

A INSTITUIÇÃO DO JÚRI E SEUS ATORES E TITULARES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE INSTITUTION OF TRIAL BY JURY AND FUNDAMENTAL RIGHTS HOLDERS

Paulo Ricardo Schier¹

Professor Titular de Direito Constitucional do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia (UniBrasil, Curitiba/PR, Brasil)

Fernando William de Melo²

Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia (UniBrasil, Curitiba/PR, Brasil)

ÁREA(S): direito público; direito constitucional; direito processual penal.

RESUMO: A instituição do júri reconhecida pela Constituição tem sido,

¹ Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná. Realizou estágio pós-doutoral na Universidade de Coimbra (Centro de Democracia e Direitos Humanos do IGC, *Ius Gentium Conimbrigae*). Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado e Doutorado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Professor Convidado da Universidade de Wrocław (Polônia). Professor de Direito Constitucional do UniBrasil. Professor de Direito Constitucional no Instituto de Pós-Graduação em Direito Romeu Felipe Bacellar, na Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST) e na Academia de Direito do Centro Europeu. Pesquisador do NUPECONST (Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional), vinculado ao Diretório de Pesquisa do Conselho Nacional de Pesquisas (CNPq). Desenvolve pesquisas vinculadas à linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Condições Materiais da Democracia. Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro Fundador da Academia Brasileira de Direito Processual Constitucional (ABDPC). *E-mail:* pauloschier@uol.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7378844163650774>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8236-2694>.

² Mestrando do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Fundamentais e Democracia (Linha de Pesquisa Constituição e Condições Materiais da Democracia) pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR. Bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP/Capes). Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional - NUPECONST do PPGD do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR. Pós-Graduando (Especialização) em Prática da Advocacia, pela FESP-PR. Advogado. *E-mail:* fernandowmelo@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7959070939251091>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6802-5763>.

por vezes, categorizada (i) como direito ou garantia subjetivos do réu, tutelando a liberdade ou (ii) como direito ou garantia subjetivos dos cidadãos, tutelando a participação democrática e administração da Justiça. No entanto, o trabalho traz o problema da titularidade do direito na medida em que se vê dificuldade em determinar um único titular ou bem jurídico protegido, considerando a existência de sujeitos constitucionais atuantes no júri com pretensões distintas. Assim, a pesquisa objetivou trazer a teoria das garantias institucionais no contexto de direitos fundamentais, relacionando aos típicos direitos subjetivos, a demonstrar que se enquadra na dimensão objetiva do sistema de direitos fundamentais, não possuindo relação de hierarquia ou exclusão, mas de reforço e complementação. A pesquisa se guiou por análise bibliográfica, com recorte na dogmática constitucional e processual penal, ao tempo em que buscou, no campo sociológico, a compreensão de instituição e a aplicabilidade na teoria das garantias institucionais e o seu reconhecimento no ordenamento estatal. Concluiu-se que, a despeito de ser a norma que reconhece o júri direito fundamental do sistema objetivo de direitos fundamentais, não gera direitos subjetivos ou garantias subjetivas, mas fortalecem e orientam a interpretação dos direitos reconhecidos constitucionalmente ou pela legislação ordinária.

ABSTRACT: *The trial by jury recognized by the Constitution has sometimes been categorized as defendant's subjective right or guarantee, protecting freedom, as a subjective right or guarantee for citizens, protecting democratic participation and the administration of justice. However, this research raises the problem of entitlement to the law inasmuch as it is difficult to determine a single holder or legal property under protection, as one sees constitutional subjects acting on the jury with different pretensions. Thus, the research aimed to bring the theory of institutional guarantees in the context of fundamental rights, relating to typical subjective rights, to demonstrate that it fits into the objective dimension of the system of fundamental rights, having no relation of hierarchy or exclusion, but of reinforcement and complementation. The research was guided by bibliographic analysis, focusing on constitutional and criminal procedural dogma, while searching in the sociological field to understand the institution and its applicability in the theory of institutional guarantees and its recognition in the state order. It was concluded that, despite being the norm that recognizes the fundamental right jury of the objective system of fundamental rights, it does not generate subjective rights or subjective guarantees, but strengthens and guides the interpretation of rights constitutionally recognized or under ordinary legislation.*

PALAVRAS-CHAVE: instituição do júri; direitos fundamentais; garantias institucionais; titularidade de posição jurídico subjetiva.

KEYWORDS: *institution of the jury; fundamental rights; institutional guarantees; holder of subjective legal position.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Garantia da instituição do júri no Direito brasileiro; 2 A garantia institucional do júri e o espectro das normas de direitos subjetivos fundamentais; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Guarantee of the institution of the jury in Brazilian law; 2 The institutional guarantee of the jury and the spectrum of fundamental subjective rights norms; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

A instituição do júri, reconhecida pela Constituição Federal de 1988, é competente ao julgamento, realizado por cidadãos comuns, dos crimes dolosos contra a vida, sendo assegurados a soberania de seus veredictos, o sigilo das votações e a plenitude da defesa. Essa garantia institucionalmente objetivada, como fruto de valores históricos de realidade objetivo-subjetiva, que desponta vir em prol da comunidade, tutelando a participação popular e fortificando o exercício da cidadania, e por vezes em prol do indivíduo, tutelando plenitude de sua defesa, vem sendo alvo de reivindicações de proteções exclusivas, eis que não compreendido seu papel de proteção na sociedade: (i) a instituição do júri vem assegurar pretensões jurídicas subjetivas de norma de direito fundamental do réu, como de ser julgado “por pares”, a tutelar a liberdade daquele sujeito de direito ou (ii) vem assegurar pretensões jurídicas subjetivas de norma de direito fundamental da sociedade, como de julgar “um dos seus”, a tutelar a participação político-jurídica dos cidadãos nos atos de poder estatais? Esse questionamento – de quem seria o direito (do réu ou da sociedade) – pode ser traduzido em: o júri é uma norma de direito fundamental? Se sim, tutela interesse de quem?

Reconhecer e fazer a delimitação dos titulares de direitos subjetivos fundamentais que interferem nos atos dessa instituição implica, sobretudo, os polêmicos temas da possibilidade de renúncia ou não pelo réu de julgamento pelo júri e do alargamento de sua competência (que não será tratado neste trabalho ante a complexidade e a extensão da reflexão e pesquisa): se é direito ou garantia do réu, em tese, poderia ele dispor dessa vantagem; por outro lado, se é direito ou garantia da sociedade, poder-se-ia elevar o número de matérias jurídicas de sua competência julgadora, respeitada a repartição já realizada pela Constituição.

