como importante instrumento democrático porque resgata a participação popular, podendo o povo cumprir com o papel de “oxigenar o Judiciário, prestigiando teses inovadoras” – sendo prescindível conhecimento⁴²⁴.

Assim, o que se constata é que a instituição é olhada preponderantemente a

⁴²³ ALMEIDA, Ricardo Vital de. **O júri no Brasil** – aspectos constitucionais – soberania e democracia social – “equívocos propositais e verdades contestáveis” – Leme, SP: CL EDIJUR, 2005, p. 73.

⁴²⁴ Importante abordagem, ainda, faz o autor na medida em que afirma que possibilidade de qualquer mudança incluindo mecanismos que obriguem a fundamentação das decisões no júri depende de emenda constitucional, já que obstada pela garantia do sigilo das votações, cuja alteração não importa, de forma necessária, em violação às cláusulas pétreas. Continua afirmando que a Constituição impõe a proibição de emendas tendentes a abolir garantias e, por isso, o que não pode ser extinto é a instituição do júri ou mesmo mitigada sua soberania, como torná-la de jurisdição facultativa ou não mais competente ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida. CANOTILHO, J. J. Gomes; et. al. **Comentários à Constituição do Brasil** / J. J. Gomes Canotilho; [et al.]; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 404. Sobre a prescindibilidade de motivar, afirma o autor, ainda que: “Nesse sentido (...) chamo a atenção da comunidade jurídica acerca daquilo que pode ser considerado o “calcanhar de Aquiles” do Tribunal do Júri, no confronto com o garantismo jurídico. Refiro-me ao fato de o jurado decidir por íntima convicção, sem a necessidade de justificar seu voto. O modelo de Estado Democrático de Direito, garantista e secularizado, dificilmente poderá continuar a conviver com julgamentos nos quais não haja a devida justificação/fundamentação. Entretanto, trata-se de um problema de difícil solução, uma vez que a Constituição estabelece a garantia do ‘sigilo das votações’, o que implica a impossibilidade imediata de qualquer tentativa de introduzir outros modelos de julgamento popular, como, por exemplo, o escabinato francês ou o português ou até mesmo uma adaptação das fórmulas tradicionais do júri americano ou inglês, onde os jurados discutem entre si, buscando um consenso” (STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri**: símbolos e rituais. 4. ed. rev. e mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 173-174). Todavia, ainda que o sigilo das votações tenha sido usado para justificar a necessidade de se reservar em uma sala secreta para proceder às votações (o que razoável, a fim de não sofrer pressões externas de populares ou parentes, da vítima ou do acusado), não parece proporcional (em vista da necessidade) que referida norma justifique o “sigilo do voto” ou o “voto secreto” (como a Constituição assim expressa), isto é, sem exposição de motivações (possibilitando a “íntima convicção”) conforme ordena a Constituição (artigo 93, inciso IX). Problemática que merece outra análise mais acurada, mas que, à vista da argumentação tradicional, repetida acriticamente em doutrinas e manuais, salta aos olhos a justificação dada sem maiores aprofundamentos: se a Constituição quis excepcionar o dever de fundamentação ou mesmo o direito de receber dos órgãos públicos informações do interesse do particular na instituição do júri (artigo 5º, inciso XXXIII), o “sigilo das votações” não deveria conter termos claros e objetivos de “segredo do voto” ou “voto secreto” como o faz nos artigos 14; 52, inciso III, IV e XI; 60, §4º, inciso II entre outros dispositivos? A palavra “votações” não seria um procedimento para se reunir ou colher os votos sem que não estejam os jurados à observação pública? O sigilo das votações, se é para proteger os jurados de influências e coações externas, porque impediria o debate entre os jurados, que reunidos tão somente entre eles e todos protegidos sob o manto do “sigilo das votações” em sua “sala secreta”? parece-se que há formas menos gravosas e que deem racionalidade (a esvaziar a incontável subjetividade) e legitimidade ao procedimento sem sacrificar um fundamento básico do Estado do Direito: a fundamentação dos atos estatais (a motivação das decisões), a possibilitar a segurança jurídica na sua dimensão de previsibilidade e igualdade de tratamento qual poderá, ainda, ser revisto (porque expressas as razões).

partir da sociedade, do direito e garantia de esta participar nos atos de poder, especialmente no controle do poder judiciário, não tão como um direito do acusado de ser julgado por “seus pares”. Embora a palavra referida seja direito ou garantia, elas não estão expressamente a referir titulares subjetivos individualmente (como na qualidade de jurados), ou, antes, não discorrem sobre a percepção enquanto “dever” a que sujeito o cidadão. Considerando, todavia, que as argumentações supra – que em cada qual reivindica para si (acusado ou sociedade) a titularidade do direito ou garantia fundamental – podem não se excluir, ou seja, podem coexistir, concebe-se adequada a compreensão da norma que reconhece a instituição do júri não como um direito do acusado, dos jurados ou da sociedade (amplamente considerada), senão que uma instituição garantida onde hão de se conciliar os distintos e colidentes interesses.

6.3 JÚRI COMO GARANTIA INSTITUCIONAL E A RELAÇÃO COM DIREITOS FUNDAMENTAIS

Doutra banda, Mendes⁴²⁵ e Ingo Sarlet⁴²⁶ entendem a norma asseguradora do tribunal do júri como inequívoca garantia de perfil institucional, sendo que este autor afirma ainda a necessidade de não confundir os direitos fundamentais com as garantias institucionais⁴²⁷.

Para Fernando Calil a instituição do júri se enquadra como garantia institucional decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, protegendo-a contra investidas do poder legislativo⁴²⁸. Correspondem as garantias institucionais, a direitos fundamentais de defesa⁴²⁹ ou, em especial, como um direito

⁴²⁵ MENDES, **Curso de direito...**, p. 514.

⁴²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos...**, p. 151.

⁴²⁷ Citando Paulo Bonavides, Ingo Sarlet adverte pela não absolutez da separação entre a garantia institucional e direito-garantia fundamental, vez que aquela, por vezes, gera o direito subjetivo, exemplificando com a instituição da imprensa livre e a instituição da família. Conquanto se tenha que levar em conta a relatividade da separação, Sarlet se posiciona ser a norma constitucional asseguradora do tribunal do júri uma norma garantia-institucional, e não uma norma de direito fundamental (seja em sentido estrito, seja direito instrumental). *Ibid*, p. 153.

⁴²⁸ FREITAS, **Direitos fundamentais**: limites..., p. 55.

⁴²⁹ SARLET, *op. cit.*, não. p. *E-book*

a não eliminação de posições jurídicas^{430 431}.

Igualmente Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto abordam a instituição do júri como típica garantia institucional⁴³².

Sendo assim, a instituição do júri é olhada a partir de uma dimensão objetiva do sistema de direitos fundamentais, não implicando, nesse ponto, subjetivação, isto é, não se afirma tratar de direito subjetivo da sociedade, tampouco do acusado, mas tutela valores que a comunidade elegeu, e que podem incluir tanto interesses do acusado (ao menos respeitando direitos básicos, como aqueles princípios estatuídos no inciso XXXVIII do artigo 5º da CF), como interesses da sociedade em geral, até mesmo da vítima.

Não obstante as posições teóricas que veem no inciso XXVIII do artigo 5º da Constituição típico direito subjetivo – seja de cidadãos, seja do réu –, denominando-os como direitos fundamentais em sentido estrito ou garantias fundamentais, ao se conceber o conceito de direito fundamental como um feixe de posições de direitos fundamentais e que atribuídas as posições individuais pela disposição de direito fundamental, não há como se concluir como direito fundamental individual subjetivo.

Há uma expressão da dimensão objetiva, instrumentalizada, desses valores, que não os direciona a um bem específico (liberdade ou participação popular) ou a

⁴³⁰ FREITAS, **Direitos fundamentais**: limites..., p. 55.

⁴³¹ Conforme Robert Alexy, os direitos de defesa (ou direitos a ações negativas) podem ser classificadas em direitos ao não-embaraço de ações, direitos a não afetação de características ou situações, e direitos a não eliminação de posições jurídicas do titular do direito. Quanto a esses últimos, o jurista alemão exemplifica que as normas de criação, desfazimento e consequências jurídicas da posição de proprietário pertencem às normas jurídicas que definem o instituto da propriedade. Disso, tem-se que podem ser eliminados “posições jurídicas subjetivas concretas” ou “direitos concretos de propriedade” que apareceram ante o cumprimento das condições previstas nas normas que do instituto da propriedade (como condições de sucessão), de um lado; também eliminadas as próprias normas do instituto em si, da propriedade, de outro lado, extirpando-se posições jurídicas abstratas, como a possibilidade jurídica ou a competência para adquirir ou transferir a propriedade de objetos, ou mesmo de proceder a ações jurídicas próprias da condição de proprietário (como depender de uma autorização em casos de aquisição de uma propriedade). Tem-se, assim, direito a que o Estado não derogue determinadas normas. ALEXY, **Teoria dos direitos...**, p. 196-201.

⁴³² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 305-306. As garantias institucionais (como a instituição do júri (art. 5º, inc. XXXVIII, CF), a autonomia universitária (art. 207, CF) e a família (art. 226, CF), citadas pelos autores) são direcionadas à proteção de determinados institutos do Direito Privado ou de instituições de Direito Público, a tutelar núcleo essencial daquelas contra eventual ação restritiva de quaisquer dos poderes do Estado, inclusive do legislador. Ainda: “[a] sua consagração em sede constitucional resulta da percepção do constituinte de que determinadas instituições do Direito Público ou institutos do Direito Privado são tão relevantes que o seu cerne deve ser preservado da supressão ou mesmo da ação erosiva do legislador. Embora possam voltar-se indiretamente à proteção dos direitos fundamentais, as garantias institucionais não se confundem com eles, nem tampouco com as respectivas garantias processuais, não tendo como finalidade primária a tutela de direitos subjetivos” (SOUZA NETO; SARMENTO, *Ibid.*).

exclusivo titular de pretensão subjetiva de norma de direito fundamental (os cidadãos ou o réu). Para se determinar se uma norma se trata de direito fundamental ou garantia institucional, deve-se indagar se ela estabelece uma faculdade de ação ou faculdade de exigir em favor de pessoas ou grupos; ou se, contrariamente, a norma se confina a um sentido organizatório objetivo, abstraída atribuição de faculdade ou poder ao indivíduo. A possibilidade de subjetivação, com consequente abertura de faculdade ou poder ao indivíduo, traz a hipótese de ser a norma de direito fundamental; a inexistência dessa faculdade ou poder, por outro lado, hipótese de garantia institucional⁴³³.

Como afirma Sarlet, a inclusão das garantias institucionais no âmbito dos direitos de defesa não aparta uma dimensão prestacional delas, o que se deve, especialmente, à sua conexão (como ocorre no domínio dos direitos a prestações propriamente ditos) com a figura das garantias de organização e procedimento⁴³⁴. As garantias institucionais, muitas vezes, além de figurarem à tutela de determinados direitos fundamentais, impõem a criação de estruturas organizacionais⁴³⁵ e procedimentais para assegurarem a funcionalidade e a viabilidade dos institutos e das instituições assegurados⁴³⁶.

Vieira de Andrade expõe que o conjunto normativo não se abrevia à proteção de posições subjetivas individuais. Os direitos fundamentais são pressupostos para a autonomia humana em uma comunidade livre, e, assim, reconhece-se a existência de uma dupla função (ou dupla dimensão, natureza, caráter) dos direitos fundamentais, a natureza ou dimensão objetiva e subjetiva, ou comunitária e individual⁴³⁷.

Não há que se pensar que as posições jurídicas subjetivas somente são contidas por uma ordem objetiva. A distinção está não somente a partir do indivíduo garantido frente ao Estado, mas a dimensão objetiva corresponde a fins e valores perseguidos pela comunidade por meio da função do Estado. A estrutura objetiva,

⁴³³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Tomo IV, Direitos Fundamentais. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 69.

⁴³⁴ SARLET, *op. cit.*, não. p. *E-book*.

⁴³⁵ Como afirma Dimitri Dimoulis, ao lado de direitos e garantias fundamentais estão as disposições constitucionais denominadas “garantias de organização”, cujo objetivo é a criação e manutenção de instituições que possibilitem o exercício dos direitos fundamentais. Conforme o autor, de pouco serviria assegurar e reconhecer o direito de propriedade se inexistisse uma rede de instituições que protegessem o efetivo exercício daquele direito, como a polícia, cartórios, oficiais de justiça ou tribunais (DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 58).

⁴³⁶ SARLET, *op. cit.*, não p. *E-book*.

⁴³⁷ ANDRADE, *op. cit.*, p. 91.

igualmente, atua como produtora complementar e suplementar de efeitos jurídicos na esfera subjetiva, não atribuindo necessariamente direitos aos indivíduos, quando da implicação de deveres e obrigações ao Estado⁴³⁸.

Como aponta Vieira de Andrade, a dimensão objetiva tem alcance e contexto variados, como as garantias institucionais, o efeito de radiação para toda a ordem jurídica, a imposição de deveres de proteção do Estado contra terceiros, nas normas de direito procedimental (para efetivar aplicação dos preceitos) e de organização. Estas funções e efeitos atribuem direitos subjetivos ou faculdades à proteção, à organização e ao procedimento, às prestações, à participação e à defesa na esfera das garantias institucionais⁴³⁹.

Assim, concretamente, a instituição do júri, enquanto garantia institucional é indivisível, não suscetível de atribuição de posição jurídica na esfera subjetiva⁴⁴⁰. É uma instituição onde atua diferentes sujeitos, com pretensões distintas, envolvendo bens jurídicos distintos. Por si só, não há como se tutelar direito subjetivo individual fundamental ao júri, ante ausência da delimitação de uma titularidade e de um bem jurídico tutelado inequívoco. Confrontam-se na instituição diversas posições jurídicas subjetivas, com distintos interesses, em especial, a liberdade do réu e a participação cidadã.

A Constituição elenca os princípios da soberania dos veredictos e o sigilo das votações em que se pode claramente delimitar os indivíduos titulares do direito: os cidadãos. Por outro lado, também elencou o princípio da plenitude da defesa, cuja titularidade incide na pessoa do réu, acusado do cometimento de um crime doloso contra a vida (competência da instituição).

A instituição do júri no rol dos direitos e garantias individuais e coletivos não pode ser interpretada por si como constitucionalização de um direito individual subjetivo. Corresponde o reconhecimento a um dever institucional de o Estado fazer a conformação, a configuração⁴⁴¹, a organização com o estabelecimento de procedimentos – o que é feito por lei, especificamente, o Código de Processo Penal

⁴³⁸ ANDRADE, *op. cit.*, p. 91.

⁴³⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 115.

⁴⁴¹ A organização e procedimento trazidos pela lei ordinária, que tem como objeto direito fundamental, não se trata, por si só, de uma restrição. Como expõe Alexy. “uma norma não-restritiva no âmbito de um direito fundamental é uma norma que tem alguma relação com aquilo que é abarcado pelo direito fundamental. Na esteira de uma terminologia muito difundida, seria possível dizer que ela configura esse direito”. ALEXY, **Teoria dos direitos...**, p. 333.

de 1941 – dando materialidade aos princípios constitucionais, tanto àqueles diretamente relacionados à instituição, quanto àqueles constantes do sistema constitucional como um todo.

Deve-se ver que expressamente a Constituição, no final do inciso XXXVIII do art. 5º, expressou o dever de a lei organizar a instituição. Sendo comum às garantias institucionais, a lei pode estruturar a instituição, os papéis dos envolvidos – no caso do júri, o réu; o Ministério Público como titular da ação penal; a vítima, como assistente de acusação; e os jurados –, bem como traçar os limites de seus deveres e direitos⁴⁴², desde que respeitados os direitos atribuídos constitucionalmente. Isto é, a lei, tem a função de organizar a instituição, dar-lhe materialidade para proteção de sua essência de participação democrática, ao mesmo tempo que configura os princípios já expressos na Constituição, que tendem a ter máxima otimização⁴⁴³.

Assim, a instituição do júri deve ser tida no seu papel de garantia institucional

⁴⁴² O Código de Processo Penal brasileiro de 1941 elenca diversos direitos e deveres dos atores jurídicos, como o direito do réu ao desaforamento (art. 427), a não possibilidade de discriminação de jurados (art. 436) e o estabelecimento de impedimentos deles (arts. 448 e 449), o direito de debates, em tempo significativamente superior, à acusação e à defesa (art. 477), o direito de recorrer do assistente de acusação (art. 598) entre tantos outros que permitam a realidade prática da instituição.

⁴⁴³ Utiliza-se da concepção alexyana de suporte fático amplo já que os princípios constitucionais devem ser efetivados ao máximo possível. As normas infraconstitucionais de configuração e que visam dar efetividade aos princípios, devem concretizá-los nos seus âmbitos de alcance amplamente considerados, contudo, em havendo colisão de direitos – como é o caso em que a instituição se vê imbuída –, deve a restrição de direitos fundamentais ter seu alcance restrito, impondo-se na delimitação de cada princípio (seja em defesa dos interesses do réu, seja dos jurados ou dos demais sujeitos constitucionais cujos interesses estejam em jogo no júri, como é o caso da vítima ou de seus familiares) o ônus argumentativo. Como exemplos das colisões dos princípios constitucionais pode-se ver o dever de motivação em face da soberania dos vereditos e do sigilo das votações e a plenitude da defesa do réu. A Constituição impõe o dever de os pronunciamentos do Poder Judiciário serem públicos e motivadas suas decisões, bem como atribui a plenitude da defesa ao acusado – que não se confunde com a “ampla defesa”, mas a abrange –, ao mesmo tempo em que elenca a soberania dos vereditos (não podendo o Tribunal de segunda instância rever a decisão, julgando a matéria de fato e direito, senão que tão só nos moldes do art. 593, inciso III do Código de Processo Penal) e também o sigilo das votações. Referidos princípios constitucionais, de titulares distintos (réu e jurados cidadãos) entram em colisão na medida em que o sigilo das votações como estabelecido no Código Processual (a permitir a independência e tranquilidade aos jurados), onde os jurados se utilizam da íntima convicção, depositando papeis com o preenchimentos dos quesitos, ainda que em sala secreta, mas sem deliberar ou motivar a decisão, pode dificultar que o réu (ou Ministério Público, titular da ação penal, e defensor dos interesses da vítima e da sociedade) tenha conhecimento dos motivos de fato e direito que conceberam os jurados naquele *decisum*, o que obstará exercer contraditório e defesa (a uma revisão judicial). De igual modo, pode-se ver colisão de direitos com o princípio à vida (cuja dimensão objetiva impõe ao Estado a proteção legislativa, com o Código Penal, bem como o dever a prestações, como segurança pública e até mesmo a promoção da ação penal pública, por meio de representante independente oficial, para fazer valer o Direito) e a soberania dos vereditos, já que o Código de Processo Penal permite que, mesmo reconhecida a materialidade e a autoria, os jurados possam absolver o réu (art. 483, §§2º e 3º), sendo desnecessária qualquer motivação e, ainda, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público está impedido de recorrer das decisões do Júri, ainda que de forma manifesta contrária à prova dos autos. Assim, é evidente que nesses casos o código processual penal atua como restrição a direitos fundamentais, não mais só como mera norma configuradora.

– não em razão de direito positivado, senão que de valores conquistados e permanecidos ao longo do tempo. Não concebe um único titular, pois todos os interesses nela envolvidos se põem e se opõem, colidindo os direitos, cabendo ao Estado a organização da instituição (já que reconhecida), bem como a otimização máxima dos princípios fundamentais que atuam como normas que instituem posições jurídicas subjetivas (ou feixes) a diversos sujeitos constitucionais, concretizando os direitos delas decorrentes, independentemente de reserva de configuração e regulação expressamente trazida pela Constituição⁴⁴⁴, o que não abre espaço à conclusão de haver um titular de direito subjetivo do júri – a instituição do júri não deve ser classificada exclusiva inequivocamente como direito ou garantia fundamental do indivíduo ou dos cidadãos à administração da justiça.

A instituição protege, como conquista racional e valorada, seja pela liberdade dos indivíduos que defendeu na história brasileira (grega, romana, inglesa, francesa e outras que repercutiram na reprodução das práticas sociais objetivas posteriormente), seja pela administração e aplicação do justo pelos cidadãos aos (tidos como) seus, um comum interesse que não pode ser individualizado, ou reivindicado para uma proteção absoluta e exclusiva por qualquer das partes envolvidas, como se típico direito ou garantia individual liberal (como parcela da doutrina constitucional e processual penal classifica) o fosse.

A norma que reconhece o tribunal do júri integra o sistema de direitos fundamentais, podendo-se perceber sua dimensão objetiva (que impõe o dever de organização e concretização dos direitos e deveres dos sujeitos constitucionais) conexas a dimensões subjetivas e objetiva dos direitos subjetivos fundamentais nas alíneas elencadas (soberania das decisões, sigilo das votações, plenitude da defesa e competência jurisdicional). Ainda que não sendo a norma tipicamente direito fundamental subjetivo, aplica-se a ela o mesmo regime jurídico de proteção⁴⁴⁵.

Ante a preeminência normativa da Constituição referida à realidade sistêmica constitucional (sistema aberto de regras e princípios)⁴⁴⁶, conforme ensina Paulo

⁴⁴⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 42.

⁴⁴⁵ MIRANDA, *op. cit.*, p. 70. Conforme o autor, se a Constituição não faz a diferenciação expressa e ainda trata em mesmo plano os direitos fundamentais e as garantias institucionais (como é o caso da instituição do júri no Brasil), o regime jurídico aplicável não pode ser distinto, especialmente em relação a (i) preservação do conteúdo essencial perante o legislador ordinário; (ii) destinatários das normas; (iii) órgãos competentes para a regulamentação legislativa (MIRANDA, *op. cit.*, p. 70).

⁴⁴⁶ Ver notas de rodapé 38 e 40.

Schier, impõe-se aos intérpretes do Direito a filtragem constitucional, como um processo em que a ordem jurídica como um todo, inclusos seus procedimentos e valores, deve passar pelo filtro axiológico da Constituição, sobressaindo, daí, a cada aplicação do Direito, uma “releitura e atualização de suas normas”⁴⁴⁷.

Assim, em um contexto de filtragem constitucional, urge a necessidade de ressignificação da instituição do júri, emergindo a necessidade de se revisar as bases teóricas, especialmente do direito processual penal, abrindo-se à necessária abordagem do viés democrático e da titularidade dos direitos e interesses ali envolvidos. Notadamente, o debruçar teórico também apela aos pensadores do direito constitucional no séc. XXI, com o necessário rearranjo do seu papel⁴⁴⁸, revisitando a conformação das instituições à luz da Constituição, mormente aquelas configuradas pelo código processual penal varguista⁴⁴⁹. A atualização da ordem jurídica infraconstitucional à luz da axiologia da Constituição viabiliza a dialeticidade com a realidade social (pós Constituinte de 88) que, por meio da abertura dos princípios, torna possível que a ordem jurídica apreenda e aprenda com a sociedade, a permitir uma evolução da ordem jurídica sem a necessidade de se implementar alterações legislativas que altere a textualidade normativa⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 104.

⁴⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Ideias e instituições constitucionais do século XX no Brasil: o papel dos juristas. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 111, p. 229-245, jul./dez. 2015. DOI: 10.9732/P.0034-7191.2016V111P229

⁴⁴⁹ RANGEL. **Tribunal do júri: visão...**, *op. cit.*, p. 20. Paulo Rangel tece críticas sobre a instituição do júri, especificamente no ponto em que trata da estrutura básica dele, como o caráter democrático, fundamentação das decisões, comunicabilidade dos jurados, quórum da decisão e compromisso ético com a liberdade (acrescente-se a vida). Afirma que a lei processual penal, enquanto fruto do autoritarismo varguista, cuja orientação ideológico-política era a censura e o silêncio, não tem validade perante a Constituição quando o poder estatal age sem transparência e racionalidade (p. 20).

⁴⁵⁰ SCHIER, **Filtragem constitucional**: construindo..., p. 108.

7 NORMA ORDINÁRIA DE CONFIGURAÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI E AS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

7.1 INDISPONIBILIDADE E IRRENUNCIABILIDADE DO JULGAMENTO PERANTE A INSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Como se viu acima, brevemente⁴⁵¹, a Constituição ou as normas infraconstitucionais, estas desde que com fundamento na Constituição, podem limitar ou restringir direitos fundamentais. As restrições a direitos fundamentais são normativas, e a regra ou o princípio que restringem direitos fundamentais só são possíveis quando compatíveis formal e materialmente com a Constituição.

Todavia, nem toda norma de direito ordinário que tenha como objeto a disciplina de um direito fundamental se trata de uma restrição⁴⁵². Conforme expõe Alexy, uma norma no âmbito do direito fundamental que é não-restritiva, é uma norma que possui relação com aquilo que o direito fundamental abrange, configurando, daí, esse direito⁴⁵³. Para o autor, essa discussão de restrição e configuração de direitos fundamentais toma como ponto de partida aquelas disposições em que diz que algo deve ser regulado através da lei. Para Peter Häberle, trazido por Robert Alexy, a configuração é uma forma de realizar os direitos fundamentais no plano da vida social⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ Ver tópico 5.3.

⁴⁵² Como expõem Gomes Canotilho e Vital Moreira, a legislação ordinária detém diversos papéis em relação aos direitos fundamentais, podendo, em síntese, definir (i) o âmbito de cada direito; (ii) as restrições constitucionalmente autorizadas; (iii) as garantias constitucionais, bem como dispor condições de exercício. Também a legislação visa (iv) satisfazer o cumprimento de determinados direitos fundamentais que demandem prestações públicas ou criação de instituições (a exemplo dos direitos sociais), (v) definir meios de defesa e, por fim, (vi) aumentar o seu âmbito de incidência (CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 142-143).

⁴⁵³ ALEXY. **Teoria dos direitos fundamentais**..., p. 333.

⁴⁵⁴ Conforme Häberle, citado por Alexy, a configuração se refere “ao objetivo constitucional de realizar os direitos fundamentais na vida social”, para cujo fim, a legislação atua como um “medium e um meio” à realidade social, sendo papel do legislador configurador fornecer “contribuições constitutivas para o conteúdo dos direitos de liberdade”. Assim, para Häberle, “quando o legislador penal age de forma a garantir os direitos fundamentais de um contra os mesmos direitos fundamentais de outros, ele configura os direitos fundamentais como um todo, independentemente do fato de também determinar o conteúdo do direito fundamental do indivíduo” (HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie*, p. 181, 184, 187, 189 *apud*. ALEXY. **Teoria dos direitos**..., *op. cit.*, p. 333. Definições de configuração de Häberle que, contudo, não é consentânea à teoria de Alexy, na medida em que este se utiliza de um

Adotando-se o conceito amplo de restrição, por ser coerente com a teoria do suporte fático amplo e em adequada proteção aos direitos fundamentais (já que as atuações do legislador que não se absterem de intervir com mandamentos e proibições, ou mesmo uma eliminação de competência, deverão ser justificadas), a configuração das normas de direitos fundamentais deve se abster à competência.

Somente uma concepção restrita de configuração é compatível com a obrigação de racionalidade na fundamentação das discussões referentes aos direitos fundamentais. Assim, “aquilo que é qualificado como configuração não necessita de fundamentação em face dos direitos fundamentais”⁴⁵⁵ (por exemplo, a própria competência já legalmente normatizada à instituição pelo Código de Processo Penal, em seu artigo 74, §1º), mas aquelas que tratam de normas interventivas restritivas não podem ser isentas de fundamentação, visto que a fundamentação é um pressuposto essencial para que se estabeleça restrições permitidas⁴⁵⁶ (por exemplo, a normatização legal do Código de Processo Penal, relativamente ao júri, que a pretexto de proteger o “sigilo das votações” proíbe/obsta a incomunicabilidade dos jurados e impede a fundamentação das decisões, conforme os artigos 466, §2º, 486, 487 e 497, inciso VII do Código, para que seja de fato uma restrição, deve ser justificada racionalmente, o que auferível pela regra da proporcionalidade).

Assim, nesse capítulo o que se destaca é que a atividade conformadora de princípios fundamentais deve levar em conta não só a criação ou configuração de um direito, mas o impacto que causa em outros princípios fundamentais, notadamente criando intervenção no âmbito de proteção das outras normas que, a pretexto de configuração ou preenchimento de conteúdo e delimitação de uma norma de direito fundamental (*lato sensu*), cria intervenção em outra norma (que pode ser ou não constitucional).

É aí que entra a instituição do júri, já que tido como um princípio fundamental

conceito restrito para a configuração, que trata somente de normas de competência (como normas configuradoras de institutos do direito civil), mas não normas proibitivas ou mandatórias (e, por conseguinte, resta um conceito amplo para restrição), ao contrário de Häberle, que se vê possui um supraconceito: conceito de configuração amplo que abrange a atividade de restrição e a não restritiva. Veja-se, como traz Alexy, ainda que uma norma restritiva seja razoável e se imponha à defesa de liberdades, isso não subtrai dela o caráter de restrição. As proibições jurídico-penais não perdem seu caráter de restrição ainda que qualquer indivíduo razoável com elas concordasse, ou ainda que se baseiem (as proibições) em um direito, fundado em um direito fundamental, a que a liberdade dos indivíduos contra atos de seus concidadãos seja tutelada pelo Estado por meio das leis penais (ALEXY. **Teoria dos direitos...**, p. 334).

⁴⁵⁵ ALEXY. **Teoria dos direitos...**, *op. cit.*, p. 340.

⁴⁵⁶ *Ibid.*

(seja na sua concepção de garantia institucional, seja na sua concepção de direito, lato, fundamental) impõe, objetivamente, a criação de estruturas organizacionais e procedimentais a garantirem a viabilidade e funcionalidade dos institutos e das instituições assegurados⁴⁵⁷.

A lei processual penal varguista⁴⁵⁸ – anterior à Constituição – regula o procedimento e a conformação do júri, tornando-o possível no plano jurídico e social para concretização do princípio, em tempo que atua como restrição a outros princípios

⁴⁵⁷ Aqui pode-se discutir a conformação da organização e do procedimento do júri, em especial, a possibilidade de alterar o procedimento de julgamento exclusivo por jurados populares, ou ainda, aumentando o problema, de conformá-lo com a inclusão da participação de juízes togados, ou seja, do modelo de júri escabinado (ou mesmo assessorado), o que não vedado pelo Constituinte. Conforme Crismara Lucena Santos, o sistema tradicional do júri é composto por cidadãos leigos, sem formação jurídica obrigatória, escolhidos conforme a lei; já o sistema de júri escabinado tem como composição jurados leigos e togados, com idêntico valor das decisões, alterando-se a responsabilidade e competência conforme o país e seu respectivo ordenamento jurídico, mas mantendo-se essencialmente a participação popular (SANTOS, Crismara Lucena. **Reflexões sobre o tribunal do júri: uma perspectiva luso-brasileira**. 2018, 84f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2018, p. XV). Outras questões são passíveis de conformação também como a deliberação dos jurados (leigos e/ou togados), a motivação das decisões, a forma do sigilo das votações (enquanto procedimento), com a exposição da fundamentação do voto, o quórum para condenações e absolvições, o pagamento de uma compensação ou subsídio em pecúnia pela disposição à justiça (como feito em diversos países, a exemplo de Portugal, França, Espanha, Estados Unidos, Alemanha e outros) etc. Ver ainda: CUNTIM, Bárbara Maria Xavier. **Do pensamentos dos jurados às potencialidades do tribunal do júri**. 2020, 68f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020; SOUZA, T. H. M.; FRANCK JUNIOR, Wilson. O tribunal do júri como modelo de administração da justiça: por uma formulação à luz da constituição. In: Congresso Internacional de Ciências Criminais: Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, IV, 2013, Porto Alegre. **Anais eletrônicos**. Disponível em: <https://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/29.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022; MOELLER, Uriel. O “júri” alemão: o leigo no processo penal na Alemanha. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 86, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://www.revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/download/181/48/>. Acesso em: 28 jan. 2022.