Essa polêmica que circunda a titularidade de direito fundamental também se deve à não compreensão da própria natureza jurídica da norma constitucional que reconhece a instituição do júri: é uma garantia institucional que vem, conforme a organização incumbida à lei pela Constituição, a tutelar os princípios constitucionais do júri já expressos – esses que o legislador não pode suprimir –, daí decorrentes, na sua máxima otimização, os direitos do réu e dos cidadãos julgadores.

Assim, a pesquisa qualitativa exploratória, desenvolvida por análise bibliográfica e pelo método de abordagem dedutivo, tende a explicitar e delimitar qual é a natureza jurídica da instituição reconhecida, intercambiando por avaliação sociojurídica, e que direito(s) ou garantia(s) possibilita o júri e, consequentemente, a titularidade desses direitos, e a relação entre eles.

1 GARANTIA DA INSTITUIÇÃO DO JÚRI NO DIREITO BRASILEIRO

A instituição do júri é tutelada pela Constituição de 1988, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu art. 5º, XXXVIII, cujo dispositivo expressamente reconhece a “instituição do júri”, incumbindo à lei o dever objetivo de organização e estabelecimento de procedimento, como faceta objetiva do sistema de direitos fundamentais³. A instituição há muito vem sendo tutelada e objetivada no ordenamento jurídico brasileiro. Foi primeiramente recepcionada no Brasil pelo Decreto de 18 de junho de 1822, do Príncipe Regente⁴, e, após,

³ Nesse sentido, expõe Vieira de Andrade as dimensões objetivas do sistema de direitos fundamentais, após discorrer sobre direito fundamental no âmbito subjetivo, afirmando 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. Implicam deveres estatais que não originados necessária e diretamente de direitos subjetivos (ANDRADE, J. C. V. de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 134-135), e a compreensão destes não implica a inversão à dimensão objetiva: a esfera de liberdade dos indivíduos é objetivamente retirada a arbítrio do Estado. A isso, Ingo Wolfgang Sarlet designa como função objetiva reflexa do direito fundamental subjetivo, que não retira o caráter autônomo adicional de reforço jurídico na perspectiva objetiva (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).

⁴ 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 ago. 2021. A referida norma cria juízes de fato para julgamento dos crimes de imprensa ou de opinião. Ver: SOARES, Igor Alves

positivada na Constituição do Império de 1824, no Título que organizava o Poder Judiciário⁵; na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, no Título dos Cidadãos Brasileiros, seção da Declaração de Direitos⁶; na Constituição da República de 1934, em capítulo que dispunha sobre a organização do Poder Judiciário⁷. Conquanto a Constituição de 1937 fora omissa quanto à permanência da instituição no ordenamento estatal, a presença da instituição fora confirmada pelo Decreto-Lei nº 167, de 1938⁸; também positivada na Constituição da República de 1946, no capítulo referente aos direitos e garantias individuais⁹;

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. 1. 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: CL Edijur, 2005. p. 36.

- ⁵ 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 ago. 2021. Na Constituição do Império, o júri está elencado no art. 151, competente para pronunciamentos, tanto em causas criminais, quanto cíveis, em matéria de fato (conforme art. 152 do mesmo diploma).
- ⁶ 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 ago. de 2021. Na primeira Constituição da República, o júri está elencado no art. 72, § 31, cuja redação se limitou a expressar que “É mandida [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).
- ⁷ 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 ago. 2021. Nessa segunda Constituição da República, o júri está elencado no art. 72, cujo redação afirmara “é mantida a instituição do júri, com a organização e as atribuições que lhe der a lei”.
- ⁸ 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 ago. 2021. 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 art. 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).
- ⁹ 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 ago. 2021. A instituição está elencada no rol dos direitos e garantias individuais do art. 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.

na Constituição de 1967¹⁰ e na Emenda Constitucional de 1969¹¹, ambas previsões no capítulo de direitos e garantias individuais.

Torna-se difícil compreender, no arranjo histórico da instituição do júri, a função que deveria desempenhar no sistema político-jurídico¹². A garantia da instituição fora reconhecida juridicamente ora na organização do Poder Judiciário, ora no capítulo atinente aos direitos e garantias individuais. Tal variação torna difícil, ao menos no campo do saber jurídico, reconhecer inequivocamente, em relação ao júri, como o ente objetivo-subjetivo atua e a que interesses visa tutelar, 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.

Conforme expõe Marcio Iorio Aranha, dado um recorte sociológico, instituição é produto da ação conjugada que, a despeito das diferenças subjetivas, chega ao alcance de objetivação, porquanto a habilidade dos sujeitos possibilita a combinação, por meio de unidades maiores caracterizadas pela racionalidade e consciência finalística, que, na coletividade, externam o empenho para um convívio pacífico e um bem-estar geral. Trazendo a contribuição de William Graham Sumner, Aranha expõe 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 futuros¹³. A instituição se

¹⁰ 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/constituicao067.htm. Acesso em: 13 ago. 2021. A Constituição, no art. 150, § 18, expressamente manteve o júri e sua soberania, trazendo também a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

¹¹ BRASIL. Emenda Constitucional nº 1 (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 ago. 2021. 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.

¹² D'AMICO, Alessandro Ignácio. *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.

¹³ 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 precisões 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 as *folkways*), senão que consciente de seu componente subjetivo

expressa na solidificação de sínteses de um grande arranjo cultural em específica sociedade¹⁴.

O institucional vem como produto da face estrutural da sociedade e da face organizacional, refletindo, na definição de instituição, dois aspectos: o princípio

no dado objetivo, trazendo-o como agente do contexto, a 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, assimilação e acomodação (eis que necessária a capacidade institucional crítica, frente à sugestionabilidade dos grupos e das relações humanas, a evitar a totalidade de um grupo antagônico), 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. Lavinia Costa Villela. *Folkways: estudo sociológico dos costumes*. São Paulo: Livraria Martins, t. I, 1950. p. 48 *apud* ARANHA, Marcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, não p. *E-book*. Ainda, quanto aos *mores*, categoria trazida por Sumner, a importância se dá porquanto 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, Marcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, não p. *E-book*). Assim, o debate e racionalização das condutas são mais bem 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, William Graham. *Folkways*. New York: Ginn and Company, 1906. Trad. Lavinia Costa Villela. *Folkways: estudo sociológico dos costumes*. São Paulo: Livraria Martins, t. I, 1950. p. 90-91 e 112-114; ARANHA, Marcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, não p. *E-book*). Abre-se, assim, equilíbrio ao sistema para conservação e dissipação, entre o ser e o dever, 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 verdadeiras e autênticas. A única perspectiva falsa seria a que pretendesse ser exclusiva” (SICHES, Luis. *Op. cit.*, p. 281 *apud* ARANHA, Marcio Iorio. *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, Marcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, não p. *E-book*).