⁴⁵⁸ Conforme nota Marcos Bandeira, “[é] de se ver que o Código de Processo Penal de 1941, de inspiração fascista no código Rocco, de Benito Mussolini, da Itália, possui feição manifestamente autoritária, sendo certo que várias de suas disposições já não são válidas, porquanto não recepcionadas pela Constituição Federal de 1988” (BANDEIRA, Marcos. **Tribunal do júri: de conformidade com a Lei n. 11.689, de 09 de junho de 2008 e com a ordem constitucional**. Ilhéus: Editus, 2010, p. 38). Justifica, por exemplo que: “o acusado não era tratado como sujeito de direitos, mas como objeto do processo, sem as garantias de ampla defesa, contraditório, publicidade, juiz natural, dentre outras, pois o processo era de feição autoritária, inquisitorial, secreto e voltado precipuamente para a tutela da segurança pública. O mito da “verdade real” municiava o juiz de superpoderes instrutórios, no sentido de arrancar a “verdade” de qualquer jeito, mesmo que fosse através de confissões obtidas por meio de torturas, intimidações e presunções, já que o silêncio do acusado, verificado por ocasião do seu interrogatório, era interpretado em seu prejuízo. O interrogatório, na verdade, era ato pessoal do juiz e não admitia a intervenção das partes – Ministério Público e advogado de defesa - constituindo-se, exclusivamente, como meio de prova, e o não comparecimento do réu para ser interrogado ensejava a sua condução coercitiva, conforme constava até pouco tempo do art. 260 do CPP” (BANDEIRA, *op. cit.*, p. 43). Sobre o exercício do direito de silêncio, ou não auto-incriminação, veja-se que atualmente os jurados populares têm a predominante tendência de considerar prejudicial ao réu se negar a falar em interrogatório: ver gráfico 22 e tabela 22 do estudo sobre o perfil dos jurados nas Comarcas do Estado do Paraná, realizado pelo Centro de Apoio das Promotorias Criminais, do Júri e Execuções Penais do Ministério Público do Estado do Paraná (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. Centro de Apoio das Promotorias Criminais, do Júri e Execuções Penais. **Perfil dos jurados nas comarcas do paraná**. 1. ed. Curitiba, 2015, p. 32).

fundamentais, por exemplo, a fundamentação das decisões⁴⁵⁹,

A organização do tribunal popular brasileiro é trazida pelo Código de Processo Penal e se trata, primeiramente, de uma atividade configuradora, típica do legislador, a fins de criar e conformar a instituição (enquanto sistema de processo e julgamento por populares) e os interesses e os direitos ali envolvidos, notadamente, a plenitude da defesa (em referência aos interesses do acusado, veja-se artigos 406, §§1º e 3º; 408; 411, *caput*, §§4º e 5º; 427; 457, §2º; 474, *caput* e §3º; 477; 478; 497, inciso V, todos do Código de Processo Penal), o sigilo das votações (dos jurados, veja-se os artigos 485 ao 487 do Código de Processo Penal) e a soberania dos vereditos (dos jurados e da sociedade, veja-se os artigos 425; 426; 436, *caput* e §1º; especialmente 593, inciso III, alíneas “a” a “d” e §3º todos do Código de Processo Penal), bem como se assegurou a competência para o processo e julgamento de crimes dolosos contra a vida (veja-se, artigos 74, §1º e 78, inciso I, ambos do Código de Processo Penal)

460

Como se viu, também, as competências em Alexy refere a direitos, em sentido

⁴⁵⁹ Também outros autores vão trazer que a esfera de proteção (suporte fático) de um/alguns direito(s) fundamental(is) pode sofrer/sofre intervenção injustificada. Paulo Rangel afirma que os jurados têm o dever, por imposição constitucional, de motivar suas decisões (RANGEL, Paulo. **A inconstitucionalidade da incomunicabilidade do conselho de sentença no tribunal do júri brasileiro**. 2005. 157 f. Tese – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005, p. 107). Aury Lopes Junior, por exemplo, afirma que fica comprometido o duplo grau de jurisdição, já que, imperantes a íntima convicção e a ausência de fundamentação, não há como saber como recorrer: “Se não sei por que foi decidido dessa ou daquela forma, como recorrer? Vamos seguir ‘tentando’ adivinhar a ‘decisão manifestamente contrária à prova dos autos’?” (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. [livro eletrônico]). Daí se tem que, para além do direito humano fundamental à fundamentação das decisões sofrer ablação (e dele decorrente), outras normas fundamentais têm seu alcance reduzido ou, sequer, potencialmente mitigados, como o direito ao contraditório e ampla defesa, direito ao duplo grau de jurisdição, direito à igualdade de tratamento, direito à vida (afinal, a “clemência” – absolvição genérica mesmo após reconhecida a materialidade e autoria do fato – seria para aqueles que “fazem um favor” à sociedade? A vida de quem importa?), direito à presunção de inocência etc. Aramis Nassif, dentre outras críticas, especificamente no aspecto democrático participativo afirma que o réu sob julgamento, por vezes, não se encontra representado, podendo ter sua humanidade negligenciada. Assevera o autor que não é possível esperar que venha voluntariamente para o exercício de um poder político temporário e oficial um sujeito que o sistema estatal já oprime, mas se poderá vê-lo no banco dos réus (NASSIF, Aramis. **Júri: instrumento de soberania popular**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 47). Ver ainda: MENNA, Matheus. Três réus e duas sentenças: julgamentos diferentes para o mesmo caso, **Canal Ciências Criminais**, Advocacia Criminal, publicado em 02 jul. 2021. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/tres-reus-e-duas-sentencas-julgamentos-diferentes-para-o-mesmo-caso/>. Acesso em: 28 jan. 2022.

⁴⁶⁰ Art. 74, § 1º Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados. Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:

I - no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri;

amplo, no direito privado e no público e que correspondem à modificação de situação jurídica por meio de uma ação, seja como imposição de normas gerais ou individuais, seja modificação de posições jurídicas dos indivíduos que estão sob tais normas. Tanto a realização de um contrato ou de aquisição de propriedade, quanto a promulgação de uma lei ou edição de ato administrativo são exercícios de competência, porquanto podem o titular ou titulares da ação modificar as situações jurídicas, individualmente ou de forma geral⁴⁶¹.

Sendo imperiosa a conformação legislativa, decorrente da reserva legal qualificada, a Constituição Federal não somente reconheceu a instituição, como atribuiu à legislação ordinária a competência para tratar de sua organização⁴⁶². É daí, então, que a pretensa natureza configuradora da lei processual penal retira seu sentido: o legislador, enquanto autorizado constitucionalmente a ampliar a área de ação dos sujeitos e transformar a realidade social, organiza e dá materialidade e possibilidade à instituição do júri (reconhecida pela Constituição, mas instituída pela lei processual penal⁴⁶³), delimitando normativamente, por conseguinte, o

⁴⁶¹ ALEXY, **Teoria dos direitos...**, p. 236.

⁴⁶² MENDES, **Curso de direito...**, p. 514.

⁴⁶³ Enquanto reconhecimento e possibilidade jurídica, veja-se os exemplos do Uruguai, da Argentina e do México: O Uruguai, mesmo afirmando a possibilidade de estabelecimento do Tribunal Popular, no capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais, especificamente no artigo 13 de sua Constituição, não criou ou organizou referida instituição no seu Código de Processo Penal (URUGUAI. **Constitución 1967**. Centro de Información Oficial, Montevideu. Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>. Acesso em: 28 jan. 2022; URUGUAI. **Código del Proceso Penal 2017 n°. 19293**. Centro de Información Oficial, Montevideu. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-proceso-penal-2017/19293-2014>. Acesso em: 28 jan. 2022). Já a Constituição da Argentina estabeleceu no art. 24 que o seu parlamento reformará toda a legislação atual em conformidade com a Constituição e estabelecerá o juízo por jurados (ARGENTINA. **Constitucion de la Nacion Argentina 1994**. Información Legislativa, Buenos Aires. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>. Acesso em: 28 jan. 2022). No entanto, o Congresso Nacional não legislou e instituiu tribunal popular. Assim, somente as províncias que constituíram e organizaram referida instituição em suas respectivas leis, possuem e julgam com a participação de jurados (BERDULLAS, Carlos Manuel Romero. Diálogos sobre el juicio por jurados. **Forum – Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina**, Buenos Aires, n°. 12, 2021, págs. 237-312. Disponível em: <https://erevistas.uca.edu.ar/index.php/FORUM/article/view/3825>. Acesso em: 28 jan. 2022). Sobre a constitucionalidade, veja-se a decisão em recurso extraordinário que chegou à Suprema Corte Constitucional no caso “Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado”: ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación, **Impugnación extraordinária 461/2016/RH001**, fecha de la sentencia: 02.05.2019 (data da decisão), fallos 342:697. Disponível em: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7519692&cache=1643929825804>. Acesso em: 28 jan. 2022.

Não são todas as províncias que até hoje instalaram referida instituição. A província de Córdoba legislou e instalou o Escabinado, conforme artigo 369 e 405 do seu Código de Processo Penal (ARGENTINA. **Ley 8.123 de 1991** (Codigo Procesal Penal de la Provincia de Cordoba), Sistema Argentino de Información Jurídica, Cordoba, 1991. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/8123-local-cordoba-codigo-procesal-penal-provincia-cordoba-lpo0008123-1991-12-05/123456789-0abc-defg->

321-8000ovorpypel. Acesso em: 28 jan. 2022), já Buenos Aires, seguida por algumas outras províncias, a despeito de seu Código de Processo Penal não instituir o júri em 1997, legislou e instalou o tribunal do júri com a Lei nº. 14.543 de 2013, reformando o seu Código de Processo Penal, e configurando o tribunal popular nos moldes do modelo tradicional (12 jurados) (ARGENTINA. Ley 11922 de 1997 (Código de Procedimiento Penal), Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, Buenos Aires, 1997. Disponível em: <https://normas.gba.gob.ar/ar-b/ley/1997/11922/4917>. Acesso em: 28 jan. 2022; ARGENTINA. Ley 14543 de 2013 (Estableciendo el juicio por jurados en la provincia. Modifica ley 11922, Código Procesal Penal de la provincia. Modifica ley 5827, Orgánica del Poder Judicial), Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, Buenos Aires, 1997. Disponível em: <https://normas.gba.gob.ar/ar-b/ley/2013/14543/11299>. Acesso em: 28 jan. 2022), existindo províncias, ainda, que nem sequer legislaram, em seus códigos de procedimento penal, sobre um juízo composto por populares, seja o júri, seja o escabinado (BERDULLAS, *op. cit.*; e BAKROKAR, Denise C.; CHIZIK, Natall D. La evolución del jurado em la Argentina. In: **Juicio por jurados y procedimiento penal** LETNER, Gustavo; PIÑEYRO, Luciana [coord.]. Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, Consejo de la Magistratura, Argentina. Disponível em: <http://inecip.org/wp-content/uploads/JxJ-Publi-JusBaire-Bakrokar-Chizik.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022). Denote-se que nos dois casos, Córdoba e Buenos Aires, o Tribunal Popular é instalado para processo e julgamento de crimes cuja pena máxima em abstrato, não levado em conta o concurso de crimes, exceda a 15 anos, bem como deixam claro a possibilidade de renúncia, que deve ser solicitada pelo defensor ou acusado, sendo que o juiz deverá ouvir o réu presencialmente para confirmar a intenção deste e analisar se o requerimento de renúncia está livre de qualquer coerção. Também outra observação é de que, conquanto a legislação processual penal federal não venha a institucionalizar um tribunal popular na Argentina, o que é feito, em algumas províncias apenas, por suas leis provinciais (comparativamente de status “estaduais”) (bem como em suas Constituições (ver: BERDULLAS, *op. cit.*, e MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal: fundamentos** – 2. ed., 3. reimp. – Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 804-808)), a ordem jurídico constitucional brasileira também permite ao legislador estadual legislar sobre procedimento do júri, conforme artigo 24, inciso XI da Constituição Federal. Como, no caso concreto, o Código de Processo Penal (com status de lei federal) já legislou e organizou o júri, os Estados possuem competência suplementar (conforme §2º do artigo supracitado). Última observação, igualmente relevante, é que, concebendo-se como matéria de procedimento especial (ver também: NUÑEZ, *op. cit.*, p. 21), poder-se-ia trazer discussões acerca da possibilidade de os Estados membros ou o Distrito Federal excluir o procedimento do júri estadual (por exemplo, em suas Constituições – que hoje, em algumas, se preveem a instituição do júri como órgão do judiciário, embora mesma regra não se veja na Constituição Federal ou mesmo na Lei Orgânica da Magistratura – e leis procedimentais de âmbito estadual) ou diferenciá-lo do trazido pelo Código de Processo Penal em respeito à sua autonomia. Como trouxe Firmino Whitacker, quanto à instituição do júri sob a égide constitucional de 1891 (artigo 72, §31): “Ha quem sustente que o legislador constituinte da Republica, com esse preceito, referiu-se apenas ao jury federal, pois sendo o jury materia de processo e organização judiciaria e sendo certo que aos Estados compete a formação do direito adjectivo, não podia elle estabelecer preceitos que fôssem ferir a autonomia que a federação creava; e que, portanto, os Estados podem acceitar ou repudiar o jury, dando-lhe a forma que entenderem, o processo que melhor julgarem e a competencia ampla ou restricta que quiserem”. (WHITACKER, Firmino. **Jury**, São Paulo: Typ. Espíndola, Siqueira & Comp, 1904, p. 7-8).

A Constituição do México de 1917 expressamente previu o julgamento por jurados (art. 20, inciso VI) (ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. **Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos de 1917**. Diario Oficial, Ciudad de Querétaro, 1917. Disponível em: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1917.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022), todavia, com a reforma de 2008, não mais passou a ser expresso o julgamento por jurados (conquanto se tenha expresso que a lei poderá tornar obrigatório o serviço na função de jurado, ver artigos 5º e 20, “B”, inciso V) (ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. **Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos de 1917**. Cámara de Diputados del H (texto vigente: Última reforma publicada DOF 28-05-2021). Congreso de la Unión, Ciudad de Querétaro, 1917. Disponível em: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf. Acesso em: 28 jan. 2022), até mesmo havendo a reforma da Lei Orgânica do Poder Judiciário não mais constando os jurados (senão tão somente na qualidade de perito técnico) (Ver: ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. **Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación** (texto vigente Última reforma publicada DOF 27-06-2014). Congreso de la Unión, Ciudad de Querétaro, 1995. Disponível em: https://web.oas.org/mla/en/Countries_Intro/Mex_intro_txtfun_esp_6.pdf. Acesso

procedimento e o papel dos indivíduos ali interessados, correlativamente em estado de sujeição⁴⁶⁴.

em: 28 jan. 2022; ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. **Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación** (texto vigente: Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 2021). Congreso de la Unión, Ciudad de Querétaro, 1995. Disponível em: [h https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOPJF.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOPJF.pdf). Acesso em: 28 jan. 2022). No entanto alguns Estados, entendendo ser implicitamente permissiva a instituição, ainda mantém o tribunal popular, como a capital, Cidade do México (ver ainda: GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. El juicio por jurado en las constituciones de México. **Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, nº. 2, jan./jun. 2000. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5580/7245>. Acesso em: 28 jan. 2022). A capital, Cidade do México, tem previsão, no seu Código de Procedimientos Penais, especificamente no artigo 619, da instituição do júri como órgão do Poder Judiciário (ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Asamblea Legislativa Del Distrito Federal. **Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal**. Diario Oficial de la Federación, Cidade do México, 1931. Disponível em: <http://aldf.gob.mx/archivo-72f5a70c1aea7d6491dca24e12fd1fa8.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022). Já o Estado de Veracruz não estatui referido Tribunal Popular, conforme se denota do artigo 80 (ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Congreso del Estado de Veracruz. **Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave**. Veracruz, 2003. Disponível em: <https://www.legisver.gob.mx/leyes/LeyesPDF/CPPENALES574180714.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022).

⁴⁶⁴ Deve-se trazer a consideração outro recorte de abordagem referente à ponderação de princípios formais ou procedimentais. Conforme a teoria dos principais formais, esses princípios são igualmente mandamentos a serem otimizados consoante as possibilidades fáticas e jurídicas. Assim, podem os princípios formais ser ponderados em face de outros princípios, notadamente, os princípios materiais ou substanciais. Conforme Alexy, a diferença entre os princípios formais e os princípios materiais está no “objeto da otimização”. A otimização dos princípios materiais como o direito fundamental à liberdade de expressão, o direito fundamental à saúde ou o direito fundamental à liberdade de locomoção tem como objeto, respectivamente, a liberdade de expressão, a saúde e a liberdade de locomoção. Por outro lado, os principais formais têm como objeto de otimização não esses conteúdos ou valores, senão que referem à autoridade das normas jurídicas, implicando, os princípios formais, as questões de competências (ALEXY, **Teoria dos direitos...**, p. 138, 331, 611-627). Veja-se que quando estamos a tratar da organização e do procedimento, está-se tratando da competência pública, demandando a atuação do legislador que, democraticamente legitimado, preencherá e delimitará o conteúdo das normas de direitos fundamentais, configurando-os e restringindo-os, acorde sua reserva de ponderação. É nesse mister do legislador que se tem espaço à discussão quanto à ponderação de princípios formais com os princípios materiais, notadamente aqueles relacionados aos direitos e garantias judiciais e, especificamente, processuais penais (motivação das decisões, ampla defesa, contraditório, duplo grau de jurisdição etc.) aquando das tarefas de organização e estabelecimento de procedimentos. A formulação de que os princípios formais também são princípios a serem otimizados coloca o questionamento de poderem, eles, ser ponderados com os outros princípios, notadamente os substanciais. Pode-se, assim, por exemplo, questionar: o princípio formal da divisão dos poderes ou o princípio formal da democracia, que expressa que as decisões do legislador ordinário competente e legitimado democraticamente merecem respeito e obediência, porquanto resultado de decisão da autoridade competente, pode ser ponderado com o princípio da fundamentação das decisões judiciais? Ou, ainda, com o princípio do juízo natural (abordando-se a renunciabilidade de processo e julgamento, inclusive das correspondentes garantias e direitos processuais fundamentais)? Alexy trabalha então com a problemática do sopesamento dos princípios formais e materiais, estes enquanto direitos fundamentais referidos diretamente à substancialidade do objeto tutelado pelos direitos fundamentais, e aquele ligados à democracia, à separação dos poderes e à segurança jurídica. Pode-se considerar como uma ponderação de segunda ordem que avaliará o espaço de discricionariedade do legislador na sua atuação com a necessária condicionante da (in)segurança epistêmica, notadamente a discricionariedade cognitiva empírica (como exemplo da cannabis e relação com o direito à vida ou à saúde) (*Ibid.*, p. 614-615) e a discricionariedade cognitiva normativa (como o sopesamento pelo legislador do qual bem tutelado merecerá maior importância naquela colisão) (*Ibid.*, p. 622). Confia-se nas razões de segunda ordem como estratégia racional para tratar as inseguranças epistêmicas na

Importante nesse ponto o destaque enquanto relação de competência e sujeição. A competência normativa aqui diz respeito à possibilidade de o legislador instituir e normatizar condutas, vinculando os sujeitos ali delimitados (sujeitos que atuam no júri, especialmente, o acusado, o defensor, o representante do ministério público, o assistente de acusação, o jurado e o juiz). O código de processo penal, ao instituir o júri, configurando-o, deu conformidade e balizou os feitos que serão de sua competência para processamento e julgamento.