¹⁴ 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, Marcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, não p. *E-book*.

de continuidade no âmbito estrutural e o princípio de mudança ou variação por meio de juízos individuais, em seu âmbito organizacional¹⁵, que se eleva numa interação com o social em uma orientação recíproca, já que a participação deste ordenamento organiza a instituição, em tempo que se submete a ela – as adaptações e integrações ocorrem no âmbito institucional, como sistema interativo que se relaciona constituindo referência, canais de atuação e fontes de sanção¹⁶. A instituição guia a decisão, bem como é orientada por ela, por uma complementaridade de expectativas¹⁷.

Assim a instituição, como sistema interativo objetivo-subjetivo¹⁸, tem função comunicativa e valorativa que, como herança social, comporta estabilidade

¹⁵ ARANHA, Marcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, não p. *E-book*.

¹⁶ PARSONS, T. 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.

¹⁷ ARANHA, Marcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, não p. *E-book*.

¹⁸ 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 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 Freud, “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. Trad. Paulo César de Souza. [s.l.]: Companhia das Letras, v. 15, 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 (ou 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 considere a pesquisadora que há, com as correntes da “esquizaanálise”, 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

e ruptura. Acomoda previsões para atualização em favor de determinadas características ou atributos concebidos por válidas na instituição: “revelam a preocupação com a continuidade das conquistas passadas para a persistência da identidade da instituição”, sem tergiversar a necessárias perspectivas para modificação de suas formas ou fins ou mesmo para abandoná-las, conforme os valores adotados¹⁹.

O valor, em última análise, pode ser identificado de forma objetiva institucionalizado ante a intercambialidade das normas fundamentais e dos valores comunitários agregadores, conformadores e orientadores do sistema jurídico, daí surgindo 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”²⁰ para que se delimite, de modo preciso, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, reconhecendo-se seus sentidos e conteúdos materiais que resistem ao tempo²¹.

Paulo Bonavides instrui que há dois polos tradicionais nos quais se alternam as garantias constitucionais: as declarações e os direitos, originados ainda duma concepção centrada no indivíduo e na liberdade. A esses polos se acrescentou, no século XX, um terceiro – a instituição. Ela impõe uma ruptura do caminho tradicional, que entendia as garantias enquanto individuais. A concepção de garantias constitucionais não se confina mais tão só nos valores do Estado liberal, porquanto 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

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 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, Simone M. *Instituição e intervenção institucional: percurso conceitual e percalços metodológicos. Mnemosine*, Rio de Janeiro, v. 5, p. 189-226, 2009, p. 223).

¹⁹ ARANHA, Marcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, não p. E-book.

²⁰ ARANHA, Marcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, não p. E-book.

²¹ STERN, Klaus *apud* ARANHA, Marcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 170.

observância dos direitos fundamentais²². 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 constitucionais²³.

Passaram, as garantias constitucionais, por uma espécie de alargamento, já que não se voltavam tão só à salvaguarda dos direitos individuais, ampliando-se, assim, o campo dessas seguranças a formas funcionais institucionalizadas²⁴, podendo-se enquadrar, no conceito alargado das garantias, desarraigadas do caráter eminentemente individualista, as garantias institucionais²⁵.

As garantias institucionais são institutos que tutelam e reconhecem valores de expressiva importância político e social, sem as quais o ente (bem valorado) pereceria. Elas consagram e protegem constitucionalmente instituições consideradas indispensáveis à sociedade²⁶.

As garantias institucionais se tornam efetivas, normalmente, ante as pressões sociais ou os imperativos da consciência pública, tomada e voltada a promover a igualdade²⁷.

Essas garantias institucionais, de ordem jurídico-públicas e jurídico-privadas, não são atribuídas à pessoa em si²⁸, não objetivam a proteção da vida ou a autonomia do indivíduo diretamente, senão que resguardam instituições proeminentes e essenciais à sociedade (podendo ressoar implicações na vida

²² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 534.

²³ 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.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 534.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 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”.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 170.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 542.

²⁸ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 11. reimpr. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2012. p. 397.

de um sujeito, vindo, por vezes, a Constituição tutelar um direito subjetivo associado à instituição tutelada). São exemplos de instituições protegidas como realidades sociais objetivas a maternidade, o funcionalismo público, a imprensa livre, a autonomia das universidades, a família²⁹, a administração autônoma³⁰, a autonomia municipal, a independência do juiz (ou separação dos poderes)³¹, o Tribunal do Júri, a herança, a língua portuguesa e outros³².

O caráter institucional e individual dos direitos fundamentais pode refletir na indissociabilidade entre a garantia institucional e o direito fundamental subjetivo, 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 expressão. Como expressa Canotilho, as garantias institucionais, *per si*, não asseguram aos indivíduos “posições jurídicas autônomas”, implicando não aplicabilidade de regimes dos direitos e garantias fundamentais³³, exceto quando existentes imbricamentos entre estes e aquelas.

Sarlet designa as garantias institucionais como normas conformadoras de direitos fundamentais, numa perspectiva objetiva, não passíveis de

²⁹ 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, Marcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, não p. E-book).

³⁰ Exemplos citados por Canotilho (CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 11. reimp. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2012. p. 397).

³¹ Nesse ponto, Marcio Aranha traz a formulação de garantias institucionais trazidas por Carl Schmitt, voltado à Constituição de Weimar (ARANHA, Marcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, não p. E-book). Bonavides cita a separação como garantia (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 548).

³² 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.