Enquanto garantia institucional (que além de figurar a tutela de determinados direitos fundamentais, impõe a criação de estruturas organizacionais e procedimentais para assegurar a viabilidade e funcionalidade da instituição garantida), em que se vislumbra normativamente a organização do procedimento e dos papéis de cada sujeito, quais estão em relação intersubjetiva de sujeição (o não cumprimento pode gerar consequência normativa sancionadora e/ou mesmo nulidade do ato)⁴⁶⁵, não se está diante, todavia, de relação de direito subjetivo e seu correlativo dever, seja do acusado (frente aos jurados e ao Estado), seja dos cidadãos jurados (frente ao acusado e ao Estado), ou mesmo dos demais sujeitos envolvidos (como Ministério Público, em defesa da sociedade, ou do assistente de acusação, em defesa dos interesses da vítima ou de seus familiares).

Dessa perspectiva, porquanto conformação de uma competência, no seu caráter configurador, não se vislumbra, defronte ao artigo 74 do Código de Processo Penal, a possibilidade de alteração de competência do acusado – enquanto possibilidade de o sujeito, pressuposta a normatividade que possibilita ação de alteração de órgão julgador, dispor da posição jurídica subjetiva tutelada de ser

ponderação de razões, confiando mais no externado pela autoridade do legislador legitimado democraticamente, que detém maior expertise ou capacidade empírica para organizar e orientar os interesses antagônicos, contrariamente à ponderação feita individualmente por um agente em um caso concreto. Notadamente, esse foco do problema tem seu enfrentamento a partir da perspectiva do exame da proporcionalidade, o que, embora traga esclarecimentos e motivações para alteração (ou justificação) do *status quo* (até mesmo a possibilidade ou não de abertura à competência do indivíduo a abrir mão procedimentalmente de posições jurídicas subjetivas visando à satisfação de outros direitos fundamentais), foge da capacidade e da limitação deste trabalho monográfico que segue as linhas de uma abordagem analítica dos direitos subjetivos e posições jurídicas de direitos fundamentais, identificando com os conceitos trazidos, a parcialidade do problema. Pode-se, evidentemente, abordar a ponderação dos princípios formais e materiais no tema aqui tratado. Ou melhor, no que diz respeito ao júri, deve-se, face à evidente problemática de sua conformação (de 1941) que ainda “resiste” à Constituição atual, trazendo questionáveis procedimentos, em especial o julgamento “por íntima convicção”, a desnecessidade de motivação, a inexistência de duplo grau de jurisdição (ou de efetivo e amplo controle recursal), até mesmo a impossibilidade (ante inexistência de antecedente normativo) de escolha do réu à renúncia a posições jurídicas tuteladas para satisfação de outros interesses e direitos fundamentais.

⁴⁶⁵ ALEXY, **Teoria dos direitos...**, p. 237.

julgada por jurados leigos, alterando-se a situação jurídica (são afetados, daí, o assistente de acusação, o ministério público e, acaso se entenda direito subjetivo do jurado de participar e de fato julgar um acusado, dos jurados leigos) – ou mesmo de imunidade hohfeldiana ou não-sujeição – de não ser aplicável ao sujeito, como, por exemplo, acusado do cometimento de crime de latrocínio (o processamento e julgamento da suposta conduta dele não estão sujeitos a seguir o procedimento relativo ao júri, isto é, o Estado não tem poder, eis que normativamente está em posição de incompetente, para prosseguir com o processo penal naquela instituição garantida)⁴⁶⁶.

A despeito, todavia, do que afirmado até então, notadamente em relação à sujeição do indivíduo frente ao Estado referente ao procedimento do tribunal do júri e não vislumbre de possibilidade de disposição de posição jurídica subjetiva pelo sujeito acusado, diante do antecedente normativo (Código de Processo Penal), não se desconhece que o legislador instituiu meios de dispor de posição jurídica subjetiva de ser julgado pelo tribunal do júri, isto é, abriu competência ao sujeito para renunciar ao juízo natural do júri, como, por exemplo, o instituto da Transação Penal e, atualmente, com a reforma do legislador processual penal, o instituto do Acordo de Não Persecução Penal, dando, conforme analiticamente debatido até agora, poder de realizar um negócio jurídico tanto ao acusado, quanto ao Ministério Público (ou até mesmo exigi-lo), denotando-se feixes de relações e de posições, aproximando-se do conceito de “pacote de relações hohfeldianas” ou existência de “cluster-rights”⁴⁶⁷.

Primeiro, impõe-se comentar o instituto da transação penal e a composição dos danos civis, trazidas pela Lei nº. 9.099/1995 e pela Lei nº. 10.259/2001 (no âmbito

⁴⁶⁶ Dessa afirmação, o que se extrai é que normativamente não se vislumbra possibilidade de alteração do juízo natural (tribunal do júri), renunciando-o (enquanto posição jurídica subjetiva aberta por exercício de competência estatal), para possa o sujeito ser julgado por um juiz togado, com os demais direitos e garantias constitucionalmente assegurados (em especial, a fundamentação das decisões, a permitir o duplo grau de jurisdição e o contraditório e ampla defesa, tendo em vista que expressa a motivação do *decisum* e que não poderá julgar além do fato objeto do processo, como elementos circunstanciais, políticos, ideológicos, morais ou emotivos e/ou elementos que digam respeito à pessoa do acusado e da vítima), não se podendo afirmar a possibilidade, para efetivar e maximizar os direitos individuais (sobre o coletivo), ainda que com regra de proporcionalidade (como faz, por exemplo, Bruno Henrique Moreira Marques, referenciando a Alexandre Moraes da Rosa, a fins da análise do duplo grau de jurisdição frente à soberania dos veredictos, em defesa da irrecorribilidade das sentenças absolutórias, ao afirmar que “no processo penal a proporcionalidade deve sempre ser favorável ao acusado, como forma de ampliação das esferas individuais, nunca contrárias ao indivíduo, ou seja, nunca tendo o coletivo como destinatário” (MARQUES, Bruno Henrique Moreira. **Da soberania do tribunal do júri em sentenças absolutórias**: (im)possibilidade de interposição de recurso de apelação. 2020, 115f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2020, p. 86)), porquanto necessária uma norma conformadora de competência.

⁴⁶⁷ MARTEL, **Direitos Fundamentais indisponíveis...**, p. 54.

da Justiça Federal), tendo em vista sua natureza negocial que, abertas as possibilidades de ações aos sujeitos processuais (em especial, o acusado e o Ministério Público) em um negócio jurídico extraprocessual, permite ao acusado renunciar ao julgamento por um juiz natural (imparcial e previamente estabelecido como competente para o processo e julgamento de um fato criminoso imputado ao acusado), bem como dos demais direitos e garantias fundamentais, como exercício de contraditório e ampla defesa, duplo grau de jurisdição, decisão pública e motivada entre tantos outros direitos.

Conforme a lei o artigo 60 da Lei 9.099/95⁴⁶⁸, compete ao Juizado Especial Criminal, a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, observadas as regras de conexão e continência. Já conforme o artigo 2º da Lei 10.259/01⁴⁶⁹, a competência do Juizado Especial Federal criminal é para o processo e julgamento nos feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, observando-se as regras de conexão e continência. Em ambos os casos, o legislador, em parágrafo único, expressamente previu que: “na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrente da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis”.

Tendo em conta que a lei dos juizados especiais permite a aplicação do instituto da composição dos danos civis⁴⁷⁰ e da transação penal⁴⁷¹ a infrações de menor potencial ofensivo, consideradas como tais as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, pode-se conceber a possibilidade da aplicação deles nos feitos que, pela matéria, serão julgados pelo júri, seja por razão da matéria e da pena (como a indução ou instigação de alguém ao suicídio ou à prática da automutilação ou prestar-lhe auxílio material, do artigo 122 do Código Penal), seja por conexão com outro crime (como a injúria em conexão, por exemplo, com a instigação ao suicídio ou mesmo tentativa de homicídio).

⁴⁶⁸ BRASIL. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 28 jan. 2022.

⁴⁶⁹ BRASIL. **Lei 10.259, de 12 de julho de 2001**. Brasília, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm. Acesso em: 28 jan. 2022.

⁴⁷⁰ “Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade” (BRASIL. Lei 9.099/1995).

⁴⁷¹ “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta” (BRASIL. Lei 9.099/1995).

Sendo ofertada a transação penal, então, pelo Ministério Público e aceita pelo acusado, o negócio jurídico extraprocessual impede, por renúncia do acusado, o julgamento perante o júri referente aos crimes objeto do acordo.

Assim, pode-se depreender que havendo reunião de processo, aplicadamente no tribunal do júri, inclusive por atração de conexão ou continência⁴⁷², dever-se-ão aplicar o instituto da transação penal e da composição dos danos civis, que enquanto institutos da justiça penal consensual, sendo aceitos pelo acusado, abre alternativa de ação (competência) à disposição de posição jurídica subjetiva (do autor do fato de ser de forma imparcial julgado, para após, se condenado, considerar-se legítima a imposição de uma pena), ou seja, propondo o Ministério Público a aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou multas (transação penal) e aceitação por parte do autor do fato, não há instauração do processo, impedindo, por conseguinte, o processo e julgamento dos jurados. Assim, pode o acusado, mediante negócio jurídico extraprocessual, renunciar ao seu direito a julgamento pelo juízo natural (tribunal do júri).

É uma abertura de competência ao sujeito que lhe permite a renúncia – preenchidos os pressupostos objetivos (como a pena não superior a dois anos) e subjetivos (não ser beneficiado anteriormente pelo instituto nos cinco anos anteriores) – que independe do juízo natural competente, ou seja, independe se da justiça comum ou especial (como a justiça eleitoral), ou mesmo do rito do procedimento (do juizado, ou mesmo o comum ordinário ou ainda o do tribunal do júri). Conforme constou da decisão do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a aplicabilidade desses institutos despenalizadores em outros juízos, a relatora Ministra Carmen Lucia afirmou em seu voto que: “os institutos despenalizadores dos juizados constituem garantia individual

⁴⁷² Como o exemplo (adaptado) de Aury Lopes Junior: “Assim (...) havendo a conexão entre um crime de ameaça e outro de tentativa de homicídio (...) haverá reunião para julgamento pelo Tribunal do Júri. Contudo, em relação ao delito de ameaça (art. 147), cuja pena máxima é inferior a 2 anos, deverá ser oportunizada a transação penal (ou, se fosse outro delito que comportasse, deveria ser permitida a composição dos danos)”. Daí que, em relação a um delito (ameaça, no exemplo), onde o juízo natural seria o júri, com a competência permitida ao acusado de alterar a situação jurídica, há um impedimento (com a realização do acordo com o Ministério Público) de ser processado e julgado pelo juízo natural (júri). Há evidente disposição de posição jurídica subjetiva tutelada por norma de direito fundamental (o julgamento pela instituição de jurados) (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**..., p. 456 (versão eletrônica). Ainda, conforme Eugenio Pacelli: “não será o fato de se estar ou não diante dos Juizados Especiais Criminais que irá determinar a aplicação dos institutos despenalizadores (ou descarcerizadores) previstos na Lei nº 9.099/95 e na Lei nº 10.259/01”. Assim, sendo a competência do júri estadual ou federal em razão da matéria, e a competência do juizado especial em razão do rito ou procedimento (PACELLI, *op. cit.*, p. 345), a aplicação das normas de procedimento (deste) que não altera a competência daquele (do processo e julgamento do júri para o Juizado Especial) possibilitam ao autor do fato esse exercício de renúncia (exercício de posição jurídica subjetiva).

do acusado. As garantias fundamentais é que devem ser asseguradas, independente do juízo em que tramitarem as infrações penais”⁴⁷³.

Vê-se, assim, o ponto importante de que o legislador infraconstitucional, que organiza, estrutura e conforma o procedimento das instituições, não alterando o juízo natural estabelecido constitucionalmente, pode atribuir competência ao acusado para dispor ou renunciar à posição jurídica subjetiva tutelada por norma de direito fundamental. Como consta, ainda, do voto que conduziu o acórdão na ADI 5.264/DF, pode eventualmente sobrevir dificuldade procedimental, ante a própria conformação dos Juizados Especiais Criminais como órgão estruturado para a aplicação das medidas previstas Lei 9.099/95. “Entretanto, na ponderação entre forma e segurança jurídica e benefício ao réu acusado, estas prevalecem àquela”⁴⁷⁴.

Similar conclusão se pode chegar com o instituto do Acordo de Não Persecução Penal, quanto à possibilidade de renúncia ao julgamento pelo juízo natural do júri (repise-se, não se está a tratar de transferência ou opção normativa).

Ao se interpretar a conduta de dois sujeitos em celebração de um contrato de direito privado – pode-se trazer à baila, pela similitude, o Acordo de Não Persecução Penal, firmado entre o acusado e o Ministério Público, nos termos do artigo 28-A do Código de Processo Penal⁴⁷⁵, embora mencionado acima, com espeque em Alexy e Freire, o contrato ou o casamento (na perspectiva de negócio jurídico) –, ou de um grupo de sujeito com a edição de um ato legislativo, tem-se pressuposto a existência de normas jurídicas que transformam essas ações sociais como atos jurídicos, sendo tais nominadas como normas de competência (o artigo 28-A do Código de Processo

⁴⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5.264/DF**, Brasília, Relatora Ministra Carmen Lucia, julgado em 07 dez. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur439456/false>. Acesso em: 28 jan. 2022.

⁴⁷⁴ *Ibid.*

⁴⁷⁵ Considerando ser um negócio jurídico extraprocessual, ainda que preponderantemente de natureza pública, conforme expõe Rodrigo Cabral, ante o interesse público consubstanciado no dever de prosseguir a finalidade preventiva da pena, bem como de respeitar os direitos fundamentais do investigado (CABRAL, *op. cit.*, p. 136).

Penal que possibilita, dá liberdade de ação aos sujeitos, para proceder a um acordo; bem como Lei Complementar nº. 95 de 1998⁴⁷⁶)^{477 478}.

Pode-se exemplificar, no ANPP, que, havendo um âmbito de discricionariedade do acusado em fazer o acordo ou não⁴⁷⁹ com o Ministério Público⁴⁸⁰, o sujeito pode aceitar e ter a vantagem de não se ver processado e, eventualmente, condenado, ao mesmo tempo em que terá outras desvantagens. Isso, no entanto, não tira o caráter

⁴⁷⁶ BRASIL. Lei Complementar nº. 95, de 26 de fevereiro de 1998, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm. Acesso em: 28 jan. 2022. A lei “[d]ispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona”.

⁴⁷⁷ FREIRE. *op. cit.*, p. 127-128; ALEXY. **Teoria dos direitos...**, *op. cit.*, p. 236.

⁴⁷⁸ Pode-se mencionar, apesar da distinta configuração normativa-procedimental e não similitude das bases jurídicas, as normas estadunidenses quanto à previsão do júri e a abertura normativa para realização de acordo do acusado com o “Ministério Público” norte-americano, cujo objeto seja a disposição de posição jurídica subjetiva (enquanto exercício de direito) de julgamento por um júri pelo acusado. A Constituição estadunidense prevê em seu artigo 3º, seção 03, que o julgamento de todos os crimes será feito por um júri. A 6ª emenda àquela Constituição prevê ainda que é direito do acusado o julgamento rápido e público, por um júri imparcial, em todos os processos criminais (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constitution of the United States**. United States Senate. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 28 jan. 2022). O código de Procedimentos Criminais Federal estatui em sua regra 23, “a”, *in verbis*: “Rule 23. Jury or Nonjury Trial (a) Jury Trial. If the defendant is entitled to a jury trial, the trial must be by jury unless: (1) the defendant waives a jury trial in writing; (2) the government consents; and (3) the court approves” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Rules of Criminal Procedure 2017**. The Committee on the Judiciary, Washington, 2018. Disponível em: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/criminal-rules-procedure-dec2017_0.pdf. Acesso em: 28 jan. 2022). Referida possibilidade de renúncia pode ser verificada também nos Estados, como, por exemplo, nos Códigos de Procedimentos Criminais dos Estados do Alasca (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Alaska Rules of Court. **Rules of Criminal Procedure**. Disponível em: <https://courts.alaska.gov/rules/docs/crpro.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022), Indiana (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Indiana Rules of Court. **Rules of Criminal Procedure**. Disponível em: https://www.in.gov/judiciary/rules/criminal/index.html#_Toc532975920. Acesso em: 28 jan. 2022), Tenessi (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Tennessee State Courts. **Rules of Criminal Procedure**. Disponível em: <http://www.tsc.state.tn.us/rules/rules-criminal-procedure/23>. Acesso em: 28 jan. 2022), Virgínia Ocidental (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. West Virginia Judiciary. **Rules of Criminal Procedure**. Disponível em: <http://www.courts.wv.gov/legal-community/court-rules/criminal-procedure/section1.html#rule23>. Acesso em: 28 jan. 2022) e Massachusetts (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Massachusetts Trial Court Law Libraries. **Massachusetts Rules of Criminal Procedure**. Disponível em: <https://www.mass.gov/doc/massachusetts-rules-of-criminal-procedure/download>. Acesso em: 28 jan. 2022).