³³ As regras jurídico-materiais, para Canotilho, distinguem-se em: (i) regras de direitos fundamentais; (ii) regras de garantias institucionais; (iii) regras determinadoras de fins e tarefas do Estado; (iv) regras constitucionais impositivas. Acerca da essencial distinção entre as garantias institucionais e garantias fundamentais, estas visam ao indivíduo, humanamente considerado, protegendo-o direta ou indiretamente e lhe atribuindo status jurídico-material (abrindo uma posição normativa a fazer reclamar seus direitos subjetivos). As garantias institucionais também visam ao homem, mas a proteção recai diretamente sobre instituições fundamentais à organização social (e, por consequência, protege direitos fundamentais dos cidadãos).

subjetivação, não negligenciando, todavia, o fim de proteção de bens jurídicos de expressiva importância extraída do valor da dignidade humana³⁴. Diferem dos direitos-garantias (como direitos instrumentais), porquanto estes resguardam subjetivamente o direito de seu titular, não obstante a existência da dimensão institucional intrínseca a esses direitos-garantias fundamentais³⁵.

Ainda, priorizam a coerência da conformação objetiva dos direitos fundamentais, determinada pela demandada intangibilidade dos seus núcleos, mas que não encerra, com a direção e o sentido dados institucionalmente, as novas realidades, porquanto a instituição é um dever de subjetivo e objetivo, preenchendo de vida, os sujeitos livres, os ordenamentos institucionais. Garantem, assim, os direitos fundamentais pela dotação e ordenação das esferas individuais, determinando o conteúdo jurídico para, conseqüentemente, identificar cada valor social priorizado³⁶⁻³⁷.

³⁴ Daniel Hachem, nesse ponto, afirma que, devido ao fato de esses direitos tutelarem bens jurídicos e interesses importantes à ordem social, os deveres do Estado de proteção deles vão além da relação subjetiva havida entre o cidadão e o Poder Público, “assumindo a feição de princípios objetivos destinados a impulsionar a atuação de ofício do Estado e projetar o seu conteúdo axiológico por todo o ordenamento jurídico”. Assim, pode-se deduzir da dimensão objetiva efeitos jurídicos autônomos provenientes de norma de direito fundamental. (HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, 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)

³⁵ 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.

³⁶ ARANHA, Marcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, não p. *E-book*.

³⁷ 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*, 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 de a controvérsia quanto ao regime dos direitos e das garantias fundamentais ser distinta das garantias institucionais³⁸, a proteção a estas se assemelha quando se assegura o núcleo essencial das instituições, face à intervenção legislativa tendente a restringi-las ou a limitá-las³⁹.

Como notam Mendes⁴⁰ e Canotilho⁴¹, as garantias institucionais não visam manter ou firmar certas instituições, mas impedir que estejam totalmente submissas à livre discricionariedade de órgãos do Estado, à erosão do legislador, tendo como finalidade, assim, a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Ainda, 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 desta norma-garantia em face do legislador infraconstitucional, seja no que se refere à identidade, seja quanto à permanência, diferentemente das garantias institucionais fundamentais (mantenedora de fundamentalidade material, a merecer tutela especial)⁴².

Conquanto se levantem questionamentos acerca de as garantias institucionais enfraquecerem os direitos subjetivos fundamentais⁴³, o reconhecimento daquelas não visa a preferir a estes, muito menos requer sobreposição

³⁸ 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 art. 5º (conquanto o art. 60, § 4º, IV, da CF/1988 refira-se aos direitos e garantias individuais). Ademais, ainda que se entenda pela inaplicabilidade do regime diferenciado dos direitos fundamentais às garantias institucionais, vez que inexistente a previsão normativa de impossibilidade de mitigação dos núcleos essenciais das instituições, ou mesmo dos limites e organização formal e procedimental, poder-se-ia, em última análise, interpretar que a especial proteção das garantidas instituições decorre reflexamente dos direitos subjetivos fundamentais (ante a dimensão objetiva do sistema de direitos fundamentais) conexos a elas – o que não impede, todavia, que o legislador ordinário conforme discricionariamente a instituição, de forma a não erodi-la, respeitados os direitos fundamentais elencados na Constituição de 1988.

³⁹ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 11. reimp. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2012. p. 398.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 170.

⁴¹ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 9. reimp. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2011. p. 1171.

⁴² 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.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 538.

da ordem objetiva institucional sobre a subjetiva fundamental – a expressão dos institutos jurídicos como entes objetivamente determinados visa à ampliação do catálogo de proteção de direitos fundamentais⁴⁴. Denote-se que as duas categorias jurídicas não se confundem; como assimilado por Carl Schmitt⁴⁵, 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”⁴⁶.

Ainda, afirma Aranha, não são as instituições que decaem, se perdem, senão que a percepção do instituidor sobre ela, em que o raciocínio jurídico não é hábil a acompanhar a transformação institucional. Com a reconfiguração social, abre-se espaço à supressão das formas instituídas, levando-se em consideração a própria humanidade na motivação e precisão científica. A teoria das garantias institucionais deve ser incluída em ponderação embasada de argumentos justificadores de sua aplicação, eis que pode estar orientada tão só à satisfação de um momento, mantendo-se presente constantemente por uma força utilitária, negligenciando o justo⁴⁷.

No entanto, como já adverte Sarlet, referente à hierarquia das normas de garantia institucional e de direito-garantia fundamental, há de se destacar a

⁴⁴ ARANHA, Marcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, não p. *E-book*.

⁴⁵ ARANHA, Marcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, não p. *E-book*.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ ARANHA, Marcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, não p. *E-book*.

relevância da salvaguarda do núcleo essencial das normas de direito fundamental e ponderar que uma e outra, por vezes, estão imbricadas (norma que protege a instituição e depende, em imbricamento existencial, da proteção de direitos subjetivos), nascendo a essência da garantia institucional fundamental. Todavia, sendo distintas as categorias normativas das regras de garantia institucional e direito fundamental, há autores na doutrina alemã⁴⁸, espanhola⁴⁹, portuguesa que outorgam relevância secundária no que tange às garantias institucionais, para especial atenção, e proteção, ao núcleo essencial das normas de direito fundamental contra a restrição do legislador ordinário.

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

A instituição do julgamento por populares a administrar a justiça, como parte acusatória e/ou julgadora, é ente que, na prática valorativa humana, permaneceu no seio social ao longo do desenvolvimento histórico, seja nos seus antecedentes remotos, no Direito Germânico antigo (século VII e anteriores)⁵⁰,

⁴⁸ 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 fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011).