⁴⁷⁹ Considerando a natureza negocial dele (CABRAL, R. L. F. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**: à luz da lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). 2 ed. rev., atual. e amp. Salvador: Editora JusPodvm, 2021, p. 222) ou não (RESENDE, A. C. L. Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões à Luz da Teoria dos Direitos Fundamentais. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 6, n. 3, out. 2021. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/347>. Acesso em: 28 jan. 2022).

⁴⁸⁰ Faculdade do órgão do Ministério Público, dentro de um negócio jurídico extraprocessual, que não implica arbitrariedade, devendo o órgão dispensar tratamento isonômico e adequada a todos os investigados (que preencham os requisitos objetivos e subjetivos que tornam viável o acordo), dados os princípios de direitos público a que adstritos o órgão político-jurídico e aplicados no processo penal. CABRAL. *op. cit.*, p. 222-224.

livre⁴⁸¹ e informado do seu consentimento, uma vez que a escolha é admitida dentro do contexto fático e jurídico a que submetido o acusado (de sujeição, criminalmente, já que competente o poder do Estado para persecução penal⁴⁸²), assistido por defesa jurídica.

Por um lado, trata-se de uma faculdade do Ministério Público que, a princípio, havendo justa causa para a ação penal, tem juridicamente o poder-dever de oferecer denúncia ao poder judiciário, ou, analisando que, preenchidos os demais requisitos que a lei processual penal exige, é suficiente e necessário para a reparação e prevenção⁴⁸³ do crime, poderá propor o acordo ao acusado. As vias de ação permitidas pelo legislador, correlativamente, ao acusado são (i) recusar o acordo, sem renunciar a suas demais posições jurídicas garantidas por seus direitos fundamentais (como ser julgada pelo juízo natural, produzir provas, não se autoincriminar etc.), ao passo que continuará em estado de sujeição (já que em estado de persecução penal), podendo vir a sofrer ablação de posições jurídicas futuramente com eventual condenação (privação da liberdade, suspensão ou perda de direitos políticos, restrição na liberdade de expressão e comunicação etc.); (ii) negociar e/ou aceitar as disposições do acordo que, após homologado, põe fim ao seu estado de sujeição (não poderá o Estado-juiz condená-lo ou privá-lo de liberdades ou direitos, ou mesmo

⁴⁸¹ No mesmo sentido ao exposto no voto do Relator Min. Dias Toffoli que conduziu o acórdão do HC 127.483/PR (que tratou do negócio jurídico processual da colaboração premiada), a declaração de vontade do indivíduo deve ser “produto de uma escolha **com** liberdade (= liberdade psíquica), e não necessariamente **em** liberdade, no sentido de liberdade física” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário. **Habeas Corpus nº. 127.483/PR**, Brasília, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 27 ago. 2015, empate na preliminar e unanimidade no mérito. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 28 jan. 2022, p. 32. Grifo no original). Complementarmente, a coação que vicia a vontade do sujeito de consentimento no negócio jurídico extraprocessual deve ser aquela advinda de um mau injusto e grave. Destacando a palavra injusta, Cabral ensina que “é importante frisar que o mau deve ser injusto, de modo que se o Membro do Ministério Público falar para o investigado que – caso ele não realize o acordo – oferecerá denúncia, não se trata de uma ameaça, uma vez que o mau não seria injusto. Aliás, faz parte, inclusive, da realização plena do consentimento informado do investigado, para que ele saiba quais podem ser as consequências em caso de não celebração do acordo de não persecução penal” (CABRAL, *op. cit.*, p. 140-141).

⁴⁸² Nesse campo, compartilha-se da análise estrutural das relações jurídicas hohfeldianas, adotadas, com adaptação, por Alexy (ALEXY, **Teoria dos direitos...**, p. 208 e seg.). Conforme Wesley Newcomb Hohfeld, para entender o conceito de competência é necessário compreender que pode uma alteração de determinada relação jurídica ocorrer por dois fatos ou grupos de fatos: (a) os supervenientes que não sujeitos ao controle da vontade de um ou mais seres humanos; (b) os supervenientes que estão sujeitos ao controle da vontade de um ou mais seres humanos. As competências estão situadas nesse último, podendo-se conceber um sujeito (ou grupo de sujeitos) cuja vontade é relevante para o controle dos fatos, possuindo, pois, competência (jurídica) hábil a modificar relações jurídicas comportado por um problema (HOHFELD, **Fundamental legal conceptions...**, p. 50-51; também em versão espanhola: HOHFELD, **Conceptos Jurídicos Fundamentales**, p. 71-72).

⁴⁸³ Ver CABRAL, **Manual do acordo...**, p. 99.

restringi-los), obstando, inclusive, que o Ministério Público exerça, enquanto titular da ação penal, a provocação do poder judiciário (respeitados os limites fáticos e jurídicos objeto do acordo, ou seja, referente ao fato que foi objeto de apuração criminal e resultou no negócio jurídico extraprocessual ou referente às regras jurídicas que dão validade ao próprio acordo, cujo controle será exercido pelo poder judiciário).

É adequado, todavia, no que diz respeito à pessoa do investigado, em conformidade com o que visto até agora e referindo-se às relações jurídicas subjetivas, conceber o negócio jurídico processual como uma complexidade de posições jurídicas, onde predomina a competência do acusado (que aceitando o ANPP acorde à competência delimitada em lei: requisitos e pressupostos, sujeita o Estado, pondo fim ao estado de sujeição e, portanto, de poder do estado-juiz ou mesmo do Ministério Público, que obstando de provocar qualquer ação penal, enquanto cumpridos os termos negociados), sua liberdade jurídica (tem, pois, a liberdade tutelada de escolher firmar o acordo, a despeito de ao mesmo tempo ter de renunciar a outras posições jurídicas subjetivas, como a de não autoincriminação) e seu direito a algo (a que o Estado, por exemplo, não derogue a lei que instituiu o ANPP, eliminando sua posição jurídica de competência para não se ver processado e, eventualmente, condenado; ou que não aumente a pena do delito, a obstar indiretamente o exercício da competência inicial; ou que, na pessoa do MP, faça leituras subjetivistas e discriminatórias do caso concreto e impedir o oferecimento do acordo). Essa seria, sem profundidade, uma resposta no campo analítico das relações jurídicas jusfundamentais. A posição do primeiro pesquisador (Rodrigo Cabral), amparado pela jurisprudência (tendo-se em conta, paralelamente, a Suspensão Condicional do Processo) parece se ater não à dimensão estrutural-analítica, mas à dimensão das razões do direito. Segundo Alexy, é necessário distinguir (i) razões para direitos subjetivos; (b) posições e relações jurídicas dos direitos subjetivos; (c) exigibilidade jurídica. A argumentação no sentido de ser o MP o promotor da ação penal e responsável para dar a adequada política criminal e por isso lhe cabe a faculdade da norma que institui o ANPP à ação de oferecimento do acordo se situa na finalidade prática do próprio direito, sua utilidade e vantagem (ainda que coletivamente considerada). No entanto, as razões externadas não se amoldam à correspondência analítica acima demonstrada (até porque, preenchendo o acusado as condições especificadas em lei, ele pode exercer ou não sua liberdade e alterar situações/posições jurídicas, independentemente de posição externada pelo MP).

Memore-se que a competência é institucional, traçada e delineada por lei, aos cidadãos e ao Estado, conferindo poderes ao titular, e sujeição ao destinatário (nesse caso, o Estado, que não pode negar referida competência ou direito posterior que dela nascerá, acaso seja obstada). E como expõe Alexy, enunciados sobre a finalidade de direitos ou de normas em geral são enunciados sobre razões para direitos ou normas. A relação entre enunciados sobre razões e enunciados sobre direitos se trata de uma relação de fundamentação. Uma coisa é a razão para um direito, outra, o direito em si que baseado nessa razão. É exigível, assim, que se tenha antes uma estrutura lógica do direito em si, como objeto da análise, dado que o a problemática sobre a razão para algo “pressupõe o conhecimento daquilo que deve ser fundamentado”⁴⁸⁴.

Agora, pense-se no caso em que “A” é acusado de cometimento do crime previsto no art. 122 do CPP, e o representante do MP, bem como seu defensor não se atentaram ao fato de haver ocorrido a prescrição da pretensão punitiva, o que retiraria o caráter de punibilidade concreta da ação penal⁴⁸⁵. Tem-se então que o consentimento do réu não é informado, pois, tendo em conta que aceitaria o acordo, sofrendo ablação em posições jurídicas subjetivas tuteladas por normas de direitos fundamentais (como patrimônio, liberdade etc.), o investigado concluiria o negócio jurídico para que não fosse processado e condenado – e soubesse que não haveria hipótese jurídica possível de condenação, não aceitaria eventual acordo⁴⁸⁶. Assim, tem-se que a déficit representação defensiva pode influir no consentimento, qualificando-o não devidamente informado⁴⁸⁷, em patente prejuízo⁴⁸⁸, não devendo,

⁴⁸⁴ ALEXY, **Teoria dos direitos**..., p. 185-188.

⁴⁸⁵ CABRAL, *op. cit.*, p. 138.

⁴⁸⁶ Isso poderia entrar na hipótese do defeito do negócio jurídico “erro” – vício que macula o negócio extraprocessual do ANPP –, analisando-se o acordo com a teoria geral civilista do negócio jurídico (como pano de fundo), como o faz o prof. Cabral (*op. cit.*, p. 136-146). Ver também que a teoria geral foi aplicada pelo STF ao negócio jurídico processual da colaboração premiada no julgamento do HC nº 127.483/PR (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário. **Habeas Corpus nº. 127.483/PR**, Brasília, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 27 ago. 2015, empate na preliminar e unanimidade no mérito. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em 28 jan. 2022, p. 26-39; 150-152).

⁴⁸⁷ Veja-se que há completa e absolutamente presumível ignorância do sujeito consentente (até mesmo por isso é necessária uma defesa técnica qualificada e efetiva para suprir essa falta de habilidade do sujeito) o que retira o caráter informacional, fazendo com o que o consentente não conheça adequadamente o alcance e os efeitos de seu ato – não o caráter de liberdade (enquanto numa dimensão subjetiva-psicológica). Em especial, ver notas de rodapé 266 e 267.

⁴⁸⁸ Constata-se, nesse caso, ausência de adequada representação defensiva, sendo, ante o evidente prejuízo, causa de nulidade processual, conforme súmula 523 do STF (“No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”). Como expressa Aury Lopes Junior, a defesa técnica supõe a assistência de uma pessoa possuidora de conhecimentos teóricos do Direito, um profissional que exerce função técnico-jurídica de

pois, o réu aceitar a proposta do ANPP.

Por fim, veja-se que a renúncia a julgamento pelo juízo natural, cá, o tribunal do júri, mediante um acordo firmado com o Ministério Público, possui normativamente razões de administração da política criminal, baseadas nas quais o legislador penal pondera os interesses envolvidos, desde o dever do Estado de tutela dos bens jurídicos, quanto o dever de assegurar os direitos e garantias fundamentais dos acusados, trazendo vantagens às partes, acusado e Estado, o que não vedado constitucionalmente. Visa-se assegurar o cumprimento do dever estatal de tutela dos bens jurídicos (a promover a integração do tecido social, a liberdade e a credibilidade das instituições) ao mesmo tempo em que assegura um processo penal materialmente justo (contra, por exemplo, um processo moroso, discriminatório e que poderá ser injusto quando, após anos, vier a aplicação de uma pena privativa de liberdade)⁴⁸⁹.

As ponderações realizadas pelo legislador, ao permitir procedimentalmente – sem ferir o juízo natural – a renúncia a posições jurídicas subjetivas do acusado (garantias a um julgamento pelo juízo natural, à produção de provas que esclareçam a “verdade”⁴⁹⁰, ou mesmo o direito de não autoincriminação⁴⁹¹), abrem alternativa

defesa das partes (LOPES JUNIOR, **Direito processual penal**, p. 147). Não basta, também, seja o defensor possuidor de conhecimento técnico-jurídico, senão que deve agir em conformidade com aquele, isto é, é necessário que sua atuação seja efetiva em prol dos interesses do acusado (nesse sentido: PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 77-78). Ver também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, **Habeas Corpus nº. 82.672/RJ**, Brasília, Relator Ministro Carlos Britto, Redator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, julgado em 14 out. 2003, Informativo STF nº 325, p. 2. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo325.htm>. Acesso em: 28 jan. 2022.

⁴⁸⁹ CABRAL, *op. cit.*, p. 47-55.

⁴⁹⁰ Não se utiliza o termo aqui em referência à “busca de uma verdade real”. No processo penal, a busca dessa verdade para que seja, quando “comprovada”, aplicada uma pena legítima é inalcançável. Deve-se, todavia, compreender limites e exigências probatórias mínimas para que uma condenação penal legítima esteja autorizada. Conforme Cabral, “a condenação de uma pessoa somente pode ocorrer naqueles casos em que há certeza intersubjetiva de que os fatos narrados na denúncia ocorreram, é dizer, naqueles casos em que ‘normalmente não se pode duvidar, porque estão [provados] ‘além de toda a dúvida razoável’” (CABRAL, R. L. F. Verdade e justificação no processo penal: uma proposta de estudo a partir da filosofia da linguagem. In: ROCHA, F. A. N. G.; BUSATO, P. C. (org). Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem (III): Direito penal, neurociência e linguagem. **Anais**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 178. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/wp-content/uploads/colecao-ppgd-ufmg-2018/Direito%20Penal,%20neuroci%C3%AAncia%20e%20linguagem.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022)

⁴⁹¹ Ainda que façamos referência ao modelo consensual de justiça aqui no Brasil, a despeito de influências alemã e francesa (CABRAL, *op. cit.*, p. 43-47) e mesmo similitude com a justiça consensual estadunidense (embora seus diversos estados possam organizar procedimentalmente de formas distintas), a confissão no procedimento do júri (em renúncia ao direito de não autoincriminação) não faz as vezes do veredito de culpabilidade, ou seja, formalmente não é uma decisão sobre os fatos a que caberá apenas ao juiz a edição de uma sentença com o estabelecimento de uma pena (como é nos Estados Unidos). Por isso, como bem esclarece Cabral, não há que se falar em estipulação de penas no acordo de não persecução penal (*Ibid.*, p. 90) [ou mesmo na suspensão condicional do processo ou

jurídica de ação para que o sujeito, suposto autor do fato, prossiga os fins mais vantajosos, em busca de benefícios que (assistido por uma defesa técnica qualificada) entender viáveis, em tempo que autoriza espaço de atuação do Estado que interferirá em posições jurídicas subjetivas anteriormente tuteladas que, com o consentimento do acusado, deixou de serem normas negativas de competência (os direitos fundamentais que renunciados, a exemplo do julgamento pelo juiz natural, togado ou júri, ou o de não autoincriminação não mais obrigarão o Estado quanto ao objeto da relação jurídica intersubjetiva⁴⁹².

transação penal], porque não há um juízo de culpabilidade sobre os fatos pelos jurados. Conforme Alberto Bovino, a admissão de culpabilidade do “guilty plea” ou “plea of guilty” não equivale à confissão [no modelo negocial argentino], porque no sistema estadunidense, os jurados se pronunciam com seu veredicto sobre a questão de fato tangente à culpabilidade do acusado. Conforme o autor: “[e]n un caso penal, el veredicto de culpabilidad del jurado funda la resolución judicial de condena (judgment of conviction). Tras la condena, el tribunal dictará otra resolución, llamada “sentence”, en la cual individualizará e impondrá la pena aplicable al condenado, en una audiencia especial convocada al efecto. En este contexto, el guilty plea no es un elemento de prueba o una confesión, es en sí mismo una condena y tan determinante como el veredicto del jurado”. Assim, feita a confissão pelo acusado com a apresentação do “guilty plea”, não sendo uma prova a favor do acusador estatal, vislumbra-se “una declaración formal del imputado sobre su culpabilidad por uno o más hechos punibles, que acepta como verdadera, e implica la renuncia a sus derechos constitucionales” (BOVINO, *op. cit.*). Todavia, aqui (no Brasil) a confissão tomada do acusado possui função distinta que não de atestar a culpabilidade (afastando-se já a análise do júri ou do juiz para se proceder já a uma individualização da pena), senão que atua como uma garantia aos partícipes do negócio jurídico extraprocessual (de que não se está a cometer uma injustiça contra um inocente) e como uma vantagem processual (embora não implique a condenação), esta enquanto (i) elemento corroborador de provas produzidas em contraditório; (ii) meio para busca de novas fontes de provas e elementos probatórios; (iii) elemento de confronto com outras provas ou com o interrogatório judicial do acusado (CABRAL, *op. cit.*, p. 125-129).

⁴⁹² Essas razões político-criminais foram levados em consideração no parecer da Suprema Corte no caso *United States v. Brady* (já referenciado): “The issue we deal with is inherent in the criminal law and its administration because guilty pleas are not [397 U.S. 742, 752] constitutionally forbidden, because the criminal law characteristically extends to judge or jury a range of choice in setting the sentence in individual cases, and because both the State and the defendant often find it advantageous to preclude the possibility of the maximum penalty authorized by law. For a defendant who sees slight possibility of acquittal, the advantages of pleading guilty and limiting the probable penalty are obvious-his exposure is reduced, the correctional processes can begin immediately, and the practical burdens of a trial are eliminated. For the State there are also advantages-the more promptly imposed punishment after an admission of guilt may more effectively attain the objectives of punishment; and with the avoidance of trial, scarce judicial and prosecutorial resources are conserved for those cases in which there is a substantial issue of the defendant's guilt or in which there is substantial doubt that the State can sustain its burden of proof. It is this mutuality of advantage that perhaps explains the fact that at present well over three-fourths of the criminal convictions in this country rest on pleas of guilty, a great many of them no doubt motivated at least in part by the hope or assurance of a lesser penalty than might be imposed if there were a guilty verdict after a trial to judge or jury”. Em tradução livre: “A questão com a qual lidamos é inerente ao direito penal e sua administração porque as declarações de culpa [“guilty pleas”] não são [397 US 742, 752] constitucionalmente proibido, porque o direito penal caracteristicamente estende ao juiz ou júri um leque de escolha na fixação da sentença em casos individuais, e porque tanto o Estado quanto o réu muitas vezes consideram vantajoso excluir a possibilidade da pena máxima autorizada pela lei. Para um réu que vê pouca possibilidade de absolvição, as vantagens de se declarar culpado e limitar a pena provável são óbvias - sua exposição é reduzida, os processos de execução da pena podem começar imediatamente e os ônus práticos de um julgamento são eliminados. Para o Estado também há vantagens: a punição imposta mais prontamente após a admissão da culpa pode

Pode-se nesse ponto conceber que, em relação ao júri, conquanto não haja normas legais (processuais penais) que permitam a alteração do juízo natural pelo sujeito a fim de exercer a renúncia a uma posição jurídica subjetiva – ainda que se possa conceber, futuramente, alguma alteração procedimental na forma de julgamento com a conformação do juízo de jurados e/ou possibilitação de mais de um rito (seguindo-se com juiz togado), com a garantia pétrea assegurada de poder o acusado escolher ser julgado por um procedimento com a participação de jurados leigos (mantendo-se o juízo natural: justiça comum estadual ou federal) –, pode-se ver que normativamente o legislador pode, enquanto possui a reserva legal para instituir a organização e o procedimento, abrir posições jurídicas subjetivas a atores atuantes na instituição popular, permitindo-se, em especial ao acusado, a renúncia a julgamento pelo júri, como o fez nos procedimentos (de garantia individual) da transação penal e acordo de não persecução penal, por exemplo, que podem ser vistos como um complexo de posições jurídicas subjetivas atribuídas ao sujeito, na perspectiva de competência, de liberdade jurídica e de direito a algo.

7.2 INDISPONIBILIDADE E IRRENUNCIABILIDADE DO JULGAMENTO PERANTE A INSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI NA CONSTITUIÇÃO

Concebendo-se, ainda, conforme se viu até o momento, que a proteção, ou o reconhecimento constitucional da instituição do júri, per si não corresponde à estrita proteção de um titular de direitos fundamentais, isto é, não traz correlativos de direitos subjetivos (ao menos posições jurídicas subjetivas do acusado de ser julgado ou não, ou dos jurados a poder julgar ou não, vez que ao primeiro, vê-se estado de sujeição; e o segundo, dever jurídico), a proteção institucional é somente objetiva, não correspondendo direitos subjetivos a algo ou mesmo à liberdade jurídica, e os demais direitos fundamentais dos indivíduos (frente à competência do Estado) atuam como normas negativas de competência, como aqueles princípios trazidos nas alíneas “a” a

atingir mais efetivamente os objetivos da punição; e evitando o julgamento. É essa reciprocidade de vantagens que talvez explique o fato de que atualmente mais de três quartos das condenações criminais neste país se baseiam em declarações de culpa, muitas delas sem dúvida motivadas, pelo menos em parte, pela esperança ou garantia de uma pena menor do que poderia ser imposta se houvesse um veredicto de culpado após um julgamento por juiz ou júri”.

“c”, que atuam restringindo o poder do Estado, proibindo-o de atuar ou intervir no largo âmbito de proteção da “ampla defesa”, do “sigilo das votações” ou da “soberania dos veredictos” (cuja conformação, configuração, em cada caso compete ao legislador ordinário), bem como as demais normas de direitos fundamentais constantes da Constituição⁴⁹³.

Não se vislumbra, daí, em uma análise do artigo 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal, por uma abordagem estritamente analítica dos direitos fundamentais, possibilidade de renúncia ou disposição a posições jurídicas subjetivas tuteladas por aquela norma de direito fundamental ante a ausência da principal característica: a titularidade⁴⁹⁴. Todavia, isso não implica que a disposição ou a renunciabilidade sejam impossíveis, vez que, tendo em conta a natureza de instituição, que organizada pelo legislador penal a fins de dar conformação ao princípio de reconhecimento constitucional, o legislador ordinário pode abrir a

⁴⁹³ ALEXY. **Teoria dos direitos...**, p. 245-248.

⁴⁹⁴ Importante nesse ponto a limitação trazida por Adamy relativa às regras constitucionais ao ato da renúncia. Afirmo o autor que “as regras limitadoras do poder estatal visam, sempre, à proteção de algum direito fundamental do cidadão, não sendo passíveis de renúncia direta ou indireta (p. 135). Aplicadamente ao contexto tributário, o autor traz o seguinte exemplo: “[c]om efeito, as regras atributivas de competência fixam regras definitivas, ou seja, não superáveis pela vontade do sujeito passivo da obrigação tributária concreta. Assim (...) o poder tributante está obrigado a observar as regras constitucionais relativas às atribuições de competência para cada ente federado. Consequentemente, ao contribuinte é absolutamente vedado o consentimento em relação a hipóteses que violem essas regras de competência, sob pena de nulidade da manifestação da vontade e, por via de consequência, do ato renunciatório. (...) A validade, portanto, das conclusões a que se chegou em relação às imunidades permanece para os casos que envolvam apenas a usurpação de competência ou a extensão dessa competência por meio de legislação infraconstitucional” (p. 137-139). Diante desse ponto, poder-se-ia trazer afirmação de que a indisponibilidade ou irrenunciabilidade do julgamento perante a instituição do júri encontra respaldo na impossibilidade de o consentimento do sujeito (supostamente titular exclusivo do direito) corroer a imunidade conferida ao sujeito jurisdicionado ou abrir campo de atuação ao Estado fora da competência a ele constitucionalmente delimitada. Todavia, essa afirmação seria equivocada por três motivos (em relação à norma que reconhece a instituição do júri): primeiro porque, como se viu, não há uma posição jurídica subjetiva do sujeito tutelada por norma de direito fundamental de ser julgado exclusivamente pelo júri, ou seja, a norma constitucional não é direito subjetivo, não se lhe aplicando a lógica da imunidade enquanto posição jurídica subjetiva em um contexto intersubjetivo [embora possa ser, em outro contexto, desde que possibilitada, por lei, o procedimento de julgamento dos crimes dolosos contra a vida por juízes togados, o que faria sentido assegurar, como direito e/ou garantia individual do acusado optar/escolher ao júri ou renunciá-lo (como o faz outros países do continente americano, em especial Argentina e Estados Unidos)]. Segundo porque a lei, estabelecendo sobre procedimento criminal (com a consequente inclusão de jurados e modificação de demais normas de procedimento, em comparação ao procedimento comum ordinário), não altera a competência, na medida em que o procedimento de julgamento por populares continuará sendo exercido ou pela Justiça comum estadual, ou pela justiça comum federal (não poderá ser suprimido o julgamento pelo júri, porquanto assegurado objetivamente na dimensão de direitos fundamentais). Terceiro, porque a lei admitindo a renúncia a julgamento por Juiz Natural (togado ou júri), seja através de Acordo de Não Persecução Penal, seja por Transação Penal, está cumprindo com seu papel de reserva de ponderação, sopesando os interesses, princípios e direitos fundamentais colidentes, e adotando política criminal consentânea à realidade social, econômica, política e cultural, bem como trazendo efetividade à justiça criminal e eficácia à proteção dos interesses dos jurisdicionados.

possibilidade, isto é, normativamente poderá se estabelecer competência ao indivíduo, para que possa renunciar de seu julgamento perante a instituição dos jurados, a exemplo, da competência que é permitida ao acusado de firmar contrato de não persecução penal com o Ministério Público ou mesmo a transação penal.

Mostra-se, inclusive, a responsabilidade e dever do legislador processual penal, tendo em vista que deverá ponderar, enquanto possui a reserva institucional de ponderação, os princípios constitucionais, encontrando meios adequados e necessários para que possa conciliar e compatibilizar o conteúdo e os limites dos direitos fundamentais dos distintos sujeitos da trama social, seja do acusado, seja da vítima, sem olvidar a perspectiva democrática.

CONCLUSÕES

A pesquisa então desenvolvida foi provocada pela seguinte afirmação, muito difundida nos bancos das faculdades, nas revistas jurídicas, nas doutrinas e cursos do direito constitucional e do direito processual penal: o tribunal do júri é um direito fundamental e garantia do acusado. Todavia, claro, após os primeiros anos da academia aprende-se que sendo um direito ou garantia, eles podem ser dispostos, isto é, em regra não existe direito obrigatório. Só que, como se viu ao longo dos capítulos e notas apostas nesta pesquisa, o problema é complexo, não é fácil. Fosse simples garantia fundamental do acusado, ele poderia renunciar, e ponto. Fosse da sociedade ou da vítima, poderia o Ministério Público ou o assistente de acusação tirar o julgamento do rito do júri, e ponto. Mas a Constituição não delimitou um titular. A norma do inciso XXXVIII do artigo 5º do texto constitucional não delimita uma posição jurídica subjetiva.

Conquanto pertença à dimensão objetiva do sistema de direitos fundamentais e por isso compreendida como cláusula pétrea (não só, posto que a instituição também é conexa aos direitos subjetivos fundamentais trazidos nas alíneas do inciso XXVIII), a instituição do júri reconhecida pela Constituição não pode ser confundida como um direito subjetivo fundamental ou garantia subjetiva fundamental exclusivamente, seja do réu acusado pelo cometimento de um crime doloso contra a vida, a tutelar sua liberdade, seja dos cidadãos jurados, à pretensão de administração da justiça. Ela possui um reconhecimento próprio de dimensão objetiva do sistema de direitos fundamentais, possuindo um status de garantia institucional que, como própria da categoria normativa, não admite subjetivação – a instituição do júri não possui, per si, um titular único, com um interesse à tutela jurídica delimitado a que possa reivindicar a proteção jurisdicional.

As garantias institucionais, como fruto de construção e valoração histórica, são reconhecidas pelo ordenamento constitucional e podem tutelar direitos subjetivos fundamentais, no entanto, a instituição do júri, pela pluralidade de sujeitos constitucionais que se põem e se opõem com suas pretensões jurídicas subjetivas, não admite seja reconhecida como direito de um sujeito, mas objetivamente complementa, fortifica e delinea os direitos de cada ator jurídico – o réu, os cidadãos, o Ministério Público e a vítima ou seus familiares.

A relação entre direitos fundamentais da dimensão objetiva e as garantias

institucionais é de complementaridade e reforço, não de hierarquia, na medida em que os direitos fundamentais devem ser interpretados à luz das balizas institucionais ao mesmo tempo que a instituição garantida do júri – organizada em especial pelo Código de Processo Penal – não se sobrepõe aos direitos fundamentais como um todo.

A relação colidente entre pretensões subjetivas de direitos fundamentais dos sujeitos participantes do júri, a despeito de existência de configuração normativa, pode ser objeto de restrição e individualização de direito fundamental, mas não como decorrente de posição jurídico decorrente da garantia institucional (instituição do júri), mas das normas constitucionais que aos atores asseguram posições (como a plenitude da defesa, o acesso à justiça, a fundamentação das decisões, a proteção eficiente dos bens e direitos fundamentais, etc.).

A instituição e os institutos garantidos, como a família, a autonomia das universidades, a imprensa, a propriedade, possibilitam a existência de titulares diversos e pretensões diversas, já que a legislação ordinária fica ao cabo de organizar e sistematizar cada instituto e instituições – respeitadas as balizas constitucionais. Não garantem, em regra, posições jurídicas subjetivas a um titular, salvo quando estritamente imbricado (como a família e imprensa), mas não é o caso do júri.

Assim, deve ser compreendida e apreendida a instituição, com a contribuição sociológica, como instrumentalização da prática racional e valorada (enaltecendo a liberdade, bem como a participação popular), que não atinge tão somente interesses de grupos, mas se externaliza como uma síntese geral objetivada, transcendendo uma titularidade exclusiva, a afastar a categorização exclusiva como direito e/ou garantia subjetivas fundamentais.

Claro, há fortes inclinações ideológico-liberais para se tentar afirmar ou ver a instituição do júri como existindo para a defesa dos interesses do acusado, e por isso a possibilidade de ele renunciar ao julgamento dos “pares”. Veja-se hipoteticamente, em se tratando de competência a ele permitida (do texto constitucional, hipoteticamente, e um último suspiro – em sede de conclusões – para tentar defender esse ponto), haverá outro óbice: se se fala de competência do indivíduo acusado, que disporá do poder de impedir seja julgado perante indivíduos da sociedade (que seja inaplicado o procedimento do júri), abrirá correlativamente dever ao juiz togado de processar e julgar o caso. Isto é, ele altera sua correlação existente primariamente [jurados (em posição de dever) – acusado (em posição de competência)], e passa a

se submeter ao juiz togado, abrindo espaço de intervenção, sem lei, do juiz togado, ou seja, ele afrouxa sua posição de imunidade perante o julgador monocrático (o juiz antes não tinha poder de avaliar e julgar os fatos e a culpabilidade do acusado) e possibilita uma posição de poder (competência) ao juiz profissional sem lei (procedimental) que o permita a assim agir (quais serão as formas e os atos do procedimento que ele deverá seguir). O juiz não detém com o mero consentimento do acusado poder para agir procedimentalmente fora da lei, a não ser que, como se trata de uma garantia institucional, norma federal ou estadual assim disponha.

Assim, não há se falar em direito ou garantia do acusado, da sociedade ou mesmo dos jurados (seja a algo, seja não eliminação de posições e situações jurídicas, seja liberdades, por qualquer embaraçamento).

A adequada concepção que não reduz ou mitiga as posições dos sujeitos que estão envolvidos no júri está em concebê-lo como garantia institucional, cabendo ao Legislador ordinário conformar e configurar a instituição, com a organização e o procedimento, traçando daí o a possibilidade e os limites das ações dos sujeitos ali envolvidos, abrindo-se competência ao acusado, por exemplo, como já o fez com a previsão da transação penal e do acordo de não persecução penal, previstos na lei que traz o procedimento dos juizados especiais e na reforma do pacote anticrime, respectivamente.

O art. 28-A do Código de Processo Penal permite a realização do acordo de não persecução penal, desde que preenchidos os demais requisitos. Se se concebe que o crime de induzir ou instigar alguém a suicidar-se (artigo 122 do Código Penal) admite referido negócio jurídico processual (porquanto não admite necessariamente violência ou grave ameaça e a pena é baixa, e preenchidos os demais requisitos legais), e o acusado aceita a proposta do Ministério Público, sendo homologado pelo juízo, a persecução penal é obstada e o processo, após, arquivado. Isto é: o sujeito renunciou a que fosse processado e julgado pelo juízo natural (eventualmente absolvido ou condenado), já que sua vontade e consentimento foram juridicamente relevantes para pôr termo àquela situação processual (possuindo, pois, competência), retirando o poder (dever) dos jurados, na instituição popular, de processarem e julgarem.