⁴⁹ Nesse ponto, o autor afirma que se sustenta a irrelevância prática das doutrinas do instituto das garantias institucionais, vez que as funções deles podem ser extraídas da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. (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)

⁵⁰ O sistema de acusação residia no tipo acusatório privado, tendo forte sentido subjetivo da verificação probatória (não voltada à comprovação dos fatos, senão que eram constituídas eminentemente de atos sacramentais, de valor do indivíduo e dos juramentos, das partes e dos auxiliares). O procedimento judicial propriamente dito tinha uma função secundária. Era reclamado quando a composição privada não obtivera sucesso. Após, os jurados emitiam projetos de sentença ao juiz presidente, que, após, escolhia a proposta de decisão final, recorrível 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, J. B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. 1. reimp. Buenos Aires: Editores del Puerto, t. I, 1999. p. 264. Tradução nossa)

no período Franco⁵¹, no sistema grego⁵², com os *judices jurati*⁵³ no sistema romano (fase republicana)⁵⁴; seja em referência ao entendimento doutrinário processual

⁵¹ O período franco, a partir do século VIII, não se apartou da ideia de “perda da paz”, como efeito da infração, mas a transformou parcialmente em “paz do rei”, conforme o sistema monárquico. A disputa judicial perde seu caráter privado, de vingança, ganhando mais sentido de proteção à comunidade. Assim, o acordo conciliatório perdeu o caráter de faculdade, tornando-se obrigatório. O Direito do rei, como órgão responsável pela paz comunitária, influenciou a composição do tribunal e até mesmo a persecução penal. As principais características desse período foram: o tribunal continuou popular; no entanto, 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 integrado por sete membros, encarregados de propor a sentença, primeiramente “*los rachimburgil*” e depois “*los escabinos (Schöffen)*”, que eram designados de forma vitalícia; a persecução penal era impulsionada pelo ofendido ou sua tribo e, excepcionalmente, se desenvolvia por impulso oficial; o debate continuou sendo público, oral e contraditório, mas manteve maior predomínio real na direção e impulso, persistindo ainda o juramento como principal meio de prova; ao lado dos duelos, ainda, havia 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 (MAIER, J. B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. 1. reimpr. Buenos Aires: Editores del Puerto, t. I, 1999. p. 267. Tradução nossa).

⁵² O sistema grego delineou a divisão entre o interesse público e o privado do delito, sendo que naquele o sistema de acusação era popular, a demonstrar 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 trouxe a participação direta dos cidadãos na tarefa de acusar e de julgar. Os tribunais com distintas competências tinham o poder de julgar. Dentre eles, destacam-se o tribunal dos Heliastas, ou de Helión, o tribunal dos Efetas e o Areópago. A tortura, ainda, 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).

⁵³ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 131; SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. *As quaestiones perpetuae*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, p. 65, jan. 1998.

⁵⁴ 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 instituído inicialmente 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 baseada em condições sociais, políticas, econômicas e pessoais, podendo-se afirmar que, nas últimas épocas de vivência do sistema, as exigências eram de condição de cidadão, com idade de 30 anos. Os cidadãos escolhidos não poderiam se eximir da obrigação de serem jurados, ressalvada necessidade comprovada, fazendo anteriormente juramento para decidirem o caso (por isso, *iudicis iurati*). O poder de persecução penal também não mais se concentrava na mão dos Magistrados, mas dos cidadãos (quaisquer, como representantes da comunidade), que tinham agora a faculdade de perseguir penalmente um infrator das leis da comunidade (MAIER, J. B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. 1. reimpr. Buenos Aires: Editores del Puerto, t. I, 1999. p. 277-279. Tradução nossa).

penal majoritário⁵⁵, nos moldes do júri inglês, da Inglaterra, à época em que o Concílio de Latrão aboliu os ordálios ou juízos divinos, ou, a partir da Carta Magna de 1215⁵⁶, tendo o povo o direito de apreciar as matérias de fato nos procedimentos criminais como representação de garantia de justiça⁵⁷. Já nos séculos XVII e XVIII, algumas revoluções apreenderam 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 meios que os assegurem⁵⁸. As declarações formais de direitos inspiraram o texto constitucional que as reproduziu, ao passo que o Brasil imperial incorporou os ideais europeus: houve a defesa de direitos e garantias, com sucessivas reproduções nas Cartas de República posteriores, inclusive a instituição do júri⁵⁹.

Após a Revolução francesa de 1789, o ideal republicano e idealista fez o júri ser instalado na França⁶⁰, substituindo-se os juízes do regime monárquico. O mesmo ideal republicano, com limitações do poder do soberano, percorreu a

⁵⁵ 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. *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.

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 41.

⁵⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 177-178.

⁵⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 33-34.

⁵⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 34-35.

⁶⁰ Lênio Streck afirma que a instituição do júri constitucional foi primeira medida dos revolucionários como meio de, além de melhorar a falta de quadros na magistratura, preservar a vontade geral revolucionária (STRECK, Lenio L. Comentário ao artigo 5º, XXVIII. In: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, não p.). Nucci ensina 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”. Segundo o autor, o júri se instalou no Brasil em 18 de junho de 1822, com o Decreto do Príncipe Regente, anteriormente à declaração de independência em 7 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 reproduziram e se reergueram as bases do Júri das Constituições posteriores. De se notar ainda que, após o silêncio da Constituição de 1937 acerca 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, citado por Nucci, que a motivação do retorno do júri na nova Constituição se deu por pressão do coronelismo, cujo poder tinha intuito de fazer subsistir um órgão de julgadores da comunidade que lhes favorecessem com

Europa. Inovou-se a ideia de liberdade e democracia, e, havendo um Judiciário corrupto, dependente e parcial (defensor dos direitos do soberano), somente o povo poderia proferir decisões justas e imparciais⁶¹.

O ideal republicano e democrático que percorria a Europa teve seus efeitos no Brasil, como outros territórios colonizados. Santi Romano explica haver o fenômeno da transmigração de direito que, por meio da colonização imperante à época, seguia para os países colonizados, contagiando o direito destes, com suas ideias e leis⁶².

O papel democrático e de participação na administração da justiça foram os valores a que se intentavam com o reconhecimento e a manutenção dos julgamentos populares, mas não só, na medida em que também se assegurou 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, vez que juízes, delegados ou xerifes eram corruptíveis, influenciados pelos interesses do soberano). No Brasil, o desprezo ao júri teve sua maior expressão em 1937, com o Estado Novo, vez que suprimido o reconhecimento da instituição na Constituição, logo alcançando clamorosos debates acerca da manutenção ou não, até que, no ano seguinte, fosse editado o Decreto-Lei nº 167, reconhecendo e organizando a instituição do júri, retirando-se, todavia, sua soberania⁶³.