Daí, novamente, emerge a preponderância do sujeito investigado ou acusado, dos seus interesses e dos seus bens jurídicos tutelados (liberdade, direitos políticos, imagem etc.) que, de fato, merecem atenção e proteção do Estado, mormente quando este, em comparação com o sujeito investigado, possui maior e limitado aparato instrumental para perseguir e punir (e que o faça dentro de um Estado Constitucional de Direito). Então se, em relação a alguns crimes, é permitida a renúncia, por que não os demais?

Isso tudo, claro, é uma resposta da norma constitucional que reconhece o júri. Dela ninguém pode retirar fundamento de validade para disposição ou renúncia de uma posição jurídica subjetiva, porque não há um titular exclusivo. Mas o texto constitucional traz uma gama de direitos fundamentais dos diversos atores do processo penal, especificamente, do júri, e é aí que o legislador, na sua reserva de ponderação, vai conformar com o conteúdo e os limites dos direitos fundamentais, dando possibilidade no plano fático e jurídico. É o legislador processual penal, como em outros países, é quem vai se debruçar sobre a realidade brasileira e abrir essas possibilidades⁴⁹⁵.

Entendendo-se que as posições e relações jurídicas estão complexamente envolvidas na instituição do júri, onde há relações de competência, de sujeição, de liberdade jurídica, de direitos, de deveres e, não bastasse, que envolvem distintos sujeitos constitucionais, como o acusado, a vítima, o juiz, os jurados e o promotor, o trabalho do legislador é com o exercício de configuração e de restrição de direitos fundamentais potencializar e possibilitar o exercício dos direitos fundamentais.

⁴⁹⁵ Some-se a isso circunstâncias outras que coloquem o réu em posição de prejuízo, de ter uma condenação injusta altamente provável – e a história no Brasil e no mundo tem inúmeros casos para exemplificar, como o do integrante do Movimento Sem Terra (MST) José Rainha Junior (acusado de matar um fazendeiro e um policial militar, após uma invasão de terras operada pelo grupo), no Brasil, e o caso dos italianos Sacco e Vanzetti (operários, estrangeiros e anarquistas, condenados à morte nos EUA, sendo o júri influenciado por xenofobia e chauvinismo). Claro, o legislador tem papel muito importante na ponderação dos princípios e valores constitucionais, até porque a organização e conformação atual não somente prejudica o acusado, mas também pode negligenciar a pessoa da vítima, como se pode ver do caso julgado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 178.777/MG que se tratara de uma tentativa de feminicídio motivado pela legítima defesa da honra (e o acusado, mesmo confesso, e tendo a autoria e materialidade confirmadas pelo júri, fora absolvido pela maioria do corpo de jurados). Como afastar os preconceitos excludentes, ao “estilo” Rodney King (o júri branco norte americano absolveu os policiais que o agrediram (influenciados pelo racismo)) ou mesmo à desvalorização da vida ou hierarquização delas (ver caso, aqui em Curitiba, dos (13) treze policiais absolvidos em 2017 no caso em que ficou conhecido como “perseguição do Alto da Glória”)?

A renúncia a posições jurídicas tuteladas por normas de direitos fundamentais abarca uma análise estrutural que, diante da norma constitucional que reconhece a instituição do júri, parece encontrar empecilhos, porquanto o primeiro pressuposto é impeditivo lógico: titularidade. Somente estabelecendo o titular do direito ou garantia – ainda que considerado em sentido amplo (direito a algo, competência e liberdades jurídicas) – é que se pode falar em renúncia. Havendo multiplicidade de sujeitos e de relações, cada qual pode travar em si uma renúncia na sua específica relação, desde que não implique na esfera jurídica tutelada do outro (exceto tratar-se de competência).

A pesquisa, embora tenha lançado algumas luzes em algumas direções (temas de indisponibilidade/irrenunciabilidade; relações jurídicas intersubjetivas e a gama de posições; argumentações em defesa da liberdade do acusado ou investigado no júri; argumentações em defesa de participação democrática e controle de poder; papel do legislador na configuração e conformação dos princípios fundamentais) parece trazer ainda inseguranças. Se no Estado Constitucional Democrático em que se defende tanto os direitos fundamentais dos indivíduos, que podem exercer conforme suas mundividências sem prescindir do seu pluralismo, como de uma democracia em que se permite possam todos coexistir, sem ter sua dignidade humana violada pelos arbítrios subjetivistas e totalizantes dos detentores ou exercentes do poder político, sendo a renúncia a direitos fundamentais um exercício de direito fundamental (seja para defender interesses do acusado, seja dos da vítima), a lei deveria conformar amplamente as diversas hipóteses e limites dos interesses desses atores, ou seja, olhar mais para a pessoa do acusado e da vítima, enquanto titulares de direitos fundamentais. Se os princípios fundamentais devem ter a máxima otimização, obrigando o legislador, o judiciário e a administração, porque graves injustiças – já que sobre o Elefante na sala ninguém quer falar – ainda ocorrem (ao menos potencialmente, até porque como se saber as *razões* por que houve as milhares de condenações ou absolvições)? Até onde vai essa omissão do legislador enquanto configurador ou limitador dos direitos fundamentais?

Se as posições jurídicas subjetivas estão dependentes de organização e procedimento, e de fato há uma reserva de ponderação ao legislador à conformação dos princípios e direitos fundamentais, há um grande atraso do legislador processual penal (que em muito ainda está acomodada com a legislação varguista) que estão

sacrificando além da credibilidade das instituições, a dignidade de todos os indivíduos, numa formal, pretensa “democrática” e carregada instituição.

REFERÊNCIAS

- ADAMY, P. G. A. **A renúncia a direito fundamental e o direito tributário brasileiro**. 2008, 211f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.
- ADAMY, Pedro Augustin. **Renuncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- ADAMY, Pedro. Renúncia a Direito Fundamental. In: ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz. **Curso de Direito Constitucional** [recurso digital]. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- ALEMANHA. **Lei Fundamental**. Disponível em: https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01-245122. Acesso em: 10 ago. 2020.
- ALEXY, Robert. Balanceamento, Revisão Constitucional e Representação, **Revista Internacional de Direito Constitucional**, v. 3, n. 4, p. 572-581, out. 2005. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moi040>. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/3/4/572/792008>. Acesso em: 25 Ago. 2020.
- ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul. 1999. ISSN 2238-5177. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47414>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>. Acesso em: 08 ago. 2020.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul. 1999. ISSN 2238-5177. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47413>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/45319>. Acesso em: 08 ago. 2020.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** – 5. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.
- ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- ALMEIDA, Ricardo Vital de. **O júri no Brasil** – aspectos constitucionais – soberania e democracia social – “equívocos propositais e verdades contestáveis”. Leme, SP: CL EDIJUR, 2005.
- AMARAL JÚNIOR, Aluísio Gurgel do. **Constituição e relação jurídica**. Fortaleza, 2006. 102f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal do

Ceará, Fortaleza, 2006.

ANDRADE, José C. V. de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ANGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coords). **Tratado de direito constitucional**, v. 1 – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Conceito analítico de direitos fundamentais. **Revista Direitos fundamentais e justiça**, ano 07, nº. 22, p. 170-193, jan./mar.2013.

ARANHA, Marcio Iorio. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais** – São Paulo: Atlas, 2000.

ARGENTINA. **Constitucion de la Nacion Argentina 1994**. Información Legislativa, Buenos Aires. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>. Acesso em: 28 jan. 2022.

ARGENTINA. **Ley 8.123 de 1991** (Codigo Procesal Penal de la Provincia de Cordoba), Sistema Argentino de Información Jurídica, Cordoba, 1991. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/8123-local-cordoba-codigo-procesal-penal-provincia-cordoba-lpo0008123-1991-12-05/123456789-0abc-defg-321-8000ovorpel>. Acesso em: 28 jan. 2022.

ARGENTINA. **Ley 11922 de 1997** (Código de Procedimiento Penal), Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, Buenos Aires, 1997. Disponível em: <https://normas.gba.gob.ar/ar-b/ley/1997/11922/4917>. Acesso em: 28 jan. 2022.

ARGENTINA. **Ley 14543 de 2013** (Estableciendo el juicio por jurados en la provincia. Modifica ley 11922, Código Procesal Penal de la provincia. Modifica ley 5827, Orgánica del Poder Judicial), Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, Buenos Aires, 1997. Disponível em: <https://normas.gba.gob.ar/ar-b/ley/2013/14543/11299>. Acesso em: 28 jan. 2022.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación, **Impugnación extraordinaria 461/2016/RH001**, fecha de la sentencia: 02.05.2019 (data da decisão), fallos 342:697. Disponível em: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7519692&cache=1643929825804>. Acesso em: 28 jan. 2022.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. **O tribunal do júri como instrumento do estado democrático de direito**. 2012. 187f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil), 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev., 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BANDEIRA, Marcos. **Tribunal do júri**: de conformidade com a Lei n. 11.689, de 09 de junho de 2008 e com a ordem constitucional. Ilhéus: Editus, 2010.

BAKROKAR, Denise C.; CHIZIK, Natall D. La evolución del jurado em la Argentina. In: **Juicio por jurados y procedimiento penal** LETNER, Gustavo; PIÑEYRO, Luciana [coord.]. Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, Consejo de la Magistratura, Argentina. Disponível em: <http://inecip.org/wp-content/uploads/JxJ-Publi-JusBaire-Bakrokar-Chizik.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022.

BARBAS HOMEM, António Pedro. Conceito de direitos humanos. In: BRANDÃO, Cláudio (coord.). **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014.

BARBOSA, Claudia Maria. O Processo de Legitimação do Poder Judiciário Brasileiro. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 14., 2005 Fortaleza, CE. **Anais** (online). Florianópolis: Boiteux, 2006, 504p. Artigos, p. 21-41, ISBN: 85-87995-65-0. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/080.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional** – Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARTOLOMÉ RUIZ, Castor M. M. **As encruzilhadas do humanismo**: a subjetividade e a alteridade ante os dilemas do poder ético. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

BERDULLAS, Carlos Manuel Romero. Diálogos sobre el juicio por jurados. **Forum – Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina**, Buenos Aires, nº. 12, 2021, págs. 237-312. Disponível em: <https://erevistas.uca.edu.ar/index.php/FORUM/article/view/3825>. Acesso em: 28 jan. 2022.

BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2. ecd. act. y amp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid: v.20, n.59, p.29-59, maio/ago. 2000.

BOVINO, Alberto. **Procedimiento abreviado y juicio por jurados**. In: Seminario sobre juicio por jurados, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad

de Buenos Aires, 20 ago. 1998.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Terceira Seção, **EREsp 448.684/RS**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, julgado em 28/06/2006, DJ 02/08/2006.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891)**. Constituição da República de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 13 out. de 2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934)**. Constituição da República de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1967)**. Constituição de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946)**. Constituição de 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (1824)**. Carta de Lei de 25 de Março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. **Decreto de 18 de junho de 1822**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-18-6-1822-2.htm#:~:text=DECRETO%20DE%2018%20DE%20JUNHO,abusos%20de%20liberdade%20de%20imprensa. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940** (Código Penal). Brasília, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941** (Código de Processo Penal). Brasília, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 28 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 167, de 5 de janeiro de 1938**. Brasília, 1938. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0167.htm. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1 (1969)**. Emenda à Constituição de 1967, em 17 de outubro de 1969. Brasília, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 28 jan. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar nº. 95**, de 26 de fevereiro de 1998, Brasília, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm. Acesso em: 28 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais)**. Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 28 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 10.259, de 12 de julho de 2001 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal)**. Brasília, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm. Acesso em: 28 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº. **10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 28 jan. 2022.

BRASIL. Imprensa Nacional. **Resolução n. 2232, de 17 de Julho de 2019**. Conselho Federal de Medicina. Brasília, Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2.232-de-17-de-julho-de-2019-216318370?fbclid=IwAR2QOo56N-DTaMMBnKvnTHXWYEuQAsqw4xZZYnolClFw6a8Yjus7vrEcL00>. Acesso em: 28 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 5ª Turma, **Apelação Cível nº 1998.04.01.049519-0**, Porto Alegre, Relator Néfi Cordeiro, Julgamento em 11 dez. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma. **Recurso Especial nº. 23.121/GO**, Brasília, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 06 out. 1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, **Recurso Especial nº. 1.756.100/DF**, Brasília, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 02 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma. **Recurso Especial nº 95.347/SE**, Brasília, Relator Ministro Edson Vidigal, julgado em 24 nov. 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, **Habeas Corpus nº. 616.584/RS**, Brasília, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 30 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, **Habeas Corpus nº. 60.447/RJ**, Brasília, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 03 out. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, **Habeas Corpus nº. 598.051/SP**, Brasília, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 02 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº. 268.459/SP**, Brasília, Relatora Ministra Maria Thereza De Assis Moura, 6ª Turma, julgado em 02 set. 2014, publicado em 28 out. 2014. Disponível em: https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=33010937&tipo=91&nr_eq=201301061165&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20141028&formato=P

DF&salvar=false.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, **Recurso Especial nº. 1.124.420/MG** (julgado conforme o procedimento previsto aos Recursos Repetitivos), Brasília, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 29 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção, **Recurso Especial nº. 1.363.368/MS**, Brasília, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 12 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Agravo em Recurso Extraordinário nº. 1.267.879**, Brasília, Relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 17 dez. 2020, publicado em 08 abr. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443541/false>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 514/PI**, Brasília, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 18 fev. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 595/ES**, Brasília, Relator Ministro Celso de Mello, 24 mar. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5.264/DF**, Brasília, Relatora Ministra Carmen Lucia, julgado em 07 dez. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur439456/false>. Acesso em: 28 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma. **Habeas Corpus nº. 82.672/RJ**, Brasília, Relator Ministro Carlos Britto, Redator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, julgado em 14 out. 2003, Informativo STF nº 325, p. 2. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo325.htm>. Acesso em: 28 jan. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Habeas Corpus nº. 127.483/PR**, Brasília, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 27 ago. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 28 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 221/DF**, Brasília, Relator Ministro Moreira Alves, julgamento em 29 de março de 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário nº. 179.502-6/SP**, Brasília, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 31 maio 1995. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=224548>. Acesso em: 28 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário nº.**

407.688/SP, Brasília, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 08 fev. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 631.111/GO**, Brasília, Relator Ministro Teori Zavasck, julgamento em 07. ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 117.076/PR**, Brasília, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 1º de agosto de 2019. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340720368&ext=.pdf>.

Acesso em: 28 jan. 2022.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal** – 2. ed. ver., atual. e amp. – Salvador: JusPodivm, 2021.

CABRAL, R. L. F. Verdade e justificação no processo penal: uma proposta de estudo a partir da filosofia da linguagem. In: ROCHA, F. A. N. G.; BUSATO, P. C. (org). Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem (III): Direito penal, neurociência e linguagem. **Anais**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 178. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/wp-content/uploads/colecao-ppqd-ufmg-2018/Direito%20Penal,%20neuroci%C3%Aancia%20e%20linguagem.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 9. reimp. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 11. reimp. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes; et. al. **Comentários à Constituição do Brasil** / J. J. Gomes Canotilho; [et al.]; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CASTRO, Kátia Duarte de. **O júri como instrumento do controle social**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de António Menezes Cordeiro – 3. ed. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

COSTA, Diogo Erthal Alves da. A Clemência no Tribunal do Júri no Brasil. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº. 71, jan./mar. 2019. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1287128/Diogo Erthal Alves da Costa.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1287128/Diogo+Erthal+Alves+da+Costa.pdf). Acesso em: 28 jan. 2022.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 4. ed. Salvador: JusPodvm, 2010.

CUNTIM, Bárbara Maria Xavier. **Dos pensamentos dos jurados às potencialidades do tribunal do júri**. 2020, 68f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020.

DANTAS, Ivo. Direitos individuais e coletivos. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coords). **Tratado de direito constitucional**, v. 1, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

D'AMICO, Alessandro Ignásio. **O resgate da doutrina clássica do tribunal do júri**: repensando a instituição no estado democrático de direito brasileiro contemporâneo. 186f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2019.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DUARTE D'ALMEIDA, Luís. Fundamental legal concepts: The Hohfeldian framework, **Philosophy Compass**, v. 11, n. 10, pp. 554-569, 2016. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/phc3.12342>. Acesso em: 04 abr. 2021. DOI: <https://doi.org/10.1111/phc3.12342>.

DUARTE, B. A. F. Uma crítica à visão alexyana dos direitos fundamentais. **Direito Izabela Hendrix**, v. 17, n. 17, nov. 2016. Disponível em: <http://www.bibliotekevirtual.org/index.php/2013-02-07-03-02-35/2013-02-07-03-03-11/1870-dih/v14n14/19293-uma-critica-a-visao-alexiana-dos-direitos-fundamentais.html#literatura-citada>. Acesso em: 28 jan. 2022. DOI: <http://dx.doi.org/10.15601/2237-955X/dih.v14n14p1-21>

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constitution of the United States**. United States Senate. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 28 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Rules of Criminal Procedure 2017**. The Committee on the Judiciary, Washington, 2018. Disponível em: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/criminal-rules-procedure-dec2017_0.pdf. Acesso em: 28 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Alaska Rules of Court. **Rules of Criminal Procedure**. Disponível em: <https://courts.alaska.gov/rules/docs/crpro.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Indiana Rules of Court. **Rules of Criminal Procedure**. Disponível em: https://www.in.gov/judiciary/rules/criminal/index.html#_Toc532975920. Acesso em: 28 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Tennessee State Courts. **Rules of Criminal Procedure**. Disponível em: <http://www.tsc.state.tn.us/rules/rules-criminal-procedure/23>. Acesso em: 28 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. West Virginia Judiciary. **Rules of Criminal Procedure**. Disponível em: <http://www.courtswv.gov/legal-community/court-rules/criminal-procedure/section1.html#rule23>. Acesso em: 28 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Massachusetts Trial Court Law Libraries. **Massachusetts Rules of Criminal Procedure**. Disponível em: <https://www.mass.gov/doc/massachusetts-rules-of-criminal-procedure/download>. Acesso em: 28 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court, **Brady v. EUA (1970)**, nº 270, julgado em 04 mai. 1970. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/397/742.html>. Acesso em: 28 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court, **Estados Unidos v. Jackson (1968)**, nº. 85, julgado em 08 abr. 1968. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/390/570/>. Acesso em: 28 jan. 2022

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court, **Gideon v. Wainwright (1963)**, nº. 155, julgado em 18 mar. 1963. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/372/335.html>. Acesso em: 28 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court, **Lawrence v. Texas (2003)**, julgado em 26 jun. 2003. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/>. Acesso em: 28 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Wisconsin Supreme Court, **Barnes v. State (1964)**, Wisconsin, julgado em 06 out. 1964. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/wisconsin/supreme-court/1964/25-wis-2d-116-6.html>. Acesso em: 28 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. **Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos de 1917**. Diario Oficial, Ciudad de Querétaro, 1917. Disponível em: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1917.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. **Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos de 1917**. Cámara de Diputados del H (texto vigente: Última reforma publicada DOF 28-05-2021). Congreso de la Unión, Ciudad de Querétaro, 1917. Disponível em: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf. Acesso em: 28 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. **Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación** (texto vigente Última reforma publicada DOF 27-06-2014). Congreso de la Unión, Ciudad de Querétaro, 1995. Disponível em: https://web.oas.org/mla/en/Countries_Intro/Mex_intro_txtfun_esp_6.pdf. Acesso em: 28 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. **Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación** (texto vigente: Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 2021). Congreso de la Unión, Ciudad de Querétaro, 1995. Disponível em: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOPJF.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Asamblea Legislativa Del Distrito Federal. **Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal**. Diario Oficial de la Federación, Cidade do México, 1931. Disponível em: <http://aldf.gob.mx/archivo-72f5a70c1aea7d6491dca24e12fd1fa8.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Congreso del Estado de Veracruz. **Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave**. Veracruz, 2003. Disponível em: <https://www.legisver.gob.mx/leyes/LeyesPDF/CPPENALES574180714.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022.

FARIAS, Cleide Marcia de; TEIXEIRA, João Paulo. Renúncia a direitos fundamentais – modalidades e efeitos a partir da teoria constitucional contemporânea. **Revista pensamento jurídico**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 219-319, jan./jun. 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FORTI, Iorio Siqueira D'Alessandri. O tribunal do júri como garantia fundamental, e não como mera regra de competência: uma proposta de reinterpretação do art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 3, n. 3, pp. 178-196, 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/22172>. Acesso em: 28 jan. 2022.

FREIRE, André Luiz. **O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas**. 2013. 429f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

FREIRE, André Luiz. A teoria das posições jurídicas de Wesley Newcomb Hohfeld. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**: teoria geral e filosofia do direito, tomo I. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017 (e-book).

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais**: limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREUD, Sigmund. **Psicologia das massas e análise do eu e outros textos (1920-1923)** – obras completas, v. 15. Tradução Paulo César de Souza. S.l.: Companhia das Letras, 2011, não p. *E-book*.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**: esboço de uma teoria geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. El juicio por jurado em las constituciones de México. **Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n. 2, jan./jun. 2000. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5580/7245>. Acesso em: 11 mar. 2020.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev. atual. e amp. com a colaboração de João Daniel Rossi. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva. 1989.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba. v. 14, n. 14, pág. 618-688, jul./dez. de 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/505/377>. Acesso em: 15 abr. 2021.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional** / Konrad Hesse; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOHFELD, Wesley Newcomb. **Conceptos Jurídicos Fundamentales**. 1 ed., 5. reimp. México: Distribuciones Fontamara, 2004.

HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning**. (Ed. by Walter Wheeler Cook). New Jersey: The Law Book Exchange, 2000

HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental Legal Conceptions**: as applied in judicial reasoning and other legal essays [Ed. por Walter Wheeler Cook]. New Haven: Yale University Press, 1919.

IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha. **A pronúncia no procedimento do tribunal do júri brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

IRLANDA. Supreme Court of Ireland. Appeal n. 019/2013, **Fleming v. Ireland**. Judge Denham C.J., judgment delivered on the 29th day of April 2013. Disponível em: https://www.courts.ie/acc/alfresco/a998a535-6045-4d81-9aaa-54e42dfaa343/2013_IESC_19_1.pdf/pdf#view=fitH. Acesso em: 15 abr. 2021. Disponível também no CaseMine:

<https://www.casemine.com/judgement/uk/5da02a844653d058440f9803>. Acesso em: 15 abr. 2021.

LIMA, José Benjamim de. Tribunal do júri: garantia fundamental ou instrumento de participação popular na administração da justiça?. **Em tempo**. Marília, v.4, ago. 2002.

LOMBO, Nelcy Tatiana Dueñas. **Jurado de conciencia como instrumento de participación democrática en el sistema penal acusatorio colombiano**. 2020, 138f. Dissertação (Magister en Derecho Penal y Procesal Penal) – Universidad Santo Tomás, Tunja, 2020.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A era dos direitos de Bobbio Entre a historicidade e a atemporalidade**. Brasília a. 48 n. 192 out./dez. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242925/000936205.pdf?sequence=3>. Acesso em: 14 jul. 2021.

LOPES JUNIOR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020 [livro eletrônico].

LORENZONI, Lara Ferreira. **Tribunal do júri**: controvérsias sobre uma justiça cidadã no processo penal brasileiro (séc. xix). 2017, 130f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008.

MAC CRORIE, Benedita. O paternalismo estadual e a legitimidade da defesa da pessoa contra si própria. In: ROCHA, Joaquim Freitas da (coord.). **Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho** – Tomo I, Ano de 2012 – Responsabilidade e Cidadania – Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2012.

MAC CRORIE, Benedita. Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares – algumas notas, p. 141-150, 2017, p. 148-149, In: FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo (coord.), et. al. **Estudos em homenagem ao professor Doutor Antônio Cândido de Oliveira**, Coimbra/Portugal: Livraria Almedina, 2017.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**, tomo I: Fundamentos. 2. ed., 1. reimp. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**: fundamentos. 2. ed., 3. reimp. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. São Paulo: Saraiva, 1963, v. 1.

MARQUES, Bruno Henrique Moreira. **Da soberania do tribunal do júri em sentenças absolutórias**: (im)possibilidade de interposição de recurso de apelação. 2020, 115f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2020.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos Fundamentais indisponíveis**: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. 2010, 475 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 11, n.2, p. 334-373, jul./dez. 2010.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. São os direitos como trunfos disponíveis? Reflexões à luz da teoria dos direitos de Ronald Dworkin. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2007, Belo Horizonte. **Anais do CONPEDI**. Florianópolis: FUNJAB, 2007, p. 6328-6348.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. **São os direitos fundamentais disponíveis?** Reflexões à luz da teoria dos direitos de Robert Alexy, 2009. Disponível em: https://works.bepress.com/leticia_martel/4/. Acesso em: 01 set. 2019.

MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**, 2008, 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MEYERS, Diana T. **Inalienable rights: a defense**. New York: Columbia University Press, 1985.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. Centro de Apoio das Promotorias Criminais, do Júri e Execuções Penais. **Perfil dos jurados nas comarcas do paraná**. 1. ed. Curitiba, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Tomo IV, Direitos Fundamentais. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MOELLER, Uriel. O “júri” alemão: o leigo no processo penal na Alemanha. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 86, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://www.revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/download/181/48/>. Acesso

em: 28 jan. 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9788597026825. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026825/>. Acesso em: 23 jan. 2022.

MÖRKING, Francelize Alves. Dos direitos fundamentais: uma análise à luz da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 24, n. 2, p.135-144, jul./dez. 2015. ISSN 2318-8650. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/134-143/755>. Acesso em: 15 abr. 2020.

MUNIZ, Alexandre Carrinho. **O tribunal do júri como pilar da democracia e da cidadania**. 2017, 101f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2017.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, ano 3, nº 2, p. 09-30, São Paulo, 2002.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948. **Nações Unidas Brasil**. França, 1948. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Acesso em: 24 mar. 2020.

NASSIF, Aramis. **Júri**: instrumento da soberania popular. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de derecho constitucional**: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. 1. ed., 4. reimp. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra Editora: Lisboa, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Trotta: Madrid, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**, vol. I, Coimbra: Coimbra, 1996.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coord.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUÑEZ, Izabel Saenger. “**Aqui não é casa de vingança, é casa de justiça!**”: moralidades, hierarquizações e desigualdades na administração de conflitos no tribunal do júri da comarca do Rio de Janeiro. 2018, 282f. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2018.

OLIVEIRA, Marcus Vinicius Amorim de. **Tribunal do júri popular na ordem jurídica constitucional**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

OXFORD UNIVERSITY PRESS. Loveland: Constitutional Law, Administrative Law and Human Rights 8e: Online Casebook. Disponível em: https://learninglink.oup.com/static/5c0e79ef50eddf00160f35ad/casebook_193.htm. Acesso em: 28 jan. 2022.

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PARSONS, Talcott E. F. O conceito de sistema social. In: CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Octávio (org.). **Homem e sociedade**: leituras básicas de sociologia geral. 14. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1984.

PAULON, Simone M. Instituição e intervenção institucional: percurso conceitual e percalços metodológicos. **Mnemosine**, Rio de Janeiro, v. 5, p. 189-226, 2009.

PEDRON, Flávio Quinaud. Direitos e interesses: (re)pensando a relação para além de uma compreensão semântica. **Revista CEJ**, Brasília, ano XI, n. 39, p. 30-35, out./dez. 2007.

PERÚ. Tribunal Constitucional Peruano. **STC Exp. Nº 0007-2006-PI/TC**. Disponível em: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2006-AI.html#_ftn4. Acesso em: 11 mar. 2020

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da organização do Estado, dos Poderes, e histórico das Constituições**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RADIN, Max. A Restatement of Hohfeld, **Harvard Law Review**, v. 51, n. 7, maio, p. 1141-1164, 1938.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri**: visão linguística, histórica, social e jurídica. 6. ed. rev., atual. e amp. São Paulo, Atlas, 2018.

RANGEL, Paulo. **A inconstitucionalidade da incomunicabilidade do conselho de sentença no tribunal do júri brasileiro**. 2005. 157 f. Tese – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Le servisse public de la difusion du droit**. Conseil d'Etat, Assemblée, du 27 octobre 1995, 136727, publié au recueil Lebon. Disponível em:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007877723>. Acesso em: 28 jan. 2022.

RESENDE, A. C. L. Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões à Luz da Teoria dos Direitos Fundamentais. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 6, n. 3, out. 2021. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/347>. Acesso em: 28 jan. 2022. DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.347>.

ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. 2 ed. rev. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1946.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas características. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 30, n. 146, jan./mar. 2000. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org). **Teoria geral dos direitos humanos** – Coleção Doutrinas Essenciais, v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Democracia como direito fundamental. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 18, p. 251-260, set. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/11-18>. Acesso em: 23 jan. 2022. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i18.293>

SANTOS, Crismara Lucena. **Reflexões sobre o tribunal do júri**: uma perspectiva luso-brasileira. 2018, 84f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SARMENTO, Daniel. Dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional**: anotações nucleares. 1. ed., 6. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n.4, out./nov./dez. 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo; MELO, Fernando William de. **A instituição do júri e seus atores e titulares de direitos fundamentais**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 48, n. 150, jun. 2021. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1227>. Acesso em: 28 jan. 2022.

SCHIER, Paulo Ricardo; FERREIRA, Priscila Andreoti. A teoria da norma jurídica no contexto do neoconstitucionalismo pós-positivista. **Cadernos da Escola de Direito do UNIBRASIL**, Curitiba, v. 2, n. 23, jul./dez., 2015, p. 60-71. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiLkqeOiuTxAhVvrJUCHWc9BWgQFjAAegQIBRAD&url=https%3A%2F%2Fportaldeperiodicos.unibrasil.com.br%2Findex.php%2Fcadernosdireito%2Farticle%2Fdownload%2F3001%2F2571%2F&usq=AOvVaw18DkVbqFYozPaEfi_Srf6D. Acesso em: 28 jan. 2022.

SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. As quaestiones perpetuae. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 21, p. 65, jan. 1998.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. **Jogo, ritual e teatro**: um estudo antropológico do Tribunal do Júri. São Paulo: Terceiro Nome, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. Editora Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ideias e instituições constitucionais do século XX no Brasil: o papel dos juristas. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 111, p. 229-245, jul./dez. 2015. DOI: 10.9732/P.0034-7191.2016V111P229

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

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

SOARES, Igor Alves Noberto. **O tribunal do júri em sua compreensão processualmente democrática**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOSA SACIO, Juan Manuel. Sobre el carácter “indisponible” de los derechos fundamentales. Ponencias inéditas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional em **Gaceta Constitucional**, Arequipa, nº 9, pp. 503-516, set. 2008.

SOUZA, Antonio André Muniz Mascarenhas de. Renúncia a direitos fundamentais no regime de parcelamento fiscal. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa/Portugal, ano 2, nº 6, p. 5851-5889, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, [livro eletrônico].

SOUZA, T. H. M.; FRANCK JUNIOR, Wilson. O tribunal do júri como modelo de administração da justiça: por uma formulação à luz da constituição. In: Congresso Internacional de Ciências Criminais: Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, IV, 2013, Porto Alegre. **Anais eletrônicos**. Disponível em: <https://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/29.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2022.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; INOMATA, Adriana. Restrições, privações e violações de direitos constitucionais fundamentais. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n.32, p.87-106, maio/ago. 2017. ISSN 1678 8729. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/dir-32-06-restricoes-privacoes-e-violacoes-de-direitos-constitucionais-fundamentais/> Acesso em: 28 jan. 2022.

STRECK, Lenio L. Comentário ao artigo 5º, XXVIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O tribunal do júri e os estereótipos: uma leitura interdisciplinar**. 1988, 129f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas – especialidade Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1988.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri: símbolos e rituais**. 4. ed. rev. e mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUCUPIRA, Wisley Cill-Farney Martins Soares. **O tribunal do júri no Brasil: polêmicas, imperfeições e propostas para reformulação do modelo à luz da garantia constitucional**. 2020, 120f. Dissertação (Mestrado em Criminologia) – Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2020.

TASSE, Adel el. **O novo rito do tribunal do júri**: em conformidade com a Lei 11689/2008. 1. ed., 1ª reimp. Curitiba: Juruá, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, André Ramos. Democracia e exercício do poder: apontamentos sobre a participação política. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, 2004, n. 3, jan/jun, 2004.

TEIXEIRA, Sergio Torres; CABRAL, Delmiro Borges. Meios adequados de solução de conflitos trabalhistas e a prevalência da vontade dos sujeitos da relação de emprego: compreendendo a dicotomia entre a indisponibilidade absoluta e a indisponibilidade relativa de direitos trabalhistas. **Revista direito e justiça**: reflexões sociojurídicas. Santo Angelo, v. 19, n. 34, p. 71-95, mai./ago. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.31512/rdj.v19i34.2939>.

THOMSON, Judith Jarvis. **The Realm of Rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

TUBENCHLAK, James. **Tribunal do júri**: contradições e soluções. 5. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

URUGUAI. **Constitución 1967**. Centro de Información Oficial, Montevideu. Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>. Acesso em: 28 jan. 2022.

URUGUAI. **Código del Proceso Penal 2017 n°. 19293**. Centro de Información Oficial, Montevideu. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-proceso-penal-2017/19293-2014>. Acesso em: 28 jan. 2022.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, v. 251, p. 391-426, jan. 2016.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976** – 5ª ed. – Coimbra: Almedina, 2012.

WHITACKER, Firmino. **Jury**, São Paulo: Typ. Espíndola, Siqueira & Comp, 1904.