Como instrui Marcus Oliveira, o trajeto da instituição até a Constituição de 1988 foi perturbado. James Tubenchlak afirma, ainda, que o caminho percorrido, desde 1822, pela instituição do júri no Brasil “assemelha-se a uma Guerra Santa: ora avançando, ora compelido a recuar, ora deformado em sua

absolvição de seus capangas (NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 43).

⁶¹ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 34-35.

⁶² ROMANO, Santi. *Principii di diritto costituzionale generale*. 2. ed. rev. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1946. p. 37.

⁶³ ALMEIDA, Ricardo Vital de. *O júri no Brasil – Aspectos constitucionais – Soberania e democracia social – “Equívocos propositais e verdades contestáveis”*. Leme: CL Edijur, 2005. p. 39; TASSE, Adel el. *O novo rito do tribunal do júri: em conformidade com a Lei 11689/2008*. 1. ed. 1. reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 22; OLIVEIRA, M. V. A. *Tribunal do júri popular na ordem jurídica constitucional*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 74.

competência material, resistiu galhardamente a tudo isso, inclusive a dois períodos ditatoriais”⁶⁴.

A despeito dos motivados interesses e valores que se perpetuaram no tempo – a soberania do povo, como decorrência da democracia, e a liberdade individual –, institucionalizando-se, o júri tem reconhecido, por parcela da doutrina como Mendes⁶⁵ e Ingo Sarlet⁶⁶, seu *status* constitucional como norma asseguradora de natureza institucional, havendo a necessidade de não confundir os direitos fundamentais com as garantias institucionais.

2 A GARANTIA INSTITUCIONAL DO JÚRI E O ESPECTRO DAS NORMAS DE DIREITOS SUBJETIVOS FUNDAMENTAIS

Traz-se à baila o entendimento (ou discordâncias) que se tem da natureza da norma jurídica que reconhece a instituição do júri na Constituição Federal: se estrito direito subjetivo fundamental, se garantia fundamental ou, ainda, se garantia institucional.

O júri, para Fernando Tourinho Filho⁶⁷, é uma instituição que visa à proteção precípua da liberdade, atuando como uma garantia ao direito maior da liberdade, não obstante haja a possibilidade de condenação, porquanto se trata de um julgamento “humanizado ou sensibilizado”⁶⁸ em contraposição ao julgamento desanimado ou endurecido do juiz togado. No mesmo sentido, Aramis Nassif afirma, quanto à norma que reconhece o júri, se tratar de garantia fundamental individual do cidadão de ser julgado pelos seus pares, e não por representantes oficiais⁶⁹. Também José Afonso da Silva classifica a instituição

⁶⁴ TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri: contradições e soluções* apud OLIVEIRA, M. V. A. *Tribunal do júri popular na ordem jurídica constitucional*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 70.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 514.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 772-773.

⁶⁸ 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).

⁶⁹ Cita o autor a compreensão de Ataliba Nogueira, para quem a instituição é, “ao mesmo tempo, não só uma garantia individual, como um direito individual do cidadão. Garantia individual, porque

como garantia constitucional individual, que, na perspectiva da segurança em matéria penal, protege a liberdade⁷⁰.

Marcus Amorim Oliveira afirma que o júri popular possui natureza jurídica híbrida: é uma instituição de natureza pública e judiciária, integrante do Poder Judiciário, e um direito individual a julgamento perante um corpo de jurados – direito, assim, clássico de primeira geração, de conteúdo liberal⁷¹.

Doutra vértice, Katia Duarte Castro⁷² afirma que o alicerce político da ingerência direta popular é a função de controle e de garantia. Garantia e controle do exercício democrático, de julgamento pelos pares, da atuação estatal, do poder de justiça, da efetiva participação popular. Em semelhante sentido, 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 do sujeito constitucional⁷³⁻⁷⁴.

Ricardo Vital Almeida defende 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 democrática⁷⁵. E, sendo o povo soberano e

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, Nassif conclui se tratar 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).

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 439-441.

⁷¹ OLIVEIRA, Marcus Vinicius Amorim de. *Tribunal do júri popular na ordem jurídica constitucional*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 83-84.

⁷² CASTRO, Kátia Duarte de. *O júri como instrumento do controle social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 39.

⁷³ SOARES, Igor Alves Noberto. *O tribunal do júri em sua compreensão processualmente democrática*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 117-118.

⁷⁴ 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 legítima 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)

⁷⁵ ALMEIDA, Ricardo Vital de. *O júri no Brasil – Aspectos constitucionais – Soberania e democracia social – “Equívocos propositais e verdades contestáveis”*. Leme: CL Edijur, 2005. p. 28.

titular do poder político, a soberania e a cidadania não se restringem a caráter restritamente formal ou somente político-eleitoral, senão que com irradiação em todas as esferas de poder, atuando no júri em matéria de direito material e processual penal⁷⁶.

Lenio Streck, em sentido análogo, afirma que a instituição do júri tem *status* de direito fundamental, “na medida em que passa a ser considerado uma garantia dos direitos individuais e coletivos”. Afirma o autor, ainda, compreendido como importante instrumento democrático porque resgata a participação popular, cumprindo o povo o papel de “oxigenar o Judiciário, prestigiando teses inovadoras” – sendo prescindível conhecimento⁷⁷.

Para Adel el Tasse, a instituição tem como premissa a ampliação do acesso e da participação popular na administração da justiça, cuja norma constitucional permite a atuação do titular do poder na função jurisdicional, com julgamento racional, embasado nas provas⁷⁸ do processo e em seus fundamentos, e de forma melhor abrigando os interesses coletivos. Seria, para o autor, uma contradição acolher como válida a decisão de um representante do poder político (como juiz

⁷⁶ ALMEIDA, Ricardo Vital de. *O júri no Brasil – Aspectos constitucionais – Soberania e democracia social – “Equívocos propositais e verdades contestáveis”*. Leme: CL Edijur, 2005. p. 73.

⁷⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 404.

⁷⁸ Contrariamente ao trazido pelo autor, cabe destacar a decisão do Supremo Tribunal Federal que, com amparo no art. 483, III, e respectivo § 3º, que (conforme o entendimento exarado) derroga parcialmente o art. 593, III, *d*, todos do Código de Processo Penal, afirma estarem os jurados desvinculados das provas produzidas nos autos: “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, eis 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” (BRASIL. STF, RO-HC 117.076/PR, Rel. Min. Celso de Mello, J. 01.08.2019, DJe 05.08.2019, Brasília, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340720368&text=.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2021). Veja-se também o HC 178.777/MG julgado pela 1ª Turma do Supremo: BRASIL. STF, HC 178.777/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 29.09.2020, DJe 14.12.2020, Brasília, 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754653282>. Acesso em: 13 ago. 2021.

togado), mas errada a decisão do detentor do poder, povo, que almeja atender aos reais interesses da sociedade⁷⁹.

Guilherme de Souza Nucci afirma que a instituição do júri é uma garantia humana formal, não essencial, e a não existência da instituição não se confunde com ausência de um Estado Democrático de Direito, em que juízes togados julgam as infrações de forma independente e imparcial. Igualmente, concebe o júri como um direito humano fundamental formal de participação do povo nos julgamentos do Poder Judiciário – também, segundo o autor, não essencial, eis que o indivíduo não padece ou tem negligenciada sua dignidade com a mitigação desta instituição participativa, havendo outras vias de atuação do povo nos poderes da República⁸⁰.

Não obstante posicionamentos que veem no inciso XXVIII do art. 5º da Constituição típico direito subjetivo – seja do réu, seja de cidadãos populares –, qualificando-os como direitos fundamentais em sentido estrito ou garantias fundamentais, ao se adotar 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 conceber como direito fundamental individual subjetivo.

Externaliza-se uma dimensão objetiva, instrumentalizada, desses valores, não os direcionando a um bem específico (liberdade ou participação popular) ou titular exclusivo de pretensão subjetiva de norma de direito fundamental (o réu ou os cidadãos populares).

Fernando Calil entende ser a instituição do júri uma garantia institucional decorrente da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, protegendo-a contra o Poder Legislativo⁸¹, correspondendo, as garantias institucionais, a

⁷⁹ TASSE, Adel el. *O novo rito do tribunal do júri: em conformidade com a Lei 11689/2008*. 1. ed. 1. reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 24-27.

⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 39-41.

⁸¹ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 55.

direitos fundamentais de defesa⁸² ou, de forma específica, a um direito à não eliminação de posições jurídicas⁸³⁻⁸⁴.

Como nota Sarlet, a inclusão das garantias institucionais na esfera dos direitos de defesa não aparta uma dimensão prestacional delas, o que se deve, sobretudo, à sua conexão (como acontece no domínio dos direitos a prestações propriamente ditos) com a figura das garantias de organização e procedimento. As garantias institucionais, em muitos casos, além de figurarem à tutela de determinados direitos fundamentais, impõem criação de estruturas organizacionais e procedimentais a garantirem viabilidade e funcionalidade de institutos e instituições garantidos⁸⁵.

Como expõe Vieira de Andrade, o conjunto normativo não se resume à proteção de posições subjetivas individuais. Os direitos fundamentais são pressupostos para a autonomia humana dentro de uma comunidade livre, e, assim, reconhece-se a existência de uma dupla dimensão (ou dupla função, natureza, caráter) dos direitos fundamentais: a dimensão ou natureza objetiva e a subjetiva, ou comunitária e individual⁸⁶.

⁸² 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.

⁸³ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 55.

⁸⁴ Conforme Robert Alexy, os direitos de defesa (ou direitos a ações negativas) podem ser classificados em direitos ao não embaraço de ações, direitos à não afetação de características ou situações e direitos à 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, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 196-201).

⁸⁵ 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.

⁸⁶ ANDRADE, J. C. V. de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 91.

Não há de se falar que as posições jurídicas subjetivas tão somente são contidas por uma ordem objetiva. A distinção reside não só a partir do indivíduo garantido frente ao Estado, mas a dimensão objetiva corresponde aos fins e valores perseguidos pela comunidade por meio da função do Estado. A estrutura objetiva, outrossim, atua como produtora suplementar e complementar de efeitos jurídicos na esfera subjetiva, não necessariamente atribuindo direitos aos indivíduos, quando da implicação de deveres e obrigações ao Estado⁸⁷.

Como aponta o constitucionalista português, a dimensão objetiva possui 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), das normas de organização. Essas funções e efeitos atribuem faculdades ou direitos subjetivos, como exemplifica o autor, à proteção, à organização e ao procedimento, às prestações, à participação e à defesa na esfera das garantias institucionais⁸⁸.

Assim, concretamente, a instituição do júri, como garantia institucional, é indivisível, não suscetível de atribuição de posição na esfera subjetiva⁸⁹. É uma instituição em que atuam diversos sujeitos, com pretensões distintas, envolvendo bens jurídicos distintos. Não há como se tutelar direito subjetivo individual fundamental ao júri, por si só, ante ausência da delimitação de uma titularidade e de um bem jurídico tutelado inequívoco. Na instituição, confrontam-se diversas posições jurídicas subjetivas, com distintos interesses, especialmente a liberdade do réu e a participação cidadã.

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

⁸⁷ 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.

⁸⁸ ANDRADE, J. C. V. de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 91.

⁸⁹ ANDRADE, J. C. V. de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 115.

A instituição do júri no rol dos direitos e garantias individuais e coletivos não pode ser interpretada *per si* como constitucionalização de um direito individual subjetivo. Corresponde a um dever institucional do Estado dar conformação, configuração⁹⁰, organização com o estabelecimento de procedimentos – o que é feito por lei, no caso, o Código de Processo Penal de 1941 –, a dar materialidade aos princípios constitucionais, tanto àqueles diretamente relacionados à instituição, como ao sistema constitucional como um todo.

Deve-se ter à consideração que a Constituição trouxe, no final do inciso XXXVIII do art. 5º, o dever de a lei organizar a instituição. Como típico das garantias institucionais, a lei pode estruturar a instituição, os papéis dos envolvidos – no caso, 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 direitos e deveres⁹¹, desde que respeitados os direitos atribuídos constitucionalmente. É dizer: a lei tem a função de organizar a instituição, dar-lhe materialidade para proteger a essência da participação democrática, ao mesmo tempo em que configura os princípios já elencados na Constituição, que tendem a ter máxima efetivação, otimização⁹².

⁹⁰ A organização e procedimento trazido pela lei infraconstitucional, 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, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 333).

⁹¹ O CPP traz 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 à acusação e à defesa em tempo significativamente superior (art. 477), o direito de recorrer do assistente de acusação (art. 598), entre tantos outros que deem vida prática à instituição.

⁹² Utiliza-se da concepção alexyana de suporte fático amplo, vez que os princípios constitucionais devem ser efetivados ao máximo possível. Assim, as normas infraconstitucionais que visam a dar configuração e efetividade aos princípios devem concretizá-los nos seus âmbitos de alcance amplamente considerados; todavia, no caso de colisão de direitos – como é o caso também em que a instituição se vê imbuída –, a restrição de direitos fundamentais deve ter seu alcance restrito, impondo-se o ônus argumentativo na delimitação de cada princípio (seja, no caso, 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). Exemplos das colisões dos princípios constitucionais podem ser vistos com a plenitude da defesa do réu e o dever de motivação em face da soberania dos veredictos e do sigilo das votações. A Constituição impõe o dever de serem os pronunciamentos do Poder Judiciário públicos e motivadas suas decisões, bem como atribui a plenitude da defesa ao acusado – que não se confunde com a “ampla defesa”, mas a abarca –, ao mesmo tempo em que traz a soberania dos veredictos (não podendo o Tribunal de Justiça rever a decisão, julgando a matéria de fato e direito, senão que tão só

Assim, a instituição do júri deve ser resgatada no seu papel de garantia institucional – não no sentido de direito positivado, mas de valores conquistados e (ainda) perseverados ao longo do tempo. Não tem um único titular, senão que todos os direitos nela envolvidos se põem e se opõem, colidindo os interesses, cabendo ao Estado a organização da instituição (pelo seu reconhecimento), bem como a otimização máxima dos princípios fundamentais que atuam como normas que reconhecem posições jurídicas subjetivas (ou feixes) a diversos sujeitos constitucionais, concretizando os direitos deles decorrentes, independentemente de reserva de configuração e regulação expressamente trazida pela Constituição⁹³, o que não permite concluir haver um titular de direito subjetivo do júri – a instituição do júri não pode ser classificada de forma exclusiva e inequívoca como direito ou garantia fundamental do indivíduo réu ou dos cidadãos à administração da justiça.

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

nos moldes do art. 593, III, do CPP) e também o sigilo das votações. Esses princípios constitucionais, de titulares distintos (réu e jurados cidadãos), entram em colisão na medida em que o sigilo das votações, como estabelecido no CPP (a permitir a independência e tranquilidade aos jurados), onde os jurados se utilizam de uma íntima convicção e tão só depositam papéis com o preenchimento 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 por que entenderam os jurados naquele *decisum*, o que impediria exercer contraditório e defesa (a uma revisão judicial). Da mesma forma, 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 à efetiva prestação) e a soberania dos veredictos, já que o CPP permite que, mesmo reconhecidas a materialidade e a autoria, os jurados possam absolver o réu (art. 483, §§ 2º e 3º), sem necessidade de qualquer motivação. Ainda, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público está obstado de recorrer das decisões do júri, ainda que manifestamente contrária à prova dos autos. Assim, é evidente que, nesses casos, o CPP atua como restrição a direitos fundamentais, não tão só como norma configuradora (conforme referenciado nas notas antecedentes).

⁹³ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 42.

A norma que reconhece o Tribunal do Júri é integrante do sistema de direitos fundamentais, sendo perceptível sua dimensão objetiva (que impõe o dever de organização e concretização dos direitos e deveres dos atores constitucionais) que conexas as dimensões subjetivas e objetiva dos direitos subjetivos fundamentais nas alíneas elencadas (soberania das decisões, sigilo das votações, plenitude da defesa e competência jurisdicional).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

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 ou comunidade, à pretensão de administração da justiça. Ela possui um reconhecimento próprio de dimensão objetiva do sistema de direitos fundamentais, possuindo *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 os seus familiares.

A relação entre direitos fundamentais da dimensão subjetiva 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 em 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 jurídica advinda da garantia institucional (instituição do júri), mas das normas constitucionais que aos atores asseguram posições jurídicas autônomas.

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, eis 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, já que, houvesse posição jurídica subjetiva concedida ao réu – fosse além de garantia institucional, um direito subjetivo fundamental –, permitiria, em tese, sua livre renúncia ao julgamento pelos jurados, da mesma forma quanto aos cidadãos jurados: fosse o júri interpretado como direito subjetivo fundamental dos cidadãos, poder-se-ia, em regra, aumentar as causas sujeitas a sua competência (gerando um dever objetivo estatal à criação de condições jurídicas que permitissem tal intento), prestigiando, assim, a soberania e a participação popular.

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.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Ricardo Vital de. *O júri no Brasil – Aspectos constitucionais – Soberania e democracia social – “Equívocos proposítivos e verdades contestáveis”*. Leme: CL Edijur, 2005.

ANDRADE, J. C. V. de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

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

BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. 2. ed. act. y amp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

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

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. 2020.

_____. 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.

_____. 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.

_____. 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.

_____. 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.

_____. 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.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 14 set. 2020.

_____. 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.

_____. Emenda Constitucional nº 1 (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.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 117.076/PR, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 1º de agosto de 2019, publicação no DJe em 5 de agosto de 2019, Brasília, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340720368&ext=.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 178.777/MG, Relator Ministro 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: 13 ago. 2021.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 11. reimp. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2012.

_____ et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

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

D'AMICO, Alessandro Ignácio. *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.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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*. Trad. Paulo César de Souza. [s.l.]: Companhia das Letras, v. 15, 2011, não p. *E-book*.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rossi. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *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, p. 618-688, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/505>. Acesso em: 13 ago. 2021.

MAIER, J. B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. 1. reimp. Buenos Aires: Editores del Puerto, t. I, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Tribunal do júri*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, M. V. A. *Tribunal do júri popular na ordem jurídica constitucional*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

PARSONS, T. 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.

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

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.

SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. *As quaestiones perpetuae*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, p. 65, jan. 1998.

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

SOARES, I. A. N. *O tribunal do júri em sua compreensão processualmente democrática*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

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

STRECK, Lenio L. Comentário ao artigo 5º, XXVIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

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

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

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

Submissão em: 13.08.2021

Avaliado em: 06.09.2021 (Avaliador A)

Avaliado em: 09.09.2021 (Avaliador B)

Aceito em: 15.09.2021

